

## **La tutela dei diritti di assistenza sociale e sanitaria dopo l'introduzione in costituzione dei livelli essenziali**

*di Fabio Giglioni*

1. *I diritti sociali prima della riforma del titolo V della Costituzione* - Negli anni immediatamente successivi all'approvazione della costituzione repubblicana molta parte della dottrina pubblicistica ha osservato il carattere fortemente innovativo che derivava dal riconoscimento dei diritti sociali nel nostro ordinamento, da cui, più incisivamente, si rendeva evidente il passaggio all'ordinamento democratico.

È noto che questo riconoscimento originava da una lettura composta degli articoli 2 e 3 cost., in combinazione anche con gli altri articoli della parte I titolo II, i quali, in definitiva, non fanno altro che declamare l'impegno e il dovere delle istituzioni repubblicane a realizzare un'eguaglianza sostanziale tra i cittadini rimuovendo quegli ostacoli che impediscono la realizzazione di quelle condizioni essenziali allo sviluppo libero di ogni persona umana e alla partecipazione attiva alla vita politica, economica e sociale del paese. L'applicazione delle norme costituzionali, favorita anche dalla giurisprudenza costituzionale, ha progressivamente ampliato la sfera d'azione dei soggetti pubblici nei vari ambiti della vita sociale dei cittadini.

A fronte di questo sviluppo dell'attività delle istituzioni pubbliche si sono però registrati forti elementi di criticità, di cui si riassumono solo alcuni aspetti: a) prima di tutto lo stato sociale realizzato si è caratterizzato per una decisa disorganicità e frammentazione a cui solo negli ultimi anni si è tentato di porre una correzione; b) in secondo luogo, le tutele assicurate gravitano quasi esclusivamente nei rapporti di lavoro e anche quando non riguardano i lavoratori sono comunque correlate all'attività lavorativa svolta (come è per i trattamenti pensionistici) o sono finanziate prevalentemente con risorse che insistono sull'attività lavorativa; c) in terzo luogo, le tutele sociali, sebbene abbiano consentito un generale miglioramento delle condizioni della popolazione, non hanno impedito una forte disomogeneità territoriale sia nella qualità dei servizi, sia nelle prestazioni stesse fornite; d) in quarto luogo, il sistema impiantato è quasi sempre stato caratterizzato da una rigida separazione tra i soggetti della gestione e della fornitura dei servizi (perlopiù regioni, enti locali ed enti pubblici autonomi) e soggetti su cui gravava l'onere di finanziamento pubblico, comportando una sostanziale irresponsabilità nella gestione delle risorse economiche.

Ma ancor più rilevante ai fini delle riflessioni che seguono è la constatazione che nei confronti delle prestazioni di tutela sociale, se si escludono quelle a contenuto pecuniario – molte delle quali, peraltro, assunte sulla base di atti amministrativi discrezionali –, è possibile da parte dei beneficiari esperire solo una pretesa di legittimità nei confronti delle decisioni delle pubbliche amministrazioni o dei soggetti erogatori e, soprattutto, è preclusa loro qualsiasi azione che possa indurre le istituzioni pubbliche a fornire prestazioni ancora inesistenti o gravemente carenti. Sotto il profilo giuridico, dunque, la tutela dei diritti sociali risulta notevolmente condizionata dall'organizzazione approntata dalle pubbliche amministrazioni e dalla capacità effettiva che queste hanno di poter soddisfare i bisogni sociali, senza che alcuna pretesa sia attivabile per la richiesta dei servizi alla persona. L'unica eccezione è consistita in quelle forme di tutela che si sostanziano in obbligazioni di carattere pecuniario, rispetto alle quali, per le condizioni che queste presuppongono, sono stati riconosciuti in capo ai beneficiari dei veri e propri diritti soggettivi.

Il quadro ora delineato è da circa un decennio in movimento e, sia pure con un andamento non sempre lineare, pare essere diretto verso nuovi approdi che, anche in questo caso, si ricordano per sommi capi: a) un maggiore rigore nel riassetto delle forme di tutela sociale secondo principi coe-

renti con le tipologie di bisogno da soddisfare (si veda il tentativo, peraltro ancora non definitivamente compiuto, di separare la previdenza sociale da quella assistenziale); b) la più marcata separazione dei soggetti su cui gravare il peso del finanziamento in relazione ai beneficiari ultimi delle prestazioni e alla tipologia dei servizi (ne è un esempio l'abolizione dei contributi di lavoro per il finanziamento della sanità e l'introduzione dell'IRAP); c) una maggiore responsabilizzazione, anche finanziaria, dei soggetti territoriali gestori dei servizi; d) un'attenzione maggiore all'uso delle risorse economiche in coerenza con un quadro finanziario complessivo maggiormente rigoroso.

Sotto il profilo dell'esigibilità dei diritti sociali, tuttavia, non si sono registrati consistenti mutamenti; la loro pretesa rimane condizionata fortemente dall'assetto organizzativo delle pubbliche amministrazioni.

2. *Considerazioni specifiche sul diritto alla salute e all'assistenza sociale* – Nell'ambito della cornice appena descritta riguardante i diritti sociali in generale, l'attenzione principale deve porsi sul diritto alla salute e sui diritti all'assistenza sociale. I due oggetti che si prendono in esame non possono tuttavia essere trattati insieme perché molti aspetti ne giustificano la separazione, nonostante esistano alcune tipologie di servizio, come quelle denominate sociosanitarie, in cui necessariamente essi devono confluire e comporsi.

Tale separazione si deve fissare già in relazione alla configurazione della struttura dei due diversi diritti: infatti, mentre per i diritti all'assistenza sociale (ricavabili dalla lettura composta degli articoli 3 e 38 cost.) la ricostruzione finora svolta, sia pure in modo assai sintetico, si attaglia con relativa precisione, per il diritto alla salute vanno svolte ulteriori precisazioni. Difatti, a partire dagli anni settanta, ma con maggiore consapevolezza e decisione dagli anni ottanta, sia la giurisprudenza costituzionale, sia quella della corte di cassazione, con riferimento anche al dato letterale dell'art. 32 c. 1 cost., hanno elevato il diritto alla salute a diritto fondamentale della persona, cui consacrare il rango di diritto soggettivo e di piena esigibilità nei confronti di chiunque. Questa interpretazione viene fatta risalire al contenuto prescrittivo dell'art. 32 c. 1 a garanzia della protezione effettiva dei diritti inviolabili dell'uomo che sono riconosciuti dall'art. 2 cost.<sup>1</sup>. A differenza degli altri diritti sociali, dunque, per il diritto alla salute si configurano pretese immediatamente esigibili anche in relazione alle prestazioni di servizio, in quanto se così non fosse verrebbe meno o sarebbe a rischio lo stesso diritto della vita che è senz'altro da enucleare tra quelli assoluti e inviolabili.

Dal complesso della giurisprudenza che si è consolidata sul punto<sup>2</sup> è possibile ricavare, tuttavia, che questo non implica l'assenza di qualsiasi limite alla pretesa di qualsivoglia trattamento sanitario, perché – viene fatto notare – questo diritto si deve comporre con altri interessi posti a tutela della collettività e ugualmente meritevoli di tutela, quali, ad esempio, l'economicità e l'appropriatezza della cura, e la stessa giurisprudenza, soprattutto negli anni novanta, ha più volte sostenuto che l'articolo 32 cost. ha previsto che l'assistenza sanitaria sia da garantire gratuitamente ai soli indigenti. Ne deriva dunque che anche nei confronti del diritto alla salute siano configurabili dei limiti esterni, attraverso cui le amministrazioni (regionali, perlopiù) si impegnano a garantire i servizi oggetto di obbligo giuridico nel rispetto delle compatibilità delle risorse economiche.

Ma rispetto a questo quadro, la giurisprudenza ha stabilito anche principi ulteriori che assicurano al diritto in specie immediata esigibilità. Tali principi possono essere così sintetizzati: a) nei confronti dei soggetti istituiti, accreditati o convenzionati per la fornitura di servizi che costituiscono specifico oggetto di obblighi giuridici è possibile avanzare una vera e propria pretesa alla prestazione, sia pure alle condizioni definite dal soggetto regolatore (per esempio, esenzione o compartecipazione parziale al costo del servizio); b) in caso di urgenza e di assoluta indifferibilità, pena il pregiudizio della salute o il grave peggioramento dell'assistito, è assicurata piena tutela alla pretesa del rimborso delle spese sostenute presso soggetti estranei al ssn, qualora i soggetti pubblici (o quelli accreditati o convenzionati) non siano in grado di assicurare tempestivamente le cure occorrenti, o

---

<sup>1</sup> Una sentenza particolarmente chiara in questo senso è Cass., S.U., 12218/90.

<sup>2</sup> Tale consolidamento, a dir la verità, non si estende alla questione della giurisdizione, dove gli indirizzi sull'applicazione dell'art. 33 d.lgs. 80/98 sono ancora molto divergenti.

non abbiano in dotazione gli strumenti necessari o le qualifiche professionali necessarie<sup>3</sup>; c) è garantita la fornitura dei farmaci non compresi nel prontuario farmaceutico, ma la cui somministrazione è considerata indispensabile e insostituibile per la cura di una patologia da cui possa derivare un grave pregiudizio per la salute<sup>4</sup>. Queste forme di tutela a immediata esigibilità sono comunque sempre condizionate dal rispetto dell'appropriatezza della cura che è una condizione essenziale che è a monte della stessa assistenza sanitaria<sup>5</sup>.

Dal quadro delineato emergono ancora due considerazioni. La prima verte sul rilievo che in questi casi così enucleati di immediata esigibilità, i giudici hanno nella sostanza affermato che, quando si tratta della tutela della salute, il problema dell'esistenza di un potere pubblico preventivo che condiziona l'ammissione dell'assistito alla cura non si pone neppure, perché il diritto alla salute è un diritto non suscettibile di essere circoscritto in base a discrezionalità amministrativa e per la cui affermazione non ha rilevanza neppure la discrezionalità tecnica residua in capo all'amministrazione: esso è un diritto pieno e insopprimibile. Il secondo aspetto che si nota è che, con esclusione dell'assistenza indiretta, le pretese assicurate nei casi prima elencati sono esigibili non solo in relazione a obbligazioni di carattere pecuniario, ma anche a veri e propri servizi: si configura, cioè, una pretesa alla prestazione.

L'ampliamento della tutela che risulta da questa giurisprudenza è tuttavia temperata dalla circostanza che, da una parte, il diritto è assicurato sui servizi organizzati e istituiti, mentre non pare che risultino poteri capaci di attivare l'organizzazione di servizi mancanti e che pure dovrebbero essere forniti e, dall'altra, l'esercizio del diritto è assicurata in forma assoluta solo nei casi di estrema gravità, quando cioè è in pericolo la stessa vita dell'assistito, mentre degrada progressivamente nel caso in cui ci si allontana dallo stato della grave urgenza, senza che questo significhi per se stesso il venir meno di quelle condizioni che pregiudicano il libero sviluppo della persona.

3. *L'incidenza dei livelli essenziali sui diritti alla salute e all'assistenza sociale* – Resta ora da valutare che cosa comporta sui diritti alla salute e all'assistenza sociale il riconoscimento dei livelli essenziali in costituzione. È noto che già prima del cambiamento del titolo V della costituzione, in sede di legislazione ordinaria la disciplina normativa si occupava dei livelli essenziali dei servizi sia con riferimento al settore sanitario (art. 1 d.lgs. 502/1992), sia con riferimento al settore dell'assistenza sociale (in particolare, art. 22 l. 328/2000), tanto che da questo punto di vista la riforma costituzionale non sembra aver stravolto l'impianto disciplinare preesistente.

Questo tuttavia non può condurre alla conclusione che l'art. 117 c. 2 lett. m) cost. sia meramente ricognitivo di un assetto già consolidato per almeno quattro motivi.

Innanzitutto il nuovo art. 117 c. 2, dove è inserita la norma interessata, stabilisce quelle che sono le materie di competenza esclusiva del legislatore statale e questo ha un duplice significato: da una parte, l'individuazione dei livelli essenziali pone il discrimine tra la competenza statale e le competenze delle regioni, le quali quindi possono certo arricchire i livelli individuati dallo stato ma non possono rivendicare un'autonomia piena nella definizione; dall'altra, si stabilisce in modo chiaro che sulla determinazione dei livelli essenziali deve comunque esprimersi il parlamento. Quest'ultima precisazione mi sembra importante: infatti, in questo modo si dà contezza implicitamente della natura politica che indubbiamente la materia dei servizi sociali ha, atteso che la responsabilità delle istituzioni pubbliche trova sicuro sostegno nella prima parte della costituzione. E tuttavia ciò in verità non garantisce adeguatamente che la definizione e l'individuazione concreta non

---

<sup>3</sup> Peraltro tale forma di tutela viene assicurata anche quando l'assistito non solo non abbia ottenuto l'assenso preventivo a curarsi presso una struttura estranea al servizio sanitario nazionale, ma non abbia neppure inoltrato l'istanza preventiva di autorizzazione (sempreché, ovviamente, ricorrano i requisiti di estrema urgenza e indifferibilità alla cura); così, ad esempio, Cass., S.U., 10737/98; Corte cost., n. 509/00.

<sup>4</sup> Tra gli altri Cass., sez. lav., 4659/01.

<sup>5</sup> Così Trib. Torino, 20 marzo 2000, che ha negato la somministrazione di un farmaco per la cura dell'obesità escluso dal prontuario farmaceutico perché fondato su principi attivi ritenuti pericolosi dal ministero della sanità e di cui comunque è dubbia la sua efficacia terapeutica. Con questa chiave di lettura può anche leggersi la vicenda relativa alla «cura Di Bella» alla fine degli anni novanta.

sia rimessa alle regioni, perché l'art. 117 c. 6 cost. prevede che nelle materie di legislazione esclusiva, la competenza regolamentare è dello stato, *salvo delega alle regioni*, il che potrebbe avere appunto come conseguenza che la definizione dei livelli essenziali possa essere devoluta a livello regionale, compromettendo l'obiettivo di assicurare in tutto il territorio nazionale pari livelli di assistenza<sup>6</sup>. Non si può, d'altra parte, negare che la determinazione dei livelli essenziali è materia altamente tecnica e quindi la specificazione dettagliata di essi non può obiettivamente delegarsi interamente al legislatore. Ne deriva dunque che, per evitare questo possibile sviluppo, bisogna prevedere che in sede legislativa si possano definire le linee generali, i bisogni prioritari cui dare soddisfazione e l'ambito di operatività dei livelli essenziali, la cui specifica individuazione deve però aversi o con decreto legislativo, se si vuole rimanere a un livello di fonte primaria (ma vi sarebbero tante ragioni di inopportunità), o con un atto amministrativo obbligatoriamente statale<sup>7</sup>, cosa peraltro che può trovare giustificazione sulla base del presupposto che la determinazione dei livelli essenziali non è propriamente una materia e quindi rispetto a essa non troverebbe operatività il comma 6 dell'art. 117<sup>8</sup>.

In secondo luogo la previsione costituzionale chiarisce che con i livelli essenziali l'obiettivo non è tanto quello di definire i livelli minimi di assistenza o, addirittura, di individuare i soli servizi che devono essere forniti (riprendendo così una tradizionale disputa della letteratura sui livelli essenziali che non mi pare molto proficua), ma piuttosto è quello di assicurare una comune cittadinanza di diritti su tutto il territorio, a prescindere dal luogo di residenza. In altre parole, la previsione costituzionale pare assolvere alla necessità che in un assetto istituzionale tendenzialmente federale, in cui in via ordinaria le differenze sono valutate positivamente, vi siano bisogni ritenuti particolarmente meritevoli di tutela a prescindere dall'appartenenza territoriale amministrativa, perché si pone un'esigenza di uguaglianza tra i cittadini a cui il nostro ordinamento non può rimanere indifferente (art. 3 cost.).

Un altro motivo per cui l'art. 117 c. 2 lett. m) non pare meramente ricognitivo di un assetto già vigente è dato dalla constatazione ovvia che una volta che la norma costituzionale esiste essa naturalmente interagisce con le altre norme costituzionali. Questo è un esercizio che può avvenire con qualsiasi disposizione costituzionale, ma sicuramente a maggior ragione con quelle norme che più strettamente riguardano i servizi sociali. Così, per le parti che qui interessano, in rapporto con l'art. 32 cost. sembra doversi ritenere chiaramente confutata la tesi secondo la quale l'intervento pubblico debba restare limitato alla fornitura delle cure per gli indigenti, perché il riferimento dei servizi sanitari è l'assicurazione dei livelli essenziali, cioè di un parametro che prescinde dalla capacità economica dell'assistito. Questo mi pare induce a due conclusioni: la prima è che i servizi offerti a copertura dei livelli essenziali non implicano che essi siano forniti necessariamente in via gratuita,

---

<sup>6</sup> È un'ipotesi tutt'altro che irrealistica che già si sono avute negli anni più recenti vicende nelle quali di fatto il regolatore statale è stato in qualche modo «catturato» da quello regionale, sia perché in un settore come quello della sanità dove le risorse sono quasi esclusivamente di attribuzione regionale, vi sarebbe la forte tentazione di affidare questa competenza alle regioni.

<sup>7</sup> Un supporto a questa tesi potrebbe trarsi, sia pure indirettamente, dalla sent. 6252 del 2002 del Tar Lazio.

<sup>8</sup> Al riguardo pare opportuno apportare alcune modifiche alle attuali procedure di individuazione dei livelli essenziali. Nella legge 328/2000, all'art. 22, si trova una prima generica definizione che, se da un lato, offre quelle garanzie che sembrano essere richiamate dall'attuale art. 117 cost., dall'altro, pare non soddisfare completamente l'esigenza di definire con maggiore dettaglio gli interventi che si rendono necessari e la cui individuazione non può che spettare al ministro competente o al governo stesso. Per la sanità il discorso è più complesso. Qui si deve registrare, da un lato, il dato legislativo fornito dall'art. 1 d.lgs. 502/1992 che rimette la definizione dei livelli essenziali al piano sanitario nazionale da approvare ogni tre anni dal governo, con un sistema in cui definiti parametri generalissimi da parte del legislatore il governo definisce periodicamente i livelli essenziali, dall'altro, il dato di fatto che si è avuto alla fine del 2001, in cui la definizione dei livelli essenziali si è determinata con d.p.c.m. 29 novembre 2001, previo accordo conseguito in Conferenza stato-regioni, sollecitato a seguito di un lungo contenzioso apertosi tra lo stato e le regioni. Fermo restando che quest'ultima procedura appare una novità in campo sanitario, risulta evidente che il rapporto tra livelli essenziali e piano sanitario risulta invertito (ciò è dimostrato dal recente piano sanitario 2002-4), con quest'ultimo che di fatto è chiamato a dare le indicazioni di applicazione dei livelli definiti in altra sede (in cui, peraltro, il parlamento è totalmente escluso a differenza di quanto avviene col p.s.n.). Ne consegue che anche in campo sanitario occorrerà prevedere delle correzioni nel modo di definire i livelli essenziali, sebbene non appaia del tutto insensata l'idea di coinvolgere nella definizione anche le regioni.

mentre lo sono quelli rivolti agli indigenti; la seconda è che la prescrizione in costituzione dei livelli essenziali, di un parametro, cioè, che misura i bisogni in ragione della loro natura e non della loro onerosità o della loro valenza etica, porta con sé un naturale contenuto universalistico che non può essere messo in discussione dai legislatori (statale o regionale) ordinari: qui, mi pare, risiede una delle principali novità di questa disposizione costituzionale, l'avere espresso il contenuto universale di tutti i servizi sociali. Rispetto, invece, all'art. 38 cost. la nuova disposizione costituzionale sembra, per un verso, fornire uno strumento più forte in rispetto del comma 1, andando oltre la mera previsione del diritto al mantenimento e all'assistenza, e, per un altro verso, sembra porsi come applicazione di primo grado del comma 4 stabilendo il campo d'azione degli istituti preposti o integrati dallo stato; in ogni caso sembrerebbe uscito rafforzato il diritto all'assistenza sociale.

Infine, un ultimo motivo da cui discende l'importanza della previsione costituzionale dei livelli essenziali si evince da quanto finora detto, ovvero la valenza vincolante dei livelli essenziali. Essi non costituiscono quindi un mero auspicio o un orientamento programmatico, ma pongono vincoli precisi che circoscrivono l'ambito d'azione dei soggetti istituzionali deputati alla fornitura dei servizi a fronte dei quali, deve dedursi, stanno diritti che possono essere immediatamente azionati; infatti, nel momento in cui si è precisato che i livelli essenziali delineano il campo d'intervento necessario delle istituzioni pubbliche, essi assumono il contenuto di obbligo giuridico anche a prescindere dall'assetto organizzativo predisposto dalle amministrazioni. In questo senso l'esigibilità di questi diritti derivanti dagli obblighi fissati dai livelli essenziali si può manifestare in due modi diversi: a) sempre e in ogni caso quando i servizi, pur compresi nei livelli essenziali, non sono forniti per nulla (dove per nulla deve intendersi non solo i servizi inesistenti, ma anche quelli forniti inutilmente, perché sono carenti delle strumentazioni o delle qualificazioni professionali necessarie o perché i tempi e i luoghi delle prestazioni fornite sono insufficienti a soddisfare lo stato di bisogno), introducendo così un diritto assoluto alla pretesa della fornitura del servizio; b) in relazione a una qualità standard minima nei casi di servizi forniti e predisposti dalle pubbliche istituzioni e per i quali andranno approntati indicatori di riferimento che costituiscono un complemento necessario dei livelli essenziali. In tutti e due casi avremo a fronte dei servizi rientranti nei livelli essenziali diritti immediatamente esigibili, ma mentre nell'un caso il diritto reclamerebbe un servizio necessario non fornito, nell'altro caso la pretesa riguarda l'adeguata efficacia dei servizi forniti<sup>9</sup>.

In tal modo, sia pure indirettamente, si avrebbe risolto il dilemma dei criteri di definizione dei livelli essenziali. Normalmente viene sostenuto che l'individuazione dei servizi da ricomprendere nei livelli essenziali possa avvenire secondo tre criteri diversi: quello del bisogno, quello della capacità di miglioramento e quello del merito individuale. Da quanto si è detto sinora è chiaro che il criterio del bisogno estremo è senz'altro incluso nel nostro ordinamento, derivando la sua applicazione per via direttamente giurisprudenziale; ne discende che lo stato dovrà includere nei servizi essenziali tutti quei servizi senza la cui fornitura è a grave rischio lo stesso mantenimento vitale delle persone. Se però ci si limitasse a questo solo criterio, daremmo un'interpretazione dei livelli essenziali come dei livelli minimi che è estranea alla storia recente dei servizi sociali. A questo criterio si affianca, magari previa maggiore specificazione, il criterio della capacità di miglioramento, tramite cui sono incluse quelle prestazioni di cui vi è accertata presunzione di efficacia (criterio molto simile a quello che in sanità viene chiamata appropriatezza). Rimarrebbe così escluso il criterio del merito individuale la cui pertinenza con giudizi di valore a contenuto etico sembrerebbe portare con sé elementi estranei ai principi di equità.

*4. Le tutele indirette del diritto alla salute e dell'assistenza sociale: rapporti fra livelli di governo* – In un sistema come quello attuale fondato sul dovere della Repubblica di agire attivamente per la rimozione degli ostacoli che impediscono lo sviluppo reale della persona umana e la sua partecipazione alla vita democratica dell'ordinamento, la valutazione dei criteri con i quali si assicurano il rispetto dei diritti sociali deve aversi con riferimento non solo al rapporto tra utenti e fornitori di

---

<sup>9</sup> Peraltro queste forme di tutela si affiancherebbero a quelle già preesistenti che vertono sulla qualità dei servizi e che si esercitano tramite la carte di servizio pubblico predisposte dai soggetti prestatori di servizio.

servizio, ma anche al rapporto fra diversi livelli istituzionali e fra fornitori di servizio e soggetti di programmazione pubblica. Anche in questo caso l'unità di misura in base alla quale questi rapporti sono valutati nei servizi sociali è data dalle definizioni e dalla copertura dei livelli essenziali.

In un ordinamento a struttura tendenzialmente federale la valutazione delle forme di tutela si misura anche nei rapporti tra governo centrale e governi locali, almeno sotto tre profili: gli strumenti a disposizione dell'istituzione che obbliga; i meccanismi di tutela dell'autonomia delle istituzioni che sono più direttamente coinvolte nella gestione; gli strumenti finanziari.

- a) La funzione di assicurare un pari trattamento sul tutto il territorio nazionale dei servizi enucleati nei livelli essenziali deve avere come presupposto la natura cogente degli stessi livelli essenziali e come corollario la predisposizione di strumenti che ne assicurino il rispetto. In relazione a quest'ultimo aspetto devono distinguersi due fattispecie: il caso in cui l'inadempimento si verifichi a livello di adeguamento normativo e quello invece in cui l'inattuazione è dei soggetti erogatori. Con riferimento al primo caso, rimanendo in una prospettiva che valuti le forme di tutela in considerazione dei rapporti fra istituzioni, lo strumento messo in campo a favore dello stato è soprattutto il potere di sostituzione, esercitabile nelle forme indicate dall'art. 120 cost. Tuttavia dall'art. 9 d.lgs. 56/2000 possono trarsi spunti anche per l'adozione di altri strumenti di coercizione: nella sanità, infatti, dove già vige un sistema di finanziamento a carattere federale, si prevede che per le regioni che non garantiscono i livelli essenziali si possa diminuire la quota di finanziamento che spetta loro dal fondo di perequazione o, in mancanza, di parte delle somme dovute in compartecipazione di tributi erariali. Nell'altro caso, invece, si è visto che in generale la mancata fornitura di servizi non esenta comunque le istituzioni pubbliche dal rimborsare le spese sostenute presso soggetti diversi da quelli riconosciuti, ma in ultima istanza è possibile prevedere anche l'acquisto straordinario di servizio presso altri soggetti legittimati da parte dell'istituzione obbligante, con diritto di rivalsa nei confronti del soggetto inadempiente.
- b) A contrario, i livelli essenziali non comportano però un assorbimento totale dell'autonomia dei diversi attori di governo dei servizi sociali, per cui non solo le regioni (e, attraverso loro, gli enti locali) possono sempre integrare i livelli essenziali definiti in sede statale anche con riferimento alle condizioni reali dei diversi territori, ma esse sono libere di commisurare le risorse e gli strumenti necessari in relazione alle situazioni di bisogno reale che si registrano sul territorio. Attualmente questo sistema di definizione sussidiaria dei livelli essenziali segue il modello tradizionale *top-down* nei servizi assistenziali, mentre nei servizi sanitari è fondato più su un sistema negoziale tra i diversi centri di governo.
- c) La diversità delle relazioni fra centri di governo nei servizi sanitari e nei servizi sociali riflette anche la differente partecipazione al costo dei servizi: nei servizi assistenziali esiste un fondo specifico alimentato principalmente da trasferimenti statali di bilancio e le cui determinazioni sono contestuali alla definizione dei servizi essenziali (con il che si ha che la principale condizione di individuazione dei livelli essenziali è data dalle risorse economiche messe a disposizione, in un quadro tuttavia coerente, con cui chi definisce gli obblighi è tenuto pure a reperire le risorse necessarie da ripartire), nei servizi sanitari la funzione statale è solo quella di riequilibrare le attribuzioni delle risorse che in prima battuta sono delle regioni, in modo da assicurare in funzione di puro arbitro di perequazione quell'equilibrio delle risorse che in un sistema fondato sull'imputazione territoriale diretta delle entrate fiscali sarebbe in pericolo (con il che si ha che vi è un fenomeno di separazione tra l'individuazione dei livelli essenziali e il reperimento delle risorse, recuperato parzialmente dalla procedura negoziale delle intese in sede di Conferenza e dal monitoraggio dei costi e dei servizi effettuato *ex post*<sup>10</sup>). In generale sembra di avvertire che il sistema vigente in sanità sia più coe-

---

<sup>10</sup> Così è previsto nell'art. 9 d.lgs. 56/2000, come modificato successivamente, in cui si prevede l'obbligo di predisporre procedure che consentano un monitoraggio perdurante dei dati con riferimento sia al rispetto degli obblighi di cui all'art. 1 d.lgs. 502/1992, sia al rispetto dei vincoli finanziari in coerenza anche con il patto di stabilità interno. Si prevede così anche la necessità di definire indicatori per permettere la valutazione dei dati rilevati, la definizione comune di regole di validazione

rente con il nuovo art. 119 cost., mentre il sistema di finanziamento vigente nel settore dell'assistenza sociale dovrebbe probabilmente essere corretto, abolendo per esempio l'obbligo di destinazione dei finanziamenti statali, che condiziona eccessivamente l'autonomia delle regioni, che in materia di assistenza sociale hanno una competenza esclusiva. Tuttavia, questa ristrutturazione del finanziamento non deve comportare necessariamente l'abolizione del Fondo per le politiche sociali, il cui uso dovrebbe diventare integrativo delle risorse regionali e quindi mirato al raggiungimento di specifici obiettivi; in questa nuova prospettiva, peraltro, potrebbe riesumarsi anche il Fondo sanitario nazionale.

5. *Le tutele indirette del diritto alla salute e dell'assistenza sociale: rapporti fra soggetti erogatori e istituzioni di programmazione pubblica* – La tutela dei livelli essenziali concerne anche un altro aspetto, quello del rapporto tra i soggetti che erogano le prestazioni di servizio e le pubbliche istituzioni che si occupano di programmare gli interventi a carattere sociale. Infatti, sia per la sanità sia per l'assistenza sociale il sistema prescelto dal nostro ordinamento è quello dell'offerta programmata o, visto dalla prospettiva avversa, quello della domanda controllata, in cui i soggetti che offrono i servizi entrano in contatto con gli utenti solamente previa mediazione di un terzo soggetto che dosa e filtra le domande di prestazione. In questo contesto è presumibile che intorno alla definizione e alla copertura dei livelli essenziali possano sorgere interessi contrastanti di carattere economico e sono quelli che, almeno finora, stanno causando i primi interventi della giurisprudenza sui livelli essenziali.

Il conflitto di interessi sorge, in particolare, in relazione ai servizi che possono essere esclusi dai livelli essenziali, rispetto ai quali i soggetti fornitori nutrono evidentemente degli interessi economici. Fino a questo a momento i giudici non sono stati coinvolti in una valutazione della correttezza dell'inclusione o esclusione di certi servizi nei livelli essenziali, ma non può essere escluso in via generale che le domande giudiziali possano concernere anche questo aspetto, specie se si conferma l'ipotesi che la definizione concreta dei livelli essenziali sia da determinare con atti amministrativi. Se così fosse il giudice sarebbe attratto in una sfera di valutazione di alta discrezionalità tecnica e di difficile soluzione, che potrebbe riecheggiare i rapporti che su altro fronte si registrano tra autorità indipendenti e autorità giudiziarie. Viceversa, nei casi finora riscontrati, il sindacato giudiziario si è concentrato principalmente sulle modalità con cui le autorità amministrative hanno stabilito i livelli essenziali, valutando la congruenza e il rispetto delle procedure e osservando con attenzione il principio della appropriatezza.

Da questa prospettiva, dunque, il rispetto dei livelli essenziali può manifestarsi sottoforma di conflitti di interessi economici contrapposti che vedono la loro composizione nell'intervento dell'autorità giudiziaria, che quindi può svolgere un ulteriore ruolo di definizione dei livelli essenziali.