

1

gennaio-aprile  
2020

**SoDiS**

Società italiana di  
Diritto Sanitario

# CORTI SUPREME e SALUTE

● Rivista diretta da  
Renato Balduzzi

## In evidenza:

- Editoriale. Indicazioni per un'agenda del "dopo"
- La "visione trascendente" dei Lea e la realtà del Ssn (nota a C. cost., sentt. 197/2019 e 62/2020)
- Moriremo di autodeterminazione? (nota a BVerfGE, sent. 26 febbraio 2020)
- La salute alla carta. Il Ssn di fronte alle sfide del regionalismo differenziato
- I primi due anni di Corti Supreme e Salute



**DIREZIONE**

Renato Balduzzi (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano)

**COMITATO SCIENTIFICO**

Enzo Balboni (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano); Mario Bertolissi (Università di Padova); Carlo Bottari (Università di Bologna); Josep Maria Castellà Andreu (Universitat de Barcelona); Lorenzo Chieffi (Università della Campania); Matteo Cosulich (Università di Trento); Lorenzo Cuocolo (Università di Genova); Carlo Emanuele Gallo (Università di Torino); Gianmario Demuro (Università di Cagliari); Giuseppe Di Gaspere (LUISS, Roma); Giorgio Grasso (Università dell'Insubria); Donatella Morana (Università di Roma "Tor Vergata"); Massimo Luciani (Università di Roma "La Sapienza"); Jörg Luther (Università del Piemonte Orientale); Bertrand Mathieu (Université de Paris I Panthéon-Sorbonne); Barbara Pezzini (Università di Bergamo); Annamaria Poggi (Università di Torino); Fabrizio Politi (Università dell'Aquila); Emanuele Rossi (Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa); Maria Alessandra Sandulli (Università di Roma Tre); Massimo Siclari (Università di Roma Tre); Michel Verpeaux (Université de Paris I Panthéon-Sorbonne); Carlos Vidal Prado (UNED, Madrid); Lorenza Violini (Università di Milano)

**REDAZIONE SCIENTIFICA**

Davide Servetti, Andrea Patanè, Vincenzo Antonelli, Luca Armano, Francesco Gallarati, Davide Paris, Arianna Pitino, Eugenio Tagliasacchi

*Corti Supreme e Salute è classificata nell'elenco delle riviste scientifiche (area 12) tenuto dall'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca*

Il presente fascicolo è stato pubblicato con il contributo del Centro d'eccellenza interdipartimentale per il management sanitario (CEIMS) dell'Università del Piemonte Orientale

Autorizzazione richiesta al Tribunale di Pisa

Direttore responsabile: Renato Balduzzi

Amministrazione:

Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Ospedaletto (PI)

Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300

www.pacineditore.it • info@pacineditore.it

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.



# Indice

RENATO BALDUZZI, <i>Indicazioni per un'agenda del "dopo"</i> .....	pag. 3
--	--------

## Giurisprudenza italiana

ANDREA MORRONE, <i>La "visione trascendente" dei Lea e la realtà del Ssn. Critica su processo e merito nelle sentt. nn. 197/2019 e 62/2020 della corte costituzionale</i> ..... »	9
[Corte costituzionale, sentenze 2-24 luglio 2019, n. 197 e 14 gennaio-10 aprile 2020, n. 62, red. Carosi]	

## Giurisprudenza straniera

LUCA ARMANO, <i>I best interests nelle scelte sul fine vita del minore: il caso Tafida Raqeeb</i> .....	» 31
[High Court of Justice – Queens's Bench Division (Administrative Court) and Family Division, sentenza del 3 Ottobre 2019, Tafida Raqeeb vs. Barts NHS Foundation Trust]	
LUCIANO EUSEBI, <i>Moriremo di autodeterminazione? Brevi note su BVG 26 febbraio 2020</i> .....	» 59
[Bundesverfassungsgericht, 26 febbraio 2020, 2 BvR 2347/15, 2 BvR 2527/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 651/16]	

## Osservatorio – Speciale CoVid-19

RENATO BALDUZZI, <i>Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale? (con un approfondimento su un ente poco conosciuto, l'INMP)</i> ..... »	67
CESARE CISLAGHI, <i>Riflessioni a lato dei fatti epidemici: l'isteresi dei processi decisionali</i> ..... »	73
MATTEO COSULICH, <i>Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale</i> .....	» 79
GIUSEPPE DI GASPARE, <i>L'impatto del Coronavirus sulle risorse Servizio Sanitario Nazionale. Qualche spunto di riflessione</i> .....	» 85
ETTORE JORIO, <i>Interventi normativi d'urgenza in tema di contrasto al Coronavirus: una rassegna ragionata</i> .....	» 89
ANDREA PATANÈ, <i>Regioni in piano di rientro ed emergenza Covid-19</i> ..... »	97

## Saggi

LUCIA BUSATTA, <i>Il consenso alla donazione degli organi: uno studio comparato alla ricerca di un modello costituzionalmente preferibile</i> .....	» 103
GIOVANNI TARLI BARBIERI, <i>L'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.: procedure e prospettive</i> ..	» 125
CARLO CHIAPPINELLI, <i>Profili finanziari e potenzialità dei controlli nell'attuazione dell'art.</i>	

116, terzo comma, della Costituzione: i temi della salute e il ruolo della Corte dei conti .....	» 163
CARLO COLAPIETRO, <i>Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato in ambito sanitario: la formazione e il reclutamento del personale</i> .....	» 179
MATTEO COSULICH, <i>Sanità speciali e sanità “differenziate”</i> .....	» 199
GUERINO FARES, <i>Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato in ambito sanitario: farmaci e farmacovigilanza</i> .....	» 213
FRANCESCO GALLARATI, <i>La libera professione intramuraria nella prospettiva del regionalismo differenziato</i> .....	» 231
DONATELLA MORANA, <i>Una differenziazione davvero necessaria? Qualche osservazione (e molte perplessità) su LEA, organizzazione sanitaria e tutela della salute nell’ottica dell’art. 116, u.c., Cost.</i> .....	» 243
MARIA ALESSANDRA SANDULLI, <i>Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato in ambito sanitario: i presidi non rinunciabili della solidarietà e i gravi rischi della competizione</i> .....	» 253

## Dibattiti

### SESSIONE I – GIOCO D’AZZARDO E SALUTE

MAURIZIO FIASCO, <i>Gioco d’azzardo e salute, tra ricerca scientifica e politiche pubbliche: l’importanza di un efficace dialogo interdisciplinare</i> .....	» 267
MARCO LIPARI, <i>Gioco d’azzardo, poteri amministrativi e tutela della salute: l’evoluzione della normativa e della giurisprudenza</i> .....	» 273

### SESSIONE II – FINE VITA, SANITÀ, SALUTE

ANTONIO D’ANDREA, <i>Dignità sociale versus dignità individuale: la fine della vita non può essere solo un fatto personale</i> .....	» 293
BARBARA PEZZINI, <i>Fine vita, sanità, salute nel caso Cappato/Antoniani: la sequenza decisionale ordinanza 207/2018 – sentenza 242/2019</i> .....	» 301
LORENZA VIOLINI, <i>Elementi di criticità della vicenda Cappato: una ipoteca sul futuro del “diritto a morire”?</i> .....	» 313

### SESSIONE III – LA RESPONSABILITÀ SANITARIA

GIOVANNI CANZIO, <i>L’evoluzione storico-giuridica della responsabilità medica: un quadro di sintesi</i> »	319
MATTEO CAPUTO, <i>“Aritmie legislative” e nuovo statuto penale degli esercenti le professioni sanitarie</i> .....	» 325

## Indicazioni per un'agenda del "dopo"

Mentre termino questo editoriale, sta cominciando in Italia, tra comprensibili timori e preoccupazioni, la cosiddetta "fase 2" della risposta al contagio dovuto al virus SARS-Cov-2 (d'ora in poi coronavirus, o anche, nel corpo della rivista, Covid-19): la speranza, che non deve mancare, che essa possa venire vissuta e affrontata con maggiore ordine e capacità di programmazione dovrà essere accompagnata da un atteggiamento di ancora più grande attenzione da parte di tutti, istituzioni e singoli cittadini, scienziati e professionisti sanitari, società civile e società politica.

Un'attenzione che naturalmente non poteva (e non potrà, almeno nell'immediato futuro) non coinvolgere anche *Corti Supreme e Salute*. Essendo troppo presto – siamo ancora in piena pandemia, almeno in parecchi territori del nostro Paese – per fare bilanci, tutti gli interventi dedicati espressamente al coronavirus sono sotto il segno della provvisorietà e dell'incertezza. Non è, per contro, impossibile mettere in ordine i problemi, tentarne un'agenda, distinguendoli tra veri e falsi.

1. Cominciamo da questi ultimi, con l'auspicio che sia possibile lasciarceli alle spalle o, almeno, che essi non siano troppo ingombranti sulle nostre spalle.

Il più diffuso a livello mediatico consiste nella domanda circa la copertura costituzionale delle tante limitazioni di questi mesi. Dopo alcune incertezze iniziali, sembra ormai risolto positivamente, a seguito del d.l. n. 19/2020, il nodo della cosiddetta catena normativa, in particolare quello della base legislativa dei provvedimenti limitativi, specialmente dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri<sup>1</sup>. Non si tratta, a tutta evidenza, di un problema ozioso, o meramente formalistico su cui ironizzare: il rispetto del sistema delle fonti del diritto, come è o dovrebbe essere ben noto, ha a che fare e vedere con la tenuta della stessa forma di Stato, dunque rispettarlo significa evitare "sbregghi" a quest'ultima (arg. *ex* Corte cost., sent. n. 127 del 1995).

In particolare, si tratta di assicurare il rispetto di due cardini della forma di Stato costituzionalmente rilevanti quali la riserva di legge e il principio di legalità, verificando *in concreto*,

---

<sup>1</sup> V. per tutti M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta OnLine*, 11 aprile 2020 (Liber amicorum *per Pasquale Costanzo*), pp. 3 ss.

limitazione per limitazione, se e in quale misura l'atto con forza di legge contenga le scelte caratterizzanti tali da ritenere soddisfatta la riserva (relativa, come quella concernente la libertà di circolazione ex art. 16 Cost.) e se l'atto normativo (legislativo o non) costituisca e in quale misura il presupposto sostanziale dell'atto applicativo. In quanto codipendenti da due diverse basi legislative (il "Codice della protezione civile", d.lgs. n. 1/2018; i singoli decreti-legge emanati in questi mesi, a partire dal d.l. n. 6/2020), essi compartecipano sia della natura di ordinanza, sia, a mio parere, di quella regolamentare d'attuazione, in deroga all'art. 17 della legge n. 400/1988.

Lungi pertanto dall'intendere l'emergenza come sospensione della forza ordinante della Costituzione, è proprio da essa che l'interprete può e deve muovere per inquadrare i provvedimenti di contenimento e gestione dell'emergenza pandemica: come si è provato a suggerire in uno dei primi interventi apparsi sul tema<sup>2</sup>, e rovesciando l'antico brocardo possiamo dire che *necessitas habet constitutionem*.

A fugare un eccesso di preoccupazioni anche comprensibilmente garantistiche può concorrere un altro elemento: la compartecipazione del potere tra diverse istituzioni che costituisce una caratteristica degli ordinamenti politici ispirati ai principi di autonomia e decentramento, se può essere, almeno inizialmente –così è stato ed è tuttora, al momento in cui scrivo – fonte di confusione e di incertezza<sup>3</sup>, resta comunque nel suo complesso una garanzia di pluralismo e un ostacolo rilevante a derive autoritarie, quali invece stanno registrandosi in alcune delle cosiddette democrazie "illiberali"<sup>4</sup>.

2. Parimenti poco convincente appare la necessità di introdurre nella Costituzione specifiche disposizioni in tema di stato di emergenza, o una clausola di supremazia statale al fine di mettere in riga le regioni riottose.

Sotto il primo profilo, l'art. 77 Cost. risponde bene al bilanciamento tra l'esigenza del pronto intervento e quella di assicurare il concorso equilibrato di Parlamento e Capo dello Stato (le discussioni concernenti la funzionalità delle Camere in tempi di coronavirus essendo sembrate più un problema di spazi e di organizzazione dei lavori che di stretto diritto costituzionale).

<sup>2</sup> R. BALDUZZI, *Solidarietà cardine costituzionale delle eccezionali misure antivirus*, in *Avvenire*, 14 marzo 2020, p. 3.

<sup>3</sup> Si veda, riassuntivamente, il contributo di E. JORIO, *Interventi normativi d'urgenza in tema di contrasto al Coronavirus: una rassegna ragionata*, in questa *Rivista*, pp. 87 ss.

<sup>4</sup> La bibliografia sul tema generale delle cosiddette democrazie illiberali e sul carattere ossimorico o meno dell'espressione è ormai molto vasta: per stare alla letteratura italiana, si vedano, di recente, soprattutto C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR e A. SPADARO, *Crisi dello Stato costituzionale e involuzione dei processi democratici*, Atti del Convegno di studi – Reggio Calabria, 7 novembre 2019, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; A. SPADARO, *Dalla «democrazia costituzionale» alla «democrazia illiberale» (populismo sovranista), fino alla ... «democratatura»*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3/2020; A. D'Atena, *Sul cortocircuito tra democrazia illiberale ed Internet*, in *Lo Stato*, n. 13 (2019) pp. 261 ss. Per quanto concerne le derive autoritarie occasionate dall'emergenza coronavirus, v. i diversi contributi pubblicati in *Verfassungsblog* e in *Federalismi.it*.

Sotto il secondo profilo, è indubbia la competenza statale ad adottare provvedimenti d'urgenza in caso di pandemie sanitarie: oltre alla competenza legislativa esclusiva in tema di profilassi internazionale (lett. *q*) del secondo comma dell'art. 117 Cost.) e sui principi fondamentali per la tutela della salute (i quali, in un contesto di emergenza conclamata, bene si prestano a essere interpretati quali fonti abilitanti legittime regole statali, anche di dettaglio, sull'indirizzo e sul coordinamento delle iniziative di prevenzione e di contrasto), rilevano i poteri sostitutivi previsti dall'art. 120, comma 2 Cost. in caso di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, o quando lo richieda la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie. Se si passa alla legislazione ordinaria (anche senza scomodare la "attrazione in sussidiarietà", pure correttamente invocata)<sup>5</sup> si constata facilmente la competenza statale all'adozione dei provvedimenti d'urgenza che interessano l'intero territorio nazionale<sup>6</sup>, ribadita anche dalla normazione più "regionalista", cioè il d.lgs. n. 112/1998, in particolare agli art. 112, 115, 117, 118 e 126<sup>7</sup>.

Ve n'è a sufficienza per concludere che (almeno) in tema di emergenze sanitarie non credo si possa senz'altro parlare, per quanto attiene al riparto delle competenze tra Stato e regioni, di un modello "dualista e paritario, quindi indeciso"<sup>8</sup>. A determinare incertezza concorrono plurimi fattori, estranei al quadro costituzionale e normativo: a) anzitutto la situazione del quadro politico, intrecciata con l'asserito plusvalore, sempre di ordine politico, che deriverebbe ai presidenti di regione ("governatori", stando alle cronache mediatiche, tendenzialmente corrive rispetto a siffatto genere di improprietà) dal sistema di elezione diretta da parte del corpo elettorale; b) legata a questo sfondo, va rilevata altresì una certa spregiudicatezza di questo o quel presidente regionale rispetto alle regole di competenza e all'attuazione concreta del principio di leale collaborazione; gli echi della recente (anche se politicamente e culturalmente sembrano passati anni) e accesa discussione sul cosiddetto regionalismo differenziato<sup>9</sup> contribuiscono a determinare quella incertezza che costituisce uno dei veri problemi, anche nella prospettiva, una volta cessato lo stato di emergenza nazionale, di fare fronte al prevedibile fascio di controversie costituzio-

<sup>5</sup> M. COSULICH, *Lo Stato regionale alla prova dell'emergenza virale*, in questa *Rivista*, p. 79.

<sup>6</sup> Si rinvia a R. BALDUZZI, *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale? (con un approfondimento su un ente poco conosciuto, l'INMP)*, in questa *Rivista*, pp. 68 ss.

<sup>7</sup> Circostanza sottolineata soprattutto nel mio *Ci voleva l'emergenza Covid-19*, cit.

<sup>8</sup> A. MORRONE, *La "visione trascendente" dei Lea*, cit., p. 25.

<sup>9</sup> Si vedano i saggi raccolti in questa *Rivista*, in particolare, da p. 123, G. TARLI BARBIERI, *L'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.; procedure e prospettive*; C. CHIAPPINELLI, *Profili finanziari e potenzialità dei controlli nell'attuazione dell'art. 116 terzo comma della Costituzione nel settore sanitario: il ruolo della Corte dei conti*; C. COLAPIETRO, *Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato in ambito sanitario: la formazione e il reclutamento del personale*; M. COSULICH, *Sanità speciali e sanità "differenziate"*; G. FARES, *Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato in ambito sanitario: farmaci e farmacovigilanza*; F. GALLARATI, *La libera professione intramuraria nella prospettiva del regionalismo differenziato*; D. MORANA, *Una differenziazione davvero necessaria? Qualche osservazione (e molte perplessità) su Lea, organizzazione sanitaria e tutela della salute nell'ottica dell'art. 116 u.c. Cost.*; M. A. SANDULLI, *Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato: i presidi non rinunciabili della solidarietà e i gravi rischi della competizione*.

nali, civili, penali, amministrative e tributarie. A tale incertezza concorrono naturalmente anche la mole e la varietà dei provvedimenti adottati: per quanto specificamente attiene ai provvedimenti aventi rilievo sanitario, sarebbe pertanto auspicabile il loro consolidamento in testo unico secondo le rispettive tipologie o quanto meno un testo coordinato<sup>10</sup>.

3. Accanto alla rilevata incertezza dovuta alla stratificazione di provvedimenti normativi di diversa tipologia e provenienza, un altro problema si potrebbe presentare, a pandemia sperabilmente domata; che soluzioni e istituti accolti durante l'emergenza divengano permanenti o comunque possano restringere l'ambito di applicazione dei principi e delle regole della democrazia costituzionale, senza trovare nello Stato regionale una sufficiente protezione, ch e anzi ci  potrebbe moltiplicare i rischi ove ciascun livello di governo abbia la tentazione di perpetuare nel dopo-emergenza regole e approcci propri della fase emergenziale<sup>11</sup>.

Qui peraltro interviene il sistema delle garanzie e pertanto, oltre al ruolo di vigilanza svolto, oggi e domani, dal Capo dello Stato, rilevano le garanzie giurisdizionali, in particolare quelle facenti capo all'attivit  della Corte costituzionale, anche, ma non soltanto, su impulso dei giudici comuni. Sul sempre delicato tema del rapporto tra giudice (specialmente) costituzionale e legislatore<sup>12</sup> va precisato che, sul tema che ci interessa, non sembra esservi il pericolo di un'invasione di campo, anzi l'emergenza riporta in prima linea il "legislatore" (Governo-Parlamento) e la politica. Verr  certo, pi  ampiamente di quanto sinora avvenuto, il fisiologico momento del controllo, rispetto al quale l'auspicio non pu  non essere quello che la Corte costituzionale (o, meglio, le Corti costituzionali, perch  il problema si pone in modi e dimensioni sostanzialmente simili anche in altri ordinamenti)<sup>13</sup> resti fedele alle coordinate generali del proprio approccio in tema di emergenza, secondo il quale le

<sup>10</sup> E sarebbe anche importante riuscire a individuare alcuni limiti all'estensione del perimetro e della numerosit  delle regole: insiste sul punto, assai opportunamente, G. FORTI, *Introduzione. Un'attesa di luce, dalla carit , in Id. (a cura di), Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, Milano, Vita e Pensiero, 2020, pp. 12 ss.

<sup>11</sup> Pensiamo a un profilo generalmente poco considerato, se non per diatribe meramente politico-partitiche: la concentrazione di poteri, almeno apparente (e rafforzata a livello di comunicazione mediatica), in capo alla Presidenza del consiglio dei ministri, derivata sia dall'impianto della normativa sulla protezione civile, sia dalla scelta di privilegiare, anche se non in via esclusiva, lo strumento del d.P.C.M. Personalmente mi sono fatto l'impressione di un tasso di collegialit  effettiva maggiore di quella percepita (un cenno in R. BALDUZZI, *Solidariet , cit.*), ma la questione comunque si porr  anche dopo la fine dello stato di emergenza.

<sup>12</sup> Si vedano le considerazioni di A. MORRONE, *La "visione trascendente" dei Lea e la realt  del Ssn. Critica su processo e merito nelle sentt. nn. 197/2019 e 62/2020 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, pp. 9 ss. :   prevedibile che l'eventuale, e assai probabile, intervento della Corte costituzionale nel contenzioso relativo a provvedimenti, legislativi e non, collegati al coronavirus, comporter  nuove puntate dell'attenzione ai fatti (anche in considerazione dell'abbondanza di dati scientifici nella materia *de qua*, e della recente entrata in vigore dell'art. 14-bis, comma 1, delle *Norme integrative per i giudizi innanzi alla Corte costituzionale*, sulla possibilit  per la Corte di audire esperti di chiara fama per acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline), e dunque permetter  di valutare meglio se la ricostruzione dell'A. in chiave di "suprematismo giudiziario" possa essere confermata e in quale misura.

<sup>13</sup> Eloquente, in tal senso, il parallelismo che, in tema di fine vita, si   verificato tra le Corti italiana e tedesca: si vedano le considerazioni critiche di L. EUSEBI, *Moriremo di autodeterminazione? Brevi note su BVG 26 febbraio 2020*, in questa *Rivista*, pp. 57 ss.

relative misure adottate allo scopo di contenere e gestire la pandemia devono rispondere ai criteri di necessità, proporzionalità, ragionevolezza, bilanciamento e temporaneità.

Ne consegue un dovere accresciuto di vigilanza in capo a tutti coloro che si riconoscono negli istituti dello Stato di diritto e della democrazia costituzionale. Dovere il cui adempimento è tanto più necessario quanto più forte sembra essere il dubbio, presso una parte rilevante dell'opinione pubblica, circa l'idoneità delle democrazie costituzionali ad affrontare e a vincere le sfide poste dalle emergenze pandemiche. Si tratta di una variante dell'antica tensione tra libertà e sicurezza, che si presenta in forme inevitabilmente nuove nella società della conoscenza e dei *big data*, e che a parere di chi scrive richiede la condivisione di un presupposto culturale: poiché soltanto attraverso la collaborazione internazionale è possibile vincere tali sfide, e poiché siffatta collaborazione, per essere efficace, esige trasparenza di procedure e garanzia di controlli reciproci, sono proprie le democrazie costituzionali i sistemi meglio in grado di affrontarle e gestirle, almeno nel medio e lungo termine.

Accanto alla vigilanza "democratica", altre attività di vigilanza si impongono e si imporranno sempre di più, in capo alla collettività nel suo insieme: quella allo scopo di monitorare l'impatto del coronavirus sulle risorse del Servizio sanitario nazionale<sup>14</sup> e quella allo scopo di porre gli opportuni rimedi ove all'emergenza sanitaria si accompagni una vera e propria emergenza giurisdizionale, per via della possibile pioggia di ricorsi nei confronti di operatori e strutture sanitarie. Sotto quest'ultimo profilo, piuttosto che pensare a "scudi" protettivi volti a limitare la responsabilità professionale sotto il profilo dell'elemento soggettivo, i quali inevitabilmente condurrebbero a delicati problemi di compatibilità rispetto a plurime norme costituzionali (in tema di diritto di agire in giudizio per la tutela di diritti soggettivi e di interessi legittimi, di eguale sottoponibilità alla legge penale, di responsabilità dei pubblici dipendenti, e così via), sembra più proficuo proseguire con determinazione nella strada già intrapresa negli ultimi anni da legislatore e giurisprudenza, che nei casi di responsabilità professionale dei sanitari ha portato a un bilanciamento tra l'esigenza di tutelare le posizioni soggettive di singoli malati e loro famiglie e quella di superare o almeno ridurre i comportamenti di medicina difensiva, a loro volta incidenti negativamente sul diritto alla salute<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> In proposito si vedano G. DI GASPARE, *L'impatto del Coronavirus sulle risorse del Servizio sanitario nazionale. Qualche spunto di riflessione*, in questa *Rivista*, pp. 83 ss. e, su un profilo particolare, ma importante, A. PATANÈ, *Regioni in piano di rientro ed emergenza Covid-19*, *ivi*, pp. 95 ss.

<sup>15</sup> Si vedano gli scritti di G. CANZIO, *L'evoluzione storico-giuridica della responsabilità medica: un quadro di sintesi*, in questa *Rivista*, pp. 317 ss.; M. CAPUTO, *Aritmie legislative e nuovo statuto penale degli esercenti le professioni sanitarie*, *ivi*, pp. 323 ss. Per un confronto interessante, in ordine agli orientamenti giurisprudenziali in un settore delicato quale il contrasto al gioco d'azzardo patologico, v. M. LIPARI, *Gioco d'azzardo, poteri amministrativi e tutela della salute: l'evoluzione della normativa e della giurisprudenza*, in questa *Rivista*, pp. 271 ss. Ma v. anche M. CAPUTO, *La responsabilità penale degli operatori sanitari ai tempi del Covid-19. La gestione normativa dell'errore commesso in situazioni caratterizzate dall'emergenza e dalla scarsità di risorse*, in G. Forti (a cura di), *Le regole e la vita*, *cit.*, pp. 109 ss.

4. Un'agenda dei problemi per il "dopo" non può inoltre evitare di fare i conti con la concezione stessa del diritto sociale alla salute. È possibile che l'emergenza pandemica induca a un ripensamento circa taluni approcci del recente passato, volti a marginalizzare il significato della salute come diritto sociale esigibile, caratterizzato dai connotati di universalità, globalità e accessibilità delle relative prestazioni<sup>16</sup>. Le implicazioni di un siffatto ripensamento avrebbero riverberi anche sul più complessivo rapporto tra sfera privata e autodeterminazione, da un lato, e sfera pubblica e relazionalità, dall'altro, con ricadute significative su temi quali il rapporto tra cura medica e fine vita<sup>17</sup>.

Ancora: l'agenda del "dopo" non potrà non fare tesoro di quanto questo difficile "durante" ci ha già consegnato in ordine ai rapporti tra scienza e decisione politica. La politica deve stare legata alla riflessione scientifica, non può e non deve farne a meno, ma vale per il politico, almeno in parte, quanto vale per il giudice: anch'egli deve essere, in qualche misura, *peritus peritorum*, non soltanto perché, soprattutto di fronte ad evenienze inedite, la stessa scienza è plurale e dunque la traduzione in decisioni delle sue riflessioni richiede prudenza, ma soprattutto perché c'è una responsabilità della politica che non è mai delegabile (e neanche surrogabile attraverso il ricorso a *task forces*...) <sup>18</sup>.

Infine, *but not least*, l'agenda per il dopo-emergenza dovrà tenere presente come indicazione di base e iscrivere in testa a ogni pagina il motto della solidarietà, intesa come benevolenza e carità<sup>19</sup>: la risorsa umana di cui in tempi di coronavirus abbiamo percepito, come non mai, l'importanza e che, non a caso, è il fondamento del diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività tutelato dall'art. 32 e, altresì, dell'intero Servizio sanitario nazionale.

<sup>16</sup> In tal senso v. C. CISLAGHI, *Riflessioni a lato dei fatti epidemici: l'isteresi dei processi decisionali*, in questa *Rivista*, pp. 71 ss.; su un punto particolare v. L. BUSATTA, *Il consenso alla donazione degli organi: uno studio comparato alla ricerca di un modello costituzionalmente preferibile*, ivi, pp. 101 ss.

<sup>17</sup> Passando da un approccio in termini di meri "doveri individuali" a uno incentrato su veri e propri diritti sociali, soprattutto in capo alle persone più fragili: così L. EUSEBI, *Moriremo di autodeterminazione?*, cit., p. 64. Sulla necessità di temperare la "dignità individuale" della persona con la sua "dignità sociale" v. A. D'ANDREA, *Dignità individuale versus dignità individuale: la fine della vita non può essere solo un fatto personale*, in questa *Rivista*, pp. 291 ss.; si vedano altresì le conclusioni finali dello scritto di L. VIOLINI, *Elementi di criticità della vicenda Cappato: una ipoteca sul futuro del "diritto a morire"?*, ivi, p. 315. Significativa la differente lettura che viene data delle "omissioni" che, proprio sul punto dell'autodeterminazione, sono presenti nella sent. n. 242/2019 della Corte costituzionale rispetto alla precedente ord. n. 207/2018: B. PEZZINI, *Fine vita, sanità, salute nel caso Cappato/Antoniani: la sequenza decisionale ordinanza 207/2018-sentenza 242/2019*, ivi, p.303; C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio*, in questa *Rivista*, n. 2/2019, p. 224.

<sup>18</sup> Sul punto v. le interessanti notazioni, a proposito di una diversa fattispecie, di M. FIASCO, *Gioco d'azzardo e salute, tra ricerca scientifica e politiche pubbliche: l'importanza di un efficace dialogo interdisciplinare*, in questa *Rivista*, pp. 265 ss.; si veda anche la parte finale della nota di L. ARMANO, *I best interests nelle scelte sul fine vita del minore: il caso Tafida Raqeeb*, in questa *Rivista*, p. 54 e s., sulla insufficienza del solo riferimento medico-scientifico.

<sup>19</sup> E altresì come complementarità: sul punto v. G. Forti, *Introduzione*, cit., pp. 28 ss.

## La “visione trascendente” dei Lea e la realtà del Ssn

Critica su processo e merito nelle sentt. nn.  
197/2019 e 62/2020 della corte costituzionale\*

[Corte costituzionale, sentenze 2-24 luglio 2019, n. 197 e 14 gennaio-10 aprile 2020, n. 62, red. Carosi]

Andrea Morrone\*\*

**SOMMARIO:** 1. Il piano di lavoro: processo e istruttoria; salute e stato regionale; equilibrio di bilancio e copertura delle spese. – 2. Esercizi di *suprematismo giudiziario*: la corte tra politica e diritto processuale. – 3. Istruttoria, giudizio sul merito e giudizio di costituzionalità: un contributo al dilemma tra *soggettivo* e *oggettivo* nel giudizio in via d'azione. – 4. Effettività nella tutela del diritto alla salute: *trascendenza* dei Lea e *miseria* del modello dualista e paritario di organizzazione del servizio sanitario nazionale. – 5. Rigore di bilancio *versus* decisioni di costituzionalità *whatever it takes*.

**ABSTRACT:**

La decisione (sentt. nn. 197/19 e 62/20) tocca diversi temi: il rapporto tra processo e istruttoria; la garanzia della salute mediante l'organizzazione dello stato regionale; il rapporto tra l'equilibrio di bilancio, la copertura della spesa regionale, l'efficienza dell'amministrazione. La nota si focalizza su alcuni problemi. Innanzitutto, la decisione appare come un ennesimo esercizio di “judicial suprematism”: in particolare, la creazione giurisprudenziale delle regole processuali serve a rafforzare la

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

\*\* Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Alma Mater Studiorum-Università di Bologna, andrea.morrone@unibo.it.

posizione di supremazia della corte costituzionale nei confronti degli organi legislativi, e all'interno della società civile. In secondo luogo, i poteri istruttori, valorizzando il fatto in un processo di legittimità, incidono sulla natura (soggettiva o oggettiva?) del giudizio sulle controversie tra stato e regioni. In terzo luogo, nel valorizzare l'effettività del diritto alla salute, la decisione mostra le criticità del sistema sanitario nazionale vigente, incentrato su un modello dualista e paritario, che, tuttavia, non appare capace di garantire quel diritto fondamentale. Infine, la nota dimostra che l'effettività ricercata dal giudice costituzionale può produrre bilanciamenti *whatever it takes* ossia aperti ad ogni soluzione.

*The constitutional court's decision (dec. n. 197/2019 and n. 62/2020) deals with: the relationship between constitutional process and judicial inquiry; health's protection and regional State, balanced budget, public expenditures and good administration principles. The essay focuses many criticisms. First of all, the constitutional court's decision is an exercise of so-called "judicial suprematism": in particular, judicial production of process rules makes use of constitutional court's supremacy, both in the society and in the relationship with legislative power (at national and regional level). Secondly, taking facts in the constitutional process, judicial inquiry powers modify the judicial review of legislation, specifically in the territorial conflicts. Thirdly, emphasizing health right's effectiveness, constitutional court's decision shows the limits of national health care system, in particular the equal and consensual model of normative and administrative organisation. Last but not least, essay shows that the health protection's effectiveness leads the constitutional court to make balancing tests whatever it takes.*

## 1. Il piano di lavoro: processo e istruttoria; salute e stato regionale; equilibrio di bilancio e copertura delle spese

La domanda sottesa alle decisioni che si commentano non corrisponde alla complessità degli atti del processo e degli argomenti offerti per scioglierla nel merito. In fondo si trattava *solo* di stabilire se la legge di bilancio della Sicilia avesse o meno stanziato risorse adeguate a coprire spese regionali connesse a determinate funzioni, in materia sanitaria, previdenziale, di coesione sociale. Il ricorso statale, nelle sue articolazioni, contestava la violazione del principio di copertura e di equilibrio di bilancio, nonché le norme sulla delimitazione delle relative competenze materiali (i parametri indicati sono gli artt. 81, c. 3; 117, c. 2, lett. e, lett. m, e c. 3 Cost.; 119 Cost.). La risposta, in gran parte di accoglimento dei rilievi del governo, è venuta, tuttavia, solo dopo un articolato *iter* decisorio, che ha visto giocare un ruolo di comprimario ad un'ordinanza istruttoria che ha allungato i tempi del giudizio e condizionato l'esito della decisione.

La corte costituzionale ha dato prova del suo, ormai consueto, spirito creativo: non tanto nell'esercitare uno *spacchettamento* delle singole censure in diversi e separati giudizi, diventato di fatto *rituale* nei processi che riguardano l'ordine costituzionale delle competen-

ze territoriali<sup>1</sup>; quanto, con riferimento a quello che qui ci occupa, nel portare ad effetto una *decisione in due tempi*<sup>2</sup>, intervallata dalla richiesta di un supplemento di conoscenza, nei confronti delle parti litiganti, operato mediante una singolare ordinanza istruttoria, allegata e, quindi, pubblicata insieme alla prima delle due pronunce<sup>3</sup>. Insomma, la decisione della controversia è la risultante di due sentenze e di una ordinanza<sup>4</sup> (accompagnate da due comunicati stampa)<sup>5</sup>, rese durante uno spazio temporale che ha occupato quasi due anni<sup>6</sup>.

L'interesse dell'interprete si colloca entro questi confini: analizzare, cioè, le tre pronunce che delimitano la forma del giudizio, allo scopo di chiarire i riflessi che la decisione, nel suo complesso, produce sia sul versante del *processo* costituzionale, sia su quello della *giustizia* costituzionale<sup>7</sup>. Dal primo lato, concentrerò le mie riflessioni su quello che potrei dire il contributo, che da questa giurisprudenza si può trarre, all'annosa e, tuttora, irrisolta questione sulla natura del giudizio di legittimità costituzionale in via d'azione; dal secondo lato, mi soffermerò sul disegno dello stato regionale che viene abbozzato, attraverso l'angolo visuale privilegiato della tutela della salute.

Il fatto che la decisione si occupi proprio e soprattutto dell'effettività delle forme di tutela del bene protetto dall'art. 32 Cost. è utile anche *in prospettiva*: tra la sent. n. 197/2019 e la sent. n. 62/2020 c'è l'emergenza sanitaria causata dal *Covid-19*. Senza compiere opere

<sup>1</sup> Sono sostanzialmente tre i quadri di riferimento processuale in cui il ricorso del governo è stato diviso: cfr., sul punto, G. RAGONE, *L'attivazione del potere istruttorio tra forme consolidate e scelte innovative. Riflessioni a margine della sentenza costituzionale n. 197 del 2019*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2020, n. 1.

<sup>2</sup> Ho utilizzato questa espressione per leggere il caso *Cappato/Dj Fabo*: cfr. A. MORRONE, *Il caso e la sua legge. Note sulla vicenda Cappato/Dj Fabo*, in *Famiglia e diritto*, 2020, n. 3, pp. 244 ss.; come dimostra anche questa controversia, si tratta di una soluzione che la giurisprudenza va sperimentando in diverse sedi, tanto nel giudizio incidentale quanto nel giudizio in via d'azione.

<sup>3</sup> Sulla novità di questa prassi cfr. G.P. DOLSO, *Ancora un tassello nella elaborazione giurisprudenziale del processo costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, n. 1; nonché G. RAGONE, *op. cit.*

<sup>4</sup> In questa sede, quindi, quando parlo della *decisione* mi riferisco alla sintesi delle pronunce formali che hanno definito l'intero giudizio, proprio perché parti costitutive di un tutto.

<sup>5</sup> Cfr. il comunicato del 10 aprile 2020, a corredo della pubblicazione della sent. n. 62/2020; e il comunicato del 24 luglio 2019, in ordine alla sent. n. 197/2020.

<sup>6</sup> Questa notazione sulla durata temporale non è affatto irrilevante: la particolare lunghezza del tempo necessario alla definizione del giudizio, legata all'istruttoria che la Corte costituzionale ha deciso di sviluppare con l'ordinanza interlocutoria resa insieme alla sent. n. 197/2019, ha avuto conseguenze a dir poco *necessitate* anche sulla seconda pronuncia, dato che la sent. n. 62/2020, per il momento in cui è intervenuta, in relazione all'ultima delle questioni avanzate, può essere considerata anche il riflesso condizionato della consapevolezza del tempo irrimediabilmente trascorso, anche a causa del suddetto supplemento istruttorio. Per i motivi di fondo, cfr. l'ultimo paragrafo.

<sup>7</sup> Dal mio punto di vista queste due espressioni, di norma utilizzate per riferirsi alla funzione di garanzia della costituzione affidata ad un potere specifico incardinato su un giudice, indicano differenti prospettive di lettura: quella del *diritto processuale costituzionale* mette l'accento sulla struttura processuale dei giudizi di competenza della Corte costituzionale (e, quindi, sul processo e sulle relative regole giuridiche); quella della *giustizia costituzionale*, rimanda ai contenuti dell'attività della Corte costituzionale, per quanto riguarda i suoi riflessi sull'organizzazione politica, sui diritti e sui doveri fondamentali, sui rapporti tra ordinamenti. Una differente lettura del fenomeno si trova in M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 29 ss., che riduce l'alternativa (giustizia, diritto processuale costituzionale) alla differenza tra procedura e processo.

di particolare introspezione psicologica, appare evidente, almeno a chi scrive, che l'esito di questa vicenda, per le cose che sono dette e per il contesto nel quale esse sono calate, ha un valore specifico, anche per valutare la *sostenibilità* del modello di regionalismo che, proprio nel settore della tutela della salute, è chiamato a dare la prova *decisiva* della sua perdurante tenuta.

Per esigenze analitiche scinderò le parti del mio discorso in tre, nonostante la sua sostanziale unitarietà: dedicherò la prima, a) ai profili processuali e al loro rapporto con la natura del giudizio di legittimità costituzionale in via d'azione (par. nn. 2 e 3); la seconda, b) alla tutela della salute e ai Lea nel quadro dell'organizzazione dello stato regionale (par. n. 4); la terza, c) al rapporto tra l'equilibrio di bilancio e il finanziamento della spesa regionale (par. n. 5).

## 2. Esercizi di *suprematismo giudiziario*: la corte tra politica e diritto processuale

Le pronunce sollecitano la problematica del cd. *diritto processuale* costituzionale per plurimi aspetti.

L'impressione generale che se ne trae, considerando la sequenza degli atti "*sentenza-ordinanza istruttoria-sentenza*" è che, anche in questa ipotesi, si siano volute sperimentare le potenzialità di un *dialogo istituzionale*, tra corte costituzionale e potere politico-legislativo, *condotto secondo un preciso spartito*. Leggendo, sia pure in maniera cronologicamente frazionata gli atti processuali della nostra vicenda, m'è tornato in mente il *caso Cappato/Dj Fabo*. Nonostante mi renda conto che potrebbe sembrare probabilmente eretico un accostamento tra questioni che presentano indubbe differenze, credo che valga la pena stabilire un parallelo tra questo caso e quella vicenda, perché in entrambi emergono spunti simili, particolarmente fecondi per le nostre riflessioni in materia di *processo* e intorno alla *posizione* del giudice costituzionale nel sistema dei poteri.

Il punto di convergenza è il seguente. La corte costituzionale esprime la volontà di cercare rinnovate forme di collaborazione istituzionale, tra sé stessa e i titolari di poteri politico-legislativi, orientate al migliore svolgimento della propria funzione di garanzia della costituzione. Nel *caso Cappato/Dj Fabo* il giudice delle leggi (ord. n. 207/2018) ha sospeso il proprio rito in attesa di una legge; non senza rinunciare, però, e in maniera decisiva, visto l'esito del giudizio complessivo, a *delimitare* normativamente l'auspicato esercizio della potestà legislativa, quasi imponendo il modo mediante il quale il legislatore avrebbe dovuto procedere alla costruzione positiva della regola del conflitto, sulla base di una fattispecie astratta desunta *integralmente* dal caso, così come era stato tagliato nell'ordinanza interlocutoria. Proprio quella fattispecie, ricalcata sulla *species facti*, è poi diventata, dopo

l'inutile decorso del tempo e l'inerzia del legislatore, l'oggetto di una *legge del caso*, scritta con la sent. n. 242/2019<sup>8</sup>.

Una cosa non molto dissimile è accaduta nella nostra situazione. A differenza di quanto risulta nella prassi precedente, nella quale il *deficit* cognitivo nel processo formativo della volontà decisoria del giudice si è risolto, in genere, con la mera consegna di un ordine istruttorio alle parti senza contemporaneamente lasciar trasparire *ex ante* alcuna ipotesi di soluzione<sup>9</sup>, nella sent. 197/2019 – ancora prima e, comunque, indipendentemente dall'ordinanza istruttorie<sup>10</sup> – il giudice delle leggi ha *pre-determinato* nel suo complesso i confini del giudizio, lasciando prefigurare il suo possibile esito. Ciò, però, ad onta della funzione che andrebbe assegnata all'acquisizione *ex officio* di elementi di prova. Per la teoria del processo, infatti, la richiesta di allegazione probatoria è in funzione della formazione della prova quale presupposto della decisione, non, invece, per confermare una decisione già assunta, rispetto alla quale la stessa risulterebbe *inutiliter petita et data*. Proviamo a vedere come ciò è avvenuto.

Dopo aver detto che *in parte* le questioni sollevate sono “*meritevoli di apposita istruttoria finalizzata ad acquisire elementi indispensabili ai fini della decisione*”, in una lunga motivazione, indicata al punto n. 3 del considerato in diritto della sent. n. 197/2019, si stabilisce – ma è ovvio – che il problema della copertura della spesa sanitaria attiene ai rapporti tra stato e regioni e – ma ciò non è scontato – che “*alla luce dei contrastanti argomenti sviluppati dalle parti e della mancata ostensione degli elementi indefettibili previsti dall'art. 20 del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118 (...), sussiste il dubbio che le disposizioni impugnate non siano conformi ai parametri evocati e che comunque non sia assicurato neppure da parte dello Stato l'integrale finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie*”. Questo passaggio è il preludio di una lunga citazione, a mo' di paradigma, di un proprio precedente (sent. n. 169/2017), usato al fine specifico di definire le traiettorie *dualistiche* del sistema sanitario stato-regionale, e per radicare, nell'ambito della disciplina del d.lgs. n. 118/2011, i contorni degli *adempimenti* regionali imposti dalla disciplina sulla armonizzazione dei bilanci pubblici. Tutto ciò, quindi, “*rende necessario che le parti dimostrino il rispetto dell'art. 20 del d.lgs. n. 118 del 2011, alla cui attuazione cooperano sia*

<sup>8</sup> Rinvio per ogni svolgimento teorico al mio *Il caso e la sua legge*, cit.

<sup>9</sup> Cfr., ad es., sent. n. 111/1999, nella quale, dopo aver riferito che con “*ordinanza in data 11-22 febbraio 1999 questa Corte, in relazione alle questioni di legittimità costituzionale proposte nei confronti dell'art. 2, comma 154, e dell'art. 3, comma 216, ha disposto in via istruttoria l'acquisizione di informazioni e documenti, riservata ogni altra decisione sul ricorso*”, senza ulteriori precisazioni, la corte è passata al merito delle altre questioni di costituzionalità. Ma il dato non è casuale: basta solo rileggere l'esperienza delle ordinanze istruttorie per cogliere il dato essenziale che l'apertura della fase istruttoria ha lasciato *impregiudicato* l'esito della controversia. Cfr. gli studi monografici di T. GROPPI, *I poteri istruttori della corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1997; G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2012, nonché, più di recente, i contributi raccolti nel volume di M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.

<sup>10</sup> Che, infatti, si limita a dettagliare puntigliosamente ciò che alla corte interessa sapere dalle parti.

*lo Stato sia la Regione stessa, e forniscano la prova dell'integrale finanziamento dei LEA, di cui l'avvenuta retrocessione delle quote di accise o l'attribuzione di altro cespite nella misura di legge dovuta dallo Stato dovrebbe essere parte integrante, nonché del rispetto dei vincoli di destinazione, che la vigente normativa impone per il finanziamento dei livelli essenziali".*

La sent. n. 62/2020, nonostante le allegazioni della (sola) regione Sicilia<sup>11</sup>, si muove sostanzialmente all'interno del *letto di Procuste* del suo antecedente processuale, nella parte in cui aveva già riscontrato lo sbilanciamento delle poste di bilancio, e astrattamente ipotizzato il mancato rispetto dei canoni sull'armonizzazione *ex art. 20 cit.*, definiti quali *"condizioni indefettibili nella individuazione e nella allocazione delle risorse inerenti ai livelli essenziali delle prestazioni"*. La sent. n. 62/2020, infatti, accoglie il ricorso nei termini in cui era stato prefigurato nella motivazione interlocutoria contenuta nella sent. n. 197/2019, ritenendo negli esiti inevaso l'onere della prova della regione resistente. Al contempo, in un lungo *obiter dictum* – davvero eccedente rispetto al merito della decisione di accoglimento, essendo espressamente detto che nulla ha a che vedere con l'esito della controversia – il giudice delle leggi non manca di *tirare le orecchie* anche allo stato ricorrente, ancora una volta in linea con il dubbio manifestato nella precedente decisione sulla adeguatezza delle risorse trasferite al bilancio regionale. Volendo essere pignoli, su quest'ultimo aspetto, nella sent. n. 62/2020 emerge una piccola, ma significativa, deviazione argomentativa rispetto alla sent. n. 197/2019: quello che qui appariva come un potenziale vizio del legislatore statale (non avere contribuito alla copertura dei Lea regionali), li viene derubricato – senza che sul punto siano però intervenute novità istruttorie, dato che la corte costituzionale non ha utilizzato le allegazioni del governo statale, non avendole ammesse per tardività – a un difetto di vigilanza da parte dell'amministrazione statale sulle operazioni di allocazione delle risorse regionali, ritenuto necessario proprio alla luce del principio di leale collaborazione (cfr. il punto n. 4.5, sent. n. 62/2020).

Nel complesso, però, viene in luce la sagoma di una collaborazione *asimmetrica*, nella quale la posizione di supremazia che la corte occupa nel sistema di giustizia costituzionale è utilizzata a tutto vantaggio della propria tesi, rispetto alla quale il ruolo (istruttorio) degli organi del potere politico-legislativo (che sono pur sempre le parti del giudizio, che ne hanno preconstituito l'oggetto) appare come subordinato e soprattutto servente. Nel nostro caso, infatti, l'onere della prova sollecitato con l'ordinanza si trasforma in una sorta di *pro-batio diabolica*, perché alle parti si chiede non tanto di dimostrare le ragioni che sostengono le rispettive tesi, ma, al contrario, di sormontare il punto di vista, pregiudizialmente stabilito nella sent. n. 197/2019, della corte costituzionale.

<sup>11</sup> Si prenderà in esame dopo (par. n. 3) la questione dell'esclusione per tardività delle allegazioni del governo statale e, sulla scorta di queste, delle ulteriori deduzioni della regione Sicilia.

La domanda da farsi non è solo perché non decidere allo stato degli atti, ma più in generale a cosa serva – se escludiamo intenti dilatori, peraltro non estranei alla prassi della giurisprudenza<sup>12</sup> – la ricerca di una tale *asimmetrica* collaborazione.

Mi sembra che qui il processo costituzionale si riduca a un *mero rito*, sicché discutere decisioni come questa, avendo di mira solo i profili formali, potrebbe diventare un esercizio di stile. Del resto, il purismo processuale, come ogni *Reine Rechtslehre* non sorvegliata, tende a farci perdere di vista la *sostanza* dei fenomeni giuridici. Anche questa vicenda, insieme al *caso Cappato/Dj Fabo*, rivela invero una sostanza decisiva, che può tradursi in *una nuova collocazione* della corte costituzionale nel quadro dei poteri. Altrove ho usato l'espressione *suprematismo giudiziario*<sup>13</sup> proprio per sottolineare la ricerca di *centralità politica* del giudice costituzionale nel sistema dei poteri della Repubblica e nella società civile; centralità *celata*, di solito, dietro l'ostentazione di forme processuali originali e sofisticate (spesso sollecitate dalla dottrina)<sup>14</sup>, che però distolgono l'uditorio e l'interprete, confondendone le riflessioni e le valutazioni. La politicità del giudice costituzionale viene esaltata proprio dalla ripetuta *immissione del giudizio costituzionale nei fatti*, nella *realtà delle cose*, nei *comportamenti soggettivi delle cd. “parti”* (eventuali, necessarie, extrapro-

<sup>12</sup> Cfr. T. GROPPI, *op. cit.*, che pur sollevando il tema di ordinanze istruttorie con finalità dilatorie, ritiene che esso dia luogo a un falso problema, dato che la corte costituzionale, disponendo del processo, ha a disposizione altri mezzi, se volesse, per raggiungere quel risultato.

<sup>13</sup> Cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Spunti su sconfinamenti e legittimazione della corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, pp. 251 ss. Il saggio ha fatto discutere suscitando critiche serrate: cfr. R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, *ivi*, pp. 757 ss.; E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, *ivi*, pp. 777 ss.; e A. VON BOGDANDY, D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, *ivi*, 2020, pp. 9 ss. Mette in rilievo la rete nella quale la corte rischia di rimanere *imbrigliata* proprio per effetto della continuativa apertura ai fatti, come, ma certamente non solo, nell'istruttoria, E. OLIVITO, *La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *op. cit.*, pp. 170-171.

<sup>14</sup> Di un robusto innesto di diritto processuale nella disciplina della corte costituzionale discute approfonditamente M. D'AMICO, *La corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *op. cit.*, pp. 17 ss. Interessante, per chi voglia studiare i *fatti* che stanno alla base dell'attività della corte costituzionale, può essere ricordare la singolare coincidenza tra i seminari di studio organizzati dalla corte costituzionale presso Palazzo della Consulta e le modifiche alle norme integrative che talora ne conseguono. L'ultima significativa vicenda riguarda il tema del contraddittorio e l'ingresso di *amici curiae*, oggetto del seminario su *Intervento di terzi e amici curiae nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza di altre Corti costituzionali e sovranazionali* (Roma 18 dicembre 2018), che ha fatto da apripista (o, forse meglio, ha legittimato *ex post*) le modifiche alle norme integrative fatte con delibera dell'8 gennaio 2020 (G.U. n. 17 del 22 gennaio 2020), volte a disciplinare l'intervento nei giudizi di legittimità, l'accesso agli atti di intervento, l'ingresso di *amici curiae*, l'audizione istruttoria di esperti (il tutto, ovviamente, gestito con ampia discrezionalità dal giudice delle leggi). Per un primo dibattito, cfr. A. PUGIOTTO, *Per un'autentica dialettica a corte. Note a margine del seminario promosso a Palazzo della Consulta*, in *Quad. cost.*, 2019, pp. 361 ss.; nonché T. GROPPI, *Verso un giudizio costituzionale “aperto”? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, *ivi*, pp. 371 ss., e V. MARCENÒ, *La solitudine della corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, *ivi*, pp. 393 ss. (i due testi ricalcano le relazioni che le autrici hanno svolto nel citato seminario). Il problema del diritto processuale costituzionale, invero, si risolve alla fine in un falso problema: pretendere regole scritte è molto sensato in linea generale (resta aperta la questione di cosa possa stabilire la stessa corte e che cosa, viceversa, debba prescrivere il legislatore), ma diventa un *wishful thinking* allorché i margini di apprezzamento e gli spazi di azione del giudice delle leggi restano sostanzialmente illimitati.

cessuali, *amici curiae* ecc.)<sup>15</sup>. Qui, nel nostro precedente, nel confezionare nuove forme di dialogo istruttorio in funzione decisoria, il garante della costituzione sta verosimilmente sfruttando l'occasione *anche* per manifestare una propria volontà normativa, diretta a *prescrivere* obblighi giuridici determinati alle parti del giudizio, volontà normativa suffragata e rafforzata proprio grazie alla verifica dei fatti.

### 3. Istruttoria, giudizio sul merito e giudizio di costituzionalità: un contributo al dilemma tra *soggettivo* e *oggettivo* nel giudizio in via d'azione

Pure da un altro punto di vista mi pare che questa vicenda sia singolare. Leggendo le pronunce e l'ordinanza istruttoria potremmo essere indotti a dimenticare che il *giudice* che l'ha resa sia la corte costituzionale, e che il *processo* celebrato, un giudizio di legittimità costituzionale in via d'azione. E sì, invero, perché una decisione come questa – scritta con tre pronunce che impegnano circa 22.000 parole (pari quasi a una cantica della *Divina Commedia*) – sembra molto prossima a un *arrêt* di un giudice amministrativo o contabile, chiamato a risolvere, però, una controversia di *merito* e non di legittimità, avente ad oggetto una sorta di *actio finium regundorum*, relativa a comportamenti soggettivi, e non ai vizi di un atto giuridico.

Il giudizio in via d'azione, se ben si riflette, è stato portato a valutare piuttosto fatti che leggi; a considerare la corrispondenza della *specie facti* ad una fattispecie astratta di rango legislativo e non costituzionale; ovvero ad apprezzare azioni o omissioni delle parti litiganti traggiate attraverso determinati parametri legali, e non l'atto legislativo impugnato in rapporto alla costituzione. Una simile considerazione critica non è certo nuova, specie dopo la revisione costituzionale del titolo V e al cospetto del contenzioso tra lo stato e le regioni; diventato, di fatto, l'oggetto di una giurisdizione su *pretese soggettive ovvero politiche* dei governi territoriali, sia per i motivi che sorreggono di norma gli atti introduttivi (motivi essenzialmente *partigiani*)<sup>16</sup>, sia per le *rationes* delle relative decisioni (che sembrano assecondare *querelle* di tenore sostanzialmente amministrativo), portando ad effetto tendenze latenti ma limitate nel vecchio ordinamento<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Lo dico tra parentesi: proprio la progressiva estensione delle “parti” ammesse ai giudizi di competenza della corte costituzionale, (fino alla recente riforma delle norme integrative sugli *amici curiae*), sta facendo perdere di pregranza giuridica allo stesso concetto di “parte”; ma, al contempo, allenta i caratteri processuali dei giudizi, esaltandone la *politicalità*, nel senso della loro trasformazione in una sorta di *agorà pubblica*, aperta potenzialmente a tutti i componenti della *polis*, nella quale la corte costituzionale assume il ruolo, non democratico, di un potere oracolare.

<sup>16</sup> Uso il concetto in senso stretto e formale, come quello usato da C. SCHMITT, *Teoria del partigiano*, Adelphi, Milano, 2005.

<sup>17</sup> Com'è noto, le tesi tradizionali sul carattere misto o prevalentemente oggettivo del giudizio in via d'azione (cfr. a mo' d'esempio V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1984, p. 310; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 234), elaborate sotto il vecchio titolo V della costituzione, sono andate via via

Nelle due pronunce, la domanda cruciale sulla copertura delle spese regionali secondo i principi costituzionali vigenti viene declassata ad una questione di *adempimento*, da parte dell'amministrazione regionale e di quella statale, di obblighi imposti da un atto legislativo, quello sull'armonizzazione dei bilanci, assunto – paradossalmente nelle sue disposizioni di estremo dettaglio – al rango di norma parametro interposta<sup>18</sup>.

Il ricorso all'ordinanza istruttoria – alla luce dello scarso utilizzo che di questo strumento s'è fatto in oltre sessant'anni<sup>19</sup> – è, per così dire, la spia di una sorta di *tirannia* che i nudi fatti (*rectius*: meri comportamenti soggettivi) stanno esercitando anche nell'ambito dei processi in via d'azione<sup>20</sup>.

Non lasciamoci fuorviare, però, da scorciatoie analitiche: non si tratta affatto di negare la rilevanza che il caso concreto oggetto direttamente e indirettamente del giudizio (più che il mero *fatto*) ha nel processo costituzionale<sup>21</sup>. V'è da chiedersi, tuttavia, cosa rimanga della *garanzia* della costituzione, del *tono costituzionale* del giudizio delle leggi, quando il nudo fatto diventa il centro delle valutazioni che contano, a tal punto da lasciare sullo sfondo le altre componenti *essenziali* del giudizio, ossia il diritto vigente, desumibile dalla norma legislativa oggetto e dalla norma costituzionale parametro. Insomma: l'analiticità delle valutazioni concrete, relative soprattutto a adempimenti amministrativi, e la richiesta acquisitiva di ulteriori elementi di fatto trasformano il giudizio sulle leggi in altro, in un giudizio di *merito*, ove la premessa minore del sillogismo giudiziale-costituzionale è una mera situazione concreta e non una norma legislativa<sup>22</sup>.

Il problema *de quo agitur* non dovrebbe essere, però, la conformità di fatti concreti (risultanti dall'istruttoria) alla legge (nel caso il d.lgs. n. 118/2011), ma il rispetto dell'obbligo costituzionale di copertura delle disposizioni legali di spesa, impugnate per vizi nella

---

scemando, proprio alla luce dell'esperienza formatasi a seguito della revisione costituzionale. Sulla natura soggettiva del giudizio in via d'azione, il lavoro più organico resta quello di C. PADULA, *L'asimmetria nel giudizio in via principale*, Cedam, Padova, 2005, pp. 363 ss.; mentre la tesi oggettiva torna nello studio di C. CARUSO, *I profili processuali del sindacato in via principale: un giudizio in trasformazione?*, in *Le regioni*, 2019, pp. 607 ss.

<sup>18</sup> Si tratta di una qualificazione che si trae chiaramente dalla giurisprudenza costituzionale, specie quella successiva alla revisione operata dalla l. cost. n. 1/2012 che ha fatto dell'armonizzazione una competenza esclusiva statale (passando dal terzo al secondo comma dell'art. 117 Cost.). Cfr. sentt. nn. 6/2017 e 184/2016 (“*i principi contabili di cui al d.lgs. n. 118 del 2011 sono al centro di un intreccio polidirezionale delle competenze statali e regionali in una sequenza dinamica e mutevole della legislazione afferente a parametri costituzionali posti a presidio degli interessi finanziari*”, per cui essi non riguardano solo l'armonizzazione, ma anche “*il principio dell'equilibrio di bilancio*”), 80/2017 (sull'inderogabilità regionale della disciplina, “*ontologicamente legata alla necessità di leggere, secondo il medesimo linguaggio, le informazioni contenute nei bilanci pubblici*”), 51/2013 (legge ritenuta “*specificazione del principio di copertura della spesa*” di cui all'art. 81, c. 3, Cost.).

<sup>19</sup> Cfr. l'aggiornato e dettagliato studio di M. Nisticò, *op. cit.* che censisce fino al 2016 solo 93 ordinanze istruttorie.

<sup>20</sup> Sul peso del fatto nei giudizi costituzionali, rimando agli scritti contenuti nel volume collettaneo curato da M. D'AMICO, F. BIONDI, *op. cit.*

<sup>21</sup> Andrebbe messo bene in evidenza, ma non è questa la sede, la differenza tra nudo fatto e caso concreto nell'ambito del giudizio costituzionale. Sul punto non posso che rinviare al mio *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001.

<sup>22</sup> Perplessità di una trasposizione delle tecniche processuali per valorizzare i fatti nel processo costituzionale esprime F. DONATI, *Il potere istruttorio nel processo costituzionale*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La corte costituzionale*, cit., p. 180.

tutela di determinati valori costituzionali. Nella controversia instaurata dal ricorso statale, non era in gioco il comportamento e la responsabilità degli agenti contabili dell'amministrazione regionale e dell'amministrazione statale, ma, invece, la conformità a costituzione della legge di bilancio regionale<sup>23</sup>.

Voglio approfondire ulteriormente, da altro punto di vista, la tendenza giurisprudenziale a declassare il tono costituzionale della controversia di legittimità nel giudizio in via d'azione. Quali conseguenze derivano dai confini dell'istruttoria tratteggiati in questa vicenda? Sia chiaro: non è l'ordinanza istruttoria in sé che suscita perplessità, ma proprio la *sostanza costituzionale* che l'istruttoria prefigura. In fondo, il discorso svolto fino a questo punto spinge verso una medesima direzione: chiarire la natura del giudizio in via d'azione.

Sappiamo che per quanti sforzi siano stati fatti finora dalla dottrina, ancora non è pacifico riconoscere al giudizio in via d'azione – semplifico al massimo – natura *soggettiva* o natura *oggettiva*. Direi ancora meglio: la natura essenzialmente oggettiva del giudizio, così come desumibile dal diritto positivo vigente<sup>24</sup>, non trova affatto riscontri in una giurisprudenza congruente, e da ciò derivano anche le oscillazioni di gran parte della letteratura (sempre più costretta, di necessità, a inseguire la magmatica produzione del giudice delle leggi)<sup>25</sup>. La genericità delle norme sull'istruttoria (art. 13, legge n. 87/1952 e art. 12 delle *norme integrative*) ha finito per autorizzare – ammesso che ce ne fosse bisogno – la sostanziale libertà d'azione del giudice costituzionale in materia<sup>26</sup>.

La nostra vicenda ne rappresenta un *caso esemplare*. Ripercorriamo la sequenza degli atti rilevanti. La sent. 197/2019 riscontra dubbi interpretativi, e ordina l'allegazione istruttoria di *informazioni* e *documenti* nel termine di sessanta giorni dal deposito (lasciando imprecisato se quelle allegazioni riguardino atti o fatti); l'ordinanza istruttoria, pubblicata insieme a quella decisione, concretizza l'*ukase* istruttorio con puntuali prescrizioni esecutive (riguardanti atti e fatti); la sent. n. 62/2020, quindi *ex post*, al momento della decisione definitiva, ci informa che il termine è *perentorio* e non ordinatorio, come finora stabilito nei giudizi in via incidentale<sup>27</sup>, lasciando intendere una specificità (tutta da dimostrare, però) del giudizio in via d'azione, per ragioni di *tempestività* e di un'esigenza di *pari trattamento* delle parti (la regione che ha provveduto nei termini, il governo che, invece, ha prodotto documenti oltre il termine, determinando un'ulteriore allegazione regionale,

<sup>23</sup> Anticipo, ma ci torno a breve, che se il ricorso avesse riguardato davvero *altro*, forse la risposta avrebbe dovuto essere l'inammissibilità o l'infondatezza dello stesso.

<sup>24</sup> Almeno se si parte dall'art. 134 Cost. laddove parla di "*controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi*". Inoltre, è dal sistema costituzionale che si desumono argomenti per sostenere che è il *fine* del giudizio di legittimità a qualificarne l'*essenza*: comunque sia introdotto, il controllo della corte costituzionale è diretto alla garanzia della costituzione, nella sua unità di principi fondamentali, tra cui, specie nelle controversie sulle competenze, il principio di equilibrio dei poteri costituzionali.

<sup>25</sup> Sul punto le ambiguità della configurazione sono sciolte a favore della natura obiettiva anche da G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, II, *Oggetto procedimenti, decisioni*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 154.

<sup>26</sup> Sono concordi sul punto le riflessioni di T. GROPPI, *I poteri istruttori*, cit., e di G.A. FERRO, *Modelli processuali*, cit.

<sup>27</sup> La corte cita un unico precedente, la sent. n. 110/2005.

ritenuta, pure quest’ultima, irricevibile); sempre dalla sent. n. 62/2020 apprendiamo che i dati forniti dalla (sola) regione sono “*sufficienti*” per decidere, ma l’esito è nel contenuto diversificato, avendo il *dictum* riconosciuto come: a) *fondato* il ricorso limitatamente alla copertura di bilancio per la spesa sanitaria relativa ai Lea; b) *infondato*, riguardo alla copertura della spesa pensionistica; c) ancora *infondato*, ma *a certe condizioni*, il ricorso relativo al finanziamento del programma di coesione sociale mediante fondi strutturali europei (infra par. n. 5).

Segnalo alcune evidenti contraddizioni, alla luce dell’intera vicenda, nonostante l’ordinanza e la rilevata *sufficienza* dell’allegazione istruttoria: a) alla fine, invero, non tutto è stato chiarito, se la stessa sent. n. 62 mantiene il dubbio, espresso già nella sent. n. 197, sul comportamento di fatto (in termini di legittimità o di mera correttezza costituzionale?) del ricorrente, del quale si censura comunque il difetto di monitoraggio sull’allocazione delle risorse alla spesa sanitaria regionale (cosa questo centri con la legittimità della legge di bilancio regionale resta un mistero, specie dopo averne dichiarato l’illegittimità costituzionale; in ogni caso ciò accentua la coloritura *soggettiva* assunta dal giudizio); b) questo dubbio indebolisce la garanzia di parità delle armi invocata per affermare la perentorietà del termine istruttorio, e per escludere la ricevibilità degli atti allegati dallo stato (e, per conseguenza, dalla regione): se il dubbio persisteva al momento della decisione, ancorché non decisivo ai fini dell’illegittimità della legge regionale, era non solo opportuno ma necessario consentire la valutazione degli elementi probatori allegati anche dal ricorrente (ancorché fuori termine); c) aver affermato, in via pretoria, la perentorietà del termine istruttorio, crea alcune contraddizioni sistematiche nel diritto processuale vigente, dato che le *Norme integrative* deliberate l’8 gennaio 2020 codificano la regola sull’*amicus curiae* come metodo di lavoro in ogni giudizio costituzionale, al fine di estendere la cognizione della corte costituzionale a ogni dato giuridico utile ai fini della decisione e, soprattutto, ai suggerimenti provenienti *ab extra* rispetto alle parti processuali (su iniziativa di terzi o *ex officio*)<sup>28</sup>; d) nel rigetto per infondatezza della questione relativa al finanziamento della spesa per la coesione sociale, decisiva non è stata la riconosciuta compatibilità costituzionale, ma un’*argomentazione politica orientata alle conseguenze*, secondo cui l’eventuale dichiarazione di illegittimità avrebbe avuto come effetto la mancata fruizione delle risorse finanziarie derivanti da fondi europei in scadenza (è probabile, come spiegherò alla fine, che tra le conseguenze prese in considerazione nella camera di consiglio vi siano quelle legate al contesto storico della decisione definitiva).

<sup>28</sup> L’immancabile comunicato stampa emanato *urbi et orbi* non poteva non rilanciare la notizia che con la novella la Consulta “*si apre all’ascolto della società civile*”, potendo “*la società civile, d’ora in poi (...) far sentire la propria voce sulle questioni discusse davanti alla corte costituzionale*”, “*in linea con la prassi di molte corti supreme e costituzionali di altri paesi*”. Cfr. il comunicato dell’11 gennaio 2020. Sul ruolo che i comunicati stampa svolgono nella teoria della giustizia costituzionale, rinvio al mio *Suprematismo giudiziario*, cit.

Che cosa se ne trae al fine di sciogliere il dubbio sulla natura del giudizio in via d'azione? Probabilmente niente, o quasi niente: nel senso che anche in questa vicenda, nel più rilevante dei casi istruttori relativi al giudizio in via d'azione, sembrerebbe rimanere ferma la sostanziale *neutralità* della giurisprudenza istruttoria rispetto alla risposta da dare al nostro quesito.

La decisione conferma le oscillazioni che abbiamo ricordato sulle opzioni in gioco. È probabile che anche *da un punto di vista teorico* non ci sia una soluzione univoca. Quale che sia la reale natura del giudizio in via d'azione, sia la tesi soggettiva sia la tesi oggettiva, non escludono *a priori* la legittimità di poteri istruttori *ex officio*. Del resto, *de hoc iure utimur*, non possiamo non riconoscere che anche nel processo di legittimità costituzionale (incidentale o in via d'azione) possa essere opportuno disporre di uno strumento di questo tipo: la stessa *littera legis* facoltizza la corte costituzionale (art. 13, l. n. 87/1953: “*La Corte può disporre...*”), in ordine a ciò che essa stessa ritenga utile acquisire in sede probatoria (art. 12, N.I., “*la Corte dispone con ordinanza i mezzi di prova che ritiene opportuni...*”). Il problema, posto alla nostra attenzione in questa circostanza, e che può contribuire a fornire elementi di riflessione sul tema della natura del giudizio in via d'azione, riguarda allora i *confini normativi* dei poteri istruttori *ex officio*, che, come sottolinea la dottrina più attenta, almeno per ora, non sembrano riducibili ad un unitario prototipo<sup>29</sup>.

Può essere utile ricercare qualche ancoraggio positivo. Nel processo civile e nella letteratura di riferimento c'è una maggiore chiarezza, almeno quando – nell'ambito di un processo che nella sua forma ordinaria è ispirato al *principio della domanda* – si distingue il principio dispositivo *in rapporto all'oggetto* e il principio dispositivo *nella prova*. Mentre l'*oggetto* resta nella disponibilità delle parti con conseguente vincolo del giudice a quanto allegato dalle parti, che si traduce nel principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, garanzia di imparzialità del giudicante, in ordine ai *mezzi di prova* si ammette un certo spazio al potere istruttorio *ex officio*. In base a quella separazione concettuale è stato possibile chiarire il senso dell'art. 115 c.p.c. (“*salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero*”), ritenuto proiezione positiva del brocardo *iudex secundum alligata et probata iudicare debet*. L'incertezza testuale, accentuata nella formula latina, è sciolta dalla dottrina allorché si precisa che il vincolo per il giudice non riguarda tanto l'allegazione dei fatti compiuta dalle parti quanto le offerte di prove da parte di queste rispetto ai fatti allegati. Di conseguenza, il giudice è tenuto a decidere nei limiti dell'oggetto definito dalle parti, perché ogni intervento che ne alterasse i confini, metterebbe a rischio il principio di corrispon-

<sup>29</sup> Gli studi sull'istruttoria più organici e completi dimostrano l'impossibilità di costruire, anche alla luce della prassi (e in linea con quanto accade per gli altri riti processuali), un unico modello istruttorio per i diversi processi di competenza della corte costituzionale. Cfr. T. GROPPI, *op. cit.*, specie cap. V; G.A. FERRO, *op. cit.*, cap. V.

denza e la sua imparzialità. Non gli è precluso affatto, però, di avvalersi di *ogni mezzo di prova esperibile*, anche d'ufficio, nell'interesse del buon andamento del processo<sup>30</sup>.

Criteri analoghi andrebbero applicati anche al processo costituzionale sulla legittimità di atti normativi. Nel giudizio in via d'azione, se si accoglie la tesi *soggettiva*, i poteri istruttori *ex officio* andrebbero individuati proprio assumendo la distinzione tra l'oggetto e i mezzi di prova, limitandone l'esercizio solamente con riferimento a questi ultimi. Più problematico appare l'adattamento di quei principi qualora si seguisse la tesi *oggettiva*: ciò potrebbe indurre ad ammettere uno spazio maggiore ai poteri istruttori del giudice, in linea con il riconoscimento del carattere *inquisitorio* del processo conseguente all'assunzione di quella tesi. Secondo Tania Groppi, nei procedimenti *a contenuto oggettivo*, rispetto a quelli soggettivi, la linea di confine sarebbe data dalla possibilità (ammessa nei primi e vietata nei secondi) di allargare l'oggetto della controversia, consentendo al giudice di “*accertare autonomamente fatti diversi da quelli allegati dalle parti*”<sup>31</sup>.

È probabile che difficilmente possa applicarsi anche ai giudizi di competenza della corte costituzionale la qualifica di procedimento a contenuto oggettivo *almeno nella sua forma più pura*<sup>32</sup>. Nel caso del giudizio in via d'azione v'è un limite – questo sì – *oggettivo*: il fatto che esso si apra per effetto di un ricorso discrezionalmente promosso da un soggetto (con tutto ciò che ne consegue, ad es. in tema di rinuncia), e che, quindi, la corte costituzionale trova già determinato il *thema decidendum* (*causa petendi e petitum*). Per tale ragione, ritengo che anche qualora dovesse propendersi per la tesi *oggettiva* (quella che a me pare più fedele alla lettera della costituzione e coerente con il sistema, a causa del fine che la sorregge, ovvero la garanzia della costituzione), nel giudizio in via d'azione dovrebbe ritenersi precluso alla corte costituzionale il potere, in via istruttoria, di modificarne o addirittura mutarne l'oggetto; mentre non dovrebbero esserci difficoltà ad ammetterlo per *chiarirne* i contenuti, qualora il contesto lo richiedesse, ma rimanendo all'interno dei confini positivi del *thema decidendum* così come delimitato dal ricorso.

Proviamo ad applicare le considerazioni fatte alla sent. n. 62/2020. Se, come ho cercato di evidenziare, nella nostra vicenda e nonostante le sue ambiguità, è soprattutto la tesi *soggettiva* a prevalere, di fronte a un *thema decidendum* predeterminato dall'atto introduttivo, ritenuto dalla corte costituzionale, ciò nonostante, incerto nell'oggetto (se, cioè, la legge regionale fosse effettivamente senza copertura finanziaria), la soluzione più corretta avreb-

<sup>30</sup> La dottrina processualcivile parla di un principio dispositivo *attenuato*: cfr. C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, ed. 1998, vol. I, pp. 99 ss.; ripercorrono l'analisi dei diversi processi anche Groppi e Ferro, nelle rispettive *opp.citt.*, non dando rilievo, fino in fondo, al fatto che il rapporto tra processo civile e altri processi è di genere a specie, sicché è il primo il paradigma su cui sono stati costruiti gli altri, compresi i processi di competenza della corte costituzionale. Sulle assonanze col processo amministrativo, cfr. M. NISTICÒ, *op.cit.*, che, tuttavia, sembra sottovalutare la cruciale differenza che distingue un giudizio sull'atto amministrativo e uno sull'atto legislativo.

<sup>31</sup> Cfr. T. GROPPi, *I poteri istruttori*, cit., cap. III, par. 4.

<sup>32</sup> Pur propendendo per la tesi *oggettiva* non arriverei a tanto, proprio per l'ibridazione, nei giudizi costituzionali, di differenti motivi, tra cui, soprattutto nell'accesso diretto, l'instaurazione del giudizio su ricorso di parte.

be dovuto essere l'inammissibilità o il rigetto della questione<sup>33</sup>, e non la richiesta istruttoria di informazioni e atti (rivolta a entrambe le parti) che, proprio perché diretti a incidere sull'oggetto, avrebbero potuto, in concreto, modificarne la *causa petendi* e/o il *petitum*<sup>34</sup>. Ancora: se a prevalere nel caso *de quo* è la tesi *soggettiva*, ciò avrebbe dovuto indurre la corte costituzionale a considerare ordinatorio e non perentorio il termine prescritto (senza questo importante avviso) nell'ordinanza istruttoria – peraltro in linea con la pregressa giurisprudenza<sup>35</sup>. Solo così si sarebbe rispettato effettivamente il principio di parità delle armi dei contendenti.

#### 4. Effettività nella tutela del diritto alla salute: trascendenza dei Lea e miseria del modello dualista e paritario di organizzazione del servizio sanitario nazionale

Nel merito, la decisione offre il suo speciale contributo alla ricostruzione di un quadro teorico per la garanzia di diritti di prestazione sociale. Il tema è svolto con riferimento al diritto della salute e all'organizzazione del sistema sanitario, e di questo mi occuperò di seguito, per l'obiettivo centralità che quel diritto e la sua tutela occupano all'interno dello stato regionale codificato nella nostra carta fondamentale.

Nel complesso, la decisione mostra una sostanziale adesione del giudice delle leggi alle caratteristiche del sistema sanitario nazionale esistente, *così com'è*: da questo punto di vista la giurisprudenza ne recepisce e amplifica pregi e difetti. Il modello organizzativo è essenzialmente quello dualista e paritario<sup>36</sup>, che la corte costituzionale salva nella sua

<sup>33</sup> Si noti che la giurisprudenza è particolarmente severa nel richiedere al ricorrente di individuare con esattezza i termini della questione di legittimità, cosa che nel giudizio in via d'azione si "pone in termini perfino più pregnanti" rispetto all'incidentale (cfr. sentt. nn. 384/1999, 10/2010). A ciò si aggiunga che né il resistente, né eventuali altri intervenienti (come nella sent. n. 219/2013), potrebbero mutare il *thema decidendum*: cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 167; E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 186.

<sup>34</sup> In questo caso, quindi, l'ordinanza istruttoria utilizzata si avvicina molto a quella "richiesta di integrazione delle difese" di cui, sia pure con linguaggio tecnicamente impreciso, parla M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della corte*, in M. D'AMICO E F. BIONDI (a cura di), *op. cit.*, p. 72.

<sup>35</sup> Cfr. i dati univoci delle ricerche di T. GROPPI, *op. cit.*, p. 189, e G.A. FERRO, *op. cit.*, p. 251.

<sup>36</sup> Sulla discontinuità di questo modello dualista e paritario la discussione non è affatto chiusa, come dimostra il contributo di C. PINELLI, *La revisione costituzionale del 2001 e le sue ricadute in campo sanitario*, in *Corti supreme e salute*, 2018, n. 3, p. 660, che ritiene sostanzialmente neutra la disciplina dell'art. 117, c. 2, lett. m, e c. 3 Cost., rispetto all'assetto di poteri stabilito prima della revisione costituzionale. Secondo R. BALDUZZI (*Quasi un editoriale. Dopo 40 anni, verso una destrutturazione del Ssn?*, *ivi*, p. 470) la revisione avrebbe completato e reinterpretato la riforma varata con d.lgs. n. 229 del 1999. Sulle metamorfosi del sistema sanitario possono leggersi, sempre nel fascicolo n. 3/2018 della stessa *Rivista*, i contributi di F. TARONI, *Prima e dopo quel difficile dicembre 1978*; B. PEZZINI, *Il riordino del 1992 (un sistema sanitario universale, nonostante il riordino del 1992)*; F. POLITI, *La regionalizzazione del Ssn del 1999*; D. MORANA, *I decreti del 2012 tra le riforme della Riforma sanitaria*; C. CHIAPPINELLI, *Riforme istituzionali, del sistema sanitario e dei controlli: esiste un fil rouge?*; A. PITINO, *Quarant'anni (e più) di tutela della salute degli stranieri in Italia*.

sostanza, sulla base dell’assunto che ciò che conta veramente è la continuità necessaria tra *riconoscimento* e *garanzia* del diritto alla salute.

Questo schema di giudizio non convince fino in fondo: è come se la legittimità del fine (la garanzia dei diritti) assicuri in sé la legittimità anche del mezzo (l’organizzazione). Più realisticamente, nel suo ragionamento anche la corte costituzionale tradisce un certo scetticismo nei confronti del quadro regionale di organizzazione sanitaria, proprio sul punto cruciale dell’adeguatezza della decisione di bilancio, relativa alla selezione degli interessi e alla loro concretizzazione mediante risorse economico-finanziarie e un’organizzazione amministrativa adeguati. Riflettere, oggi, in piena pandemia *Covid-19*, su questa giurisprudenza, è importante proprio per comprendere se effettivamente il nostro modello dualista e paritario sia ancora *sostenibile*, proprio alla luce dei limiti evidenziati nella presente controversia, in ordine alla dialettica tra fini e mezzi, tra valori costituzionali e organizzazione. La tesi che emerge nella decisione è una sorta di euclidea concatenazione tra *riconoscimento* costituzionale del diritto alla salute, *concretizzazione* mediante la legislazione sulla determinazione dei Lea, *organizzazione* dei livelli di governo, secondo paritaria cooperazione, e con un’aritmetica divisione delle competenze tra lo stato, cui spettano i Lea, e le regioni cui compete l’organizzazione del servizio, ivi compreso il suo finanziamento<sup>37</sup>. Invero – ma è un limite della giurisprudenza costituzionale nella sua interezza – molto opachi rimangono i punti decisivi. In che rapporto sono il diritto alla salute e i Lea? I Lea sono livelli essenziali o livelli minimi? In che cosa consiste l’essenzialità di una prestazione sanitaria? Che rapporto sussiste tra la legislazione sulla determinazione dei Lea e quella sul loro finanziamento? In che modo quest’ultima relazione si inserisce nell’organizzazione dello stato regionale? Qual è il rapporto tra il principio del pareggio di bilancio e i principi di finanziamento della Repubblica delle autonomie sanciti nell’art. 119 Cost.?<sup>38</sup>

Su questi temi la giurisprudenza costituzionale ha offerto spunti sincopati e scoordinati, legati al contesto, sia eziologicamente sia teleologicamente.

Sul piano dei valori, non senza incertezze, stante la genericità delle affermazioni, la corte costituzionale ha individuato la sostanza dei Lep/Lea indentificandolo, di volta in volta, ora con il “contenuto essenziale” ora con il “contenuto minimo” del diritto di prestazione sociale, senza stabilire dunque, o meglio, lasciando aperta la questione intorno al significa-

<sup>37</sup> Com’è noto, e come la stessa sent. n. 62/2020 dice, il finanziamento per la sola regione Sicilia, a differenza delle altre regioni speciali, vede una compartecipazione alla spesa sanitaria regionale da parte dello Stato, in deroga al principio dell’art. 119, c. 4, Cost., che prevede che siano le regioni a disporre di risorse sufficienti per le proprie politiche di bilancio. Il problema della regione Sicilia è aggravato dal fatto che la stessa conosce un processo di rientro per grave deficit sanitario. In generale, il finanziamento della spesa sanitaria regionale, che occupa oltre l’80% del bilancio di una regione, sconta la mancata attuazione dello stesso art. 119 Cost., con conseguente dipendenza del sistema sanitario nazionale dalle *policies* definite nella manovra annuale di bilancio e dal patto per la salute. Non bisogna dimenticare, inoltre, che dopo il varo del titolo V, ben 10 regioni hanno conosciuto situazioni di dissesto finanziario in materia sanitaria.

<sup>38</sup> Si noti, *per incidens*, che questo parametro invocato dal ricorrente resta sostanzialmente non utilizzato nella motivazione, tutta incentrata sull’armonizzazione dei bilanci disciplinata dal d.lgs. n. 118/2011.

to esatto di questa riduzione semantica<sup>39</sup>. Questo approccio non è, però, casuale, se ancora oggi resta irrisolto, anche in sede scientifica, il dilemma se il contenuto essenziale di un diritto coincida con la tutela minima, con la tutela sostanziale o il contenuto essenziale, con la tutela integrale di un diritto fondamentale (con tutto ciò che ne consegue in termini di struttura e finanziamento della sanità)<sup>40</sup>.

Sul piano dell'organizzazione delle prestazioni, la questione cruciale dei livelli essenziali (o dei Lea in materia sanitaria) è stata risolta nella prescrizione acritica del metodo della collaborazione paritaria tra stato e regioni, cui spetta la determinazione dei contenuti; questi ultimi affidati – nonostante la lettera della costituzione, e la riserva di legge, ridotta in sede applicativa a mera parvenza (artt. 32 e 117, c. 2, lett. m, e 117, c. 3 Cost.) – a atti secondari concertati in sede di conferenza stato regioni, e/o a successivi accordi inter-istituzionali<sup>41</sup>, la cui esecuzione rimane (verrebbe da dire abbandonata) nelle *policies* delle regioni.

Anche senza il supporto di ricerche scientifiche specifiche, l'esperienza ha abbondantemente mostrato la *veste di arlecchino* del sistema sanitario regionale cui quel modello ha

<sup>39</sup> Basti soltanto ricordare, da un lato, la pionieristica concezione sui Lep identificati nel “contenuto essenziale” dei diritti (sent. n. 282/2002, confermata dalla sent. n. 10/2010, però, in materia di social card) e, dall'altro, il caso dei ticket sanitari, considerati nell'ambito delle “prestazioni minime indispensabili” (sent. n. 203/2008).

<sup>40</sup> Le tre posizioni possono essere ricondotte, nonostante le sfumature, anche notevoli (specie per quanto poi riguarda lo spazio riservato alle regioni, che non segue necessariamente, potremmo dire, le distinzioni concettuali elaborate con riferimento ai livelli) a quelle manifestate agli albori della riforma del titolo V dalla dottrina più sensibile: la prima, a G.P. ROSSI, A. BENEDETTI, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2001, p. 22 ss. (testualmente ai livelli minimi si riferiva il progetto di revisione della parte II elaborato dalla cd. Commissione D'Alema, testo del 30 giugno 1997, *Progetto di legge costituzionale. Revisione della parte seconda della Costituzione*, CdD e SdR, Roma, 1997, p. 114); la seconda, maggioritaria, a E. BALBONI, *Il concetto di “livelli essenziali e uniformi” come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, pp. 1103 ss.; R. BALDUZZI, *Titolo V e tutela della salute*, in R. BALDUZZI, G. DI GASPARÉ (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del titolo V*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 11 ss.; C. PINELLI, *Sui “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali” (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.)*, in *Diritto pubblico*, 2002, pp. 881 ss.; la terza a G.U. RESCIGNO, *La riforma da riformare*, in *La rivista del Manifesto*, aprile 2001. Considera il dilemma intorno a minimo e essenziale una ridondanza stilistica M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra stato e regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2002, pp. 345 ss.

<sup>41</sup> Dal punto di vista del rispetto dei principi costituzionali sulle fonti normative, lo schema definito normativamente e avallato dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalla sent. n. 88/2003, confermata dalla sent. n. 134/2006 (che lo ha eretto a paradigma *par excellence* del modello dualista paritario stato-regionale), sconta molti profili problematici. I Lea che dovrebbero essere definiti per legge dallo stato, a titolo di competenza esclusiva e, quindi, senza nessun contributo da parte delle regioni (insieme ai principi fondamentali del sistema sanitario, ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. m e c. 3 Cost.), restano affidati contenutisticamente a un dpcm il cui contenuto è frutto di un accordo tra lo stato e le regioni (cfr. il dpcm 12 gennaio 2017). In sostanza, assistiamo a una de-legificazione della materia dei Lea (e della chiave della garanzia del diritto alla salute). A parte questo, assumendo la prospettiva della corte costituzionale, ribadita in questa giurisprudenza, per cui è a partire dai Lea che andrebbe determinato il contenuto della decisione di bilancio (statale) e la stessa organizzazione del servizio sanitario regionale, quel che viene stabilito in via amministrativa finisce per porre sul legislatore un vincolo derivante da decisioni assunte altrove, la conferenza stato-regioni, o dagli organi dell'amministrazione, o da accordi caso per caso (come nella vicenda siciliana). Il problema della spesa sociale è un problema politico-legislativo, prima che amministrativo; esso dipende da una politica adeguata allo scopo e da *policies* democraticamente stabilite. Solo a titolo di segnalazione, la corte costituzionale pare avere messo in secondo piano la sua giurisprudenza, che aveva posto bene in evidenza come il sistema delle conferenze (o gli accordi politico-amministrativi tra il governo e le regioni), opera sul piano dell'esecuzione della legge, e non su quello, ben diverso, della legislazione.

dato luogo, e le conseguenze sull'effettivo godimento del diritto alla salute da parte di cittadini e stranieri su tutto il territorio nazionale.

Oggi, al tempo di *Covid-19*, quella pretesa condivisione paritaria di responsabilità mostra i segni maturi della sua irenica utopia.

Il quadro rarefatto appena descritto si ritrova linearmente nella coppia delle sentt. nn. 197/2019 e 62/2020. La prima offre una discreta fotografia dell'ordinamento vigente coerente con la giurisprudenza degli ultimi anni (al p.n. 3.1): *“la trasversalità e la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti Stato-Regioni in tema di competenza legislativa, impongono una visione teleologica e sinergica della dialettica finanziaria tra questi soggetti, in quanto coinvolgente l'erogazione di prestazioni riconducibili al vincolo di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost. [e che] che la determinazione dei LEA è un obbligo del legislatore statale, ma che la sua proiezione in termini di fabbisogno regionale coinvolge necessariamente le Regioni, per cui la fisiologica dialettica tra questi soggetti deve essere improntata alla leale collaborazione che, nel caso di specie, si colora della doverosa cooperazione per assicurare il migliore servizio alla collettività. Da ciò consegue che la separazione e l'evidenziazione dei costi dei livelli essenziali di assistenza devono essere simmetricamente attuate, oltre che nel bilancio dello Stato, anche nei bilanci regionali ed in quelli delle aziende erogatrici secondo la direttiva contenuta nel citato art. 8, comma 1, della legge n. 42 del 2009. In definitiva, la dialettica tra Stato e Regioni sul finanziamento dei LEA dovrebbe consistere in un leale confronto sui fabbisogni e sui costi che incidono sulla spesa costituzionalmente necessaria, tenendo conto della disciplina e della dimensione della fiscalità territoriale nonché dell'intreccio di competenze statali e regionali in questo delicato ambito materiale”*.

Nella seconda pronuncia (p.n. 4.3) l'immagine viene riprodotta senza troppi ritocchi: *“l'intreccio tra profili costituzionali e organizzativi comporta che la funzione sanitaria pubblica venga esercitata su due livelli di governo: quello statale, il quale definisce le prestazioni che il Servizio sanitario nazionale è tenuto a fornire ai cittadini – cioè i livelli essenziali di assistenza – e l'ammontare complessivo delle risorse economiche necessarie al loro finanziamento; quello regionale, cui pertiene il compito di organizzare sul territorio il rispettivo servizio e garantire l'erogazione delle prestazioni nel rispetto degli standard costituzionalmente conformi. La presenza di due livelli di governo rende necessaria la definizione di un sistema di regole che ne disciplini i rapporti di collaborazione, nel rispetto delle reciproche competenze. Ciò al fine di realizzare una gestione della funzione sanitaria pubblica efficiente e capace di rispondere alle istanze dei cittadini coerentemente con le regole di bilancio, le quali prevedono la separazione dei costi “necessari”, inerenti alla prestazione dei LEA, dalle altre spese sanitarie, assoggettate invece al principio della sostenibilità economica.”*. Le lunghe citazioni sono utili proprio per cogliere la staticità dell'orizzonte teorico.

Le cose non cambiano molto quando da queste premesse si passa a considerare i profili che fanno della manovra di bilancio regionale sul finanziamento dei Lea sanitari una soluzione illegittima rispetto ai parametri invocati dal ricorrente. Piuttosto, la *“stretta interdipendenza”* dei parametri costituzionali – derivati dallo *“statuto fondamentale”* del SSN e, in materia di armonizzazione, dal d.lgs. n. 118/2011 –, *“configura il diritto alla salute*

come diritto sociale di primaria importanza e ne conforma il contenuto attraverso la determinazione dei LEA, di cui il finanziamento adeguato costituisce condizione necessaria ma non sufficiente per assicurare prestazioni direttamente riconducibili al fondamentale diritto alla salute”. Importante è la precisazione della necessità e della *non sufficienza* del finanziamento a garantire un diritto di prestazione sociale.

Dico subito che in questo e nei successivi passaggi della motivazione cogliamo spunti di notevole rilievo *teorico* ma che, ciò nonostante, sono piegati a *soluzioni empiriche* vaghe e generiche. La sostanza è che le prestazioni che danno contenuto ad una pretesa (o bisogno) di protezione sociale come il diritto alla salute non possono essere “*finanziariamente condizionate in termini assoluti e generali*”. Ciò che è necessario, rendendo di conseguenza insufficiente il momento dell’allocazione delle risorse finanziarie, è che “*la piena realizzazione dei doveri di solidarietà e di tutela della dignità umana (sia) assicurata attraverso la qualità e l’indefettibilità del servizio, ogniqualvolta un individuo dimorante sul territorio regionale si trovi in condizioni di bisogno rispetto alla salute*”. E, dal punto di vista istituzionale, considerato l’attuale quadro delle relazioni ordinamentali tra stato e regioni in materia sanitaria, quel fine non può che imporre una leale collaborazione (così come ribadito nei due passi citati sopra).

Potremmo dire che nella *species facti* la mancata copertura della spesa regionale dei Lea aggrava la situazione giuridica della regione Sicilia, nella misura in cui si allontana in maniera siderale dall’obiettivo della piena garanzia del diritto di prestazione sociale, che impone non finanziamenti purchessia, quanto risorse *adeguate* a garantire un servizio *indefettibile* e di *qualità* corrispondente ai valori in gioco. Lo stesso concetto sembra dedursi dall’*obiter* contenuto nel citato p.n. 4.5 della sent. n. 62/2020, sulla critica alla posizione dell’amministrazione statale in ordine al mancato monitoraggio dei flussi finanziari. Anche se ciò, come s’è visto, non inficia l’esito del giudizio e non salva la legge di bilancio regionale dalla sanzione dell’annullamento, il senso complessivo del monito può essere reso così: se la norma positiva stabilisce i Lea, la sua prescrizione non può essere finanziariamente condizionata, ma va coperta con risorse adeguate, e realizzata in maniera *effettiva*. Quella che la corte, con piglio filosofico, definisce la “*visione trascendente*” dei Lea, ossia – in un linguaggio più terraneo – la concezione che antepone alla tecnica dei livelli delle prestazioni la sostanza della persona umana e del diritto alla salute, non può che condizionare le *policies* nella predisposizione di ogni mezzo (finanziario, organizzativo) necessario e *non solo sufficiente* allo scopo. L’enfasi è talmente sostenuta che la motivazione cita un – *infelice* ma molto coltivato in letteratura – *obiter dictum* della sent. n. 275/2016: “È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”. Infelice, certo, perché non v’è chi non possa non essere d’accordo con una formula così *generica e generale*!

La verità è che una simile prospettiva, condivisibile da un punto di vista teorico, non scioglie i nodi: sia perché banalizza l’embricazione tra diritti fondamentali e diritto del bilancio; sia perché acriticamente determina una gerarchia tra beni, diversi certo, ma egualmente fondamentali dal punto di vista dello stato costituzionale (nel subordinare il diritto al bilancio alla garanzia dei diritti, come se tra l’uno e l’altra non vi fosse, lo dimostra

proprio questa decisione, una strettissima relazione)<sup>42</sup>; sia perché rischia di condannare o assolvere qualsiasi schema organizzativo, lasciando intendere che esista davvero un modello perfetto, che difficilmente, però, sarebbe praticabile su questa terra.

In fondo, la critica al sistema delle garanzie del diritto alla salute, paradigma dei diritti di prestazione sociale soprattutto nella prospettiva del titolo V, dovrebbe coinvolgere proprio l'organizzazione dello stato regionale attualmente vigente (che del primo è l'altra faccia, quella fondamentale, a ragionare in termini di *effettività* delle tutele); ma che, tuttavia, la stessa corte costituzionale ripropone e rilancia, mediante l'irenico appello ad una leale collaborazione che ha condotto, nelle sue manifestazioni positive, ad una *indecisa* parità tra istituzioni di governo (nazionale, regionale e per alcuni locale), alimentando i peggiori egoismi territoriali, come ha palesato, da ultimo, la patetica *querelle* sul regionalismo differenziato<sup>43</sup>.

Insomma, la critica costituzionale alle politiche di *welfare* finora realizzate (perché è di questo in fondo che si tratta) non può limitarsi soltanto alla scontata affermazione di principio sulla centralità della persona umana e dei suoi diritti. Richiede, proprio nel solco *della parte buona* dell'avviso della corte costituzionale, un disegno organizzativo coerente e adeguato; ma, va da sé, ciò implica una altrettanto severa critica nei confronti del paradigma dualista fondato sulla cooperazione paritaria dello stato e delle regioni, avallato proprio dal giudice costituzionale.

Di tutto ciò, tuttavia, non c'è traccia in questa giurisprudenza. V'è, anzi, la difesa dello *status quo*, dualista e paritario, quindi indeciso, e allora aperto a qualsiasi esito (politico e normativo), ciò che finisce per aggravarne problemi e difetti.

Una simile situazione è tanto più allarmante nel nostro tempo presente, che ha dimostrato come proprio lo “statuto fondante” del SSN, presupposto dalla corte costituzionale, abbia manifestato – per usare un eufemismo – molti dei suoi limiti formali e sostanziali. Non è certo questa la sede per approfondire e ci sarà il tempo per fare valutazioni appropriate, si spera, non solo in una logica nostalgico-difensiva. Non si tratta, certo, di gettare con l'acqua sporca anche il bambino: soltanto di prendere consapevolezza di come i modelli teorici in materia di garanzia dei diritti costituzionali che abbiamo utilizzato finora sono serviti (anche) per giustificare il diritto vigente, trascurando, alla luce della ferrea legge dell'empirico, che i problemi concreti (avrebbero dovuto e) dovrebbero spingere, parten-

<sup>42</sup> Ne ho discusso ampiamente, assumendo una posizione non *mainstream* almeno nel dibattito costituzionalistico italiano, in A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *Lavoro e diritto*, 2013, pp. 357 ss.; la tesi più diffusa può essere letta in M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid Rassegna*, 2013, n. 3, pp. 1 ss., che conferma le opinioni che lo stesso autore aveva manifestato intorno all'art. 3, c. 2 Cost. nel volume su *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983.

<sup>43</sup> Lo dimostra la storia dell'attuazione del titolo V; più di recente – anche se si tratta di una vicenda che ha almeno venti anni di storia – la questione del cd. regionalismo differenziato. Sul punto rimando al primo studio organico in materia: A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, 2007, pp. 139 ss.; cui sono seguiti, negli ultimi anni, un florilegio di articoli. Cfr. i contributi pubblicati nella rivista *Federalismi.it*.

do da una rinnovata fiducia in quei modelli teorici, a una revisione del nostro ordinamento regionale, e della sua traballante sostenibilità costituzionale. Un simile obiettivo, si può dire, fuoriesce dai compiti della corte costituzionale, chiamando in causa le responsabilità della classe politica. Ciò nonostante, la funzione antimaggioritaria e garantista della giustizia costituzionale dovrebbe spingere ad un atteggiamento maggiormente critico delle istituzioni e dei servizi esistenti, per non creare alibi agli iscritti del partito della conservazione dello *status quo* (o, il che sarebbe peggio, agli iscritti del partito per la *secessione dei ricchi*).

## 5. Rigore di bilancio versus decisioni di costituzionalità *whatever it takes*

Rispetto alla dimensione materiale di questo orizzonte, la parte della decisione che si occupa più propriamente della copertura della spesa regionale censurata dal ricorrente può apparire davvero poca cosa. L'illegittimità della manovra regionale in ordine ai Lea è pronunciata perché *“Sotto il profilo della sana gestione finanziaria, presidiato dall’art. 81 Cost., va preliminarmente chiarito che non è possibile demandare ex lege al dirigente della Ragioneria della Regione Siciliana l’iscrizione e l’accertamento di somme, sulla cui esistenza non vi è ragionevole affidamento”*. Segue un richiamo ai principi contabili che esigono, per la riscossione, un credito certo, liquido ed esigibile; la denuncia della corresponsabilità politico-amministrativa dello stato nei ritardi e nella stasi del procedimento pattizio, insieme alla sua sostanziale assoluzione dato che la *“corresponsabilità dello stato (...) non può sanare la violazione dell’art. 81 Cost.”*; il rigetto dell’argomento della regione volto a subordinare la valutazione della legge di bilancio all’emanazione di *“norme di attuazione”*, dato che siamo in presenza di ciò che nel diritto penale è un *“falso”*, anche se la corte preferisce una formula più mite, riferendosi a un’iscrizione in bilancio di una risorsa di cui è *“improbabile l’an, il quando e il quomodo”*. Questa situazione illegittima si riverbera anche sull’art. 117, c. 2, lett. m. e c. 3, la cui violazione sussiste proprio perché la regione Sicilia è venuta meno al dovere *“indefettibile”* di *“destinare la retrocessione delle accise (...) al finanziamento”* dei Lea, anziché ad altre finalità.

Il vizio di legittimità, invece, non sussiste nei confronti della manovra di bilancio sulla spesa previdenziale, per la quale l’istruttoria avrebbe chiarito che la copertura esiste ed è *“sufficiente”*.

Con riferimento specifico al finanziamento della coesione sociale, mediante fondi europei, la corte costituzionale supera le contraddizioni interne al suo pensiero con una sorta di dichiarazione di illegittimità accertata ma non dichiarata, perché sono ragioni utilitaristiche che spingono per la conservazione della norma di legge, pena la perdita dei finanziamenti europei. Da una parte si riconosce che *“gli esiti dell’istruttoria non hanno consentito di superare tutte le incognite circa l’esatto e puntuale rispetto dei procedimenti legislativi e amministrativi necessari per il proficuo impiego dei fondi il cui espletamento appare quan-*

*tomeno in ritardo*”. Da altra parte, invece, si dice che “*Pur avendo l’istruttoria confermato che permangono criticità circa il perfezionamento dei procedimenti che dovrebbero condurre alla proficua utilizzazione dei fondi europei, esistono fondate ragioni a favore del rigetto delle censure dello Stato*”. A dirimere il dubbio, è la necessità di un bilanciamento, “*tra l’interesse finanziario primario alla corretta utilizzazione e spendita dei fondi in modo conforme alla disciplina europea e quello inerente alla corretta sequenza dei procedimenti amministrativi che, alla data odierna, avrebbero dovuto essere ormai perfezionati attraverso la leale cooperazione tra Stato e Regione*”. Sicché è dalla riconosciuta “*primazia dell’interesse ad assicurare l’effettiva utilizzazione dei fondi europei*”, che consegue l’obbligo per le parti di una leale collaborazione diretta a stabilire, in un apposito procedimento amministrativo, le regole per evitare il disimpegno delle relative risorse “*entro le scadenze improrogabilmente previste dalla normativa europea*”.

Il dato che salta agli occhi, su quest’ultimo punto, è la particolare valorizzazione dell’interesse all’uso dei fondi europei, considerato gerarchicamente sovraordinato all’interesse concorrente, riconducibile, materialmente, al buon andamento dell’amministrazione. Anche se non sembra difficile ricondurre pure il primo interesse ad un principio costituzionale, essendo tutto sommato la proiezione del combinato disposto degli artt. 81 e 97 Cost., nell’implicare un razionale uso delle risorse pubbliche da parte dei titolari di pubblici poteri, quel che colpisce è il fatto che la *regola del conflitto* è stabilita senza apparente motivazione<sup>44</sup>. O meglio: l’unica motivazione che determina la gerarchia in concreto è proprio e solo il *contesto della decisione*.

Pare davvero difficile immaginare una diversa spiegazione che non sia questa: ovvero, che la corte costituzionale abbia voluto dare un chiaro segnale “politico” circa l’esigenza di utilizzare i fondi europei *whatever it takes*, ossia anche a costo di rinunciare a qualche garanzia in materia di trasparenza e di buona amministrazione nella gestione di quelle risorse. E un messaggio di questo tipo, si potrebbe dire se non fossimo troppo formalisti, parrebbe particolarmente utile e opportuno specie durante una gravissima emergenza sanitaria. All’epoca del Covid-19, in buona sostanza, lo stato non deve solo poter spendere le poche risorse di cui dispone, ma deve farlo anche perché si tratta di fondi europei e, ancora, soprattutto perché il suo governo si accinge a chiedere all’Unione europea un sostegno finanziario ingente proprio per fronteggiare la pandemia.

In definitiva, su questo specifico punto la corte ha deciso più come un’autorità politica che come un giudice, dimostrando ancora una volta che, se necessario, le due anime, politica e giurisdizionale, che ne connotano il ruolo istituzionale possono coesistere o alternarsi senza troppe difficoltà.

<sup>44</sup> Per *regola del conflitto* si intende la specifica gerarchia di valori che la corte costituzionale compie all’esito di una ponderazione. Nel nostro caso, come purtroppo spesso accade, la regola del conflitto è posta senza adeguata motivazione. Cfr. il mio *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 108.



## I *best interests* nella scelta sul fine vita del minore: il caso Tafida Raqeeb\*

[High Court of Justice – Queens’s Bench Division (Administrative Court) and Family Division, sentenza del 3 Ottobre 2019, *Tafida Raqeeb vs. Barts NHS Foundation Trust*]

Luca Armano\*\*

**Sommario:** 1. Il fine vita del minore alla luce del Children Act e delle più recenti sentenze. – 2. Il caso di Tafida Raqeeb. – 2.1. Le anamnesi dei differenti clinici. 2.2. Il punto di vista dei genitori. – 2.3. Profili giuridici introdotti dalle parti nel giudizio: a) le libertà di movimento e di ricevere prestazioni per il diritto UE. – 2.4. (*segue*) b) la libertà di pensiero e di religione. – 2.5. L’*iter* motivazionale del giudice MacDonald. – 2.6. La decisione. – 3. I *best interests* quali pietra angolare del giudizio: un confronto tra UK e Italia. – 4. Le linee guida sul fine vita del minore: UK vs Italia. – 5. Riflessioni conclusive.

### ABSTRACT:

Una breve ricostruzione del panorama normativo e giuridico del Regno Unito circa la tutela del minore e dei suoi *best interests* fa da cornice al caso di Tafida Raqeeb. L’analisi della sentenza dimostra la necessità di procedere alla definizione di precisi confini del concetto di *best interests* al fine di evitare un’eccessiva discrezionalità di giudizio dipendente dalle posizioni etiche e deontologiche del singolo giudice. Grazie ad una lettura comparata con il sistema giuridico italiano, si riconosce alle linee guida scientifiche un nuovo ruolo di indirizzo per una fattiva tutela dei *best interests* del minore. La sentenza introduce un nuovo approccio maggiormente tutelante della vita e del diritto di poter vivere anche in condizioni di gravi disabilità, purché in assenza di dolore. Un primo timido *revirement* giurisprudenziale che porta il mondo giuridico anglosassone verso nuovi valori bioetici ove la famiglia torna ad essere riconosciuta come quel centro di interessi in grado di ridare valore

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

\*\* Avvocato nel Foro di Milano, luca.armano@studiolegalesalvemini.it.

alla sacralità, anche laicamente intesa, della vita del minore senza ridurla, invece, ad una questione di mera qualità.

*An account of the UK legal and regulatory framework, related to the protection of the child and his best interests, introduces Tafida Raqeeb's legal case. The purpose of the judgmental analysis is to determine the best interests' objective significance, in order to avoid a discretionary judgment depending on an ethical and deontological position of each judge. Through a comparative reading with the Italian legal framework, it is recognized to scientific guidelines a relevant role in the protection of the best interests of the child. The judgment introduces a more protective approach to life and the right to be able to live, even if in presence of a serious disability, provided that pain is absent. Tafida's judgment represents a first jurisprudential revirement that leads the UK legal framework towards new bioethical values where the family is recognized again as that center of interests and it is able to restore value even to secular sacredness of child's life without reducing it merely to quality.*

## 1. Il fine vita del minore alla luce del Children Act e delle più recenti sentenze

I trattamenti inerenti al fine vita del minore affetto da gravi patologie coinvolgono profondamente ambiti etici e giuridici, suscitando, in seno alla comunità scientifica e giuridica, evidenti discrasie di opinioni.

Nel Regno Unito, la tutela del bambino, nonché la responsabilità genitoriale, trovano la propria normazione principalmente nel Children Act<sup>1</sup> emanato il 16 novembre 1989.

Tale fonte normativa, a partire dalle sue stesse premesse, afferma che il benessere del fanciullo debba rappresentare la pietra angolare di ciascun giudizio assunto dall'organismo giurisdizionale. Inoltre, viene specificata la necessità di un giudizio celere, in quanto qualsiasi ritardo, per un soggetto così fragile quale è il minore, può comportare per questi un detrimento incalcolabile del suo benessere.

In questi termini, la disciplina surrichiamata prevede che il Tribunale debba sempre porre attenzione ai desideri del bambino, alla sua età, ai suoi bisogni fisici e mentali, al contesto sociale in cui è nato e cresciuto, ai patimenti che ha eventualmente sofferto o che potrà soffrire, alla capacità dei genitori di comprendere i suoi bisogni e all'impatto che provocherebbe il cambiamento eventualmente deciso con la sentenza.

La responsabilità genitoriale, invece, viene declinata come l'insieme dei diritti, doveri, poteri, autorità che ciascun genitore ha nei confronti del proprio figlio.

Se, da un lato, la famiglia è considerata come il miglior luogo in cui il minore possa crescere, dall'altro, è dovere dell'Amministrazione Statale intervenire nel caso in cui il bambino versi in un qualsiasi stato di bisogno. Il Children Act ritiene il fanciullo "bisogno" qualora versi in uno stato di salute compromesso o risulti improbabile che possa raggiungere un

---

<sup>1</sup> Consultabile al seguente sito <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/data.pdf>.

livello ragionevole di benessere o di sviluppo, se non attraverso l'erogazione di prestazioni assistenziali specifiche.

In questi casi di necessità, l'Autorità Giudiziaria può intervenire attraverso l'emissione di un *care/supervision order*, ossia un provvedimento atto a porre in sicurezza il minore che versi in una situazione di pericolo.

Per una maggiore tutela del bambino, il sistema britannico prevede la nomina, da parte del Tribunale, di un Guardian<sup>2</sup> affinché questi possa rappresentare al meglio i suoi interessi. In questa sede si intende analizzare il ruolo svolto dai giudici del Regno Unito nell'esplicazione del proprio dovere di protezione del minore attraverso il richiamo di alcuni noti arresti giurisprudenziali, per potersi poi soffermare sull'analisi della sentenza emessa dalla High Court of Justice nell'interesse di Tafida Raqeeb.

La produzione giurisprudenziale del Regno Unito, negli ultimi anni, si è caratterizzata per l'adozione di importanti decisioni attinenti al rapporto tra trattamenti sanitari e diritto all'autodeterminazione in riferimento a soggetti minorenni affetti da patologie incurabili e dall'esito pressoché infausto<sup>3</sup>.

Il primo caso degno di nota riguarda Charlie Gard<sup>4</sup>, affetto da un grave disordine mitocondriale<sup>5</sup>.

I genitori chiedevano di essere autorizzati a sottoporre il figlio ad una cura sperimentale negli Stati Uniti, sostenendo di perseguirne i suoi *best interests*.

---

<sup>2</sup> La figura del Guardian, per il sistema britannico, nel 2010 ha avuto una puntuale normazione che ne ha ampliato anche le sue competenze. Le Family Procedure Rules del 2010, infatti, hanno previsto che ogniqualevolta un minore sia parte di una causa instaurata innanzi ad un organo giurisdizionale, debba essere nominato un Guardian che ne faccia le veci e che lo rappresenti. Sulla figura del Guardian, ossia il tutore del minore in sede giudiziale, nominato principalmente nelle cause di separazione/divorzio dei genitori, si veda l'interessante riflessione di S. SCETTINO, *Il diritto di autodeterminazione e la rappresentanza dell'interesse del minore. Brevi note sul (triste...) caso di Charlie Gard*, in *Diritti fondamentali*, 2017, n. 2, ove si legge: "Nonostante la legislazione minorile britannico risulta essere tra le più avanguardiste per la protezione dei minori nel rispetto delle direttive europee e alle convenzioni internazionali, appare piuttosto singolare che invece interlocutore privilegiato – se non del tutto esclusivo – del giudice sia stato il guardian, non avendo grande riguardo e considerazione le volontà espresse dai genitori. Indubbiamente la figura del guardian, assimilabile al tutore per i minori, è fondamentale laddove sussistono delle condizioni per cui l'infante è sprovvisto di rappresentanza legale (morte o assenza dei genitori, perdita della potestà genitoriale, etc.) ma nel caso in esame, considerata la presenza dei genitori del minore e l'espressa e concorde scelta di non interrompere i trattamenti sanitari, i giudici avrebbero potuto tenere maggiormente in considerazione le valutazioni espresse dai genitori". Si veda anche B. VIMERCATI, *Oltre l'autodeterminazione. I confini del diritto nei casi Gard ed Evans*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 29 gennaio 2019.

<sup>3</sup> Per un'analisi attenta e plurale può vedersi il fascicolo n. 2/2018 di *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, il cui editoriale e forum sono interamente dedicati al caso Evans.

<sup>4</sup> Cfr. *Great Ormond Street Hospital v Yates & Ors* [2017] EWHC 972 (Fam) (11 April 2017).

<sup>5</sup> Sulla ricostruzione fattuale del caso citato si veda, *inter alia*, G. DONZELLI, *Charlie Gard, Alfie Evans: né eroi, né vittime*, *ivi*, pp. 30-31.

Tale richiesta veniva respinta dal sistema giudiziario<sup>6</sup> in quanto la qualità di vita del minore risultava gravemente compromessa e alcuna cura avrebbe potuto porvi rimedio, cagionando unicamente ulteriori gravi sofferenze<sup>7</sup>.

Su questa linea si inserisce anche il giudizio emesso nell'“interesse” di Alfie Evans<sup>8</sup>. Il giudice, riprendendo le motivazioni del caso di Charlie Gard, concludeva la propria sentenza affermando come le funzioni cerebrali del minore fossero gravemente compromesse, al punto che alcuna terapia, anche di carattere sperimentale, sarebbe potuta risultare efficace. Inoltre, il permanere in vita attraverso un respiratore artificiale avrebbe provocato al minore solo gravi sofferenze dovute alle continue convulsioni<sup>9</sup>.

Infine, occorre citare il caso di Isaiah Haastrup<sup>10</sup>, affetto da una grave lesione cerebrale ischemica globale e ipossica. Questi era nato in condizioni disperate e, se tenuto in vita, avrebbe continuato a soffrire di una profonda compromissione cognitiva e grave disabilità motoria con paralisi cerebrale quadriplegica spastica.

Il Tribunale ha cercato di calarsi nella stessa condizione di Isaiah al fine di comprendere quale decisione avrebbe assunto il minore se ne fosse stato in grado. Pertanto, il magistrato, pur premettendo come, in via astratta, la vita vada sempre preservata, giunge alla conclusione secondo cui non si debba mai stravolgere il regolare scorrere delle cose.

In quest'ottica, Isaiah, in assenza di una respirazione e alimentazione artificiale, sarebbe immediatamente deceduto e, qualora anche fosse rimasto in rianimazione, non avrebbe mai avuto percezione del mondo esterno. Siffatto stato di cose, per il giudice, rende la vita del minore priva di significato e, pertanto, non rispondente ai suoi *best interests*.

<sup>6</sup> Per un approfondimento circa le motivazioni dei differenti gradi di giudizio, nonché della sentenza della Corte Edu (Charles Gard and Others v the United Kingdom, Application no. 39793/17), si veda: R. A. MIRANTE, *La Corte europea dei diritti dell'uomo: interruzione del trattamento di sostegno e miglior interesse del paziente incapace ad esprimere il consenso. Il caso Charlie*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, nn. 7-8; E. FALLETTI, *La vicenda del piccolo Charlie Gard e il ruolo del CAF-CASS nel diritto minorile britannico*, in *Quotidiano giuridico*, 5 febbraio 2018.

<sup>7</sup> Sulla possibilità di fornire una differente lettura dogmatica degli elementi posti all'attenzione dei giudici britannici si esprime R. BALDUZZI, *Charlie. Tra accanimento e abbandono terapeutico, la terza via della solidarietà*, in *Avvenire*, 6 luglio 2017.

<sup>8</sup> Cfr. *Evans & Anor v Alder Hey Children's NHS Foundation Trust & Ors* [2018] EWCA Civ 805 (16 April 2018).

<sup>9</sup> Per una lettura critica delle conclusioni operate dai giudici britannici si veda D. SERVETTI, *Sul tempo e sul luogo di una morte inevitabile: aspetti di irragionevolezza delle sentenze britannici sul caso di Alfie Evans*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, n. 2. L'Autore, infatti, dopo un'analisi dell'impianto motivazionale (che ha condotto all'inesorabile destino del minore), mette in luce un'eccessiva superficialità, forse dettata da un impianto storico-culturale differente rispetto al sistema italiano, del giudice britannico. Si evidenzia, infatti, come lo stesso si basi su un'inesorabile dicotomia tra vita qualitativamente apprezzabile o morte. In questo contesto, ad avviso dell'Autore, si ravvisa “*la mancata considerazione [da parte del giudice britannico, n.d.r.] del favor vitae come fonte di una presunzione idonea a guidare il giudice nell'esercizio del proprio potere di sostituirsi ai genitori nella valutazione dei best interests del bambino e, dall'altro, l'estranietà al giudizio di qualsiasi logica di bilanciamento di interessi e diritti*”. Sul differente punto di vista del giudice anglosassone ora citato si veda anche R. BALDUZZI, *Alfie Evans: un problema di cultura e di mentalità, prima che di diritto*, in *Avvenire*, 3 maggio 2018.

<sup>10</sup> Cfr. *Kings College Hospital NHS Foundation Trust v Haastrup (Withdrawal of Medical Treatment)* [2018] EWHC 127 (Fam) (29 January 2018).

Gli arresti giurisprudenziali citati sembrano far emergere una chiara visione dell'approccio dei giudici britannici. Si tenta, infatti, di oggettivizzare tematiche coinvolgenti aspetti del singolo essere umano talmente intimi – e pertanto soggettivi – al punto da porsi in contrasto con valori etici e sociali caratterizzanti il comune sentire, soprattutto di quell'Unione Europea da cui oggi il Regno Unito si accinge ad uscire, ma solo giuridicamente, non certo culturalmente.

Sul tema del trattamento del fine vita, giova ricordare come l'House of Lords non abbia mai riconosciuto all'essere umano un diritto alla morte, il cui corollario si tradurrebbe nell'obbligo di imporre anche a soggetti terzi il dovere di cooperare nell'attuazione di questo supposto diritto<sup>11</sup>.

Tale affermazione, tuttavia, non sconfessa il diritto, riconosciuto al singolo essere umano, di rifiutare di ricevere ulteriori cure e di lasciarsi di fatto morire.

Questo principio, meglio noto come diritto all'autodeterminazione terapeutica, risponde all'espressione di tutela dell'interesse dell'individuo a non ricevere cure tali da comportare una maggiore sofferenza rispetto a quella inferta dalla patologia stessa.

Qualora, invece, un soggetto non si trovi nella condizione di poter esprimere il proprio consenso, perché incapace o minorenni, come si avrà meglio modo di vedere in prosieguo, il *focus* della decisione per colui il quale deve operare una scelta, in luogo del paziente, deve essere il *best interest* o meglio i *best interests* declinati al plurale<sup>12</sup>.

In questo panorama, il giudizio dei Tribunali britannici si è assestato su un'interpretazione totalmente oggettivizzante del concetto dei *best interests*. In questo modo, nel caso in cui il trattamento terapeutico appaia inidoneo a fornire qualsiasi beneficio tangibile, si è ritenuto maggiormente rispondente all'interesse del paziente porre fine ad una vita alquanto compromessa, escludendo pertanto che il solo continuare a vivere possa, di per sé, essere inteso come un beneficio.

---

<sup>11</sup> Sul rischio di trasformare il diritto all'autodeterminazione a disporre della propria vita in un dovere del terzo di "sommministrare" la morte, si veda A. D'ANDREA, *Dignità sociale versus dignità individuale: la fine della vita non può essere solo un fatto personale*, in questo numero della Rivista. L'Autore, nel declinare il concetto di dignità della vita, quale tensione tra sfera personale e sociale, ritiene impossibile fornire una lettura della Costituzione idonea a riconoscere in capo al singolo, pur a fronte di istanze sociali sempre maggiormente pressanti, un diritto assoluto ed estremo di poter decidere quando e come morire. L'Autore afferma "A me non pare tuttavia di rinvenire in Costituzione una così accentuatamente individualistica concezione della persona (per certi versi potrebbe dirsi egoistica) dalla quale desumere la protezione costituzionale del 'diritto ad ottenere la morte', giustificata o, se si vuole, assecondata da una inclinazione fortemente soggettivistica della dignità che accompagna il vivere di ciascuno. Piuttosto, se si resta al dettato costituzionale, l'interesse prevalente della collettività è rappresentato dalla tutela della salute del singolo, pur con dei limiti per i trattamenti 'imposti', nonché dalla stessa attenzione per ridurre – non già per indurre – l'intervento afflittivo del potere pubblico nei riguardi di coloro i quali si trovino in uno stato di menomazione, cosicché non mi pare imposto al legislatore il rendere effettivo il diritto a morire di chi non ritiene più dignitoso, in linea generale, vivere". In un'ottica comparatistica, va segnalato che tale principio è stato recentemente declinato in senso diametralmente opposto da parte della Corte costituzionale federale della Germania con sent. 2 BvR 2347/15 secondo cui il diritto ad autodeterminarsi nella morte, anche togliendosi la vita, è da ricondursi all'interno del più generale "diritto al libero sviluppo della propria personalità", inscindibilmente ancorato al principio di dignità umana.

<sup>12</sup> Nel sistema anglosassone, a dispetto di quello italiano, si è soliti usare in modo preponderante l'accezione plurale del termine. Per un maggiore approfondimento sul tema si rimanda a quanto riportato *infra* alla nota 32.

In questa tragica serie di eventi si inserisce il caso di Tafida Raqeeb, caso che, come si cercherà di dimostrare, potrebbe rappresentare l'inizio di un *revirement* della giurisprudenza d'oltremarina.

## 2. Il caso di Tafida Raqeeb

Il 9 febbraio 2019, una bambina di nome Tafida Raqeeb, di 5 anni avverte la madre di soffrire di un fortissimo mal di testa e, dopo pochi minuti, smette di respirare.

Una corsa disperata verso il Newham University Hospital prima, il trasferimento verso il Kings College Hospital poi, si risolvono con la diagnosi di una grave lesione cerebrale causata da una rara malformazione artero-venosa che ha cagionato alla minore "*un disturbo prolungato della coscienza*".

A seguito di un massivo intervento chirurgico, dopo due mesi di terapia intensiva, Tafida, il 3 aprile 2019, viene trasferita al Royal London Hospital.

Fin dal principio, i medici rappresentano ai genitori un quadro clinico dall'esito infausto, ossia l'impossibilità per la minore di sopravvivere alla malattia e, in caso di sopravvivenza, una vita connotata da un gravissimo livello di disabilità ed esigenza di una costante connessione ad un respiratore artificiale.

I medici britannici suggeriscono ai genitori di indirizzare Tafida verso il reparto per cure palliative e di evitare la somministrazione di ulteriori cure intensive che si sarebbero tradotte in un mero accanimento terapeutico privo di qualsiasi possibile beneficio.

A fronte di una chiara posizione del sistema sanitario britannico (NHS), i genitori di Tafida decidono di rivolgersi ad altre strutture sanitarie dell'Unione Europea, trovando la disponibilità di assistenza e cura, subordinata alla garanzia della copertura dei costi, da parte dell'Ospedale Pediatrico Istituto Giannina Gaslini di Genova.

In un siffatto contesto si inserisce il contrasto sorto tra il Barts Health NHS Trust<sup>13</sup> e i genitori di Tafida circa l'approccio terapeutico da seguire per la bambina, ossia cure palliative con interruzione delle terapie (per i medici) o costante somministrazione di terapie vitali (per i parenti di Tafida).

Detta controversia, per l'esattezza, era stata incardinata in due procedimenti distinti.

Il *petitum* del primo giudizio aveva ad oggetto la richiesta di revisione della decisione del Trust di impedire il trasferimento di Tafida presso l'ospedale italiano nelle more del giudizio volto ad accertare quali fossero i suoi *best interests*.

Il secondo giudizio, invece, atteneva proprio all'individuazione dei *best interests* della minore.

---

<sup>13</sup> Nel sistema sanitario britannico il Trust non deve essere confuso con il negozio giuridico fiduciario, tipico delle operazioni commerciali, ma in questo può essere paragonato alle aziende sanitarie del Ssn italiano.

Entrambi i procedimenti venivano riassunti innanzi al giudice Alistair William Orchard MacDonald della High Court of Justice – Queen’s Bench Division and Family Division. Fin dal principio, il giudice sottolinea la delicatezza della propria decisione, alla luce anche del coinvolgimento di fattori multidisciplinari alquanto variegati e incidenti su aspetti complessi della vita umana<sup>14</sup>, quali il concetto di vita, credo religioso e dignità umana. Al fine di poter giungere ad una decisione, il giudice MacDonald opera una ricostruzione di tutte le posizioni assunte dalle parti, soffermandosi sulle evidenze cliniche e sulle differenti conclusioni dei medici italiani e britannici.

### 2.1. Le anamnesi dei differenti clinici

I medici di entrambi i Paesi concordano su un quadro clinico di Tafida alquanto compromesso e irreversibile, ma, al contempo, dimostrano un differente approccio circa il concetto di morte cerebrale.

I clinici genovesi, infatti, hanno affermato che, per i parametri medici e giuridici<sup>15</sup>, Tafida non poteva dirsi morta cerebralmente e, pertanto, in Italia, non sarebbe stata consentita *tout court* l’interruzione della somministrazione delle terapie.

I medici britannici, invece, hanno evidenziato l’impossibilità per Tafida di respirare autonomamente e la presenza di un danno disfunzionale cerebrale diffuso, comportante l’assenza di reattività alla stimolazione esterna. In questi termini, alcun rilievo positivo potrà essere riconosciuto ad alcuni movimenti corporei di Tafida, quale la sporadica reattività all’udire il suono della voce materna, da leggersi quali spasmi non degni di nota e inadeguati a costituire un indice di coscienza<sup>16</sup> da parte di Tafida.

In relazione, invece, alla percezione di dolore, attesa l’assenza di smorfie e di indici specifici, i medici concordano nel ritenere che la stessa non sia in grado di percepire qualsivoglia dolore.

---

<sup>14</sup> Cfr. paragrafi 1-2: *Within this context, the decision for this court in these concurrent proceedings is a grave, multifaceted and complex one. I recognise at the outset of this judgment that such cases, touching as they do on the very nature, purpose and value of human life, raise emotive, complex and contentious issues that generate strong feelings on both sides of the litigation and in the wider public and professional sphere. Be that as it may, it is important to state at the beginning that the duty of this court is to decide the applications before it by reference to the law.*

<sup>15</sup> In relazione al concetto di morte cerebrale nel panorama normativo italiano si vedano: Legge 29 dicembre 1993, n. 578 (norme per l’accertamento e la certificazione di morte), Decreto del Ministero della Sanità n. 582 del 22 agosto 1994 (regolamento recante le modalità per l’accertamento e la certificazione di morte) e Decreto 11 aprile 2008 (G.U. n.136 del 12/06/2008).

<sup>16</sup> Cfr. paragrafo 22, ove si legge: *“It is very difficult to accurately state whether Tafida is in a vegetative state or a minimally conscious state. I would be very wary of the risk of misinterpreting the absence of responses in Tafida as VS because of the inevitable limitations on the accuracy with which medical science is able to test for awareness in a child like Tafida who has no useful vision, no speech, impaired or no pain sensation and a severe movement disorder.” And, within this context, and in common with the clinicians at the Gaslini Hospital: Bearing in mind the limitations of medical science in assessing and categorising between VS and MCS, I am inclined to adopt the approach advocated by Wade (2017), that the distinction between VS and MCS is somewhat artificial. Whilst I feel Tafida’s condition is consistent with VS, I am reluctant to exclude the possibility of some minimal awareness”.*

Alla luce di un siffatto quadro clinico i medici offrono al giudice un interessante contributo circa il concetto di *best interests*. Secondo la difesa del Trust, la somministrazione di ulteriori terapie non può ritenersi rispondente ai *best interests* di Tafida.

Ad avviso dell'ospedale britannico, infatti, un approccio di tal fatta, si tradurrebbe in un non necessario e insopportabile peso per il paziente. Parimenti, l'assenza di dolore, in caso di continuazione di un sostegno medico, dovrebbe intendersi come una mera costruzione semantica, priva di qualsiasi pregio.

Come detto, invece, i medici italiani, pur seguendo un'impostazione ugualmente scientifica, ma orientata da un differente metodo ermeneutico, e concordando sulla patologia e il grave stato di salute di Tafida, sostengono l'impossibilità di escludere a priori un, seppur minimo, miglioramento della bambina. In ogni caso, per il Gaslini, Tafida potrebbe ricevere la somministrazione di cure palliative prive di rischi per la sua salute.

## 2.2. Il punto di vista dei genitori

La posizione dei genitori risulta diametralmente opposta alle conclusioni dei medici.

Ad avviso della madre di Tafida esisterebbero degli evidenti indici idonei a sconfessare la decisione assunta dal Trust. In primo luogo, per la tesi dei clinici, la minore sarebbe deceduta nel giro di poche ore dopo la grave emorragia cerebrale e così, invece, non è stato. Inoltre la bambina avrebbe dimostrato, in più occasioni, un controllo delle capacità fisiologiche, nonché la percezione della presenza dei genitori nella propria stanza.

Oltre agli aspetti fisici, la famiglia di Tafida porta all'attenzione della Corte il valore del credo religioso islamico della bambina e l'attaccamento alla vita che la stessa avrebbe dimostrato quando era in piena salute.

Per prevenire eventuali obiezioni, i genitori di Tafida hanno affermato che, sebbene fosse molto giovane per comprendere il significato della morte, al contempo la stessa, grazie alla sua religione, era già sufficientemente istruita per percepire il valore della vita.

Infine, la difesa dei genitori, al fine di provare l'illegittimità della decisione assunta dal Trust, asserisce come la tesi dell'Autorità Sanitaria celerebbe anche un pregiudizio derivante da una possibile discriminazione razziale motivata dalla nazionalità di Tafida e della sua famiglia.

## 2.3. Profili giuridici introdotti dalle parti nel giudizio: a) le libertà di movimento e di ricevere prestazioni per il diritto UE

Il primo profilo giuridico che viene sollevato dalla difesa di Tafida attiene alle libertà di movimento e di ricevere prestazioni da tutti i Paesi dell'Unione Europea, così come sancite dal combinato disposto di cui agli articoli 21 e 56 del TFUE, nonché dalla Direttiva UE 2011/24.

Se l'art. 21, c. 1, TFUE prevede che: *“Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi”*, l'articolo 56, c. 1, TFUE afferma che: *“Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cit-*

*tadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione”.*

In questi termini, secondo la difesa della minore, considerata la nazionalità britannica della stessa, la decisione del Trust di impedirle di potersi trasferire in Italia al fine di ricevere cure vitali si sarebbe posta in netto contrasto con il diritto europeo.

L'articolo 56 del TFUE, ad avviso della tesi difensiva dei genitori di Tafida, non andrebbe letto solo come libertà di prestare i propri servizi in tutti i Paesi Membri, ma anche, di converso, come diritto a ricevere prestazioni da qualsiasi Stato dell'Unione Europea senza alcuna possibile limitazione, salvo i casi previsti dal comma secondo della predetta norma<sup>17</sup>. L'illegittimità della decisione assunta dal Trust non potrebbe nemmeno risultare scriminata dall'applicazione del comma primo dell'art. 52<sup>18</sup> TFUE.

L'Unione Europea, infatti, in piena attuazione dei principi supremi che informano l'intero sistema del diritto internazionale, consentirebbe una compressione dei suddetti diritti per ragioni di ordine pubblico, sicurezza o sanità.

Tuttavia, nel caso di specie, tali ragioni non parrebbero sussistere, atteso che il Trust, vietando il trasferimento di Tafida in Italia, non avrebbe mai fornito una ragionevole giustificazione di proporzionalità idonea a comprimere tale diritto.

A fronte dell'esposizione di simili deduzioni, la difesa del Trust ha proposto una tesi diametralmente opposta e giuridicamente maggiormente ancorata ai precedenti giurisprudenziali<sup>19</sup> formati sul punto.

In quest'ottica il Trust, preliminarmente a qualsiasi decisione circa l'applicabilità o meno al caso di Tafida delle norme europee citate, ritiene si debba comprendere quale possano essere i *best interests* della minore.

Tale parametro, ad avviso del Trust, si configura come un interesse pubblico superiore idoneo a derogare, almeno in parte, i diritti tutelati dall'ordinamento europeo.

Giova ricordare, infatti, come in determinate circostanze, gli Stati Membri dell'UE dispongano di un margine di discrezionalità maggiore per quanto riguarda la definizione di ragioni di pubblico interesse, tra cui, come si avrà modo di vedere, possono annoverarsi i *best interests* del minore.

L'interesse pubblico, in questo caso, si declina quale dovere in capo allo Stato di garantire a qualsiasi bambino il diritto di godere di una voce indipendente rispetto a quella dei genitori e dei medici tra cui sia sorta una controversia in merito alla cura del minore.

---

<sup>17</sup> Sull'interpretazione *a contrario* dell'art. 56 TFUE fornita da Corte di Giustizia Europea alla luce degli artt. 21 e 59 TFUE, si veda la sentenza C-274/96 Bickel and Franz [1998] ECR I-7637 §15.

<sup>18</sup> Secondo cui: “*Le prescrizioni del presente capo e le misure adottate in virtù di queste ultime lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica*”.

<sup>19</sup> Cfr. Great Ormond Street v. Yates and Gard [2018] – Court of Appeal.

Una siffatta deroga sarebbe anche supportata dall'articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE<sup>20</sup>, nonché dall'articolo 3 della Convenzione ONU sui Diritti dell'Infanzia<sup>21</sup>, ove i *best interests* assumono valore preponderante ai fini dell'adozione di ogni decisione.

#### 2.4. (segue) b) la libertà di pensiero e di religione

I legali di Tafida sostengono che, nel maturare la propria decisione, il Trust avrebbe violato i commi 1 e 2 dell'art. 19 dell'Equality Act UK del 2010<sup>22</sup> relativo al tema della discriminazione indiretta. Il Trust, impostando la propria valutazione in un'ottica esclusivamente laica, basata sul giudizio del medico e delle linee guida dettate dal Royal College of Paediatrics and Child Health, non avrebbe considerato in minima misura il credo religioso di Tafida e dei suoi genitori, violando di fatto gli artt. 9 e 10 della CEDU.

In ragione di detto assunto il mancato trasferimento, dettato non da ragioni di tutela della salute della bambina e della comunità, si porrebbe in netto contrasto anche con l'art. 5 CEDU, rubricato "*Diritto alla libertà ed alla sicurezza*", così come letto in combinato disposto con gli articoli 8, 9 e 14 CEDU.

L'esempio riportato dai legali della famiglia della minore risulta chiarificatore. Se un bambino di nazionalità italiana, presente sul territorio britannico per qualsiasi ragione, dovesse improvvisamente precipitare nelle gravissime condizioni cliniche in cui versa Tafida, questi avrebbe il diritto di essere trasferito immediatamente in Italia.

<sup>20</sup> Articolo 24 – Diritti del minore:

1. *I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità.*
2. *In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente.*
3. *Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.*

<sup>21</sup> Articolo 3:

1. *In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente.*

<sup>22</sup> Chapter 19 - Indirect discrimination:

- (1) *A person (A) discriminates against another (B) if A applies to B a provision, criterion or practice which is discriminatory in relation to a relevant protected characteristic of B's.*
- (2) *For the purposes of subsection (1), a provision, criterion or practice is discriminatory in relation to a relevant protected characteristic of B's if:*
  - (a) *A applies, or would apply, it to persons with whom B does not share the characteristic,*
  - (b) *it puts, or would put, persons with whom B shares the characteristic at a particular disadvantage when compared with persons with whom B does not share it,*
  - (c) *it puts, or would put, B at that disadvantage, and*
  - (d) *A cannot show it to be a proportionate means of achieving a legitimate aim.*

In quest'ottica, atteso che un bambino italiano è un cittadino europeo come Tafida, una disparità di trattamento nei confronti dei due bambini non troverebbe giustificazione giuridica alcuna<sup>23</sup>.

Sul punto, tuttavia, il Trust respinge qualsiasi addebito e richiama proprio i precedenti giurisprudenziali espressi nelle note sentenze Evans e Gard, secondo cui un simile agire non si porrebbe di certo in contrasto con l'art. 5 CEDU.

Inoltre, pur volendo ammettere una violazione del predetto articolo, la stessa troverebbe giustificazione nel fine di voler porre Tafida innanzi ad un'autorità giudiziaria terza idonea a tutelare i suoi *best interests*, deroga questa che troverebbe fondamento giuridico anche nei lavori preparatori della stessa CEDU.

Per quanto attiene al tema religioso e al rispetto del proprio credo, il Trust ritiene che una bambina di cinque anni non sia in grado di formarsi un concreto autoconvincimento idoneo a consentirle di poter percepire il valore dei dettami della propria religione. Pertanto, i medici e la difesa del Trust chiedono al giudice di porre in non cale il tema religioso nella formazione del proprio giudizio.

Infine, in relazione all'articolo 8 CEDU, i legali dell'Ospedale sostengono che il problema fondamentale dell'intera vicenda attenga non ad una questione geografica e alla correttezza o meno del trasporto, ma al dover comprendere se la continuazione di una ventilazione artificiale possa o meno rispondere ai *best interests* della minore. Sul punto, il Guardian, nominato per Tafida, si è espresso negli stessi termini; nelle proprie conclusioni, depositate in giudizio, ha affermato che, nel rispetto del sapere della scienza, la vita di Tafida appare priva di ogni significato attesa l'impossibilità della minore di provare qualsiasi tipo di sentimento, e il prosieguo terapeutico forzoso si tradurrebbe pertanto in un peso e sacrificio non rispondenti ai suoi *best interests*.

## 2.5. L'iter motivazionale del giudice MacDonald

Il giudice adito, a fronte dei temi sollevati dalle rispettive difese, a dispetto dei precedenti più volte citati, quali Evans e Gard, imposta il proprio convincimento con un'analisi improntata sul rapporto tra normativa nazionale ed europea e la permeabilità della prima alle influenze della seconda.

---

<sup>23</sup> Un simile assunto, tuttavia, per il sistema di *common law* britannico, si porrebbe in contrasto con numerosi precedenti, tra cui, *inter alia*, si richiamano R (Ferreira) v HM Senior Coroner for Inner South London [2018] QB 487 e Alfie Evans No.2 [2018] 4 WLUK 624. In riferimento al tema della cittadinanza quale *strumento* idoneo ad eludere il diniego del Tribunale britannico al trasferimento di un minore in un altro paese UE si richiama quanto scritto sul caso Alfie Evans da parte di E. LAMARQUE, *Alfie Evans cittadino italiano. Bene, certa-mente. Ma perché solo lui?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, fascicolo n. 2/2018. L'Autrice si domanda come "*L'essere (anche) cittadino italiano, oltre che britannico, come avrebbe potuto aumentare le possibilità di Alfie di essere curato? Per avere cure salva vita in Italia non solo non è necessario essere cittadini italiani, ma neppure è necessario, se stranieri, essere regolarmente residenti in Italia. La giurisprudenza della Corte Costituzionale sul diritto alla salute come diritto fondamentale della persona che non tollera distinzioni sulla base della nazionalità è molto chiara in questo senso, ed è forse l'orientamento del nostro giudice costituzionale di cui la cultura giuridica italiana dovrebbe andare più orgogliosa, e che più meriterebbe di essere conosciuto e valorizzato nel 'dialogo' europeo e internazionale tra le corti*".

In relazione al diritto di ricevere prestazioni, di cui all'art. 56 TFUE, il giudice richiama il contenuto della Direttiva UE 2011/24 sul diritto del paziente a ricevere cure in ogni Stato dell'Unione Europea.

Il paragrafo 12 della predetta direttiva specifica come il concetto di *motivi imperativi di interesse generale* risulti in costante evoluzione e costituisca strumento idoneo a giustificare un ostacolo alla libera prestazione di servizi, quali le esigenze di pianificazione riguardanti l'obiettivo di assicurare, nel territorio dello Stato Membro interessato, la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure di elevata qualità o la volontà di garantire un controllo dei costi e di evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane.

La Corte di Giustizia ha altresì riconosciuto che anche l'obiettivo di mantenere, per motivi di sanità pubblica, un servizio medico-ospedaliero equilibrato ed accessibile possa rientrare in una delle deroghe di cui all'articolo 52 TFUE, nella misura in cui contribuisca al conseguimento di un elevato livello di protezione della salute.

Sul tema, dunque, il giudice, attraverso il richiamo dei precedenti giurisprudenziali maggiormente significativi<sup>24</sup>, ritiene che il concetto di *ragioni di pubblico interesse* sia alquanto variabile, attese la delicatezza degli interessi nazionali coinvolti e la percezione altamente discrezionale di alcune tematiche delicate frutto anche degli eventi storici che hanno caratterizzato la nascita e la formazione del singolo Paese Europeo.

In questi termini, pur non potendo riconoscere in capo ad ogni ordinamento una discrezionalità assoluta - in quanto contrastante con lo spirito del diritto europeo e internazionale - ad avviso del giudice, è da ritenersi ammissibile una limitazione delle libertà previste dal TFUE, purché utile allo scopo perseguito.

Pertanto, occorre valutare quanto sia possibile, in relazione ai *best interests* del minore, comprimere il potere della famiglia di decidere per i propri figli.

Il giudice precisa che, a livello europeo, la fonte risolutiva del conflitto tra genitori e medici è il comma secondo dell'articolo 6 della Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della Dignità dell'Essere Umano secondo cui "*Quando, secondo la legge, un minore non ha la capacità di dare consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge. Il parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità*".

In forza della predetta normativa, la difesa del Trust afferma che, in caso di accordo sul trattamento terapeutico tra l'*equipe* medica e il tutore (*rectius* il *guardian*), lo spazio di valutazione del medico dovrebbe essere marginale.

Sul punto interessante è l'osservazione avanzata dal giudice, il quale rigetta tale assunto.

<sup>24</sup> Van Duyn (Case 41/74) [1974] ECR1337; Ministerul Administrației Şi Internelor – Direcția Generala De Paşapoarte Bucureşti v Jipa (Case C-33/07) [2008] CMLR 23; Alluè v Università degli Studi di Venezia (C-259/91, C-331/91 & C-332/91) [1993] E.C.R. I-4309 at [15]; Baumbast v Secretary of State for the Home Department (C-413/99).

L'Autorità Sanitaria, infatti, ha citato un precedente<sup>25</sup> ritenuto dal magistrato inconferente in quanto riferibile ad una donna di cinquant'anni e non ad una bambina e soprattutto relativo ad un caso in cui il contrasto era solo tra parenti e medici, mentre per Tafida la divergenza di vedute è sorta anche in seno ai medici stessi.

## 2.6. La decisione

Una volta chiarito il contesto storico-fattuale, scientifico, normativo e giurisprudenziale, il giudice MacDonald procede ad esprimere il proprio pensiero e a decidere così sul caso Tafida.

Il punto normativo di riferimento del giudice è l'art. 56 del TFUE.

Ad avviso dell'organo giudicante, la decisione di impedire il trasferimento di Tafida in Italia potrebbe, in via astratta, costituire violazione della predetta norma, eccezion fatta nel caso in cui sussista una ragione di interesse pubblico idonea a comprimere tale diritto.

In questa cornice, in primo luogo, il giudice intende valutare se i *best interests* e la disciplina prevista in caso di conflitto tra medici e genitori sulla terapia possano considerarsi di interesse pubblico.

Il giudice MacDonald chiarisce come il concetto di *best interests* del minore sia una delle massime espressioni delle ragioni di interesse pubblico, in quanto attinente al benessere della stessa società. In questi termini è interesse pubblico dell'intero sistema della giustizia rinvenire una soluzione a fronte di un conflitto circa i *best interests* del minore ed è pertanto interesse pubblico che lo stesso venga dipanato da parte di un organo terzo e indipendente idoneo a fornire un trattamento eguale a chiunque vi si rivolga.

Il giudice rileva come il Trust, nell'assumere la propria decisione, abbia ommesso di valutare i diritti riconosciuti dal TFUE a ciascun cittadino europeo ed in particolar modo dall'art. 56. Il magistrato, pur ammettendo in via astratta la possibilità dei *best interests* a derogare la normativa europea, ritiene che, nel caso sottoposto al proprio giudizio, non sia stata fornita una ragione concreta del motivo per cui il trasferimento della minore possa configurarsi quale lesione dei medesimi interessi.

Per il giudice, infatti, Tafida, pur versando in uno stato di grave deficienza fisica e mentale, presenta segnali di una minima coscienza del mondo esterno, non prova dolore<sup>26</sup> e potrà sopravvivere per ulteriori dieci/venti anni.

---

<sup>25</sup> Cfr. *An NHS Trust v Y* [2018] UKSC 46 [102] – [113].

<sup>26</sup> Sull'importanza dell'assenza di dolore, più volte rimarcata dal giudice MacDonald, quale parametro preminente in sede di valutazione dei *best interests* di Tafida si veda la riflessione elaborata in relazione al caso Gard nel contributo di D. SERVETTI, *Dopo Charlie e gli altri "casi Gard", ripartiamo da alcune domande*, in *Corti Supreme e Salute*, 2018, n. 1. L'Autore, analizzando gli arresti giurisprudenziali della Corte CEDU sul caso Gard, riconosce come alcun peso sia stato dato in sede di giudizio in relazione all'incertezza circa il dolore provato dal minore affetto dalla grave patologia descritta nell'introduzione del presente elaborato. L'Autore, infatti, afferma "*Sembra così che, nella decisione della Corte abbia assunto un peso quasi irrilevante il problema dell'incertezza di quella valutazione di fatto – incertezza ammessa da tutte le parti – sul giudizio di proporzionalità avente ad oggetto la scelta di sospensione della ventilazione artificiale, che è una scelta eccezionale che va a superare una presunzione teoricamente molto forte com'è quella della preferenza*

Il giudice, in questi termini, deve porsi nei panni del bambino per comprendere quale possano essere i suoi *best interests*. Se è vero che il credo religioso del minore si forma inizialmente sulle indicazioni dei genitori per poi, una volta cresciuto, assurgere a proprio bagaglio personale e che Tafida, ad oggi, non possa dimostrare di aver maturato una consapevolezza autonoma circa il valore religioso della vita, è pur vero che, per il giudice, Tafida accetterebbe di vivere, anche nello stato in cui versa, purché in assenza di sofferenza, tra le amorevoli braccia materne.

Non giuridica, ma fondamentale, è l'affermazione del par. 169 della sentenza, ove si afferma “*Tafida è gravemente malata e quindi disabile, ma una vita di un malato disabile ha la stessa dignità e importanza di tutte le altre vite*”.

In quest’ottica, richiamando le linee guida del Royal College, il giudice ritiene che per Tafida la continua somministrazione di cure non si porrebbe in contrasto con i suoi *best interests*.

La stessa possibilità<sup>27</sup>, rappresentata dall’Ospedale Gaslini, per Tafida, di riavere la capacità di respirare autonomamente, senza una costante ventilazione artificiale, dimostra come vi possa essere anche un – seppur minimo – miglioramento.

In questo contesto non è stato condiviso l’assunto del Trust per cui un bambino, che versi in uno stato di privazione sensoriale agli stimoli esterni, non sia meritevole di essere tenuto in vita, in quanto in netto contrasto con il credo e il concetto di vita sostenuto dal più diffuso e comune sentire.

Inoltre, il giudice riconosce come gli stessi medici britannici abbiano ammesso l’esistenza di numerosi bambini nelle condizioni di Tafida, allattati a casa e connessi ad un respiratore artificiale. Pertanto, una scelta opposta per la minore si tradurrebbe in un trattamento diseguale.

Infine, se è vero che Tafida non abbia potuto formarsi un proprio convincimento religioso, è pur vero che il mantenimento della terapia le potrà consentire di vivere anche con quei valori religiosi in cui la stessa è finora cresciuta.

Per tutti questi motivi la High Court of Justice ha affermato che il trasferimento di Tafida in Italia non si pone in contrasto con i suoi *best interests* e, per l’effetto, non può trovare limitazione alcuna la decisione dei genitori della bambina di trasferirla presso la struttura italiana.

---

<sup>27</sup> Si precisa che a gennaio 2020, l’Ospedale Gaslini, in persona del responsabile del centro di rianimazione neonatale e pediatrica del Gaslini, Andrea Moscatelli, ha comunicato il trasferimento di Tafida dalla rianimazione presso un reparto di terapia non intensiva, in quanto, seppur per non lunghi periodi, riesce a respirare autonomamente senza l’ausilio del respiratore artificiale.

### 3. I *best interests* quali pietra angolare del giudizio: un confronto tra UK e Italia

La sentenza esaminata espone una sintesi degli arresti giurisprudenziali pregressi, ma, al contempo, sembra declinare il concetto dei *best interests* alla luce di una nuova ponderazione del bilanciamento tra autodeterminazione ed eterodeterminazione.

Come si è avuto modo di vedere, il tema dei *best interests* permea l'intero metro di giudizio del giudice estensore.

In primo luogo occorre comprendere cosa si debba intendere per *best interests*.

Senza avere la presunzione di fornire una ricostruzione completa del tema, si cercherà di far emergere la complessità di una definizione univoca di tale concetto.

A livello internazionale occorre richiamare la Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza e, in particolar modo, l'art. 3, comma 1 che, nella versione originale, afferma: “*In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*”. La versione italiana, non ufficiale del testo, riportata nella legge n. 176 del 27 maggio 1991 di ratifica ed esecuzione della Convenzione, traduce *best interests* come *interesse superiore del fanciullo*. In questi termini si è di recente espressa anche la Corte Costituzionale con sentenza n. 221/2019 usando la locuzione *migliore interesse del minore*<sup>28</sup>.

Per la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si deve sempre fare riferimento all'art. 8 CEDU, quale corollario del principio della vita familiare. I giudici di Strasburgo hanno, infatti, affermato che: “*la Comunità nel suo complesso ha interesse a mantenere un sistema coerente di diritto di famiglia che ponga l'interesse del bambino in prima linea*” (Corte Europea dei Diritti Umani, 22 aprile 1997, App. n. 21830/93, X. Y. e Z contro Regno Unito, p. 47).

I giudici di Strasburgo hanno sottolineato che le “*indubbie qualità personali e l'attitudine per l'educazione dei bambini*” devono rientrare sicuramente nella valutazione del migliore interesse del bambino, “*una nozione chiave nello strumento internazionale pertinente*” (CEDU, 22 gennaio 2008, E. B. contro France, para. 95-96)<sup>29</sup>.

---

*verso il mantenimento in vita. E non pare immotivato domandarsi se una diversa valutazione di tale incertezza avrebbe condotto la Corte di Strasburgo alla medesima conclusione*”. In quest'ottica, pare scorgersi, nel testo ora richiamato, la denuncia di una debolezza valutativa dell'organo giudicante non improntata al principio del *favor vitae*, incapace quindi di addivenire ad una scelta consapevole e veramente rispondente ai tanto professati *best interests*.

<sup>28</sup> Sulla declinazione del concetto di *best interests* da parte della Corte Costituzionale e della permeabilità dello stesso nei meandri costituzionali si veda E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016.

<sup>29</sup> Sull'evoluzione del concetto di *best interest of the child* da parte della Corte EDU, si vedano le sentenze EB contro Francia del 22 gennaio 2008, la Shalk e Kopf contro Austria del 24 giugno 2010 e, da ultimo, la Strand Lobben e altri v. Norvegia del 10 settembre 2019. Per un'analisi maggiormente dettagliata del concetto di *best interests* nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo si veda J. LONG, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in *Questione giustizia*, 2019, n. spec. 1.

Anche per l'ordinamento italiano il concetto di *best interests* si declina come stella polare di ogni decisione assunta nell'interesse del minore.

Il richiamo a tale clausola richiede che il giudice tenga conto non di un concetto astratto, riferito ai minori come categoria, ma del concreto interesse di quel bambino, inteso come persona, della unicità ed irripetibilità della sua vicenda esistenziale, del contesto personale, familiare, sociale ed economico in cui egli vive, e in considerazione di ciò assuma la decisione che, in quel momento e in quell'ambiente, meglio promuova i suoi diritti<sup>30</sup>.

Per la dottrina italiana la decisione del magistrato non deve tradursi in un raffronto tra il caso concreto, oggetto di giudizio, e un archetipo astratto e idealizzato di famiglia, bensì in una valutazione attenta e puntuale idonea a verificare concretamente la presenza di un possibile pregiudizio per il minore<sup>31</sup>. Solo in questo modo si rispetterebbe il corretto equilibrio degli interessi costituzionalmente tutelati e coinvolti.

Negli studi più recenti<sup>32</sup> è stato evidenziato che la nascita del principio in questione è da ricondurre ad una visione del minore quale soggetto privo, soprattutto nella prima fase della propria vita, di diritti autonomi tesi alla propria autodeterminazione, bensì titolare di una posizione giuridico -soggettiva di protezione. Protezione questa che deve essere garantita da un soggetto a lui terzo, ossia dai genitori o dallo Stato. Ad avviso di tale assunto solo questi ultimi sarebbero idonei a garantire il benessere e gli interessi del minore.

Una dimensione del tema dei *best interests* è data da un importante contributo giurisprudenziale<sup>33</sup> della Suprema Corte di Cassazione, secondo cui il principio dell'interesse del minore "*da solo non può essere decisivo*" (in tal senso, Corte EDU, 3 ottobre 2014, *Jeunesse c. Olanda*): altrimenti, tale diritto diventerebbe *tiranno* nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente garantite alla persona, che costituiscono, nel loro insieme, la tutela della sua dignità.

Infatti, tutti i diritti costituzionalmente protetti si trovano in rapporto di integrazione reciproca e sono soggetti al bilanciamento necessario ad assicurare una tutela unitaria e non frammentata degli interessi costituzionali in gioco (Corte Cost. sentt. n. 85 del 2013, n. 10 del 2015, n. 63 del 2016).

Al fine di cercare di delineare una cornice semantica idonea a consentire di comprendere cosa si debba intendere per *best interests*, pur non volendoli imbrigliare in una perimetro dogmatico eccessivamente stringente, in quanto non confacente ad un tema così mutevole nel tempo<sup>34</sup>, si richiama la definizione adottata dal giudice di legittimità in tema di

<sup>30</sup> G. FERRANDO, *Diritto di Famiglia*, Zanichelli, Torino, 2017, p. 295.

<sup>31</sup> P. MARTINELLI, *Per una giurisdizione minorile mite – la giurisdizione della non decisione*, in *Minorigiustizia*, 2008, n. 2.

<sup>32</sup> Per un'analisi completa del concetto di *best interests* per il diritto italiano nella sua totalità si veda E. LAMARQUE, *I best interests of the child*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza – Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, Roma, 2019.

<sup>33</sup> Cassazione Civile, sez. I, sentenza 30 settembre 2016, n. 19599.

<sup>34</sup> Sul punto si veda quanto riferito dal Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, par. 1), 29 maggio 2013,

affidamento del minore, secondo cui “*la valutazione dell’interesse del minore non deve limitarsi al desiderio del bambino di mantenere la bigenitorialità, ma va intesa in funzione del soddisfacimento delle sue oggettive, fondamentali e imprescindibili esigenze di cura, mantenimento, educazione, istruzione, assistenza morale e di sana ed equilibrata crescita psicologica, morale e materiale*”<sup>35</sup>.

Alla luce delle brevi linee interpretative sopra citate non si può non concordare con chi<sup>36</sup> sostiene che, per la giurisprudenza italiana, i *best interests* assumano, nel sistema delle fonti, il rango di principio “para-costituzionale”. Connotazione questa dagli effetti dirompenti in sede di ponderazione degli interessi coinvolti al fine del decidere.

Dopo aver tracciato un panorama generale sul tema, occorre ora analizzare tale concetto nel sistema britannico. La sentenza oggetto del presente contributo può ritenersi non solo un compendio degli arresti giurisprudenziali pregressi<sup>37</sup>, bensì anche uno spunto per nuove riflessioni.

Il giudice MacDonald, infatti, afferma che: “*The term ‘best interests’ is used in its widest sense, to include every kind of consideration capable of bearing on the decision, this will include, but is not limited to, medical, emotional, sensory and instinctive considerations. The test is not a mathematical one, the court must do the best it can to balance all of the conflicting considerations in a particular case with a view to determining where the final balance lies*”<sup>38</sup>.

Con detta affermazione il giudice spiega come ogni giudizio costituisca un caso a sé stante e come il parere medico, seppur tecnico e quindi tendenzialmente terzo, non debba mai prevalere in modo acritico su tutti gli altri aspetti coinvolti. Infatti, qualora l’organo giudiziario dovesse abdicare alla funzione a cui è preposto in presenza della relazione di un tecnico, si introdurrebbe nel sistema giudiziario un grave *vulnus*, paragonabile ad un’eventuale aderenza acritica da parte del giudice italiano alla relazione del consulente tecnico d’ufficio<sup>39</sup>.

---

parr. 1 e 11, secondo cui “*Come sottolineato anche dal Comitato sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza, quello di ‘best interests of the child’ è un concetto dinamico, che coinvolge diverse esigenze in continua evoluzione, talvolta in conflitto fra loro, e che può pertanto essere correttamente apprezzato solo in relazione alla singola situazione concreta*”.

<sup>35</sup> Cassazione Civile, sez. I, 22/09/2016, n. 18559.

<sup>36</sup> E. LAMARQUE, *I best interests of the child*, cit.

<sup>37</sup> J (A Minor) (Wardship: Medical Treatment) [1991] Fam 33, R (Burke) v The General Medical Council [2005] EWCA 1003, An NHS Trust v MB [2006] 2 FLR 319, Wyatt v Portsmouth NHS Trust [2006] 1 FLR 554, Re Ashya King [2014] 2 FLR 855, Kirklees Council v RE and others [2015] 1 FLR 1316 and Yates and Gard v Great Ormond Street Hospital for Children NHS Foundation Trust [2017] EWCA Civ 410.

<sup>38</sup> “Il termine *best interests* coinvolge una vasta gamma di significati, idonea ad includere in sé ciascun elemento idoneo a determinare la decisione da assumere, esso includerà, in via non esclusiva, considerazioni mediche, sociali, valoriali e così via. Tale valutazione non ha una base matematica, bensì il tribunale deve fare il possibile per bilanciare tutti gli interessi sottesi anche tra di loro contrastanti ed antitetici, peculiari al singolo caso in esame, al fine di poter giungere ad una conclusione coerente con il fine preposto, ossia quello di tutelare il minore” (trad. nostra).

<sup>39</sup> Sul punto la giurisprudenza, a dispetto degli insegnamenti dottrinali, sembra oggi consentire, se non addirittura propendere, per un appiattimento del giudice alla valutazione peritale senza doverne dare contezza in sede di redazione della

In questi termini, per il giudice, il desiderio di continuare a vivere deve sempre trovare assoluta difesa, salvo che la qualità di vita, a fronte di una costante somministrazione di terapie, si deteriori a tal punto da divenire priva di ragione<sup>40</sup> e l'intervento clinico diventi controproducente.

Infine, nel prendere una decisione, l'organo giudiziario deve ascoltare anche le deduzioni dei genitori, tenendo tuttavia presente come le stesse spesso siano dettate da ragioni umane prive di un'effettiva obiettività.

Il Tribunale, pertanto, deve valutare attentamente la natura delle cure a cui il paziente è sottoposto, il piano terapeutico futuribile e soprattutto l'assenza di dolore o di patimenti sproporzionati rispetto al fine ultimo per cui avviene la cura.

In questa ponderazione, infine, deve tenersi in conto anche il credo religioso dei genitori e dei minori, dovendo, al contempo, analizzarsi quale sia il grado di consapevolezza maturato dal bambino sul portato valoriale della religione a cui sia devoto.

Il peso da riconoscere ai possibili *desiderata* del minore varia a seconda dell'età e della capacità cognitiva del fanciullo.

Ad avviso della dottrina britannica<sup>41</sup> i tribunali hanno il potere di prendere decisioni sulla salute dei bambini ogniqualvolta sia in pericolo il benessere dei minori. In questi termini si intuisce come il potere del magistrato, per la dottrina del Regno Unito, possa godere di spazi decisionali indefiniti e come tale aspetto sia eccessivamente problematico. Numerosi sono stati, infatti, i contributi di giuristi britannici<sup>42</sup> che hanno evidenziato il rischio per cui, in casi come quello di Tafida, il requisito per richiedere l'intervento di un organo giudiziario appaia eccessivamente labile. In quest'ottica si suggerisce, come infatti è stato posto in essere dal giudice MacDonald, di riconoscere in capo ai genitori, in via principale, il potere di controllare e prendere una decisione in relazione al parere dei medici. Ai genitori, infatti, lo Stato dovrebbe offrire loro la possibilità di scegliere tra la gamma di opzioni mediche disponibili. Questa autorità dovrebbe cedere solo se la decisione dei genitori comportasse un grave rischio di danni significativi per il minore: solo a quel punto il Tribunale avrebbe quindi l'autorità di intervenire.

---

<sup>40</sup> Il giudice usa il termine *futile*.

<sup>41</sup> Cfr. D. DIEKEMA, *Parental refusals of medical treatment: The harm principle as threshold for state intervention*, Philosophy of Medical Research and Practice, 2004.

<sup>42</sup> Cfr. C. AUCKLAND, I. GOOLD, *Parental rights, best interests and significant harms: who should have the final say over a child's medical care?*, in *The Cambridge Law Journal*, 2019; E. CAVE, E. NOTTINGHAM, *Who knows best (interests)? The case of Charlie Gard*, Medical law review, 2018.

## 4. Le linee guida sul fine vita del minore: UK vs Italia

Un'analisi critica della sentenza oggetto del presente contributo non può non fare menzione al ruolo delle linee guida scientifiche sviluppate in relazione al trattamento sul fine vita del bambino.

Fin dal principio, infatti, si deve rilevare come, a dispetto dei precedenti giurisprudenziali più volte richiamati, le linee guida scientifiche abbiano svolto un ruolo fondamentale sulla maturazione e motivazione del giudizio del Tribunale adito per Tafida.

Sulla relazione dignità-trattamento terapeutico, un contributo fondamentale nel Regno Unito è dato dalle linee guida<sup>43</sup> elaborate dal Royal College of Pediatrics and Child Health. Tale testo si divide in tre sezioni.

La prima riguarda quei pazienti la cui vita è limitata nella *quantità* ossia nei casi in cui, ad esempio, si sia di fronte ad una morte cerebrale già avvenuta, che stia per subentrare, o che sia inevitabile (ma non si conosce l'esatto momento in cui avverrà). Orbene, in questi casi, qualora il trattamento terapeutico sia inesistente o inidoneo a consentire un percepibile miglioramento delle condizioni di vita, la somministrazione di ulteriori cure risulterebbe contraria ai *best interests* del minore.

La seconda sezione fa riferimento al caso di una vita limitata nella *qualità*.

Tale categoria attiene ai casi in cui, pur essendoci una terapia idonea anche a consentire il protrarsi della vita per un considerevole lasso di tempo, non sia, tuttavia, sufficiente a evitare ogni gravame, *lato sensu* inteso, associato alla malattia o al trattamento stesso. In questa sezione rientrano, ad esempio, quei trattamenti che producono di per sé stessi sofferenze tali da superare di gran lunga il beneficio che comporterebbero.

Infine, la terza sezione, forse la più complessa per chiunque debba assumere una decisione in merito, riguarda quella zona grigia in cui il paziente si trovi in uno stato vegetativo o di quasi totale incoscienza, ove il trattamento potrebbe non fornire alcun beneficio, ma, al contempo, alcun dolore. Questo è stato il caso di Tafida.

In queste situazioni, sebbene a prima vista la costante somministrazione di cure potrebbe non ritenersi rispondente, a livello medico, ai *best interests* del minore, occorre spostare lo sguardo su altri elementi. Uno di questi è, per l'appunto, il pensiero e la volontà della famiglia del bambino, quale custode ultimo di una conoscenza non solo medica, ma anche affettiva del minore.

A fronte del valore preponderante riconosciuto alle predette linee guida nel sistema giuridico britannico si ritiene opportuno svolgere un confronto con il panorama normativo

---

motivazione della sentenza. Da ultimo si veda Corte di Cassazione, sentenza n. 16683 del 21 giugno 2019.

<sup>43</sup> Tali linee guida prendono il nome di "*Making Decisions to Limit Treatment in Life-limiting and Life-threatening Conditions in Children: a Framework for Practice*" e sono state pubblicate nel mese di marzo 2015.

italiano, al fine di comprendere quale sia la risposta fornita in Italia su un tema così altamente divisivo quale è il trattamento del minore in relazione al fine vita.

L'Organizzazione Mondiale della Sanità definisce le Cure Palliative Pediatriche (CPP) come l'attiva presa in carico globale del corpo, della mente e dello spirito del bambino e comprende il supporto attivo alla famiglia. Obiettivo principale di tali cure è la qualità della vita del paziente e della sua famiglia e il domicilio rappresenta il luogo di elezione di assistenza e cura.

Le CPP non sono le cure prettamente del fine vita, bensì sono riferibili all'assistenza della cosiddetta inguaribilità<sup>44</sup>.

In Italia fino a gennaio 2020, in questa materia, risultava assente la presenza di indicazioni omogenee e condivise, inquadrabili quali linee guida cliniche.

In un primo momento, un contributo utile può essere riconosciuto nelle indicazioni redatte dal Gruppo di studio per la bioetica della Società di anestesia e rianimazione neonatale e pediatrica italiana (SARNePI) che indirizza le proprie raccomandazioni alle *equipe* di rianimazione pediatrica degli ospedali italiani<sup>45</sup>.

L'approccio che emerge dalla lettura del testo summenzionato dimostra alcune evidenti e rilevanti discrasie rispetto alle linee guida britanniche prima richiamate.

Pur non sconfessando le linee d'oltremarica, i clinici italiani sottolineano come qualsiasi soggetto, pur affetto da disabilità fisiche e/o mentali, mantenga la propria dignità anche nel tempo della malattia e all'approssimarsi della morte.

Ogni paziente, quali che siano le sue condizioni cliniche, resta in ogni circostanza pienamente persona e come tale merita totale attenzione e rispetto.

In questi termini emerge una visione della vita maggiormente totalizzante, ove anche la più grave compromissione dello stato fisico non permette il venire meno della dignità della vita, valore questo che deve presiedere a qualsiasi decisione del medico.

Tale specificazione, al contempo, non deve essere letta in modo assoluto o, per prendere il concetto sopracitato, di *diritto tirannico*, in quanto, altrimenti, contrastante con il principio costituzionale di cui all'art. 32, c. 2 della Costituzione.

<sup>44</sup> Si veda E. ALLEVA, F. BENINI, A. DE SANTI, A. GERACI, M. ORZALESI (a cura di), *Cure palliative pediatriche in Italia: stato dell'arte e criticità*, i *Rapporti ISTISAN*, 2017, n. 6. Per gli autori le CPP iniziano al momento della diagnosi, non precludono la terapia curativa concomitante e continuano durante tutto il decorso della malattia, prendendosi carico della risposta ai molteplici bisogni che la situazione comporta. Si differenziano per molti ambiti dalle cure palliative rivolte al paziente adulto: devono infatti modularsi alle peculiarità biologiche, psico-relazionali, cliniche, sociali, etiche e spirituali del paziente pediatrico e della sua famiglia e rispondere ad una tipologia e quantità dei bisogni del tutto peculiari che condizionano scelte ed azioni dedicate e specifiche.

<sup>45</sup> Tale contributo è frutto di una riflessione di un testo elaborato a più mani nel 2008, da parte di alcuni dei maggiori studiosi della medicina moderna in ambito pediatrico, A. GIANNINI, A. MESSERI, A. APRILE, C. CASALONE, M. JANKOVIC, R. SCARANI, C. VIAFORA, *End-of-life decisions in pediatric intensive care. Recommendations of the Italian Society of Neonatal and Pediatric Anesthesia and Intensive Care (SARNePI)*, in *Paediatric Anaesthesia*, 18, 2008, 11, pp. 1089-1095 (<https://doi.org/10.1111/j.1460-9592.2008.02777>).

La disponibilità di un mezzo diagnostico o terapeutico, di per sé, non pone l'obbligo al suo utilizzo. Anche in ambito rianimatorio l'utilizzo di qualsivoglia mezzo di diagnosi e terapia deve rispondere a un criterio di proporzionalità.

Tale principio deve essere letto come il dovere del medico di procedere, in fase di valutazione del trattamento da somministrare, ad un bilanciamento<sup>46</sup> tra l'appropriatezza<sup>47</sup> della terapia e la sua gravosità<sup>48</sup>.

Il medico rianimatore deve evitare di perseguire, con irragionevole ostinazione, obiettivi o risultati parziali (che non hanno cioè nessun significativo impatto sulla condizione clinica del paziente e/o sull'evoluzione della malattia), che siano di fatto ininfluenti o dannosi riguardo al bene complessivo del paziente<sup>49</sup>.

Infine, sulla decisione ultima di interrompere o di non iniziare nemmeno una terapia, il contributo medico in esame ritiene tale scelta di per sé corretta, ma soltanto se frutto di un ragionato percorso che deve vedere, non solo la piena concordanza di opinione all'interno dell'*equipe* medica, ma anche il consenso e la partecipazione<sup>50</sup> decisionale dei genitori, intesi in questo caso (a dispetto dell'impostazione maggioritaria britannica) quali veri conoscitori degli interessi del proprio figlio<sup>51</sup>.

In caso di contrasto di visione tra medici e genitori, interessante è il differente approccio italiano.

---

<sup>46</sup> Sul ruolo dei principi di appropriatezza e proporzionalità quale faro per la migliore scelta terapeutica in relazione al fine vita, si vedano D. RODRIGUEZ, A. APRILE, *Quando mancano evidenze scientifiche*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, n. 2 e L. ROMANO, *Inguaribili ma curabili nella proporzionalità*, *ivi*.

<sup>47</sup> Intesa come idoneità della cura, efficacia, probabilità di successo, durezza del risultato, concreta attuabilità, complicanze ed effetti negativi, costi economici.

<sup>48</sup> Da intendersi come il costo in termini di sofferenza che il paziente deve sopportare a fronte dei benefici attesi.

<sup>49</sup> A. GIANNINI, A. MESSERI, A. APRILE, C. CASALONE, M. JANKOVIC, R. SCARANI, C. VIAFORA, *End-of-life decisions*, *cit*.

<sup>50</sup> Sulla rilevanza dell'ascolto e della compartecipazione decisionale del malato nella fase decisionale si richiama il pensiero del Cardinale Elio Sgreccia espresso sull'importanza del dialogo in medicina quale elemento costante sia da un punto di vista epistemologico sia metodologico. In merito cfr. E. SGRECCIA, *Il dialogo in Bioetica: per una medicina fondata sulla persona umana*, in *Medicina e Morale*, 2010; E. SGRECCIA, *Manuale di Bioetica. Volume I, Fondamenti ed etica biomedica*, Milano, Vita e Pensiero, 2012. In questi termini si ricorda anche l'esortazione di Papa Giovanni Paolo II del 27 ottobre 1980 ai medici della Società italiana di medicina interna ove affermava come "il rapporto tra malato e medico deve tornare a basarsi su di un dialogo fatto di ascolto, di rispetto, di interesse; deve tornare a essere un autentico incontro tra due uomini liberi o, come è stato detto, tra una fiducia e una coscienza". Su quest'ultimo aspetto si veda F. CANCELLI, *La Carta degli Operatori Sanitari: una riflessione bioetica e deontologica*, in *Bioetica News Torino*, maggio 2017.

<sup>51</sup> Sul ruolo della famiglia, quale conoscitore primario degli interessi del bambino, si veda C. M. BIANCA, *Diritto civile – 2.1. La Famiglia*, VI ed., Giuffrè, Milano, 2017, p. 369: "Il diritto di crescere in famiglia è un diritto fondamentale del figlio in quanto la famiglia è un bene essenziale per la sua vita affettiva e per la sua armoniosa formazione"; C. M. BIANCA, *Una nuova pagina della Cassazione sul diritto fondamentale del minore di crescere nella sua famiglia*, *Nota a Cass. S.U. 30 giugno 2016, n. 13435*, in *Il foro italiano*, I, 3171 ss.

In via preliminare si cerca di evitare ad ogni costo un conflitto<sup>52</sup> di opinioni attraverso un percorso di informazione totalizzante<sup>53</sup>.

In caso del perdurare di conclusioni differenti è consigliabile coinvolgere un soggetto terzo quale il Comitato etico<sup>54</sup>.

A tale organo, tuttavia, non si deve riconoscere il potere di emettere un parere vincolante e inappellabile, ma questo deve essere inteso come un contributo possibilmente risolutivo. Solo in ultima istanza sarà l'autorità giudiziaria, in persona del giudice tutelare competente, a dover assumere la decisione<sup>55</sup>.

Come si è avuto modo di osservare nelle premesse di quest'ultima digressione, l'assenza di linee guida condivise a livello centrale in relazione al fine vita del minore è perdurata fino alla fine del mese di gennaio 2020.

Il 30 gennaio 2020 il Comitato Nazionale per la Bioetica ha approvato una mozione rubricata "*Accanimento clinico o ostinazione irragionevole dei trattamenti sui bambini piccoli con limitate aspettative di vita*".

Il Comitato Nazionale per la Bioetica si è espresso sul tema dell'accanimento clinico<sup>56</sup> ovvero sulla "perpetrazione" di trattamenti sui minori con ridotte prospettive di vita, adottando un parere contenente dodici raccomandazioni.

Nelle premesse il Comitato ha chiarito la propria intenzione di volere abbandonare il concetto di accanimento terapeutico in luogo del cosiddetto *accanimento clinico*.

Tale espressione indica l'inizio di trattamenti che si presumono inefficaci o la prosecuzione di trattamenti divenuti di documentata inefficacia in relazione all'obiettivo di cura della

<sup>52</sup> Cfr S. AMATO, *Lasciar morire o lasciar soffrire?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, n. 2. L'Autore, riprendendo i principi della filosofia di Habermas, ritiene ineluttabile la presa di coscienza della possibilità di creare dolore ogniqualevolta si debba prendere una decisione in frangenti delicati come quelli di cui si sta discutendo, atteso il coinvolgimento di scelte etiche alquanto gravose e quella che lo stesso Autore definisce "*rozzezza della logica lecito/illecito che non conosce sfumature o mediazioni*" tipico del decidere giuridico. L'Autore afferma come "*questa giuridificazione, proprio perché è una 'colonizzazione dei mondi vitali', perché mette a contatto modelli e sensibilità diverse, non può non recare in sé una sottile forma di prepotenza e violenza, determinando inevitabilmente una serie di tensioni tra le diverse concezioni della vita: non può appagarle tutte e quindi finisce spesso per deludere una parte delle attese sociali e delle aspettative morali*". Orbene un approccio idoneo a prevenire, o almeno mitigare, un simile stato di cose può essere proprio riconosciuto nel favorire un maturo rapporto medico-paziente e alla capacità del clinico di comunicare con il malato.

<sup>53</sup> Principio richiamato dalla l. 219/17 all'art. 1 comma 8 ove si afferma "*Il tempo della comunicazione costituisce tempo di cura*". Per un approfondimento sul tema si veda C. IAGNEMMA, "*Il tempo della comunicazione costituisce tempo di cura: l'approccio narrativo nella Legge 219/2017*", in *Giurisprudenza penale*, 2019; L. FORNI, *Scelte giuste, anche alla fine della vita: analisi etico – giuridica della Legge n. 219/2017*, in *Giurisprudenza penale*, 2019.

<sup>54</sup> Sull'importanza del ruolo di un soggetto terzo si richiama L. D'AVACK, *Alfie: quando l'accanimento terapeutico diventa una "pretesa" di cura*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, n. 2, p. 28.

<sup>55</sup> Per un approfondimento in tema di cure palliative e trattamento del minore si veda da ultimo C. V. BELLINI, *Cure Palliative Cure e Decisioni Di Fine-Vita in Pediatria*, in *Il Pediatra*, 2019.

<sup>56</sup> Sull'espressione *accanimento clinico* in luogo di *accanimento terapeutico* si era già espresso l'odierno Presidente del Comitato Nazionale per la Bioetica secondo cui "accanimento clinico" sarebbe un termine da preferire a quello "terapeutico", considerato che si deve presumere che il trattamento in oggetto di "curativo" non abbia alcun effetto. L. D'AVACK, *Alfie: quando l'accanimento terapeutico diventa una "pretesa" di cura*, cit.

persona malata o di miglioramento della sua qualità di vita (intesa come benessere) o tali da arrecare al paziente ulteriori sofferenze e un prolungamento precario e penoso della vita senza ulteriori benefici.

In questi termini, facendo propri i principi di proporzionalità e adeguatezza, già enucleati nelle linee guida succitate, a riprova della correttezza e validità delle stesse, la mozione evidenzia come ciascuna decisione sul fine vita debba rappresentare il compendio tra il sapere scientifico e il vissuto del paziente.

Da tale assunto emerge la drammaticità di una simile ponderazione qualora il paziente sia un neonato o comunque un bambino molto piccolo la cui autodeterminazione è del tutto assente o alquanto ridotta e comunque inidonea a esplicitarsi al mondo esterno.

In quest'ottica si comprendono maggiormente le ragioni che conducono a infliggere al minore un accanimento clinico, vuoi per rispondere alle comprensibili istanze genitoriali, vuoi per far fronte ad una delle piaghe socio-giuridiche che affliggono il Sistema Sanitario Nazionale italiano, la medicina difensiva.

Il Comitato, pertanto, consapevole delle differenti declinazioni con cui si esplica l'accanimento clinico<sup>57</sup>, evidenzia la necessità di individuare alcuni parametri fondamentali idonei a preservare il benessere del minore, pur tenendo conto della specificità dei singoli casi. Un siffatto tentativo di oggettivizzazione degli stessi deve essere accolto con grande entusiasmo al fine di cercare di fornire, non solo agli operatori sanitari, ma anche all'organo giudiziario, chiavi di lettura e di interpretazione il più possibile omogenee. In questo modo si potrebbe privare il soggetto preposto alla *decisione ultima* di una discrezionalità assoluta tale da ingenerare, nel panorama nazionale, una grave disomogeneità e aleatorietà di giudizio.

Pur rimandando ad una lettura integrale<sup>58</sup> della mozione, si riassumono le *raccomandazioni* elaborate dal CNB.

1. Il superiore interesse del bambino è il criterio preminente per qualsiasi scelta e deve essere definito a partire dalla condizione clinica contingente, unitamente alla considerazione del dolore e della sofferenza e del rispetto della sua dignità.
2. Necessario istituire e rendere effettivamente operativi i comitati per l'etica clinica presso ogni ospedale pediatrico, con una composizione multi-disciplinare, con ruolo consultivo e formativo.
3. Coinvolgere nel processo decisionale i genitori grazie anche ad un supporto informativo costante e accessibile.
4. Avvalersi di una *second opinion* da parte di una *équipe* differente rispetto a quella che ha in cura il minore.

---

<sup>57</sup> Il CNB nell'enucleare le differenti manifestazioni dell'accanimento clinico parla, ad esempio, di accanimento tecnologico e accanimento sperimentale.

<sup>58</sup> Il testo è consultabile all'indirizzo: <http://bioetica.governo.it/media/3957/m22-2020-accanimento-clinico-o-ostinazione-irragionevole-dei-trattamenti-sui-bambini-piccoli-con-limitate-aspettative-di-vita.pdf>.

5. Adire il Tribunale come *extrema ratio*, quindi solo in caso di insanabile conflitto tra medici e genitori.
6. Divieto di tramutare la cessazione di somministrazione di ulteriori terapie in un abbandono del minore. In questi termini risulta necessaria la somministrazione di cure palliative fino al naturale decesso del bambino.
7. Garantire l'accesso alle cure palliative, ospedaliere e a domicilio, in modo omogeneo sul territorio.
8. Potenziare la ricerca sul dolore e sulla sofferenza nei bambini al fine di cercare di oggettivizzare il più possibile tale parametro.
9. Evitare di somministrare inutilmente terapie sperimentali, trasformando il minore come una *cavia da laboratorio*.
10. Investire sulla formazione dei medici e di tutto il *team* al fine di creare un'*equipe* specializzata, anche nell'attività di *counselling* per i genitori.
11. Agevolare la vicinanza dei genitori ai bambini che versano in condizioni cliniche estremamente precarie.
12. Riconoscere un rilievo sociale alle Associazioni dei genitori di bambini malati.

Una volta delineato il contributo puntuale della scienza moderna nel panorama italiano, si ritiene opportuno fare cenno anche alla normativa italiana oggi vigente sul tema in esame. Il 14 dicembre 2017 è stata approvata la legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento, legge n. 219 del 2017.

L'art. 1 della predetta fonte racchiude in sé il portato valoriale ultimo di tale contributo, ossia *“tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata”*.

Per quanto qui di interesse occorre porre attenzione all'art. 3, rubricato *Minori e Incapaci*<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> Tale norma dispone:

1. *La persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, nel rispetto dei diritti di cui all'articolo 1, comma 1. Deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà.*
2. *Il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità.*
3. *Il consenso informato della persona interdetta ai sensi dell'articolo 414 del codice civile è espresso o rifiutato dal tutore, sentito l'interdetto ove possibile, avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità.*
4. *Il consenso informato della persona inabilitata è espresso dalla medesima persona inabilitata. Nel caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere.*
5. *Nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata oppure l'amministratore di sostegno, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) di cui all'articolo 4, o il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa*

Tale norma, pur espressione del tentativo di fare chiarezza su uno dei temi etici maggiormente delicati del panorama normativo, risulta deficitaria di uno strumento completo di tutela<sup>60</sup>.

La legge in esame, infatti, disciplina il caso positivo in cui il rappresentante legale del minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga, invece, che queste siano appropriate e necessarie. In questa circostanza è il giudice tutelare a dover decidere.

Il caso negativo, ossia qualora sia il medico a chiedere la sospensione della cura e il rappresentante legale, invece, propenda per la continuazione, non risulta normato. Tale assenza, tuttavia, potrebbe ritenersi colmata attraverso un'interpretazione analogica dell'art. 3 succitato, con il riconoscimento, in capo al giudice tutelare, del potere di assumere l'ultima decisione in ragione della terzietà e autorità che lo contraddistinguono.

Una visione maggiormente nomofilattica potrebbe, invece, ritenere giustificata tale assenza.

Il legislatore avrebbe, infatti, delegato al giudice le decisioni soltanto di casi limite, in quanto, qualora il mantenimento della terapia potesse configurarsi come un accanimento terapeutico, l'*équipe* medica, ai sensi delle indicazioni deontologiche<sup>61</sup>, nonché dell'art. 2<sup>62</sup> della l. 219/2017, avrebbe l'obbligo, presumibilmente confortato da un parere anche del Comitato etico, di interrompere dette cure, senza la necessità di rivolgersi al giudice tutelare<sup>63</sup>.

In questo modo l'esercente la responsabilità genitoriale o la rappresentanza legale, diversamente declinata, in caso di un suo pervicace dissenso, dovrebbe adire il giudice tutelare, in quanto il medico avrebbe una copertura normativa che gli consentirebbe di interrompere *tout court* la terapia.

---

*al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria*

<sup>60</sup> Cfr. A. NICOLUSSI, *Il miglior interesse del bambino al centro del triangolo pediatrico: una cifra del modo di intendere la genitorialità e l'esigenza di un sensus communis*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, n. 2.

<sup>61</sup> Sul punto si veda il Codice di Deontologia Medica secondo cui all'art. 16, rubricato "Procedure diagnostiche e interventi terapeutici non proporzionati": *Il medico, tenendo conto delle volontà espresse dal paziente o dal suo rappresentante legale e dei principi di efficacia e di appropriatezza delle cure, non intraprende né insiste in procedure diagnostiche e interventi terapeutici clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati, dai quali non ci si possa fondatamente attendere un effettivo beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita. Il controllo efficace del dolore si configura, in ogni condizione clinica, come trattamento appropriato e proporzionato. Il medico che si astiene da trattamenti non proporzionati non pone in essere in alcun caso un comportamento finalizzato a provocare la morte.*

<sup>62</sup> Art. 2, c. 2: *Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati.*

<sup>63</sup> Cfr. G. DONZELLI, *Charlie Gard, Alfie Evans: né eroi, né vittime*, cit. L'Autore, infatti, sottolinea come il medico, nel caso di specie il neonatologo, pur obbligato ad intraprendere un percorso di ascolto e confronto con i genitori non debba, al contempo, essere pensato come un soggetto preposto a tradurre con correttezza professionale desideri di altri. Il medico, infatti, risponde contemporaneamente ai suoi dettati etico-professionali e cerca, caso per caso, di farli convergere con quelli dei genitori nel miglior interesse del neonato.

## 5. Riflessioni conclusive

L'analisi della sentenza emessa in favore di Tafida ha introdotto un'impostazione innovativa rispetto agli arresti giurisprudenziali precedenti, quali Evans e Gard, più volte citati. Pare evidente come il presente caso abbia riaperto il dibattito sulla responsabilità genitoriale e sul peso specifico da riconoscerle in sede di giudizio di prevalenza o soccombenza sulle decisioni relative alla salute dei figli rispetto alle decisioni dei medici.

Il concetto della responsabilità genitoriale, come visto, si declina nel dovere dei genitori di porre in essere qualsiasi azione volta ad assicurare il benessere del bambino. Tuttavia tale potere/diritto non può essere considerato come assoluto e incompressibile<sup>64</sup>, posto che, soprattutto in casi delicati come quello di Tafida, risulta governato da sentimenti umani non controllabili.

Il Trust, invece, in forza del Children Act, ha il dovere di tutelare i *best interests* del minore e, in caso di contrasto con i genitori, si trova in obbligo ad adire la Corte che ha il dovere di surrogarsi ad essi in ragione dei *best interests* del minore.

Proprio il concetto di *best interests*, pertanto, può essere visto come la chiave di lettura necessaria a ridefinire il rapporto decisionale tra genitori e medici in relazione alle scelte da assumere nell'interesse del minore.

A fronte di un'interpretazione finora totalmente oggettivizzante del concetto di *best interests*, ove il giudizio dei medici risultava praticamente incontestabile al punto che i tribunali parevano essere divenuti dei meri ratificatori di decisioni già assunte dai clinici, il giudice MacDonald, invece, ha ritenuto necessario estendere il proprio giudizio ad una valutazione non soltanto meramente scientifica, ma coinvolgente ulteriori aspetti.

Nel presente giudizio è emerso che, pur non determinanti, il credo e le convinzioni religiose divengano parametri da valutare in fase di ponderazione degli interessi in gioco, soprattutto in quei casi ove i soggetti coinvolti abbiano aderito a posizioni per cui la vita non risiederebbe esclusivamente nel corpo, ma anche nell'anima<sup>65</sup>.

Si può, quindi, riconoscere un nuovo parametro nella valutazione dei *best interests* del minore.

La sentenza oggetto del presente contributo pare, dunque, introdurre un approccio maggiormente tutelante della vita e del diritto di poter vivere anche un'esistenza da disabile, con la precisazione, però, che qualsiasi terapia non si dovrà mai tradurre in un'inflizione di dolore per il bambino.

Le decisioni da assumere nell'interesse del minore, pur partendo da evidenze mediche di comprovata scientificità, supportate dalle linee guida emanate dal Royal College, dovranno

<sup>64</sup> Sul punto si veda *Alder Hey Children's NHS Foundation Trust v Evans* [2018] EWCA Civ 805.

<sup>65</sup> Cfr. E. CAVE, J. BRIERLEY, D. ARCHARD, *Making Decisions for Children – Accommodating Parental Choice in Best Interests Determinations: Barts Health NHS Trust v Raqeeb* [2019] EWHC 2530 (Fam); *Raqeeb and Barts Health NHS Trust* [2019] EWHC 2531 (Admin), in *Medical Law Review*, 28, 2020, 1, pp. 183–196.

no, comunque, tenere conto di differenti aspetti, quali il volere della famiglia, il credo religioso e la vita condotta dal minore fino all'evento di cui si discute.

Gli elementi innovativi della presente sentenza risiedono sia nella maggiore importanza riconosciuta al valore normativo delle linee guida del Royal College sia, soprattutto, nel dovere del giudice di essere certo dell'assenza di dolore e della sua percezione da parte del minore in caso di decisione volta a continuare la somministrazione di cure vitali.

Ulteriore aspetto di novità, dirimente ai fini della valutazione dei *best interests*, è il valore riconosciuto alla vita che, a dispetto di quanto riferito dai medici del Trust, non coinvolge una sfera meramente *scientifica*.

Il magistrato, discostandosi dai precedenti giurisprudenziali più volte citati, nonché dalle posizioni del Trust, conferma come il tema della vita non possa essere ridotto soltanto a una visione prettamente medica, ma come lo stesso coinvolga anche aspetti etici e religiosi, la cui valutazione deve risultare indispensabile in sede di giudizio sui *best interests* del minore.

In questi termini si comprende come la famiglia, nella sentenza esaminata, ritorni ad essere riconosciuta come quel soggetto preposto alla cura degli interessi del minore, che non si deve di certo tradurre in un concetto di *proprietà*<sup>66</sup> dei genitori sul bambino, ma come quella sede naturale ove inizia e si esplica una nuova vita.

Forse solo la famiglia potrà rappresentare, per il minore, quel centro di interessi in grado di ridare valore alla sacralità, anche laicamente intesa, della vita senza ridurla, invece, ad una questione di mera qualità.

---

<sup>66</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sent. 2 giugno 1983, n. 3776, ove si afferma che i figli “non possono mai essere considerati alla stregua di “cose” oggetto dei diritti del genitore”.



## Moriremo di autodeterminazione?

Brevi note su BvG 26 febbraio 2020\*

Luciano Eusebi\*\*

[Bundesverfassungsgericht, 26 febbraio 2020, 2 BvR 2347/15, 2 BvR 2527/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 651/16]

**SOMMARIO:** 1. La possibilità di ricevere aiuto al suicidio come diritto: l'*iter* assertivo di una motivazione nient'affatto autoevidente. – 2. Un mutamento strutturale nel ruolo del giudizio di costituzionalità, che incide sul rapporto tra i poteri dello Stato. –3. Diritti (negativi) individuali *vs* contrazione dei diritti sociali?

### ABSTRACT:

L'articolo esamina la recente sentenza della Corte costituzionale tedesca che ha dichiarato illegittimo l'articolo del codice penale che puniva l'aiuto al suicidio organizzato in forma professionale. L'Autore, sottolineando che la decisione segna ormai una forte discontinuità della giurisprudenza costituzionale tedesca sulla tutela della vita umana, ne propone una lettura critica, anche alla luce delle conseguenze sistemiche che la concezione dell'autodeterminazione che essa sorregge implicano sul complessivo assetto dei diritti e dei doveri della persona, specialmente con riferimento ai soggetti più fragili.

*The article examines the recent decision of the German constitutional Court, which has declared illegitimate the article of the penal code which punished the professional aid to suicide. The Author, remarking that the decision now expresses a strong discontinuity of the German constitutional judge about the protection of human life, proposes a critical analysis of the decision, also in light of the systemic consequences that this conception of self-determination imply on the complex of the rights and duties of the person, especially with reference to more fragile ones.*

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

\*\* Professore ordinario di Diritto penale nell'Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, luciano.eusebi@unicatt.it.

## 1. La possibilità di ricevere aiuto al suicidio come diritto: l'iter assertivo di una motivazione nient'affatto autoevidente

La sentenza in oggetto della Corte costituzionale tedesca sull'aiuto al suicidio sorprende sia per la radicalità dei suoi esiti, sia per la sua discontinuità rispetto alle ponderazioni tradizionalmente molto articolate della giurisprudenza di quella Corte su temi aventi per oggetto la vita umana: quasi a segnare l'esaurirsi di uno stile di cautela che aveva caratterizzato il diritto tedesco, circa la legittimazione di condotte suscettibili di incidere sulla vita di un altro essere umano, nei decenni successivi al secondo conflitto mondiale (al di là della materia biogiuridica, si pensi solo, per esempio, alla sentenza del 15 febbraio 2006, con cui venne dichiarata l'incostituzionalità della norma, nell'ambito della *legge federale sulla sicurezza aerea* dell'11 gennaio 2005, che permetteva a certe condizioni l'abbattimento di un aereo dirottato da terroristi).

Se può valere il confronto con un autorevole volume di carattere bioetico apparso in Germania nel 2008, mediante il quale già attraverso il titolo – *Un'autodeterminazione priva di limiti?* – Dietmar Mieth si interrogava circa i rischi di soluzioni giuridiche riconducibili esclusivamente al principio ivi richiamato<sup>1</sup>, deve infatti constatarsi come la sentenza in commento motivi, all'opposto, secondo la prospettiva dell'autodeterminazione *senza qualsiasi limite*, da parte di chiunque, nei confronti del proprio mantenersi in vita e, altresì, del ricevere aiuto con riguardo al proprio suicidio.

Onde adeguatamente inquadrare, peraltro, la sentenza suddetta, deve richiamarsi la circostanza ben nota per cui, fino al dicembre, 2015 il codice penale tedesco (*StGB*) non prevedeva un reato di aiuto al suicidio, e ciò sulla base dell'opinione diffusa ai sensi della quale, non essendo punito il (tentato) suicidio, in quanto la sua prevenzione è da attuarsi, come appare ovvio, con strumenti diversi dalla minaccia di una pena, pure le casistiche molto rare di un aiuto prestato da altri, nei casi classici di suicidio, potessero rimanere assorbite dal suddetto orientamento non interventistico, sul punto, di tale ramo del diritto. Un indirizzo, quest'ultimo, il quale ebbe tuttavia a mutare sul piano legislativo dopo che divenne chiaro come la problematica dell'aiuto al suicidio non potesse più configurarsi marginale, essendo andate emergendo condotte di quel tipo – riguardanti, soprattutto, stadi particolari di malattia – le quali risultavano poste in essere da realtà organizzate operanti sul mercato, anche fuori dai confini tedeschi.

Fu introdotto, di conseguenza, il § 217 *StGB* – ora dichiarato incostituzionale dalla Corte tedesca – che sanzionava «chi, con l'intento di favorire il suicidio di un altro individuo, gliene garantisce, crea o procura in modo professionalmente organizzato [*geschäftsmässig*] l'opportunità». Un articolo, si noti, mediante il quale risultava punibile, in base alle norme

<sup>1</sup> D. MIETH, *Grenzenlose Selbstbestimmung? Der Wille und die Würde Sterbender*, Patmos, Düsseldorf, 2008.

sul concorso di persone, anche colui che avesse prestato il proprio contributo al realizzarsi di simile forma organizzata del suicidio: salvo tuttavia, ai sensi del secondo comma della medesima norma, che il partecipe non avesse «agito egli stesso in modo professionalmente organizzato» e fosse «o parente o congiunto» dell'individuo che volesse morire.

Orbene, ciò che in effetti stupisce è il carattere assolutizzante, e in ampia misura meramente assertivo, degli argomenti fatti valere dai giudici tedeschi onde suffragare la ritenuta incostituzionalità del § 217 *StGB*, incentrati sul rilievo univoco attribuito a un concetto quanto mai *astratto* (*scil.*, *decontestualizzato*) di autodeterminazione, che viene inteso come identificativo, *tout court*, della stessa personalità umana.

Sul punto dovremo specificamente ritornare: non prima, tuttavia, di aver descritto, nei suoi passaggi essenziali, le motivazioni dell'arresto che andiamo considerando.

Nella prospettiva predetta, esso si basa infatti sull'assunto secondo cui l'art. 2, co. 1, *Grundgesetz* (*GG*) – «ognuno ha diritto al libero dispiegarsi della propria personalità, in quanto ciò non leda i diritti di terzi e non contrasti con l'ordinamento costituzionale o con la legge morale» – garantirebbe a ciascun individuo, del pari, «il diritto di prendere la decisione autodeterminata del porre termine di propria mano, in modo consapevole e intenzionale, alla propria vita, nonché di ricorrere all'aiuto di terzi nell'attuazione del suicidio» (n. 203). Un diritto, quello di «morire in modo autodeterminato», il quale anzi, ad avviso della Corte tedesca, si radicherebbe direttamente, altresì, «nella garanzia della dignità umana di cui all'art. 1, co. 1, *GG*», implicando che «la decisione autoresponsabile circa la fine della propria vita non necessita di alcun ulteriore fondamento o giustificazione» e, pertanto, «non resta limitata al sussistere di condizioni di malattia gravi o insanabili né a determinate fasi della vita o della malattia» (n. 210): un diritto, inoltre, che includerebbe, viene ribadito, «anche la libertà di ricercare aiuto, per tale fine, presso terzi, come pure di recepire simile aiuto, ove sia stato offerto» (n. 212).

Di qui l'avviso che il divieto introdotto dal § 217 *StGB* comportasse «di fatto, in determinate circostanze, la conseguenza per cui il diritto al suicidio quale espressione del diritto a morire in modo autodeterminato» ne sarebbe stato «ampiamente svuotato» (n. 264, nonché, nn. 216 ss.). Ritenendosi, pertanto, «non proporzionata» la limitazione di quell'asserito diritto costruita sulla base dei motivi portati a sostegno, in sede legislativa, del medesimo § 217 *StGB* (n. 264, nonché nn. 223 ss.): di quegli stessi motivi, cioè, che hanno condotto, invece, la corrispondente Corte italiana a ribadire, con la sentenza n. 242/2019, la costituzionalità del divieto generale di aiuto al suicidio (fuori dall'ambito «circostritto» nel quale essa stessa lo ammette) così come previsto all'art. 580 c.p.

A monte della pronuncia tedesca si colloca, dunque, la qualificazione del suicidio non già come una facoltà *di fatto*, secondo l'orientamento dottrinale più diffuso<sup>2</sup>, bensì come un vero e proprio diritto, comportante, in veste di corollario, anche quello di usufruire, per

<sup>2</sup> COSÌ S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 66.

tale scopo, dell'aiuto altrui (ancorché venga escluso, pure dalla sentenza tedesca, qualsiasi dovere di prestarlo: «quel che s'è detto – essa conclude – lascia inalterato che non debba darsi alcun obbligo di aiuto al suicidio»: n. 342).

Tutto ciò in quanto la salvaguardia della dignità umana costituirebbe, dell'autodeterminazione, non già un limite, ma il «fondamento» stesso (n. 211). Con il che il rimando alla dignità umana viene inteso come riferito prioritariamente alla capacità decisionale dell'individuo, piuttosto che alla sua stessa realtà esistenziale (sebbene anche quest'ultimo profilo, in subordine, emerga: si veda, p. es., il n. 235): un passaggio, invero, alquanto problematico, il quale necessiterebbe ben altro di un'affermazione cursoria, soprattutto con riguardo alla conseguenze che potrebbero trarsi, da una sorta di reciproca implicazione tra i concetti di dignità umana e autonomia individuale, circa il riconoscimento di tale dignità in chi risulti affetto da menomazioni di carattere psichico.

La Corte costituzionale tedesca, in effetti, non nega che, in gran parte, le esigenze cui il legislatore aveva attribuito rilievo introducendo il § 217 *StGB* risultino degne di considerazione: così, in particolare, quella di contrastare la possibilità che dall'offerta di servizi di suicidio organizzato derivi «una sorta di aspettativa» all'utilizzo di quei servizi da parte di chi viva determinate condizioni esistenziali (n. 229), oppure quella di scongiurare il determinarsi di una vera e propria pressione, verso i medesimi soggetti, ad agire in tal senso (n. 230), o, ancora, quella di evitare il sedimentarsi del convincimento che il suicidio assistito costituisca la «forma normale di conclusione della vita» (n. 233). Anzi, la Corte attribuisce al legislatore il dovere di operare in quel senso, e ciò proprio a tutela della libertà di scelta (n. 235): tuttavia, non già vietando l'aiuto al suicidio, né prefiggendosi di supportare, per tale via, un giudizio pur eventualmente maggioritario di riprovazione morale del medesimo (n. 234).

Del pari, ma con il medesimo limite, tale Corte individua come rischi ulteriori dei quali si dovrebbe tener conto in sede legislativa quello per cui la decisione del suicidio potrebbe risultare influenzata da un «disturbo psichico acuto» (n. 241), o potrebbe non aver usufruito di un'«informazione completa», o potrebbe non esser stata preceduta dall'offerta effettiva di «alternative» (n. 242). Non sottacendo gli stessi dati empirici attestanti che, nel caso di tentati suicidi posti in essere sulla base di decisioni affrettate, gli interessati rivedono successivamente, in una percentuale situabile tra l'80 e il 90% dei casi, la propria scelta; e neppure gli studi condotti a livello internazionale i quali manifestano che circa il 90% dei suicidi consumati presuppongono disturbi psichici antecedenti (nn. 244 s.).

La conclusione della Corte, nondimeno, è drastica: divieti di natura penale possono essere finalizzati, in materia, soltanto alla salvaguardia dell'autonomia decisionale del singolo nella scelta di porre termine alla propria vita, ma ciò «trova il suo limite laddove la libera decisione non è più difesa, bensì resa impossibile» (n. 273). Il che viene applicato anche con riguardo all'esigenza di assicurare l'alternativa al suicidio consistente nel ricorso alle cure palliative: «il legislatore non può esimersi dai suoi doveri sociopolitici opponendosi a rischi che pongono in pericolo l'autonomia individuale attraverso la completa sospensione dell'autodeterminazione» medesima (n. 277).

Da ciò è quindi discesa, come s'è detto, la dichiarata incostituzionalità del § 217 *StGB*, essendosi fra l'altro esclusa sia una possibile interpretazione di tale norma conforme agli assunti della Corte suddetta, in quanto ciò avrebbe inficiato il principio di legalità (n. 334), sia la mera esclusione dell'aiuto al suicidio dall'ambito dei fatti sanzionabili penalmente, in quanto ciò si sarebbe posto in contrasto con gli intenti del legislatore e avrebbe svuotato di qualsiasi rilievo la norma penale (n. 335), sia il sussistere dei motivi in grado di permettere una c.d. decisione di incompatibilità (*Unvereinbarkeitserklärung*), con l'affidamento al legislatore ordinario dell'obbligo di reintervenire sull'intera materia (n. 337).

In sintesi, s'è ravvisata nella penalizzazione di servizi professionalmente organizzati per l'aiuto al suicidio una scelta incostituzionale, poiché in grado di ostacolare in concreto il diritto, ritenuto indiscutibile dalla Corte tedesca, di ottenere assistenza per quel fine. Non senza l'aggiunta, onde sostenere, da parte della medesima Corte, simile motivazione, del rilievo secondo cui il divieto di prestare aiuto al suicidio previsto dai codici professionali dei medici nella maggior parte dei *Länder* tedeschi (similmente all'art. 17 del codice italiano di deontologia medica) orienterebbe di fatto la maggior parte dei sanitari, quale che sia il rilievo giuridico da attribuirsi a tali codici, verso l'indisponibilità all'aiuto, rendendo non facile ottenerlo in presenza dell'art. 217 *StGB* (nn. 290 ss.). E, altresì, facendo valere l'ulteriore rilievo secondo cui il ricorso alle cure palliative non potrebbe, comunque, essere imposto (n. 298 s.): neppure, se ne evince, quale condizione – come invece richiede, per i casi ammessi, la Corte italiana – onde poter ottenere simile aiuto.

## 2. Un mutamento strutturale nel ruolo del giudizio di costituzionalità, che incide sul rapporto tra i poteri dello Stato

Il fulcro teorico dell'argomentazione proposta dalla sentenza in oggetto è dato, peraltro, dall'affermazione di fondo secondo cui il «carattere libero della personalità umana» costituirebbe il «valore più elevato» nell'ambito della Costituzione tedesca (n. 277), così che «la decisione di porre fine alla propria vita» dovrebbe reputarsi «di significato esistenziale per la personalità di un essere umano» (n. 209).

Ora, a parte la singolarità dell'indicare come *esistenziale*, cioè come qualificante della vita stessa, la decisione di porre fine alla propria esistenza, emerge con ciò un'opzione (avente natura valoriale) di fondo, che la medesima sentenza tedesca propone come non argomentabile, correlandola in via immediata agli articoli 1 e 2 *GG*, fondamentali e, pertanto, necessariamente assertivi.

Ma proprio su questo piano emerge un nodo cruciale: non è affatto evidente, né ve ne è riscontro, che i costituenti tedeschi intendessero affermare simili punti di vista, e molto, anzi, depone per il contrario. Cosicché la lettura prospettata ha la sua fonte, soltanto, nella Corte costituzionale, che oggi rappresenta, non solo in Germania, l'unica istituzione la quale detiene, di fatto, una possibilità d'incidenza legislativa del tutto insindacabile (salva

solo l'ipotesi di una complessa procedura parlamentare intesa alla revisione costituzionale).

Per cui il ruolo della Corte costituzionale pare trasformarsi, in non pochi casi e in diversi Paesi, da quello inteso a una verifica di chiusura circa la compatibilità con la Costituzione dei criteri di gestione di un certo problema prescelti dal legislatore, secondo il metodo democratico, tra i molti in linea di principio costituzionalmente compatibili, a quello consistente nella derivazione *ex auctoritate* dalla Carta costituzionale (e, in proposito, le pronunce di rilievo bioetico sembrano fungere da battistrada) di un'unica possibile disciplina giuridica di quel problema<sup>3</sup>.

Con il che viene lasciato al Parlamento – in termini più rigidi rispetto agli stessi vincoli di una *legge delega* che il medesimo affidi al Governo – un mero onere di *procedimentalizzazione* concernente scelte sostanziali già del tutto operate: vale a dire sì riferibile a quello che la sentenza tedesca si preoccupa pur sempre di indicare come un «ampio spettro di possibilità», ma tale da avere per oggetto norme di rango comunque secondario, sebbene, in concreto, non irrilevanti. Venendo per esempio in considerazione, secondo quella pronuncia, l'esigenza di assicurare la serietà e il persistere nel tempo della scelta suicidaria, sulla base di un'adeguata informazione, nonché l'esigenza di regolare i requisiti e l'attività dei soggetti che offrano forme di aiuto al suicidio professionalmente organizzate (nn. 339 ss.).

Problemi, quelli evidenziati, che palesemente hanno riguardato, in materia di aiuto al suicidio, anche il rapporto della Corte costituzionale italiana con il Parlamento, a seguito dell'ordinanza n. 207/2018<sup>4</sup> nonché, successivamente, della sentenza n. 242/2019<sup>5</sup>.

E, tuttavia, non soltanto quando vengano in considerazione scelte di natura pragmatica o tecnica, ma a maggior ragione quando si tratti di operare ponderazioni di carattere valoriale, il ruolo del Parlamento, nei Paesi democratici, è insostituibile (a meno che ci si possa

<sup>3</sup> Del carattere opinabile di non poche deduzioni tratte in alcuni giudizi di costituzionalità costituiscono un riscontro, del resto, gli stessi modi alquanto diversi con cui la Corte costituzionale tedesca, nella sentenza in esame (nn. 302 ss.), e la Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 242/2019, hanno utilizzato i riferimenti, per quanto concerne i criteri di intervento legislativo sul tema del suicidio assistito, alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

<sup>4</sup> Si consenta il rinvio, sul tema, a L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2019, pp. 131 ss.

<sup>5</sup> Sull'ordinanza e sulla sentenza, si vedano altresì i commenti comparsi su questa *Rivista*: D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Corti Supreme e Salute*, 2018, n. 3, pp. 489 ss.; R. BALDUZZI, *L'alleanza terapeutica può includere l'aiuto a morire?*, ivi, 2019, n. 1, pp. 179 ss.; L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, ivi, 2019, n. 2, pp. 193 ss.; A. NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*, ivi, pp. 201 ss.; C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio*, ivi, pp. 217 ss.; F. CEMBRANI, *Suicidio assistito e nuovi doveri in capo alle strutture sanitarie pubbliche*, ivi, 2019, n. 3, pp. 621 ss.; e, in questo numero, A. D'ANDREA, *Dignità sociale versus dignità individuale: la fine della vita non può essere solo un fatto personale*; B. PEZZINI, *Fine vita, sanità, salute nel caso Cappato/Antoniani: la sequenza decisionale ordinanza 207/2018 – sentenza 242/2019*; L. VIOLINI, *Elementi di criticità della vicenda Cappato: una ipoteca sul futuro del "diritto a morire"?*

riferire a gerarchie di beni le quali risultino desumibili dal testo costituzionale in modo palese): né tale ruolo può essere sostituito da consessi giuridici, pur autorevoli ma non rappresentativi. Altrimenti ne soffre lo stesso principio di laicità, venendo introdotte come necessitate scelte che non sono neutrali, senza che simili scelte, ove ineludibili, siano state compiute secondo gli strumenti che si sono dati, per tale fine, gli ordinamenti liberali. Ciò su cui fondano le loro conclusioni i giudici di Karlsruhe deriva, del resto, da una lettura innovativa ma nient'affatto ovvia del nucleo più essenziale dell'impianto costituzionale, sia tedesco che italiano.

Non è scontato – ricorda l'Autore, Mieth, cui più sopra si faceva riferimento – che «tutto quanto l'essere umano può *essere*», lo sia «soltanto quando egli *di fatto* può tutto». Posto che invero «ciò che egli è come persona non lo perde neppure nel momento in cui la sua capacità di espressione e la sua autodeterminazione risultano ridotte», in quanto «la dignità che un essere umano *ha* semplicemente come essere umano non può venire riferita a stadi, condizioni o caratteristiche»<sup>6</sup>. Come ben riconosce – in forma più incisiva rispetto a una certa astrattezza che caratterizza l'*incipit* della *Grundgesetz* tedesca – l'art. 3, co. 1, della Costituzione italiana, ai sensi del quale tutti i cittadini «hanno pari dignità sociale [...], senza distinzione di condizioni personali e sociali».

Ma allora è del tutto discutibile che l'autodeterminazione propria dell'essere umano trovi una modalità caratterizzante del suo realizzarsi nel ricevere aiuto *per la morte* (in quanto negazione di quella stessa capacità di autonomia la quale, pur ove ferita o deprivata, concorre a definire la dignità umana), piuttosto che nel ricevere incondizionatamente, attraverso la *relazione di cura*, l'aiuto necessario affinché essa possa esprimersi, senza essere recisa, anche nei contesti di precarietà esistenziale.

Il fulcro, riterremo, dell'equilibrio ricercato dalle carte costituzionali in termini di parallela affermazione, e non di contrapposizione, del diritto all'affermazione della propria personalità e del diritto alla vita (si considerino gli stessi due commi dell'art. 2 *GG*) sta in questo: l'autonomia, che non è sinonimo di *indipendenza*, trova concretamente possibilità di manifestarsi solo in contesti relazionali di impegno altrui rispetto alla condizione esistenziale, quale essa sia, che ciascuno stia vivendo.

Rimanendo con ciò tracciato il confine stesso tra il rilievo delle scelte personali circa la proporzionalità dei trattamenti sanitari nei diversi contesti patologici e le condotte rivolte, invece, ad anticipare, artificialmente, il momento della morte di un altro individuo. Ciò che ci mantiene *liberi* rispetto all'incombere della morte sulle nostre vite non è, forse, l'illusione di poterne dominare l'ineluttabilità attraverso il suicidio, bensì, al contrario, un atteggiamento di *passività* fondamentale nei confronti della morte stessa: sì accettata, ma non accolta come nostra scelta (come qualcosa che *ci appartiene*).

<sup>6</sup> Cfr. D. MIETH, *op. cit.*, pp. 61 e 35.

### 3. Diritti (negativi) individuali vs contrazione dei diritti sociali?

Il giurista non può esimersi, peraltro, dal considerare l'impatto socio-culturale complessivo di determinate evoluzioni normative, in modo da limitarsi, invece, a una gestione solo tecnica delle regole, eventualmente costruita rispetto ai *casi estremi* e facilmente dimentica degli esiti *di fatto* generali: lasciando il contrasto di questi ultimi ad auspici di impegno collaterale della cui verifica successiva ben poco, poi, ci si occupa. Il che vale tanto più ove non sussistano per nulla, come nel caso in esame, posizioni alternative di indifferenza verso quei casi estremi, circa i quali nessuno, sensatamente, auspica oggi atti di oltranzismo terapeutico e nei cui confronti la legge italiana n. 219/2017 si premura di assicurare, comunque, il diritto di non soffrire, anche mediante il ricorso, se necessario, alla sedazione palliativa profonda. Profili, questi, nient'affatto irrilevanti circa il compito stesso assolto dalle Supreme Corti.

Il problema, in tal senso, attiene soprattutto alla circostanza per cui il c.d. *diritto di morire* – costruito ormai a tutto tondo dalla Corte costituzionale tedesca, secondo argomenti che appaiono, senza troppa fatica, estensibili dalla legittimazione del suicidio assistito a quella delle condotte dirette di eutanasia – implica, inesorabilmente, il delinearsi di un vero e proprio *dovere di morire*, attraverso la sollecitazione che ne deriva a far uso di quell'asserito diritto, con tutta la forza suadente che possiede tale termine, da parte delle persone non guaribili che rappresentino un onere per la società.

L'apertura al diritto di ricevere aiuto *per morire* fa sì, infatti, che il beneficiare di assistenza medica, in determinate condizioni, non costituisca più la normalità, ma l'oggetto di una scelta tra la richiesta di poter vivere ancora e quella di morire: così che la prima di tali scelte rischia di essere sempre più assimilata a una *pretesa*: con l'implicita *colpevolizzazione*, anche mediatica, del malato che non rinunci a un ulteriore impegno socio-sanitario in suo favore. Non senza il pericolo aggiuntivo che il diffondersi sul piano sociale, pure per tale via, di una diffidenza strisciante nei confronti dell'attività medica, dalla quale ci si dovrebbe difendere, finisca per fungere da avallo, o da anestetico, in favore di tendenze rivolte a contrarre gli investimenti destinati a garantire il diritto di tutti alla salute, previsto, per l'Italia, dall'art. 32, co. 1, della Costituzione: il che si ritorce a discapito, soprattutto, delle persone più fragili, come del resto è andato drammaticamente manifestandosi nel contesto attuale di emergenza sanitaria.

«Al posto dei diritti sociali subentrano» *sempre più* – osserva ancora Mieth – «doveri individuali», come quelli di provvedere singolarmente alla tutela della propria salute o a poter disporre di una pensione per l'età avanzata, così da «allentare gli oneri a carico della collettività». Per cui, poi, è resa disponibile a tal fine un'offerta di opzioni possibili, non esclusa l'autodeterminazione a morire, «che sollevano lo Stato dalle pretese riferite a quei diritti»<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> D. MIETH, *op. cit.*, p. 96.

# Osservatorio Speciale Covid-19

Osservatorio  
Speciale Covid-19

Ci voleva l'emergenza  
Covid-19 per scoprire  
che cos'è il Servizio sanitario  
nazionale?

(con un approfondimento su un ente poco  
conosciuto, l'INMP)

Renato Balduzzi\*

1. Stiamo riscoprendo, in queste straordinariamente difficili settimane, l'importanza del nostro Servizio sanitario nazionale. Quanti l'hanno sempre avuto a cuore e hanno lottato per consolidarlo e difenderlo da attacchi e da proposte di radicale stravolgimento che, nei quarantadue anni trascorsi dall'entrata in vigore della legge n. 833 del 1978 non sono mancati mai e che hanno nel tempo assunto forme diverse, non possono che prenderne atto positivamente e auspicare che le dichiarazioni di sostegno alla sanità pubblica e i buoni propositi di questi giorni non svaniscano come neve al sole una volta attenuatosi lo tsunami del contagio e man mano che auspicabilmente ci allontaneremo dall'odierno travaglio. Certo, si potrebbe fondatamente dubitare circa la sincerità di taluni innamoramenti repentini di queste settimane, in capo a chi non ha mai cessato di contrapporre al modello del Servizio sanitario nazionale – fondato sui principi di universalismo, globalità e accessibilità delle prestazioni, portabilità del diritto alla salute su tutto il territorio nazionale in condizioni di eguaglianza e finanziamento attraverso la fiscalità generale e dunque progressiva – un ben diverso modello incentrato sulla riduzione dell'impegno pubblico e sull'espansione delle polizze assicurative, o circa la coerenza di quanti in questo frangente invocano la necessità di un ripensamento del regionalismo in sanità a favore del rafforzamento delle competenze statali e ancora sino a pochi mesi fa coonestavano proposte di regionalismo

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università Cattolica del Sacro Cuore, direttore della Rivista Corti Supreme e Salute, [renato.balduzzi@unicatt.it](mailto:renato.balduzzi@unicatt.it)

differenziato ai sensi del terzo comma dell'art. 116 Cost. le quali, in sanità (come si è provato ad argomentare nell'*editoriale* su questa Rivista, n. 2/2019), avrebbero comportato una pressoché certa destrutturazione del Servizio sanitario nazionale.

Questo tuttavia non è tempo di polemiche, ancorché motivate. E tantomeno lo è per una rivista come *Corti Supreme e Salute*, nata con l'intenzione di approfondire e valorizzare il rapporto, strettissimo, tra costituzionalismo e diritto alla salute, a partire dalla considerazione e dalla critica scientifica degli orientamenti giurisprudenziali italiani, stranieri e transnazionali. Ciò che la rivista intende fare è piuttosto (e già si è cominciato a farlo con i cinque contributi messi *on line* in questi giorni) il porsi come veicolo di diffusione del contributo che i soci della SoDiS, la Società italiana di diritto sanitario, possono e vogliono dare per la comprensione del momento in cui viviamo e per attrezzarci meglio in vista del tempo che verrà, di quel dopo-coronavirus che, nel momento in cui sto scrivendo, appare incerto e lontano, ma che sappiamo che ci sarà, e che non ci deve vedere impreparati o immemori. Proprio la rinnovata attenzione per la sanità pubblica diventa allora lo stimolo per consentire a sempre più persone (e anche a molti studiosi, perché il Servizio sanitario nazionale è meno conosciuto, anche tra i giuristi, di quanto si possa pensare) di comprendere natura, organizzazione e funzionamento del Ssn: molte discussioni di queste settimane su ciò che spetta allo Stato e ciò che spetta alle regioni e agli enti locali (al netto anche delle prese di posizione, talvolta meramente propagandistiche, di questo o quel presidente di regione) avrebbero potuto essere evitate ove soltanto vi fosse una maggiore consapevolezza delle reali caratteristiche del sistema italiano, a partire dalla stessa definizione e consistenza del Servizio sanitario nazionale.

2. Che cos'è, dunque, il Ssn? La Costituzione italiana non lo menziona espressamente, ma ne pone all'art. 32 tutte le premesse: è compito della Repubblica tutelare la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, e garantire cure gratuite agli indigenti. Per lo svolgimento di tale compito, l'art. 117 della Costituzione originariamente affidava alle regioni a statuto ordinario la competenza legislativa in materia di assistenza sanitaria e ospedaliera, da esercitarsi nell'ambito dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato; dopo una lunga gestazione, l'istituzione del Servizio sanitario nazionale avvenuto con la legge n. 833/1978 ha attuato la previsione costituzionale dell'art. 32 adottando, come già si è accennato, un modello di tutela universalistica e dunque ampliando la portata del riferimento agli "indigenti" (formula di cui peraltro già durante i lavori dell'Assemblea costituente si propose una lettura estensiva). Nel tempo, la normativa statale di trasferimento delle funzioni ha interpretato estensivamente la locuzione "assistenza sanitaria e ospedaliera", riferendola sia alla prevenzione sia all'igiene e sanità pubblica, in consonanza del resto con analoghe espressioni contenuti in alcuni statuti regionali speciali. Quando, nel 2001, con la revisione costituzionale del Titolo V veniva assegnata la competenza della "tutela della salute" alla potestà legislativa regionale concorrente, tale innovazione ha, sotto questo profilo, semplicemente confermato quanto già pacificamente vigeva.

Sotto il profilo dell'organizzazione dei servizi sanitari, la legge del 1978 aveva indicato nei comuni e nei loro organismi operativi, denominate unità sanitarie locali, i soggetti cui

conferire rispettivamente le funzioni di responsabilità politica e di erogazione dei livelli di assistenza, nell'ambito della programmazione nazionale e regionale. Al termine di un'articolata e talvolta sofferta evoluzione, le regioni sono state individuate come il baricentro dell'organizzazione e della gestione dei servizi sanitari, demandandosi agli enti locali il compito di raccogliere il bisogno di salute, di concorrere alla programmazione territoriale e di controllare che i vertici delle aziende sanitarie, alle quali è affidata l'erogazione delle prestazioni e dei servizi, attuino gli indirizzi e le scelte della programmazione.

La riforma sanitaria del 1999 (che personalmente ho sempre preferito chiamare *riforma-quater*, in quanto appare storicamente e normativamente corretto distinguere tra l'originario d.lgs. n. 502/1992 e le correzioni apportate con il d.lgs. 517/1993) contiene una precisa e tuttora vigente definizione del Servizio sanitario nazionale (purtroppo poco conosciuta e valorizzata, tanto dal fronte iper-regionalista quanto da quello "statalista") quale "complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi sanitari regionali e delle altre funzioni e attività svolte dagli enti e istituzioni di rilievo nazionale, nell'ambito dei conferimenti previsti dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, nonché delle funzioni conservate allo Stato dal medesimo decreto".

In tale definizione emergono sia la rilevanza dei Servizi sanitari regionali, sia l'importanza degli enti di rilievo nazionale, su uno dei quali, forse il meno conosciuto, tornerò più avanti. Tali enti e istituzioni spaziano tanto nei settori delle scienze della salute e dell'ambiente (pensiamo all'Istituto superiore di sanità), quanto in quello delle scienze dell'organizzazione sanitaria (basti pensare al ruolo svolto, soprattutto sino all'adozione del cosiddetto Programma nazionale esiti, da parte dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali) e concorrono in misura determinante alla fisionomia del sistema, basato sul principio della sussidiarietà verticale e su quello della leale collaborazione; né vanno dimenticati quegli enti i quali, pur essendo a tutti gli effetti inquadrati all'interno dei Servizi sanitari regionali, conoscono un apporto significativo del livello statale (è il caso degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico di diritto pubblico). In più occasioni la Corte costituzionale, a partire dalla sent. n. 185 del 1998, ha sottolineato il ruolo e le funzioni degli organismi tecnico-scientifici in campo sanitario, che la normativa di settore qualifica come organi tecnico-scientifici del Servizio sanitario nazionale (così l'art. 1, comma 1 dello Statuto dell'Istituto superiore di sanità), e lo ha fatto sempre all'interno di decisioni che rimarcavano la necessità, in campo sanitario, di distinguere ciò che va demandato alla scienza (la cui dimensione territoriale è, di regola, almeno nazionale) e ciò che va demandato alle decisioni politico-amministrative. Come pure, non è senza interesse che, anche quando tali enti sono nazionali, le regioni concorrono nella scelta dei relativi organi di vertice, in misura maggiore o minore rispetto alle peculiarità dell'ente stesso. Insomma, già nella definizione del Ssn possiamo ricavare i tratti dell'organizzazione dei servizi della salute nel nostro ordinamento, nel senso di un assetto disegnato a livello nazionale, che non mortifica i livelli locali e che valorizza i compiti statali di coordinamento, di indirizzo e di indicazione di standard, da esercitarsi sempre non soltanto nel rispetto del principio, di valenza costituzionale, di leale collaborazione, e dunque coinvolgendo i livelli regionali in tutte le decisioni che chiedono di essere attuate a tali livelli: sotto questo profilo, non è senza significato che la declaratoria dei livelli essenziali di

assistenza sanitaria sia stata, prima e dopo l'entrata in vigore del nuovo Titolo V, congegnata prevedendo il coinvolgimento delle regioni, e ciò anche successivamente all'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 117 Cost., il cui comma 2, lettera *m*) assegna alla potestà legislativa esclusiva statale la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (i cosiddetti Lea); in proposito la legge ordinaria ha previsto che lo Stato eserciti tale competenza d'intesa con la Conferenza Stato-regioni, e la Corte costituzionale, nella sent. n. 134 del 2006, ha imposto che tale procedimento valga anche per il regolamento concernente gli standard strutturali e tecnologici ospedalieri, considerati specificazione dei Lea (da ultimo, nello stesso senso, la sent. n. 192 del 2017).

3. Nella definizione del Ssn, sopra ricordata, non va poi sottovalutato il richiamo all'ultimo organico trasferimento di funzioni alle regioni, realizzato, in epoca anteriore rispetto alla legge cost. n. 3/2001, appunto con il d.lgs. n. 112/1998, in una stagione della nostra vita pubblica fortemente caratterizzata in senso regionalistico e autonomistico, almeno nelle intenzioni. Proprio la considerazione delle norme di questo decreto legislativo ci offre una conferma eloquente di quanto sinora sostenuto circa i caratteri del Servizio sanitario nazionale, e in particolare circa l'equilibrio che, all'interno del Ssn, si realizza tra attribuzioni statali e attribuzioni regionali, così da fare considerare alcune polemiche di queste settimane frutto più di pretestuosità politico-partitiche che non di un dato normativo e istituzionale.

Vengono in rilievo in particolare:

- a) l'art. 117 di tale decreto legislativo, dedicato agli interventi d'urgenza e che stabilisce con chiarezza che la competenza ad adottare provvedimenti d'urgenza dipende dalla dimensione dell'emergenza e dall'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali, e che pertanto, quando a essere interessato sia l'intero territorio nazionale, la competenza all'adozione di tali provvedimenti ("ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza") spetti allo Stato;
- b) l'art. 112, comma 3 lett. g), là dove assegna alla competenza statale "la sorveglianza e il controllo di epidemie ed epizozie di dimensioni nazionali o internazionali";
- c) l'art. 118, comma 1, lett. e), che impone alle regioni obblighi di comunicazione concernenti, tra l'altro, l'insorgenza e la diffusione di malattie umane o animali;
- d) l'art. 115, comma 4, che assegna allo Stato il coordinamento dell'attività di costituzione di scorte di medicinali di uso non ricorrente, di sieri, vaccini e presidi profilattici;
- e) l'art. 126, che mantiene allo Stato le funzioni amministrative in materia di profilassi internazionale.

In materia, la Corte costituzionale ha avuto recentemente modo di precisare (sent. n. 5 del 2018, in tema di vaccini; v. anche la sent. n. 186 del 2019) che "la profilassi per la prevenzione della diffusione delle malattie infettive richiede necessariamente l'adozione di misure omogenee su tutto il territorio nazionale" e che in proposito rileva anche la competenza legislativa esclusiva statale in tema di profilassi internazionale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. *q*, Cost. Proprio quest'ultima competenza, d'altro canto, è stata appunto oggetto di una salvaguardia in sede di revisione costituzionale nel 2001.

Alla luce di quanto sin qui brevemente ricordato, non è difficile concludere che gran parte delle discussioni sorte in queste settimane circa le rispettive competenze di Stato e regioni in tema di contrasto alla pandemia Covid-19 sia ben poco fondata sul piano giuridico-istituzionale.

4. Ritornando a quanto si accennava in apertura, quando ci allontaneremo dal momento di emergenza – e la lunghezza dell'attesa dipende anche dai nostri comportamenti quotidiani – saranno molti i fatti di questi giorni sui quali riflettere e le parole che li accompagnano sulle quali meditare. Vi sono certamente due ordini di fatti e di parole che già oggi lo consentono: la reazione complessa e straordinaria del sistema sanitario italiano e gli appelli a fare, ciascuno secondo la propria occupazione e possibilità, la propria parte.

Chi oggi navighi sulla rete, per informarsi e capire meglio come fare la propria parte anzitutto rendendosi consapevole dei comportamenti corretti e delle regole vigenti, non sempre incontra fonti attendibili. Significativo è lo sforzo della comunicazione istituzionale nel far conoscere adeguatamente le raccomandazioni e gli obblighi provenienti dai numerosi atti normativi che le autorità stanno adottando per contenere l'epidemia di CoViD-19. Tra queste iniziative ve n'è appunto una che getta una luce su profili di assistenza sanitaria e su un'articolazione del nostro Servizio sanitario nazionale assolutamente poco conosciuti. Si tratta di una raccolta ragionata e selezionata di quelle raccomandazioni e quegli obblighi contro la diffusione del virus che l'INMP (Istituto nazionale per la promozione della salute delle popolazioni migranti e per il contrasto delle malattie della povertà) ha realizzato e tradotto in quattro lingue straniere (inglese, francese, cinese e romeno), pubblicandola sul proprio sito web<sup>1</sup>. La raccolta si segnala per l'utilità pratica, che vale anche per chi la consulti in italiano, dell'aver organizzato per categorie un'ampia gamma di informazioni e prescrizioni di interesse della popolazione generale ormai sparsa in diversi atti, rielaborata in un linguaggio parzialmente semplificato rispetto ai testi normativi di riferimento e più facile da approcciare per un lettore interessato a comprendere con qualche maggior precisione le indicazioni che circolano sui media. Ma essa si caratterizza anche per aver reso disponibili tali indicazioni in quattro lingue estere che, per ragioni diverse, possono ciascuna venire in aiuto di alcune comunità nazionali straniere i cui membri, pur pienamente attivi nella società italiana, affrontano non esigue barriere linguistiche.

L'intreccio di questi due aspetti, che rende peculiare l'iniziativa (non solo una semplificazione delle indicazioni di base, ma un bagaglio informativo organizzato; non solo una traduzione, ma anche una selezione pensata per il lettore non esperto), si comprende proprio a partire dall'ente che ha promosso la raccolta.

---

<sup>1</sup> La raccolta, in costante aggiornamento, è consultabile al seguente link: <https://www.inmp.it/ita/CoViD-19-cose-da-sapere>.

Al netto di una denominazione non facile da accostare e forse anche da comunicare, l'INMP, che è ente con personalità giuridica di diritto pubblico vigilato dal Ministero della salute (così stabilizzato nel 2012, su iniziativa di chi scrive, in forza dell'art. 14 del d.l. n. 158/2012, conv. nella legge n. 189/2012, a seguito di una sperimentazione gestionale partita nel 2007 grazie alla volontà del ministro Livia Turco) fonde in sé diverse funzioni all'interno del Servizio sanitario nazionale:

- a) l'assistenza, svolta anzitutto nel luogo in cui ha sede: l'ex Ospedale San Gallicano di Roma, con un ambulatorio rivolto specialmente alle fasce più fragili della popolazione, le cui prestazioni vanno dall'assistenza sanitaria di base a chi, per stato giuridico, non acceda al medico di medicina generale o al pediatra di libera scelta, fino ad un'unità operativa complessa a conduzione universitaria di odontoiatria sociale;
- b) la ricerca, i cui prodotti sono molti e diversi: dagli studi applicati e talora sperimentali sui modelli organizzativi di assistenza rivolti a soggetti vulnerabili fino alla produzione di studi epidemiologici di portata sistematica, come il primo "Atlante italiano sulle disuguaglianze di mortalità per livello di istruzione", elaborato insieme all'Istat con la collaborazione dell'Iss e di Agenas e il patrocinio del Ministero della salute;
- c) la formazione, con un'offerta di corsi, spesso immessi nel circuito ECM, rivolti sia ad aggiornare le competenze degli operatori impegnati nella risposta ai bisogni socio-sanitari complessi, sia ad orientare l'innovazione organizzativa nei servizi sanitari aprendone la comprensione alla luce dello scenario internazionale (così ad esempio la prima *Winter School* per la ricerca sull'equità in sanità nel contesto mediterraneo, tenutasi lo scorso dicembre).

Un ruolo, quello dell'Istituto, che guarda tanto all'interno del sistema italiano (esso è centro nazionale per la mediazione transculturale in sanità, nonché centro di riferimento della rete interregionale per le problematiche di assistenza in campo socio-sanitario legate alle popolazioni migranti e alle povertà), quanto all'esterno, in quanto Centro collaboratore dell'OMS per l'evidenza scientifica e il *capacity building* relativamente alla salute dei migranti. Un complesso di funzioni, dunque, che ha quale comune denominatore proprio un approccio alle politiche e ai servizi socio-sanitari fondato sull'equità, come si dice in sanità pubblica o meglio, per dirla da costituzionalista, sull'eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma, Cost., di cui il diritto alla salute scolpito nell'art. 32 Cost. è una delle più evidenti concretizzazioni.

È per queste ragioni che la puntuale – e invero poco esibita – iniziativa delle raccomandazioni, semplificate e tradotte, contro la diffusione del Coronavirus è uno di quei fatti che concretizzano le parole che circolano spesso in queste ore e che danno il senso e la misura di un sistema sanitario universalistico e solidaristico, nel quale può trovare posto anche l'esigenza di chi, per digitalizzato che sia, ha meno strumenti, culturali e linguistici, per comprendere le regole oggi in vigore a tutela della salute individuale e collettiva.

## Riflessioni a lato dei fatti epidemici: l'isteresi dei processi decisionali\*

Cesare Cislighi\*\*

Giustamente tutta l'attenzione in questi giorni è attorno all'evoluzione dell'epidemia da Covid-19 ed alle misure per il suo contenimento. È opportuno, però, senza negare la giusta attenzione alla cronaca quotidiana, ragionare su alcuni aspetti a lato di ciò che è accaduto e sta accadendo, su cui penso si debba riflettere anche per acquisire maggiore consapevolezza.

Nell'attività della prevenzione sanitaria uno degli elementi più rilevanti è certamente la anticipazione diagnostica; tutti gli screening infatti non “curano” la malattia bensì, attraverso la precocità diagnostica, ne arrestano sul nascere il progresso riuscendo per lo più addirittura a ottenere la guarigione. I fattori che ostacolano la corretta adesione alle campagne di screening sono ben noti e riguardano aspetti relativi alla consapevolezza dei rischi ed alla resistenza psicologica a considerarli, nonché alla semplice trascuratezza o indolenza. Anche a livello della salute delle collettività l'intervento precoce è per lo più essenziale soprattutto quando lo sviluppo della patologia ha una dinamica di tipo esponenziale. Nelle epidemie dovute ad agenti infettivi, la velocità di espansione dipende dal numero di soggetti che un infetto arriva a contagiare; se tale numero si riesce a mantenerlo al di sotto dell'unità, l'epidemia tende ad esaurirsi anche senza ulteriori misure.

Nelle epidemie le soluzioni per evitare i contagi sono essenzialmente tre: quella di ridurre i suscettibili al contagio, quella di eliminare i contagiati o quella di ridurre la possibilità di contagio tra un infetto ed un suscettibile. La soppressione dei soggetti è la soluzione solitamente più efficace, ed anche economicamente più conveniente, nelle specie animali o vegetali, come abbiamo visto fare per le epidemie negli allevamenti di polli o anche ad esempio per l'epidemia delle piante di ulivo causata dalla *Xylella fastidiosa*. Ovviamente non è la soluzione eticamente praticabile per una popolazione umana, seppur talvolta

---

\* Contributo referato dalla Direzione della Rivista.

\*\* Economista sanitario; cesare.cislighi@icloud.com.

nella storia l'abbandono dei malati in lazzaretti senza cure non si configurasse del tutto diversamente dalla loro soppressione.

La riduzione dei soggetti suscettibili è stata, grazie a Montagu, Pasteur, Jenner e più recentemente Salk e Sabin, ottenuta con le pratiche vaccinali che hanno come capacità di togliere ai soggetti la loro caratteristica di suscettibilità all'infezione, caratteristica che in alcuni casi già preesiste grazie alla memoria storica della specie, ma che nel caso di un nuovo agente infettivo, come l'attuale virus, è del tutto assente nella popolazione. Purtroppo, ahimè, per scoprire, sperimentare, produrre e somministrare un nuovo vaccino passa molto tempo e nel frattempo l'epidemia avanza.

L'unica soluzione allora è quella di allontanare gli infetti dai suscettibili in modo da evitare i contagi e l'allontanamento deve avere come "metrica" quella inversa del contagio stesso: nel colera i contagi sono orofecali e si trasmettevano soprattutto attraverso l'inquinamento degli acquedotti con le condutture fognarie o con la contaminazione dei cibi. Nell'Aids la trasmissione avviene principalmente per via genitale o ematica e quindi la soluzione è consistita nell'astensione dai rapporti sessuali o nella loro protezione. Nel caso delle infezioni simil influenzali la metrica del contagio è quella del respiro: il virus si diffonde per via aerea e ci si contagia assorbendolo dalle proprie mucose facciali, bocca, naso, occhi. L'unica forma quindi per arrestare o rallentare l'epidemia è allora il maggior possibile allontanamento delle persone tra di loro.

Questo distanziamento è opportuno in tutte le epidemie influenzali ed infatti spesso in inverno cerchiamo di non frequentare amici o colleghi che mostrano delle sintomatologie e li invitiamo ad esempio a non far gli "eroi pericolosi" venendo in ufficio anche con la febbre. Ma nelle epidemie influenzali, innanzitutto, c'è già solitamente una conoscenza del virus da parte del nostro sistema immunitario, poi, c'è la vaccinazione seppur diffusa in misura inferiore al necessario, e, principalmente, sono relativamente basse la letalità e la necessità di assistenza ospedaliera. Per la letalità delle influenze si può stimare un valore dell'uno per mille infetti e, per i ricoveri, gli ospedali risultano per lo più sufficientemente dimensionati, nonostante in alcuni inverni abbiano rasentato il collasso.

Per l'epidemia da Covid-19, invece, la letalità è molto più elevata e si parla almeno del venticinque per mille dei soggetti contagiati e del cento per mille dei soggetti ricoverati. E poi la necessità di assistenza in ospedale, e soprattutto nei reparti di terapia intensiva, è molto molto più elevata di quella che si registra in una normale epidemia influenzale. Tutto ciò rende evidente che le prime misure da adottare con la maggiore tempestività possibile sono il rallentamento della dinamica epidemica attraverso efficaci misure di distanziamento.

Ma chi deve adottare queste misure? Non può certo esser sufficiente lasciarle alla prudenza di ciascuno come accade nelle normali influenze; deve essere deciso ed imposto dalle autorità pubbliche con la maggiore tempestività possibile. Ma è stata proprio questa tempestività che è venuta meno ovunque. In Cina sembra che per un mese si sia ignorata la situazione arrivando addirittura a sanzionare un medico che lanciava degli allarmi. In Italia molti hanno criticato le prime misure adottate come l'interruzione dei voli dalla Cina ed

hanno nei primi giorni accusato il governo di rovinare l'economia e l'immagine dell'Italia all'estero così da portare alla crisi il settore del turismo.

Nei giorni in cui già era chiaro che l'epidemia stava esplodendo non si sono fermate molte delle attività ad elevato rischio come ad esempio le partite di football; si dice che i bergamaschi arrivati a Milano per la partita Inter-Atalanta fossero quarantamila e molti anche gli spagnoli venuti per la partita di Champion league Atalanta-Valencia e non appare quindi improbabile che a questi fatti sia dovuta buona parte dei focolai della bergamasca e del *pais valenciano*. A Milano, dopo i primi provvedimenti, ci si è preoccupati delle attività che si stavano fermando e tutti abbiamo visionato il video diffuso su Whatsapp su "Milano riparte".

Non è che all'estero si sia fatto meglio! E ciò nonostante si vedesse quello che stava succedendo in Italia. In Francia Macron non prendeva alcuna misura, lasciava organizzare eventi sportivi, tra cui ad esempio la corsa ciclistica Paris-Nice, non rinviava neppure le votazioni amministrative. In Gran Bretagna Boris Johnson dichiarava che era sufficiente rassegnarsi a che morissero un po' di anziani e Trump affermava che il virus non avrebbe invaso gli USA per poi tutti ricredersi e adottare, in colpevole ritardo, misure simili a quelle prese in Italia.

Ed allora perché questa mancanza di tempestività nell'adottare le necessarie misure possibili di contrasto o per lo meno di contenimento dell'epidemia che avrebbero di sicuro ridotto, o per lo meno rallentato, la drammatica situazione a cui stiamo assistendo? Non credo sia dovuta all'ignoranza dei decisori che erano stati informati sulla natura del virus e sulla sua pericolosità. È pur vero che sono state pubblicate affermazioni pericolosamente rassicuranti che dicevano che si trattava di una semplice influenza, ma la stragrande maggioranza degli esperti sapeva e diceva di cosa si trattava: una epidemia estremamente contagiosa, con un bisogno di risposte assistenziali maggiori di quelle ragionevolmente attuabili, e di una letalità contenuta in proporzione ma non sopportabile in valore assoluto. Cosa determina allora questa "isteresi" del procedimento decisionale che ha rallentato la risposta necessaria ad una emergenza chiara ed evidente? Credo si debba approfondirne le ragioni per cercare in futuro di limitare i danni che può provocare; avanzo di seguito solo alcune possibili ipotesi.

La prima riflessione riguarda il rapporto tra tecnici e politici nelle decisioni di sanità pubblica. L'allegato C della legge di riunificazione amministrativa del 20 marzo 1865 dava praticamente ai soli sindaci tutto il potere di polizia sanitaria seguendo l'orientamento istituzionale piemontese, più vicino alla cultura amministrativa francese che a quella austriaca del vicino Lombardo Veneto. È emblematico l'intervento di un Ministro all'Assemblea Nazionale francese che commentando l'insistenza dei medici presenti, che chiedevano maggiori misure protettive contro la dilagante epidemia di vaiolo in atto, pronunciò la frase: "*sont bien envahissants ces médecins!*". L'esigenza di un ruolo maggiore dei tecnici nelle decisioni di sanità pubblica venne accolta nel 1888 dalla riforma Crispi che introdusse la figura dell'ufficiale sanitario e del medico provinciale. Successivamente la corporazione sanitaria portò man mano l'attenzione alla salute più come problema di relazione individuale tra medico e paziente che di visione globale della società. Importante fu allora l'in-

roduzione nel 1978 della legge 833 di riforma sanitaria che ridava alla politica il governo della sanità. Forse da allora però l'elemento tecnico venne messo troppo nell'angolo e la mia esperienza personale di lavoro come dirigente di Agenzie regionali e nazionale mi ha fatto constatare come fosse difficile, da tecnici, condizionare le decisioni politiche.

Un'altra spia di questo problema è la pressoché totale subordinazione che il Ministero della Sanità (poi Salute) ha subito da parte del Ministero dell'Economia e Finanze. E ancora si consideri il decrescente ruolo via via riconosciuto al Consiglio Superiore di Sanità o addirittura alla incorporazione del Ministero della Salute, nel 2008 durante il Governo Berlusconi IV, all'interno del Ministero del lavoro e delle politiche sociali (fino allo scorporo e alla nuova istituzione di un autonomo dicastero nell'anno successivo). Forse, oggi, sarebbe opportuna una riflessione su come cercare di riequilibrare il ruolo decisionale dell'elemento tecnico troppo subordinato rispetto al ruolo dell'elemento politico.

Una seconda riflessione riguarda il modo con cui si è ragionato in termini di valutazione costi-benefici. Credo che la mancanza di chiarezza, e forse anche la prevalenza degli interessi economici ed industriali, abbia portato a sovrastimare i costi e a sottovalutare i benefici considerando solo quelli del breve periodo. Quanto l'economia stesse perdendo a conseguenza delle prime misure di contenimento era evidente ma non tanto quanto potesse essere il beneficio che se ne poteva ricavare evitando la più grave crisi poi sviluppata. Commentavo in una mia nota "meglio rinunciare ad un uovo oggi che ad una gallina domani", ma l'ambiente politico economico non la vedeva così! Nei primi giorni ci si è più preoccupati dell'impatto delle misure di mitigazione sul consenso politico che non sulla loro indispensabilità. Peraltro una minoranza che oggi chiede la "chiusura totale" allora criticava le prime "chiusure parziali". E così sul piatto della bilancia dei costi si è messo, consciamente o no, il costo del pericolo di perdita di consenso, ma non di consenso alle misure stesse bensì di consenso nei riguardi dei partiti al governo. Insomma, governare dando troppa importanza al consenso può portare a rendere ancora più rigida l'isteresi del sistema nel reagire agli eventi con dei provvedimenti appropriati.

Un'altra riflessione credo dobbiamo farla sul valore che attribuiamo alla vita delle persone. Dire che un decesso di un anziano valga meno di un decesso di un giovane non mi pare accettabile. Il problema drammatico si pone di fronte alla necessità di scegliere a chi assegnare un posto letto in terapia intensiva quando ci siano più bisognosi che disponibilità. Le scelte sono drammatiche e credo nessuno vorrebbe prenderle. Ma, come non sarebbe giusto dire che ha più diritto il primo che arriva come accade nei posteggi d'auto, così credo sia discutibile usare automaticamente il solo criterio dell'età. Una visione di maggior beneficio collettivo credo dovrebbe utilizzare come criterio di scelta l'assegnare la maggior disponibilità alle cure a chi potrebbe aver maggiori probabilità di ottenerne vantaggio. È un argomento drammatico, che però sarebbe bene poter mantenere sotto controllo per evitare che si condannino persone che si potrebbero salvare per assistere invece persone "meglio introdotte".

Ciò che sta succedendo forse ci insegna anche che oltre ad obbligare a non uscire di casa sarebbe importante obbligare giornali e televisioni a non uscire con informazioni che non riportino solo quelle di fonte istituzionale. Non è certo per limitare la indispensabile

libertà di stampa, bensì per chiedere ai media di collaborare a dare informazioni chiare, puntuali, autorevoli e nei tempi e nei modi opportuni. E poi sarà necessario controllare le troppe *fake news* cercando di farle cancellare sul loro nascere in modo che non si diffondano sui *social network*.

Infine, dobbiamo già sin d'ora ragionare sul futuro dell'impatto dell'epidemia sulla società, sull'economia, sulla sanità. Che ne sarà ad esempio di tutte le persone che adesso stanno rinviando la consultazione dei loro medici di medicina generale o degli specialisti e quindi anche l'effettuazione di analisi e di terapie? Che ne sarà di tutte le strutture oggi riconvertite alle esigenze dell'epidemia e che domani probabilmente ingombreranno ed impediranno di dar spazio ad altre emergenze? Che ne sarà di tutto quel personale che oggi abbiamo ingaggiato dopo anni di blocco delle assunzioni? Che ne sarà di una organizzazione sanitaria che stava per privilegiare il privato e che si accorge oggi del valore di avere una impostazione universalistica? Che ne sarà del numero chiuso delle facoltà di medicina, della scarsa importanza nella formazione data all'epidemiologia, alla prevenzione, alle patologie su base infettive? Insomma, che ne sarà?

Pensiamo con tutte le energie a risolvere il presente, ma non dimentichiamo di preoccuparci di risolvere almeno in parte, già da adesso, il futuro.



## Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale\*

Matteo Cosulich\*\*

1. Lo scenario vagamente distopico che fa oggi da sfondo alle nostre vite rischia di lasciarci attoniti; vale a dire, etimologicamente, privati della parola di fronte al fragore del tuono della pandemia da Coronavirus. Ma il dono della parola ci rende umani (Gen. 2, 19-20); dobbiamo dunque continuare a esercitarlo, anche nel difficile frangente odierno. Un ulteriore dovere grava su chi ha maturato competenze scientifiche specialistiche: non smettere di leggere la realtà, per quanto sgradevole, alla luce di esse. Perciò ho deciso di scrivere questa breve, rapida riflessione sull'attuale situazione italiana dal punto di vista del costituzionalista, scegliendo come specifico angolo visuale quello delle relazioni fra Stato e Regioni, da anni oggetto delle mie ricerche; riflessione basata sulla consapevolezza che "nell'ordinamento italiano anche le situazioni eccezionali chiedono di essere conosciute, affrontate e sperabilmente risolte secondo i principi e le regole costituzionali"<sup>1</sup>.

2. La legislazione (e la normazione) dell'emergenza che si è rapidamente stratificata nelle ultime settimane potrebbe essere sbrigativamente liquidata invocando il ciceroniano *salus populi suprema lex esto* (*De legibus* 3, 8), che tra l'altro, per una volta, potrebbe leggersi in senso letterale e non, come di consueto, figurato. Il giurista è però tenuto ad avventurarsi nella selva di atti normativi che costituiscono la risposta delle istituzioni repubblicane alla pandemia, al fine di verificarne la coerenza complessiva con le previsioni costituzionali e più specificamente, per quel che qui soprattutto interessa, con i caratteri propri dello Stato regionale italiano.

---

\* Contributo referato dalla Direzione della Rivista.

\*\* Professore associato confermato di Diritto costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Trento

<sup>1</sup> R. BALDUZZI, *La solidarietà cardine costituzionale per l'emergenza*, in *Avenire*, 14 marzo 2020, p. 3.

Pur preceduto da alcune ordinanze statali e regionali<sup>2</sup>, il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 (rapidamente convertito con legge 5 marzo 2020, n. 13) costituisce cronologicamente il punto di partenza e sistematicamente il perno della normazione emergenziale. Quanto alla sussistenza dei presupposti costituzionali *ex art. 77, co. 2*, il decreto-legge n. 6 corrisponde quasi a un caso di scuola: non si vede come, nella fattispecie, si possa negare la straordinarietà, la necessità e l'urgenza del provvedere. Non solo: detti presupposti del decreto-legge n. 6 sono straordinari, come forse dovrebbe addirsi alla più autentica natura del decreto-legge, chiamato a fronteggiare situazioni impreviste e imprevedibili, proprio perché generate da cause esterne all'ordinamento; per dirla con la risalente e autorevole riflessione romaniana: "riguardano una fattispecie che è diversissima dalle solite, versano in una materia più sottratta alle preoccupazioni e ai pregiudizi della politica quotidiana"<sup>3</sup>. Tali non appaiono tanti decreti-legge adottati in vigore della Costituzione repubblicana, i cui presupposti costituzionali sembrano invece intraordinamentali, in quanto risalenti all'inerzia del legislatore – che finisce per rendere urgente il (ritardato) provvedere – se non, addirittura, alla sciattezza degli operatori giuridici. Al riguardo, è sufficiente rammentare il caso del decreto-legge 5 marzo 2010, n. 29, cosiddetto salva-liste, la cui urgenza era determinata dalla volontà di ammettere alla competizione elettorale regionale laziale e a quella lombarda liste (quindi salvarle, appunto) che non erano state presentate nei termini prescritti dalla legge<sup>4</sup>. Il decreto-legge in discorso non venne convertito, ma un risultato sostanzialmente analogo alla conversione si ottenne con la legge di sanatoria (legge 22 aprile 2010, n. 60) che, *ex art. 77, co. 3*, secondo periodo Cost., ne faceva salvi gli effetti prodottisi durante la sua provvisoria vigenza. Il che era più che sufficiente, in quanto il decreto-legge si riprometteva appunto di disciplinare diversamente proprio e soltanto quegli effetti, non già di introdurre norme destinate a vigere permanentemente nell'ordinamento. Considerazioni analoghe potrebbero forse riferirsi a futuri decreti-legge adottati durante la presente emergenza virale, se gli effetti dei primi e quest'ultima si esaurissero (auspicabilmente) entro i sessanta giorni previsti dall'*art. 77, co. 3*, primo periodo Cost.<sup>5</sup>.

3. Il decreto-legge n. 6 prevede l'adozione di una serie di misure di contenimento della diffusione della pandemia, intervenendo in varie materie, forse non tutte agevolmente riconducibili alla competenza statale delimitata dall'*art. 117 Cost.* Si tratta di una consi-

<sup>2</sup> Così le ordinanze del Ministro della salute del 25 gennaio, del 30 gennaio e del 21 febbraio 2020, nonché, sul versante regionale, l'ordinanza sarda del 22 febbraio 2020, quella toscana del 21 febbraio 2020 e quella trentina del 22 febbraio 2020.

<sup>3</sup> S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Rivista di Diritto pubblico*, 1909, I, 252.

<sup>4</sup> Si veda, criticamente e condivisibilmente, G. AZZARITI, *Forma e sostanza nel diritto. A proposito del decreto-legge n. 29 del 2010*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2010, 2-3, al sito *internet* [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it).

<sup>5</sup> Si noti in proposito che non poche disposizioni del decreto-legge 8 marzo 2020, n. 11 esauriscono i loro effetti entro sessanta giorni dalla sua entrata in vigore.

derazione in buona misura estendibile ai decreti-legge che si sono succeduti nell'ultimo mese<sup>6</sup>, dei quali il n. 6 costituisce per così dire il capostipite. Tuttavia, più che cercare di incasellare i singoli interventi emergenziali dello Stato nelle specifiche materie di sua competenza legislativa<sup>7</sup>, pare preferibile seguire vie alternative, suggerite da altre disposizioni costituzionali: l'art. 118 e l'art. 120.

Quanto al primo, va ripresa la giurisprudenza costituzionale inaugurata dalla sent. n. 303 del 2003: anche nel caso di specie, può ragionarsi di attrazione in sussidiarietà allo Stato di funzioni legislative<sup>8</sup> che, anche se non espressamente attribuitegli dall'art. 117 Cost., seguono quelle amministrative, esercitate dallo Stato stesso sulla base di un'istanza unitaria identificabile *ictu oculi* di fronte al dilagare del contagio virale che, ovviamente, ignora i confini regionali. Il che peraltro richiede, secondo la menzionata giurisprudenza costituzionale, l'individuazione di momenti di collaborazione con le Regioni, effettivamente – seppur debolmente, come vedremo – riscontrabili nelle procedure introdotte dal decreto-legge n. 6. Tali momenti di collaborazione potrebbero reputarsi sintomi dell'implicito ricorso alla chiamata in sussidiarietà.

Quanto al secondo, sebbene non sia stato attivato l'art. 120, co. 2 Cost. e sebbene non sia riscontrabile un'inerzia regionale (anzi, si registra un'intensa attività delle Regioni, talvolta forse un poco ipercinetica), la citata disposizione costituzionale potrebbe forse rappresentare una specifica concretizzazione dell'implicita attribuzione al Governo, ad essa sottesa, di poteri di intervento in caso di “pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica” (secondo una delle ipotesi previste all'art. 120, co. 2). Può in proposito evidenziarsi come la competenza legislativa concorrente dello Stato in materia di “tutela della salute” (art. 117, co. 3 Cost.) non ostacoli la previsione di ordinanze del Ministro della salute, almeno con riferimento a una dimensione sovraregionale (art. 32, co. 1 legge 28 dicembre 1978, n. 833); come si è ben potuto constatare nelle ultime settimane, dette ordinanze non si limitano certo a interventi di principio, risultando anzi, e necessariamente, assai dettagliate. Nella stessa direzione, l'art. 25 decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 (Codice della protezione civile) prevede le ordinanze di protezione civile che, proprio in quanto abilitate a incidere anche su materie di competenza regionale, sono “emanate acquisita l'intesa delle Regioni e Province autonome territorialmente interessate”. Una conferma in tal senso può agevolmente ricavarsi dalle ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile

<sup>6</sup> Vale a dire il decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9, il decreto-legge 8 marzo 2020, n. 11, il decreto legge 9 marzo 2020, n. 14 e il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18.

<sup>7</sup> Così, ad esempio, Camera dei deputati, XVIII legislatura, Servizio studi, Documentazione per l'attività consultiva della I Commissione, *Dossier n. 78*, 25 febbraio 2020, 6.

<sup>8</sup> Vedi L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020, 27, al sito *internet* [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

adottate successivamente alla deliberazione da parte del Consiglio dei ministri dello stato di emergenza sul territorio nazionale relativa al rischio sanitario (31 gennaio 2020)<sup>9</sup>.

4. Rispetto alle ordinanze sanitarie e alle ordinanze di protezione civile, ora richiamate, il decreto-legge n. 6 del 2020 prevede che la sua attuazione avvenga preferibilmente ricorrendo a un altro atto, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (d.P.C.m.), anch'esso peraltro riconducibile al “*genus* delle ordinanze”<sup>10</sup>. Emerge così un orientamento accentratore del Governo – e dello stesso Parlamento che ha convertito in legge il decreto – volto a rafforzare la figura del Presidente del Consiglio, al fine di affrontare l'emergenza virale con procedure agili e snelle. Ma “l'accentramento delle decisioni non esclude, in via di principio, l'adozione concordata delle stesse”<sup>11</sup>. Così, con riferimento alle Regioni, l'art. 3, co. 1 decreto-legge n. 6, nel testo emendato in sede di conversione, prevede che sul testo del d.P.C.m. siano sentiti “i Presidenti delle Regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola Regione o alcune specifiche Regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome”<sup>12</sup>, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale”.

Al forte e probabilmente necessario accentramento fa quindi da contraltare una forma “debole” di leale collaborazione<sup>13</sup> che si traduce in un mero parere<sup>14</sup>. È pur vero che l'attuale situazione emergenziale richiede veloci processi decisionali, ma nel caso di specie forse si è eccessivamente compresso il ruolo regionale. Il che pare trovare conferma se si compara il procedimento di adozione del d.P.C.m. con quello delle ordinanze di protezione civile, anch'esse adottate, *ex hypothesi*, in “stato di emergenza”. Come si è detto, infatti, su tali ordinanze si acquisisce (non il mero parere ma) l'intesa regionale (art. 25, co. 1 decreto legislativo n. 1 del 2018). Si rammenti come l'attuale difficile situazione non impedisca l'acquisizione dell'intesa, come confermano le premesse delle più recenti ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile<sup>15</sup>.

I rapporti fra lo Stato e le Regioni non rilevano soltanto nel procedimento di formazione dell'atto statale d.P.C.m., ma anche nelle relazioni fra questo e le ordinanze regionali “in

<sup>9</sup> Vedi *infra* nt. 15.

<sup>10</sup> M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020, 5, al sito *internet* [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>11</sup> A. RUGGERI, *Il Coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 1, 2020, 21 marzo 2020, 373, al sito *internet* [www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it).

<sup>12</sup> Curiosamente, il testo originario del decreto-legge n. 6 definiva tale organo “Conferenza dei Presidenti delle Regioni”, dimenticandosi fra l'altro le Province autonome.

<sup>13</sup> Così G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020, 2, al sito *internet* [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org).

<sup>14</sup> Si vedano le premesse dei numerosi dd.PP.CC.mm. che si sono succeduti a partire dal 23 febbraio 2020: i Presidenti delle singole Regioni e della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome sono sempre soltanto “sentiti”.

<sup>15</sup> Così, ad esempio, l'ordinanza 19 marzo 2020, n. 651 e l'ordinanza 19 marzo 2020, n. 652.

materia di igiene e sanità pubblica” adottate in base all’art. 32, co. 3 legge n. 833 del 1978. In proposito, l’art. 3, co. 2 del decreto-legge n. 6 (non modificato sul punto in sede di conversione) prevede che “nelle more” dell’adozione dei dd.PP.CC.mm. le Regioni possono intervenire con le ordinanze poc’anzi richiamate “nei casi di estrema necessità ed urgenza”. In tal modo, le ordinanze regionali sono prese in considerazione dal legislatore statale d’urgenza che “accetta una loro temporanea «concorrenza» proprio sul presupposto che «dal basso» possano provenire risposte più efficaci e tempestive”<sup>16</sup>. A ben vedere, si tratta di una modalità di interazione tra ordinanze dei differenti livelli di governo non sconosciuta nel nostro ordinamento, in quanto l’art. 117, co. 1 decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 prevede una graduazione dei “provvedimenti d’urgenza” sulla base dell’estensione territoriale dell’emergenza sanitaria: Sindaco (quindi Comune), Regione e Stato intervengono alternativamente “in ragione della dimensione dell’emergenza”. Ai sensi del successivo co. 2, se l’emergenza sanitaria interessa il territorio di più Comuni “ogni Sindaco adotta le misure necessarie sino a quando non intervengano” la Regione o lo Stato. In tal modo, l’intervento del livello di governo territorialmente più circoscritto precede quello del livello più ampio, destinato, quando posto in essere, a sostituirsi al primo. Il decreto-legislativo n. 6, rifacendosi alla disciplina generale ora descritta, delinea quindi una sorta di competenza concorrente *more germanico* tra provvedimenti d’urgenza dello Stato (dd. PP.CC.mm.) e delle singole Regioni (ordinanze): analogamente a quanto prevede l’art. 72, *Abs.* 1 *GG*<sup>17</sup>, le Regioni intervengono sino a quando lo Stato non eserciti la competenza attribuitagli dall’art. 3, co. 1 decreto-legge n. 6 del 2020. Le Regioni possono così proporsi come una sorta di laboratorio di soluzioni che lo Stato può poi fare proprie, come si è recentemente verificato. Forse anche in questa prospettiva l’art. 5, co. 4 d.P.C.m. 8 marzo 2020 fa esplicitamente salvo “il potere di ordinanza delle Regioni”.

Affinché il meccanismo ora richiamato possa avere tali esiti virtuosi occorre tuttavia che le stesse Regioni improntino la loro azione a un atteggiamento collaborativo, com’è avvenuto nel caso delle ordinanze regionali sulle quali è stata ricercata l’intesa con lo Stato<sup>18</sup>. La leale collaborazione, tanto sul versante dello Stato quanto su quello delle Regioni, costituisce infatti il vero fondamento dello Stato regionale italiano, anche in queste perigliose giornate.

<sup>16</sup> G. BOGGERO, *Le “more” dell’adozione dei dd.PP.CC.mm. sono “ghiotte” per le Regioni. Prime osservazioni sull’intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti regionali*, 1, 2020, 21 marzo 2020, 366, al sito internet [www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it).

<sup>17</sup> “Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat”.

<sup>18</sup> Si vedano le ordinanze delle Regioni Emilia-Romagna, Friuli Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte e Veneto, adottate il 23 febbraio 2020, d’intesa col Ministro della salute.



### L'impatto del Coronavirus sulle risorse del Servizio Sanitario Nazionale.

### Qualche spunto di riflessione\*

Giuseppe Di Gaspare\*\*

Nessuno dubita, nell'attuale situazione, che debba essere messo in atto ogni sforzo per trasferire risorse adeguate alla sanità pubblica per consentirle di fare fronte all'emergenza sanitaria del Paese. Questo, però, avviene concretamente reperendo tali risorse all'interno del sistema di finanza pubblica. I primi stanziamenti al Ssn, disposti dal decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, cosiddetto "Cura Italia", per il potenziamento e la messa in sicurezza del sistema sanitario, ammontano a circa 3 miliardi e mezzo di euro. Essi sono destinati a consentire di implementare la spesa per il personale medico, infermieristico e tecnico, per il potenziamento e l'acquisizione di strutture, nonché per l'acquisto delle necessarie apparecchiature, strumentazioni e dotazioni di sicurezza.

Non credo però che le risorse aggiuntive siano, ora, in grado di recuperare gli effetti negativi dei tagli alla sanità pubblica sottoposta ad una pluridecennale contrazione dei trasferimenti dal bilancio statale che ha messo a dura prova la resilienza del settore sanitario. Riduzioni di risorse più o meno contenute a seconda anche del prodigarsi dei responsabili del relativo dicastero. Parte dei 3 miliardi e mezzo previsti dal decreto "Cura Italia" è riservata anche alla Protezione civile e agli altri soggetti pubblici impegnati nell'emergenza. Indubbiamente risorse anch'esse necessitate. Nel reperimento di ulteriori risorse nel tempo, va messo in conto anche il peggioramento del quadro generale di finanza pubblica, dovuto ad un calo sicuramente consistente del gettito fiscale per effetto della recessione economica in atto e alla necessità, già evidente nelle altre previsioni di spesa del d.l. 18/2020, di mitigarla. Accanto ai 3 miliardi e mezzo destinati alla sanità, sono previsti perciò circa 10 miliardi per il sostegno all'occupazione e ai lavoratori. In particolare,

---

\* Contributo referato dalla Direzione della Rivista.

\*\* Professore ordinario di Diritto dell'economia, LUISS "Guido Carli", Roma, [gdiGaspare@luiss.it](mailto:gdiGaspare@luiss.it).

ammortizzatori sociali, estesi a tutte le tipologie di lavoratori dipendenti privati, anche alle categorie sinora escluse per un importo pari a 3,3 miliardi di euro e 1,3 miliardi di euro per il Fondo di Integrazione Salariale (Fis). Stanziamenti, per quanto relativamente consistenti, in grado, sembrerebbe, di coprire il fabbisogno solo delle prime 9 settimane. Altri fondi sono finalizzati al congedo parentale straordinario, alla copertura dei periodi di quarantena, al lavoro agile e misure simili di flessibilità del lavoro. Per fare fronte a queste esigenze di cassa è necessario cercare di mobilitare una “concreta solidarietà” da parte dell’UE, come accennato anche dal Presidente della Repubblica. La BCE ha un importante, direi, prioritario ruolo da assolvere per fornire liquidità all’economia reale e, in questo modo, consentirci di liberare risorse nazionali da destinare ulteriormente alla emergenza sanitaria. Ovviamente, non possiamo fare affidamento solo su interventi esterni. Dobbiamo rimboccarci le maniche e mostrare nei fatti che stiamo varando misure adeguate anche sul fronte del controllo e rimodulazione della spesa pubblica nazionale. I 25 miliardi previsti dal d.l. 18/2020 saranno infatti reperiti sul mercato tramite l’emissione di titoli del debito pubblico (art. 126). Debito destinato molto probabilmente a crescere ancora per altre ragioni e proseguire dunque nel corso dell’anno. Dobbiamo dare perciò un segnale concreto di contenimento della spesa storica ad iniziare dalla spesa pubblica corrente. Una misura importante, ad impatto immediato, potrebbe essere una decurtazione, limitata nel tempo, degli stipendi del settore pubblico allargato, forse per un solo anno, con esclusione evidentemente dei comparti in prima linea come sanità e forze dell’ordine. Una misura non popolare, certo, ma eticamente condivisibile, concreta manifestazione della solidarietà economica e sociale prevista dal 2° articolo della Costituzione, da applicarsi in misura progressiva e proporzionale *ex art. 53 Cost.* alle diverse fasce di reddito e per un periodo di tempo limitato, come stabilito dalla Corte di Giustizia dell’UE nella causa C-64/16, con la quale ha riconosciuto la piena conformità al diritto dell’Unione Europea della legge del Portogallo n. 75/2014, che ha stabilito meccanismi di riduzione temporanea delle retribuzioni nel settore del settore pubblico allargato per un triennio. Non dovrebbero esserci eccezioni nella riduzione temporale delle retribuzioni. Le Istituzioni e gli Organi costituzionalmente rilevanti sarebbero chiamati a dare l’esempio. Una platea più ampia di soggetti destinatari di quella prevista dal decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, sanzionata, per illegittimità costituzionale, dalla Corte costituzionale (sent. 223/2012) per “irragionevolezza” nella parte in cui dispone una “ingiustificata limitazione della platea dei soggetti passivi”. Stesso discorso e identici criteri per la spesa pensionistica. In questo modo si dovrebbe arrivare ad una riduzione del deficit nella misura del 2% del PIL. Il che oltre a liberare risorse, costituirebbe un segnale importante per i mercati. Altra ipotesi da esplorare per incrementare le risorse necessarie, incidendo il meno possibile sugli oneri del debito pubblico, potrebbe essere l’appello al pubblico risparmio nazionale, collocando direttamente i titoli al dettaglio, cioè al pubblico dei risparmiatori. Una emissione “Italia” a tassi calmierati magari con un cap. (limite massimo) riferito in percentuale allo *spread*. Per avere il giusto *appeal* etico, la liquidità raccolta dovrebbe essere canalizzata esclusivamente al potenziamento e rafforzamento del sistema sanitario e miglioramento delle prestazioni erogate nella qualità e tempestività. Insomma, non dovrebbero confluire indistintamente

nel calderone della spesa pubblica. Altre misure urgenti, ma sul lato della spesa, riguardano la *macro-spending review* della spesa pubblica sempre con esclusione della sanità pubblica, la quale però dovrebbe attivare un processo di automonitoraggio sulla efficienza e qualità della spesa dando luogo ad una "*micro-spending review*" con il fine di spostare risorse dal *back office* (amministrazione, servizi vari di supporto) al *front office* costituito dalle strutture operative per la erogazione delle prestazioni medico-sanitarie a tutela della salute dei pazienti e dei cittadini. In questo quadro di riconfigurazione delle prestazioni anche la sanità privata è chiamata a fare la sua parte, come la migliore di quella accreditata sembra stia già facendo. La crisi è anche un banco di prova per la valutazione delle *performance* delle strutture sanitarie più marginali al sistema, le meramente "autorizzate", di commisurazione del loro grado ed effettiva capacità di integrazione/collaborazione nel Ssn a livello regionale durante l'emergenza, mettendo anch'esse a disposizione personale strutture e mezzi per rispondere alla domanda di prestazioni ordinarie, in modo da alleggerire la pressione sulla prima linea sanitaria della ospedalità pubblica. Chi scrive è personalmente convinto che anche il sistema dei DRG richieda una messa a punto, così come la modalità di imputazione delle risorse finanziarie e la loro distribuzione effettiva (in modo da ridurre la sperequazione delle prestazioni effettivamente erogate sull'intero territorio nazionale) non solo in base ai LEA ma anche agli investimenti necessari per l'impatto di emergenze sanitarie diffuse e non prevedibili. Saranno l'esito della battaglia in corso e il modo in cui le forze disponibili, anche del settore sanitario privato, scenderanno in campo a dirci quale strada sia necessario intraprendere.



### Interventi normativi d'urgenza in tema di contrasto al Coronavirus: una rassegna ragionata\*

Ettore Jorio\*\*

**SOMMARIO:** 1. Il contenuto dei provvedimenti più direttamente incidenti sul sistema della salute: il decreto legge 23 febbraio 2020, convertito nella legge 13/2020. – 1.1. ... il decreto legge 9 marzo 2020 n. 14, in corso di conversione. – 1.1.1. ... quanto al reclutamento straordinario del personale. – 1.1.2. Ok al personale straordinario, ma nel rispetto dei ruoli istituzionali e delle procedure. – 1.1.3. ... c'è anche altro. – 1.2. ... il decreto legge 17 marzo 2020 n. 18, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 70 del 18 successivo. – Postilla.

I provvedimenti legislativi urgenti approvati dal Governo, a mente dell'art. 77 della Costituzione, per contrastare gli effetti della epidemia in atto da COVID-19, che sconvolge il Paese e riduce all'osso la *chance* di riprendere, a breve, l'economia nazionale, stanno mettendo a dura prova le Regioni e il sistema aziendale della salute che ad esse fa riferimento, organizzato nell'esercizio della relativa competenza legislativa regionale.

La particolare condizione, venutasi a determinare con l'emergenza epidemiologica da coronavirus, ha richiesto al Governo di intervenire con fonti di rango diversificato. Lo ha fatto con diversi decreti legge, numerosi decreti del Presidente del Consiglio, con una delibera del Consiglio dei Ministri e alcune ordinanze ministeriali.

Quanto ai cinque decreti legge adottati dall'Esecutivo sono stati funzionali:

- il primo (D.L. 6/2020), convertito nella legge 5 marzo 2020 n. 13, ad imporre misure urgenti in materia di contenimento e gestione del fenomeno;
- il secondo (D.L. 9/2020), ad individuare interventi di sostegno per le famiglie, i lavoratori e il sistema produttivo messi in difficoltà dall'emergenza sanitaria;

---

\* Contributo referato dalla Direzione della rivista.

\*\* Docente di diritto della salute e dell'assistenza sociale nell'Università della Calabria, avvocato nel foro di Cosenza, ettore.jorio@unical.it.

- il terzo (D.L. 11/2020), a sospendere l'attività giudiziaria;
- il quarto (D.L. 14/2020), ad intervenire per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale relativamente agli impegni da assolvere a tutela della salute dei cittadini;
- il quinto (D.L. 18/2020), che sostanzialmente costituisce l'implementazione dei precedenti, con l'individuazione degli strumenti finanziari ad hoc, utilizzando in questo tutta la capacità di indebitamento concessa al Governo dal Parlamento.

A ben vedere, una serie di provvedimenti legislativi che hanno creato l'impalcatura di sostegno all'irrinunciabile difesa dall'emergenza sanitaria, unitamente ai numerosi Dpcm che hanno scandito l'attuazione delle misure sancite dal D.L. 6/2020, a mente dell'art. 3 del medesimo.

## 1. Il contenuto dei provvedimenti più direttamente incidenti sul sistema della salute: il decreto legge 23 febbraio 2020, convertito nella legge 13/2020

Con il decreto legge 6/2020 sono state individuati, nell'art. 1, divieti espliciti, sospensioni/limitazioni di attività e previsioni di precisi obblighi comportanti astensioni dall'abituale *facere* sociale. Il tutto, con facoltà di implementazione (art. 2) a cura dell'istituzione regionale e, per alcuni versi, dalle autorità sanitarie locali da perfezionare con ordinanze sindacali, intese ad impedire e prevenire la diffusione del Covid-19. Un'attività, quest'ultima, finalizzata alla determinazione *in progress*, da parte delle autorità rispettivamente competenti, delle misure di contenimento e di gestione adeguata e direttamente proporzionata al molto probabile evolversi del rischio epidemiologico. L'anzidetto D.L. 6/2020, quindici tipologie di limitazioni aventi ad oggetto attività ed esercizi pubblici da sottoporre a divieti, sospensioni, precauzioni comportamentali.

Come si diceva, un particolare interesse ha assunto la disposizione contenuta nell'art. 3 del decreto legge esaminato, che ha autorizzato l'adozione uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentiti anche i Presidenti delle Regioni interessate dai singoli provvedimenti ovvero il Presidente della Conferenza delle Regioni allorquando le prescrizioni abbiano rilievo nazionale – per imporre le misure di cui all'art. 1 e, in base all'art. 2, quelle che saranno ritenute via via necessarie a tutela di sopravvenute ulteriori emergenze di diffusione epidemiologica.

### 1.1. ... il decreto legge 9 marzo 2020 n. 14, in corso di conversione

Con il successivo decreto legge 9 marzo 2020 n. 14 si sono individuati strumenti e percorsi utili a garantire ai rispettivi servizi sanitari regionali:

- 1) una maggiore disponibilità di risorse professionali mediche, indispensabili per garantire i servizi essenziali da rendere, comunque, usufruibili alle diverse comunità di appartenenza;
- 2) un potenziamento delle reti assistenziali da rendere attivamente disponibili all'utenza, specie di quella più debole;
- 3) un più facile approvvigionamento e utilizzo dei dispositivi medici indispensabili per garantire alle persone, rispettivamente, una maggiore difesa nei confronti del contagio e di ripristino delle condizioni di salute;
- 4) una momentanea «attenuazione» della severità degli obblighi e dei divieti di trattamento ordinari al fine di favorire la circolazione degli stessi tra i soggetti pubblici impegnati nella gestione dell'emergenza. Ciò allo scopo di generare tempestivamente una estensione della profilassi, una più celere diagnosi e una assistenza terapeutica più efficace.

A ben vedere, un provvedimento emergenziale che è ricco di soluzioni e di metodologie, in gran parte da assumere a cura delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano, che dovranno comunque predisporre atti di indirizzo per i loro rispettivi sistemi aziendali, tenuti agli adempimenti di acquisizione in servizio della «mano d'opera» medica necessaria, fatta eccezione, come vedremo, per il reclutamento e l'assunzione in servizio a tempo determinato dei medici e infermieri già collocati in quiescenza.

#### **1.1.1. ... quanto al reclutamento straordinario del personale**

Vediamo di analizzare nel dettaglio i diversi punti del D.L. 14/2020, con particolare riferimento alla introdotta nuova capacità «assunzionale» da parte delle aziende della salute e delle Regioni, in deroga ai divieti imposti dalla vigente normativa, e agli adempimenti posti a carico di queste ultime, allo scopo di meglio contrastare l'epidemia in atto. Alle Regioni spetterà ovviamente, in relazione a quanto sancito dal provvedimento emergenziale, l'adozione di dettagliate linee di indirizzo destinate al proprio servizio sanitario regionale, più precisamente al sistema aziendale tenuto alla diretta erogazione delle prestazioni salutari e al concreto contrasto con l'espandersi degli effetti da coronavirus. Alle stesse, infatti, per come sancito dal successivo art. 3, è imposto il preventivo obbligo di rideterminare – al fine di acquisire gli spazi di intervento di occupazione straordinaria sanitaria da perfezionare con le modalità previste dal D.L. 14/2020 – il fabbisogno del personale propedeutico alla formalizzazione del necessario piano, di cui al d.lgs. 165/2001 (art. 6, comma 1), condizionante l'esercizio delle anzidette neointrodotte facoltà e, quindi, da redigersi obbligatoriamente secondo le linee di indirizzo per la loro predisposizione approvate con decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione dell'8 agosto 2018. Uno strumento indispensabile per ottimizzare l'impiego delle risorse nel perseguimento degli obiettivi di *performance* organizzativa, nel rispetto dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, nonché quelli di qualità dei servizi pubblici da rendere ai cittadini. Da qui, l'esigenza irrinunciabile di condizionare – anche nella particolare fattispecie peraltro così disciplinata dal legislatore medesimo – la relativa attività di reclutamento regionale ovvero aziendale e ogni conseguente «assunzione» di personale alla rilevazione del relativo fabbisogno, da acquisire altresì azienda per azienda della salute, e alla redazione del relativo

piano, entrambi fondamentali per concretizzare, ancorché nel breve, una offerta pubblica di salute di reale contrasto all'epidemia da coronavirus.

### **1.1.2. Ok al personale straordinario, ma nel rispetto dei ruoli istituzionali e delle procedure**

All'articolo 1, comma 1, vengono individuate particolari procedure di acquisizione di personale da perfezionarsi a cura delle aziende della salute, precedute dalla pubblicazione da parte delle stesse degli avvisi pubblici per la manifestazione dell'interesse relativo, cui seguiranno le contrattualizzazioni di professionisti sanitari, ivi compresi gli psicologi, e di medici specializzandi, iscritti agli ultimi due anni dei corsi di specializzazione ovvero anche di coloro non utilmente collocati nella graduatoria individuata nel comma 547 dell'art. 1 della legge 145/2018 e nel rispetto dei vincoli specifici derivanti dall'ordinamento dell'UE relativamente al possesso del titolo di formazione medica specialistica. Il conferimento dell'incarico e il relativo rapporto dovrà essere libero-professionale, quindi caratterizzante un lavoro autonomo anche co.co.co. di durata non superiore a sei mesi rinnovabile con il prorogarsi dell'emergenza che ne consente il ricorso per sopperire alle insufficienze di organico, determinate per lo più dal blocco del *turnover* soprattutto nelle Regioni sottoposte a procedure di piano di rientro, e per far fronte alle esigenze straordinarie di periodo di erogazione dei livelli essenziali di assistenza. Tra queste, l'improrogabile esigenza di assicurare una maggiore disponibilità di posti letto dedicati alla terapia intensiva e *sub* intensiva da destinare al segmento più bisognoso dei cittadini affetti dal coronavirus.

Alle aziende della salute sarà consentito, altresì, di procedere – per come sancito nell'art. 1, comma 1, lettera b, del D.L. 14/2020, ad assunzioni dei professionisti sanitari, di cui al comma 548 *bis* dell'art. 1 della legge di bilancio per il 2019, utilmente collocati nella anzidetta graduatoria individuata nel comma 547 dell'art. 1 della legge 145/2018 e nel rispetto dei vincoli specifici derivanti dall'ordinamento dell'UE relativamente al possesso del titolo di formazione medica specialistica. I detti professionisti dovranno essere assunti al fine di coprire vuoti di organico tali da impedire efficaci misure di contrasto alla diffusione del Covid-19.

Dal canto loro le Regioni potranno, a mente del successivo comma 6 e in deroga ai vigenti più generali divieti e non tenendo conto di eventuali incumulabilità reddituali, reclutare e conferire incarichi a personale medico e infermieristico collocato in quiescenza, anche se non più iscritto nel corrispondente albo professionale. Un dovere da ossequiare con la conclusione di appositi contratti di natura libero-professionale della durata non superiore a sei mesi, previa la pubblicazione di un relativo avviso pubblico per manifestazione di interesse da rappresentare relativamente alle disponibilità, di spazio e di tempo, che la Regione dovrà preventivamente stimare e proporre, tenuto conto del fabbisogno del personale del proprio sistema regionale da dovere, come detto, obbligatoriamente rideterminare con proprio provvedimento.

Di grande interesse è da considerarsi la facoltà attribuita alle aziende della salute e agli enti del Servizio sanitario nazionale, a mente dell'art. 2 del D.L. 14/2020, nell'impossibilità di utilizzare personale già in servizio ovvero di ricorrere agli idonei collocati in vigenti graduatorie concorsuali. Gli stessi potranno, infatti, per tutta la durata dell'emergenza in

atto, conferire incarichi a tempo determinato, ad esito di un apposito avviso pubblico, al personale sanitario e ai medici in possesso dei requisiti per l'accesso alla dirigenza. Gli anzidetti incarichi, della durata di un anno e non rinnovabili, dovranno essere conferiti a seguito di intervenuta selezione, per titoli e colloquio, e nel rispetto di procedure che assicurino una obiettiva comparazione tra i candidati.

### **1.1.3. ... c'è anche altro**

Altre importanti occasioni per determinare un consistente potenziamento del personale e delle iniziative assistenziali sono state disciplinate negli articoli 4-8.

Esse riguardano: la possibilità di instaurare un rapporto convenzionale occorrente, sia di medicina generale che di pediatria di libera scelta, anche con i medici iscritti al corso di formazione relativo e, per incarichi provvisori e/o di sostituzione, con i medici iscritti ai corsi di specializzazione; l'incremento delle ore della specialistica ambulatoriale convenzionata interna alle aziende dalla salute; l'accesso al ricorso del volontariato; l'istituzione, nel breve termine del prossimo 24 marzo, delle unità speciali di continuità assistenziale. Una grande novità, quest'ultima, da concretizzare – con apposito piano regionale ridistributivo delle iniziative su scala regionale – presso una sede di continuità assistenziale esistente (al riguardo, peccato a non aver realizzato ovunque le Uccp!), che dovrà rendersi garante, per ogni bacino di utenza di 50 mila abitanti, del trattamento e gestione domiciliare dei pazienti affetti da Covid-19 ma non bisognosi di ricovero ospedaliero. Una struttura da rendere attiva sette giorni su sette con attività H12 (8/20) con l'attrazione lavorativa dei medici già presenti nella continuità assistenziale nonché i medici che frequentano la formazione in medicina generale e, in via del tutto residuale, i semplici iscritti al relativo albo con retribuzione di 40 euro per ogni ora di attività svolta. Una particolare iniziativa estesa, con l'art. 9, anche alle persone che presentino fragilità o una comorbilità tale da esporle a rischio di contagio con la frequentazione dei centri diurni destinati ai disabili. Anche per una siffatta tipologia di assistenza, le Regioni, entro il 19 marzo 2020, hanno avuto l'occasione di istituire apposite unità speciali dedicate alla erogazione delle prestazioni sanitarie e socio-sanitarie dedicate alla particolare utenza.

Interessanti le iniziative legislative intraprese dal legislatore in relazione all'utilizzo, agli incentivi e alle misure di semplificazione per l'acquisto dei dispositivi medici, anche di quelli per l'ossigenoterapia.

Per garantire l'approvvigionamento e l'utilizzo di questi ultimi, esordirà dal prossimo 31 luglio e sino al 2022 la fornitura costante di ossigeno e la ricarica dei presidi portatili garanti dell'ossigenoterapia assicurate dalle strutture sanitarie individuate dalle singole Regioni nonché dalle farmacie dei servizi. Il tutto, dovrà essere previsto e scandito in un apposito decreto ministeriale che disporrà anche la metodologia di censimento dei pazienti cui necessita l'anzidetta particolare terapia, anche per dare modo alle Regioni di organizzare al meglio la pianificazione erogativa del relativo servizio.

Quanto ai dispositivi medici di protezione individuale il D.L. 14/2020 ha previsto particolari facilitazioni economico-finanziarie per accelerarne l'acquisizione da parte dell'utenza generalizzata.

## 1.2. ... il decreto legge 17 marzo 2020 n. 18, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 70 del 18 successivo

Il decreto legge 18/2020 ha dedicato numerosi articoli al potenziamento del Servizio sanitario nazionale, completando così quelli previsti nel precedente D.L. 14/2020 e prevedendo delle misure straordinarie per assicurare alle tutele in atto incentivi economici per il personale e gli strumenti occorrenti per rafforzare il contrasto al dilagare del coronavirus. Non solo. Ha offerto (art. 6) al Capo del Dipartimento di Protezione Civile la facoltà di adottare decreti finalizzati a requisire, in uso e in proprietà, a chiunque presidi sanitari e medico-chirurgici e ogni altro bene mobile utile a contrastare l'epidemia comunque posseduti. Ciò allo scopo di girarli in favore delle aziende territoriali e ospedaliere. Stessa facoltà è stata ribadita anche ai Prefetti nel senso di poter requisire in uso immobili, e quindi anche strutture alberghiere, per ivi eventualmente ospitarvi persone in sorveglianza sanitaria e/o isolamento fiduciario o in permanenza domiciliare, e dunque provvedere conseguenzialmente a tutte le procedure indennitarie.

Quanto alle misure implementative di quelle assunte con i precedenti decreti legge, meritano una particolare menzione, senza con questo sottrarre importanza alcuna a tutte le altre:

- il finanziamento aggiuntivo incentivante del personale dipendente dal Servizio sanitario nazionale (art. 1). A tal uopo sono stati sensibilmente incrementati di 250 milioni di euro i fondi contrattuali per le condizioni di lavoro della dirigenza medica e sanitaria dell'area della sanità e quelli afferenti alle condizioni di lavoro del personale del comparto salute;
- il rafforzamento delle reti di assistenza territoriale (art. 3), mediante assunzione di nuovo personale, in esubero a quello previsto nell'art. 1 del D.L. 14/2020, con contratto di lavoro a tempo determinato e per una durata non superiore ai tre anni. Più precisamente, di 40 unità dirigenziali sanitari medici e 18 veterinari nonché 29 unità di personale del comparto della salute con profilo professionale dedito alla prevenzione;
- l'istituzione delle aree sanitarie temporanee (art. 4). Di particolare interesse è la siffatta previsione che consente alle Regioni e alle aziende della salute di perfezionare contratti per l'acquisto di prestazioni sanitarie ulteriori a quelle istituzionalmente già in erogazione. Ciò allorquando la diffusione del coronavirus lo richieda e dal contenuto dell'apposito piano, da adottarsi obbligatoriamente in proposito, emerga la necessità di incrementare i posti letto in terapia intensiva e nelle unità operative di pneumologia e di malattie infettive;
- la incentivazione economica alla produzione e fornitura dei dispositivi medici (art. 5);
- l'arruolamento temporaneo di medici e infermieri militari (art. 7);
- la permanenza in servizio del personale sanitario sino a quando cesserà l'attuale stato di emergenza, anche in deroga ai limiti comunque previsti (art. 12);
- l'affievolimento delle caratteristiche previste dall'attuale disciplina per l'autorizzazione alla produzione di mascherine chirurgiche di protezione individuale (art. 15);

- l'accelerazione delle procedure previste in materia di sperimentazione dei farmaci e dispositivi destinati all'emergenza da Covid-19 (art. 17).

*Tre ulteriori importanti atti di «governo nazionale dell'emergenza»*

Alla concitata attività del Governo per contrastare l'inarrestabilità dell'epidemia si sono aggiunti due provvedimenti emanati il 20 marzo 2020, i quali meritano una particolare attenzione.

Il primo è l'OCDPC n. 654 che ha aperto all'immissione nel circuito assistenziale straordinario di trecento e forse più medici "volontari", che andranno a costituire l'istituita «Unità medico specialistica». Uno strumento destinato a rafforzare, nelle regioni più esposte al moltiplicarsi del contagio in atto, l'attivazione delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza da Covid-19.

Tali professionisti – che dovranno essere tutti già dipendenti e/o convenzionati con il Servizio sanitario nazionale ovvero alle dipendenze di strutture private sociosanitarie autorizzate dallo stesso – saranno pertanto, di qui a poco, selezionati dalla Protezione civile nazionale a supporto delle emergenze organizzative ed erogative del sistema della salute, altrimenti messo in ginocchio dal coronavirus.

Il secondo atto è stato perfezionato sotto la forma di una ordinanza emessa dal Ministro della Salute, con la quale lo stesso ha cautelativamente imposto misure, ulteriori a quelle esistenti, di contenimento del contagio da Covid-19 da rendersi attive su tutto il territorio nazionale. Da apprezzare sembra l'intenzione del Ministro di volere imporre, ovunque, gli stessi limiti comportamentali, soprattutto allo scopo di evitare libere interpretazioni da parte delle Regioni

L'ultimo, il terzo, si è materializzato nella forma del DPCM adottato dal Premier nella serata del 22 marzo scorso. Il provvedimento ha confermato le misure precedenti e aggiunte di nuove, intese queste ultime a restringere l'esercizio delle attività produttive e l'apertura degli uffici precedentemente consentiti, limitando così l'apertura e la frequenza di quelle iniziative (86) scandite nell'apposito allegato 1. Una decisione resasi necessaria per il diffondersi dell'epidemia e per rivendicazione di provvedimenti più restrittivi da parte dei Presidenti delle regioni a più alta intensità epidemica e conseguenti danni alle persone.

La novità assoluta ribadita dall'anzidetto Dpcm è il divieto «di trasferirsi o spostarsi» comunque «in un comune diverso rispetto a quello in cui attualmente si trovano», tranne che per comprovate esigenze di lavoro, assoluta urgenza o motivi di salute. Una previsione che, ancorché comprensibile nelle finalità di massimo contenimento della diffusione del virus, concretizza una notevole compressione dei diritti della persona. Alla luce della riserva di legge relativa dell'art. 16 della Costituzione, v'è da chiedersi se per tale limitazione della libertà di circolazione e soggiorno sia davvero sufficiente la base fornita dal D.L. 6/2020. Se è vero che l'allontanamento dal territorio comunale è contemplato dall'art. 1 e la clausola aperta dell'art. 2 non osta formalmente all'introduzione di misure più intense

di quelle espressamente previste della precedente disposizione, l'estensione di un tale penetrante divieto a tutti i comuni dell'intero territorio nazionale avrebbe forse consigliato l'assunzione di tale decisione con un nuovo atto con forza di legge, piuttosto che con un decreto del Presidente del Consiglio attuativo del primo.

Per altro verso, pure a questo ultimo atto del governo pare potersi ascrivere l'intenzione di rispondere a diverse iniziative dei presidenti di alcune Regioni intese a reclamare e, in parte, a introdurre limiti ancora più stringenti di esercizio delle attività presenti sui loro territori.

## **Postilla**

Nelle more della pubblicazione del presente contributo, come noto, è stato emanato il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, il quale si fa carico di alcune criticità segnalate anche in questa sede.

Tra i segnali di correzione del precedente approccio, è ben visibile, a prima lettura, l'inclusione espressa tra le misure della «limitazione alla circolazione delle persone» e delle relative eccezioni, così fornendo alle prescrizioni dei d.p.c.m. vigenti una base legislativa senz'altro più adeguata delle norme del decreto-legge n. 6/2020 formulate avendo come riferimento concreto la situazione dei primi comuni in quarantena e non quella dell'intero territorio nazionale.

Dunque, il Governo – oltre che intervenire «in sanatoria» di quanto compiuto sino ad oggi con gli anzidetti Dpcm – con l'esaminato provvedimento ha ritenuto di pervenire alla elaborazione un quadro normativo più organico per l'esercizio del proprio potere normativo, sottoposto anche ad alcuni importanti adempimenti di informativa alla Camere, e altresì di quello rientrante di Regioni e Comuni.

## Regioni in piano di rientro ed emergenza Covid-19\*

Andrea Patanè\*\*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. Il carattere prevalente della tutela della salute nella legislazione a fondamento dei Piani di rientro.

### 1. Premessa

L'emergenza sanitaria da Covid-19 sta imponendo al Servizio sanitario nazionale uno sforzo senza precedenti dalla sua istituzione nel 1978; in questi giorni le Regioni sono impegnate a fronteggiare il diffondersi dell'infezione con i mezzi e le risorse a disposizione di ogni Servizio sanitario regionale. La situazione di emergenza non copre, ma fa risaltare le differenze organizzative preesistenti dei diversi sistemi sanitari regionali. Una particolare attenzione va rivolta a quelle Regioni con maggiori difficoltà strutturali, quelle cioè che hanno sottoscritto negli anni un "Piano di rientro"<sup>1</sup>.

Com'è noto, quando la Giunta regionale sottoscrive l'Accordo con lo Stato si trova in una condizione in cui il deficit finanziario<sup>2</sup> non le permette di assumere decisioni che prescindano da una riorganizzazione della spesa al fine di garantire la corretta erogazione dei servizi sanitari ed il rispetto dei LEA; nell'ultimo quindicennio la sottoscrizione del Piano di rientro ha rappresentato una scelta obbligata per molte Regioni. Alla sottoscrizione degli Accordi ha fatto seguito una corposa giurisprudenza della Corte costituzionale in cui si è

---

\* Contributo referato dalla Direzione della rivista.

\*\* Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università Cattolica del Sacro Cuore, avvocato nel foro di Catania, andrea.patane@unicatt.it.

<sup>1</sup> Attualmente le Regioni in Piano di rientro sono: Lazio, Abruzzo, Molise, Puglia, Campania, Calabria, Sicilia.

<sup>2</sup> S. CALZOLAIO, *Il mondo dei Piani di rientro dal disavanzo sanitario dal punto di vista dell'equilibrio di bilancio*, in *Federalismi*, n. 23, 2014, p. 30.

sancito che la spesa sanitaria deve essere compatibile con «la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario»<sup>3</sup>; ciò implica che «l'autonomia legislativa concorrente delle Regioni nella materia della tutela della salute ed in particolare nell'ambito della gestione del servizio sanitario può incontrare limiti alla luce degli obiettivi della finanza pubblica e del contenimento della spesa»<sup>4</sup>; ciò in attuazione del «principio fondamentale in materia di coordinamento della finanza pubblica»<sup>5</sup>.

La giurisprudenza della Corte ha sempre tutelato il contenuto dell'Accordo, sancendo distintamente che la Regione è vincolata a quanto previsto nel Piano di rientro, anche se questo limita l'autonomia legislativa regionale<sup>6</sup>. La vincolatività, della legislazione sui Piani di rientro nell'ordinamento è da ricondurre all'articolo 117, co. 3, Cost. che, nell'attribuire la materia di coordinamento della finanza pubblica alla competenza concorrente, permette di interpretare le disposizioni legislative dello Stato, poste a fondamento dei Piani di rientro, come vincolanti per la legislazione regionale<sup>7</sup>.

Le Regioni interessate dai Piani di rientro hanno sottoscritto il Piano attraverso una esplicita condivisione «della assoluta necessità di contenere i disavanzi del settore sanitario»<sup>8</sup>. Si tratta di una notazione di grande momento, in quanto, la piena adesione della Regione, agli obiettivi di contenimento della spesa, determina la riconduzione del mancato rispetto dei Piani alla violazione del principio costituzionale della leale collaborazione<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> Sentenza Corte cost. n. 111 del 2005.

<sup>4</sup> Sentenza Corte cost. n. 193 del 2007; per una disamina sulla giurisprudenza della Corte sul principio di coordinamento della finanza pubblica dopo la riforma del Titolo V si veda I. RIVERA, a cura di, *Il coordinamento della finanza pubblica nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale 2002-2015*, Servizio studi Corte costituzionale, aprile 2015; D. PARIS, *Il Titolo V alla prova dei Piani di rientro: delegificazione dei principi fondamentali e asimmetria fra Stato e Regioni nel rispetto delle procedure di leale collaborazione*, in *Le Regioni*, n. 1-2, 2014, pp. 203-226.

<sup>5</sup> Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte che tiene conto delle due argomentazioni si veda E. GRIGLIO, *La legislazione regionale alla prova dei Piani di rientro dai disavanzi sanitari: possibile la ratifica, non la conversione in legge, del piano*, in *Rivista A.I.C.*, n. 3, 2012. Un profilo che viene in rilievo è da individuare nella sottoscrizione del Piano da parte della Giunta regionale, senza che vi sia un'approvazione dei vincoli da parte del Consiglio regionale. Sul rispetto da parte delle Regioni dei vincoli derivanti dai Piani di rientro sia concesso rinviare A. PATANÈ, *Le (infondate) inquietudini dei Presidenti "dimezzati". A margine di tre recenti ricorsi di legittimità costituzionale in via principale aventi ad oggetto il regime di incompatibilità del Presidente della Regione ad assumere l'incarico di Commissario ad acta per l'attuazione del Piano di rientro*, in *Corti Supreme e Salute*, 2019, n. 1, pp. 22-10.

<sup>6</sup> Le sentenze Corte cost. n. 100 e n. 141 del 2010.

<sup>7</sup> La previsione contenuta nell'articolo 1, co. 796, lettera b) della legge n. 296 del 2006, deve essere qualificata come principio fondamentale in materia di contenimento della spesa pubblica sanitaria espressione, pertanto, della specifica competenza all'uopo riconosciuta allo Stato, dall'art. 117, co. 3, Cost. Sul punto, cfr. M. BELLETTI, *Forme di coordinamento della finanza pubblica e incidenza sulle competenze regionali. Il coordinamento per principi, di dettaglio e "virtuoso", ovvero nuove declinazioni dell'unità economica e dell'unità giuridica*, in [www.issrfa.cnr.it](http://www.issrfa.cnr.it), 2013.

<sup>8</sup> Sentenza Corte cost. n. 141 del 2010.

<sup>9</sup> La Corte richiama, sul punto, le pronunce Corte cost. nn. 237 e 139 del 2009, Corte cost. n. 52 del 2010. Oltre alle sentenze Corte cost. n. 100, n. 141 del 2010; Corte cost. n. 78 n. 123 e n. 163 del 2011; Corte cost. n. 91, n. 131 del 2012; Corte cost. n. 28, n. 51, n. 79 e n. 104 del 2013.

La giurisprudenza costituzionale<sup>10</sup> e la dottrina maggioritaria, pur riconoscendo l'indubbia ingerenza dei Piani di rientro nell'autonomia regionale (anche legislativa)<sup>11</sup> sia nella fase della predisposizione sia della successiva attuazione, hanno affermato la costituzionalità tanto dell'accordo Stato-Regioni finalizzato alla riduzione del deficit sanitario, quanto delle conseguenze giuridiche che questo comporta<sup>12</sup>; ed in conseguenza di ciò la Corte non ha risparmiato di censurare le leggi regionali in contrasto con i Piani di rientro sottoscritti dalle Regioni, dichiarandole, di conseguenza, incostituzionali<sup>13</sup>.

## 2. Il carattere prevalente della tutela della salute nella legislazione a fondamento dei Piani di rientro

In questa fase emergenziale una particolare attenzione deve essere rivolta alla ratio della sottoscrizione dei Piani di rientro; ed è per questo che è utile rileggere l'art. 1, co. 180, della l. 30 dicembre 2004, n. 311, con cui per la prima volta il legislatore ha introdotto i Piani di rientro nel nostro ordinamento, sancendo che la Regione interessata «elabora un programma operativo di riorganizzazione, di riqualificazione o di potenziamento del Servizio sanitario regionale, di durata non superiore al triennio». L'obiettivo prioritario della sottoscrizione del Piano di rientro è quello di garantire una corretta erogazione delle prestazioni sanitarie e questo passa anche, ma non prioritariamente, dalla riduzione del deficit economico, rivolgendo invece una particolare attenzione alla “riqualificazione” ed al “potenziamento” nell'erogazione delle prestazioni.

Di conseguenza l'istituto dei Piani di rientro non può essere inquadrato nell'ordinamento senza richiamare l'articolo 32 Cost., nell'accezione per cui suddetta legislazione ha come fine ultimo il pieno godimento del diritto alla salute. Da qui la considerazione per cui l'articolo 32 Cost. funge da parametro per valutare la congruità dei Piani di rientro rispetto allo scopo precipuo della tutela della salute e non invece come mero strumento per il contenimento della spesa e dunque di leva finanziaria.

Di contro, se di dovesse analizzare la legislazione sui Piani di rientro senza tenere in debita considerazione il principio di tutela della salute e la legislazione ordinaria adottata per

<sup>10</sup> Cfr. Corte cost. n. 91 del 2012; Corte cost. n. 193 del 2007; Corte sent. n. 141 del 2010; Corte cost. n. 100 e 141 del 2010, Corte cost. n. 123 e 163 del 2011; Corte cost. n. 91 del 2012, Corte cost. n. 51, 79, 104 e 180 del 2013. Per una ricostruzione in tal senso T. CERRUTI, *I Piani di rientro dai disavanzi sanitari come limite alla competenza legislativa regionale*, in *Rivista A.I.C.*, n. 4, 2013, p. 4.

<sup>11</sup> G. CARPANI, *I Piani di rientro tra emergenze finanziarie e l'equa ed appropriata erogazione dei LEA*, in R. BALDUZZI, a cura di, *La sanità italiana alla prova del federalismo fiscale*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 37.

<sup>12</sup> R. BALDUZZI, *Una proposta che coniuga l'autonomia con la coerenza di sistema*, in *Monitor*, n. 27, 2010, «Il suo inserimento nel sistema appare ormai consolidato ed esente da dubbi radicali di compatibilità costituzionale».

<sup>13</sup> Vedi D. PARIS, *Il Titolo V alla prova dei piani di rientro: delegificazione dei principi fondamentali e asimmetria fra Stato e Regioni nel rispetto delle di leale collaborazione*, in *Le Regioni*, n. 1-2, 2014, pp. 203-226.

il suo raggiungimento, la conseguenza sarebbe che venendo a mancare uno dei parametri per il bilanciamento degli interessi il conseguimento dell'obiettivo di contenimento della spesa avrebbe come effetto una compressione della tutela della salute invece che la sua piena realizzazione, che è invece l'obiettivo ultimo che si prefigge la legislazione sui Piani di rientro sanitari<sup>14</sup>.

Solo una volta chiarito che il Piano triennale ha come scopo quello di "riqualificare" e "potenziare" il Servizio sanitario regionale è possibile considerare che l'attuazione del Piano si realizza anche attraverso l'esigenza di «*contenere i disavanzi del settore sanitario*» e ciò «*determina una situazione nella quale l'autonomia legislativa concorrente delle Regioni nel settore della tutela della salute, ed in particolare nell'ambito della gestione del servizio sanitario, può incontrare limiti alla luce degli obiettivi della finanza pubblica e del contenimento della spesa*»<sup>15</sup>.

Nell'ultimo quindicennio la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità di leggi regionali finalizzate a rafforzare, nelle intenzioni della Regione, presidi medici a supporto dei pazienti, ma in contrasto con l'Accordo sottoscritto<sup>16</sup>. Da qui la considerazione per cui tutto ciò che non è previsto dall'Accordo sottoscritto tra lo Stato e la Regione interessata è sempre stato considerato dalla Corte in violazione di quanto sottoscritto tra le parti. Il Piano di rientro, una volta stipulato, diviene per la Corte un parametro da cui la Regione non può scostarsi nel periodo di vigenza dello stesso<sup>17</sup>. La modifica delle modalità con cui raggiungere gli scopi previsti dal Piano impone una riformulazione dell'Accordo<sup>18</sup>; il legislatore regionale è vincolato a quanto stabilito nel Piano di rientro e non ha la possibilità di adottare decisioni organizzative che si discostano da quanto stabilito nel Piano<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Allo stesso modo, in queste ore, nel bilanciamento tra il diritto alla salute ed i principi costituzionali inerenti alle libertà personali, la tutela della salute sta imponendo una forte limitazione per permettere di interrompere la diffusione dell'infezione. Per una prospettiva comparata si veda L. CUOCOLO, a cura di, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19, 18 marzo 2020.

<sup>15</sup> Sentenza Corte cost. n. 193 del 2007.

<sup>16</sup> La Corte sul punto è stata particolarmente stringente, si pensi al caso della sentenza Corte cost. n. 104 del 2013 dove il Giudice delle leggi ha considerato illegittima la scelta del legislatore regionale nella misura in cui il rimborso per le spese oncologiche non era stato inserito all'interno dell'Accordo sottoscritto. La Corte ha sancito che tutte quelle previsioni che non sono riconducibili al Piano di rientro sono da considerare in violazione dello stesso e quindi del principio di coordinamento della finanza pubblica.

<sup>17</sup> In questa stessa direzione si muove la sentenza Corte cost. n. 241 del 2013; la questione attiene ad un ricorso presentato dallo Stato contro la legge della Regione Abruzzo che ha «*destinato al finanziamento delle spese relative al servizio di trasporto pubblico gli importi iscritti in bilancio per il rimborso dell'anticipazione di liquidità finalizzata al pagamento dei debiti sanitari*»; in particolare si veda l'art. 7, co. 4, della legge regionale Abruzzo, n. 2 del 2013.

<sup>18</sup> In questa direzione la tesi evidenziata da parte della dottrina è quella per cui il carattere di Accordo, tra lo Stato e le Regioni, con l'obiettivo di voler ridurre il deficit sanitario, ha come conseguenza la realizzazione di una forte limitazione per l'autonomia regionale, che però sarebbe giustificata anche dal carattere di "Accordo" e dunque caratterizzata dalla volontà della Regione di accettare questa limitazione. In tal senso C. TUBERTINI, *Stato, Regioni e tutela della salute*, in L. VANDELLI, a cura di, *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 209 ss.

<sup>19</sup> In più occasioni la dottrina ha riflettuto sulla condizione che una decisa riduzione della spesa in ambito sanitario possa giustificare la limitazione dell'autonomia regionale, E. INNOCENTI, *Il finanziamento della spesa sanitaria nella recente*

L'emergenza Covid-19 impone l'esigenza di una maggiore spesa e tutte le Regioni stanno facendo ricorso ad un incremento di acquisti per il materiale necessario e stanno altresì ricorrendo alla stipula di contratti di lavoro temporanei per il personale medico ed infermieristico<sup>20</sup>. Tuttavia, il Piano di rientro deve essere letto come uno strumento giuridico dinamico, capace cioè di adattarsi nel rapporto tra lo Stato e le Regioni, avendo come scopo ultimo quello di valorizzare i sistemi sanitari regionali e non di imbrigliarli all'interno di regole dettate dalle esigenze di bilancio. Di contro, non potrebbe essere condivisibile un'eventuale lettura per cui le misure adottate in occasione dell'emergenza sanitaria possano essere paragonate alle tante disposizioni dichiarate incostituzionali per violazione del Piano di rientro nel corso dell'ultimo quindicennio.

Il ragionamento della Corte nella giurisprudenza sui Piani è che le leggi regionali violano il principio di coordinamento della finanza pubblica a fondamento del Piano, ma che quest'ultimo è sottoscritto al fine di garantire il corretto funzionamento dei sistemi sanitari regionali.

L'emergenza inverte l'ordine delle priorità, ma sempre all'interno di quel percorso già tracciato dai Piani di rientro che è la piena attuazione, su tutto il territorio nazionale, della tutela della salute. In questo momento il raggiungimento di questo obiettivo passa attraverso un maggiore impiego di risorse da utilizzare in un breve lasso di tempo<sup>21</sup>. La possibilità, per le Regioni, in Piano di rientro, di spendere le risorse necessarie per contrastare l'emergenza, non è data da una prevalenza temporanea dell'art. 32 sull'art. 117, co. 3, Cost (parametro utilizzato dalla Corte nella giurisprudenza sui Piani di rientro)<sup>22</sup>. La tutela della salute è sempre un parametro di riferimento nell'attuazione dei Piani di rientro,

---

*giurisprudenza costituzionale: tra tutela della salute, coordinamento della finanza pubblica e (in)attuazione dell'art. 119 Cost.*, in *Le Regioni*, n. 3, 2008, p. 597, «Dalla giurisprudenza esaminata il contenimento della spesa pubblica sembra corrispondere al contenimento della spesa sanitaria: la sanità è uno dei settori in cui questa finalità assume connotati prevalenti, tali da giustificare rilevanti e pervasivi interventi statali». Il criterio di autonomia politica che si prende in considerazione è quello individuato dalla dottrina classica, T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1956, p. 100. V. CRISAFULLI, *Vicende della questione regionale*, in *Le Regioni*, n. 4, 1982, p. 499 ss. La questione in merito ai Piani di rientro sanitari, necessita di un richiamo anche in ordine alla distinzione tra l'autonomia politica e amministrativa nelle Regioni, alcuni spunti sono forniti da R. MANFRELOTTI, *Indirizzo politico delle Regioni, funzione regolamentare e distinzione della politica dall'amministrazione a livello regionale*, in A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Il Governo delle Regioni tra politica e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 69 ss.

<sup>20</sup> Per le disposizioni stabilite dallo Stato in merito al finanziamento si veda Decreto-legge 9 marzo 2020, n. 14 «*Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19*»; Decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 «*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*».

<sup>21</sup> Sugli scostamenti temporanei di bilancio a causa dell'emergenza da Covid-19 si veda C. BUZZACCHI, *Scostamento di bilancio da coronavirus*, in *Lacostituzione.info*, 13 marzo 2020.

<sup>22</sup> Tra le tante, si veda la sentenza Corte cost. n. 100 del 2010, in cui la Corte richiama la sua giurisprudenza precedente in merito alla violazione, da parte delle Regioni in Piano di rientro, dell'art. 117, co. 3, Cost., per essere stato disatteso l'art. 1, comma 796, lettera b), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, che enuncia nell'attribuire natura vincolante agli «interventi individuati nei programmi operativi di riorganizzazione, potenziamento del servizio sanitario regionale, necessari per il perseguimento dell'equilibrio economico, oggetto degli accordi di cui all'art. 1, comma 180, della legge 30 dicembre 2004, n. 311» un principio fondamentale della materia di legislazione concorrente del «coordinamento della finanza pubblica».

la differenza è da individuare nel mezzo con cui raggiungere lo scopo. Se in un tempo ordinario la tutela della salute è garantita attraverso una razionalizzazione della spesa per una migliore erogazione dei servizi e per una ristrutturazione complessiva del Servizio sanitario regionale, in un tempo straordinario è dovere delle Regioni attuare ogni sforzo possibile per garantire, nell'ambito di propria competenza, l'attuazione dell'art. 32 Cost. per tutti coloro i quali si trovano all'interno del territorio regionale ed hanno necessità di cure a causa dell'infezione da Covid-19.

Allo stato attuale lo scopo di ciascuna Regione, anche se in Piano di rientro, è garantire la tutela della salute attraverso il reperimento delle risorse necessarie. Successivamente, quando sarà conclusa la fase di emergenza, sarà poi possibile rimodulare i Piani di rientro tra le Regioni e lo Stato e ciascuno, per la propria competenza, effettuerà le opportune decisioni al fine di proseguire, in un rapporto di leale collaborazione, il percorso di risanamento e di organizzazione dei sistemi sanitari regionali.

# Il consenso alla donazione degli organi: uno studio comparato alla ricerca di un modello costituzionalmente preferibile\*

Lucia Busatta\*\*

**SOMMARIO:** 1. Trapianti d'organo e diritto. – 2. Le recenti novità legislative in Canada. – 2.1. Riflessioni a partire dal quadro normativo attuale nei territori canadesi. – 2.2. La transizione verso il consenso presunto. – 3. Il modello “misto” italiano e la progressiva attuazione della legge sulla donazione degli organi. – 3.1. Origini e lungimiranza della legge n. 91 del 1999. – 3.2. La parziale introduzione della raccolta capillare del consenso e i più recenti sviluppi normativi. – 4. Il ruolo catalizzatore dell'Unione Europea e il “traino” spagnolo. – 5. Giustizia distributiva, solidarietà e autonomia nella donazione *post mortem* degli organi: esiste un modello costituzionalmente preferibile?

## 1. Trapianti d'organo e diritto

Sin dall'antichità, la sola idea di poter trapiantare un organo o un arto al fine di salvare la vita di una persona veniva considerata una straordinaria potenzialità della medicina<sup>1</sup>. Il vero e proprio avvento dei trapianti, però, si ebbe nel corso del Novecento, anche grazie

---

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

\*\* Dottoressa di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università di Trento e Docente a contratto, Università di Padova; lucia.busatta@unitn.it

<sup>1</sup> Dalla mitologia classica all'agiografia, sono molti i riferimenti alle potenzialità salvifiche dei trapianti d'organo o di arti. A riguardo, si veda S.B. NULAND, *Storia della medicina: dagli antichi greci ai trapianti d'organo*, Mondadori, Milano, 2004; G. SPITALE, *Il dono delle donazioni. Una prospettiva bioetica*, Il Poligrafo, Padova, 2015, p. 23. Una breve panoramica

ai progressi delle tecniche di vascolarizzazione e di immunologia<sup>2</sup>. Il primo trapianto di rene tra viventi (due gemelli omozigoti) fu realizzato a Boston, nel 1954, dal Prof. Murray, mentre il primo trapianto di fegato venne eseguito qualche anno dopo, nel 1963. Il passo decisivo per la rivoluzione medica, etica e giuridica in questo ambito fu segnato, sempre in quegli anni, dal primo trapianto di cuore, effettuato, come è noto, da Christian Baarnard, a Città del Capo, in Sudafrica, nel 1967<sup>3</sup>.

La dimostrazione della possibilità concreta di trapiantare gli organi con margini di successo inizialmente limitati, ma potenzialmente migliorabili, segnò l'avvio di una nuova pagina nella storia della medicina, a livello globale. Le possibilità che le tecniche di trapianto avrebbero potuto aprire furono lo stimolo per i lavori di una commissione *ad hoc* dell'Harvard Medical School che si diede l'obiettivo di stabilire i nuovi criteri per la definizione della morte. Nel report, che venne pubblicato nell'estate del 1968, si proponeva la transizione da un criterio meramente cardio-circolatorio ad uno basato sulla verifica delle funzioni encefaliche, al fine di dichiarare il decesso della persona<sup>4</sup>. Come si legge all'interno dello stesso report, ragione e scopo di questa esigenza sono da individuarsi, da un lato, nel progresso delle tecniche di rianimazione che, pur permettendo di mantenere stabili alcuni parametri vitali, talvolta non consentono il recupero delle funzioni cerebrali e, dall'altro lato, nella necessità di superare definizioni ormai obsolete, che avrebbero potuto generare controversie sulla disponibilità d'organi per i trapianti<sup>5</sup>.

Da allora in poi, si sviluppò un intenso dibattito medico ed etico sulla definizione di morte che, anche a motivo dei successivi sviluppi della medicina e delle neuroscienze, non si è mai del tutto sopito<sup>6</sup>. Sul versante giuridico, tali discussioni si sono tradotte nella necessità

---

della storia dei trapianti è disponibile anche sul sito dell'Associazione Italiana per la Donazione di Organi, Tessuti e Cellule (AIDO), all'indirizzo [www.aido.it](http://www.aido.it).

<sup>2</sup> Grazie agli studi che, all'inizio del secolo, valsero ad Alexis Carrel il premio Nobel per la medicina (1912), si svilupparono le tecniche di vascolarizzazione, fondamentali e funzionali alla realizzazione del trapianto e, dopo la fine della seconda guerra mondiale, si ebbe il primo trapianto di rene tra viventi. Inoltre, per gli studi di immunologia che dimostrarono come gli antigeni che provocano il rigetto nei trapianti possono essere estratti dalle cellule, vanno ricordati i lavori di Peter Medawar e Frank Macfarlane Burnet, che ottennero il premio Nobel per la medicina nel 1960.

<sup>3</sup> Il primo trapianto di fegato venne eseguito nel 1963 a Denver (USA) dal dott. Starzl su un bambino di due anni. Per una rapida panoramica, dalla prospettiva statunitense, sull'impatto che lo sviluppo medico della trapiantologia in quegli anni ebbe sul diritto, v. A. SHEA, *Harvesting hope: regulating and incentivizing organ donation*, in *New England Law Review*, 52, 2018, pp. 215 ss.

<sup>4</sup> *A Definition of Irreversible Coma: Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*, in *JAMA*, 205(6), 1968, 337-340.

<sup>5</sup> A riguardo, in termini giuridici v. *inter multis*, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 22.

<sup>6</sup> Anche nel panorama italiano non sono mancate le prese di posizione scettiche, fra cui R. BARCARO, P. BECCHI, P. DONADONI, *Prospettive bioetiche di fine vita. La morte cerebrale e il trapianto di organi*, Franco Angeli, Milano, 2008. Rispetto ad alcune problematiche concernenti la definizione di morte cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica, *I criteri di accertamento della morte*, 24 giugno 2010. Più recentemente, le neuroscienze e la possibilità di svolgere esami più approfonditi sulle funzionalità encefaliche hanno contribuito al riaccendersi delle discussioni sull'aggiornamento dei criteri scientifici per la definizione della morte. A riguardo v. G. RAGONE, B. VIMERCATI, *Neuroscience and end-of-life decisions. New anthropological challenges for constitutional law: «Is Human Nature the only science of man?»*, in *BioLaw Journal*, 3, 2017, pp. 111 ss.

di prevedere criteri certi e univoci, anche dal punto di vista normativo, per definire la morte. Molti ordinamenti sono stati, quindi, chiamati a interrogarsi sulla concezione di morte (e, dunque, di vita) accettabile e sulla possibilità di individuare per legge criteri rispettosi tanto dello stato d'avanzamento scientifico, quanto delle sensibilità etiche, culturali e religiose del corpo sociale.

Poter disporre di organi per i trapianti, infatti, richiede di mantenere l'irrorazione, mentre per alcuni orientamenti assiologici il criterio cardio-circolatorio appare l'opzione preferibile in quanto maggiormente rispettosa della concezione della vita e del legame indissolubile tra anima e corpo<sup>7</sup>. Al diritto spetta il complesso compito di conciliare queste due dimensioni, valorizzando al contempo le potenzialità per la salute e la vita di cui può beneficiare una persona, possibile destinataria di una donazione.

Così, in molti ordinamenti giuridici, le assemblee legislative hanno adottato e stanno tutt'ora adottando soluzioni tese a comporre questi valori e a promuovere una cultura della donazione, solidamente ancorata alla responsabilizzazione della collettività e alla concretizzazione del principio di solidarietà sociale. Oltre alle questioni attinenti alla definizione di morte e all'individuazione dei criteri di accertamento del decesso, la principale problematica delle donazioni riguarda la scarsità degli organi per il trapianto, la conseguente necessità di stabilire le priorità tra i pazienti in lista d'attesa e le esigenze legate alla certezza del consenso del donatore.

Su quest'ultimo aspetto si concentrano, in effetti, i più recenti interventi normativi e regolamentari oggetto del presente contributo. Alcuni territori canadesi, come ora vedremo, hanno iniziato a modificare le proprie leggi sulla donazione degli organi, prevedendo il cosiddetto "consenso presunto". Parallelamente, nel nostro ordinamento, un recente decreto del Ministro della Salute mira a rendere maggiormente efficiente l'attuazione di una parte della legge italiana (legge n. 91 del 1999). L'occasione di prendere in esame questi interventi consente di riflettere sulla nozione di consenso alla donazione *post mortem* e di evidenziare, in particolar modo, la sua natura giuridica, ontologicamente differente rispetto a quella del consenso informato nella pratica clinica, oggi disciplinato dalla legge n. 219 del 2017, nonostante l'apparente vicinanza degli istituti.

<sup>7</sup> Significative, a riguardo, sono ad esempio le soluzioni legislative di Giappone e New Jersey richiamate in C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., pp. 23 ss.; in argomento si vedano anche M. DI MASI, *Definire la morte, tra diritto e biopolitica*, in F. CORTESE, M. TOMASI (a cura di), *Le definizioni nel diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 267 ss.; E. MAZZOLENI, *Nōshi. Morte cerebrale nel diritto giapponese. Frammento di biodiritto comparato*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2013, pp. 41 ss.

## 2. Le recenti novità legislative in Canada

Nell'aprile 2019, la Nova Scotia è divenuta la prima provincia canadese ad aver adottato una legge sulla donazione degli organi *post mortem* che prevede il criterio del consenso presunto<sup>8</sup>. Attualmente sono in discussione presso le assemblee legislative di altre province, ad esempio in Alberta<sup>9</sup>, altre proposte di legge analoghe.

In Canada, la competenza a regolare la donazione degli organi spetta alle singole province<sup>10</sup>. Di conseguenza, ciascuna di esse si è dotata di una propria legislazione. Il modello prevalente sinora prevedeva, con alcune varianti, il sistema del consenso espresso alla donazione *post mortem* e, in mancanza di esso, la consultazione dei familiari. Questi, a differenza del quadro normativo italiano, ove la parola dei prossimi congiunti ha, almeno formalmente, un valore limitato rispetto alla volontà (anche presunta) della persona, in Canada vengono indicati dalle diverse leggi territoriali in ordine di priorità e vengono considerati quali *surrogate decision makers*. Talvolta, addirittura, la volontà dei familiari può, di fatto, superare le dichiarazioni registrate in vita dalla persona, tanto che recentemente i legislatori delle province hanno introdotto la specifica previsione della vincolatività del consenso del defunto, con alcune limitate eccezioni<sup>11</sup>.

### 2.1. Riflessioni a partire dal quadro normativo attuale nei territori canadesi

Al fine di promuovere la donazione e di incentivare il consenso, anche per aumentare la disponibilità di organi per i trapianti, come abbiamo anticipato, le assemblee legislative canadesi hanno provato a introdurre diversi accorgimenti<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Si tratta del Bill no. 133, *Human Organ and Tissue Donation Act*, che ha ricevuto il Royal Assent il 12 aprile 2019 e il cui testo è disponibile sul sito dell'assemblea legislativa della Nova Scotia e a questo link: <http://canlii.ca/t/96fq>. Preme evidenziare però, che la legge, sebbene definitiva, entrerà in vigore nei prossimi mesi.

<sup>9</sup> Va segnalato, la riguardo, che una proposta di modifica della legge sulla donazione degli organi era stata proposta anche nella provincia di Manitoba, durante la legislatura precedente. Attualmente, in Manitoba, l'atto normativo di riferimento è *The Human Tissue Gift Act*, in vigore dal 2005; nel 2018 era stato presentato un disegno di legge dal titolo *The Gift of Life Act (Human Tissue Gift Act Amended)* (Bill no. 212), che introduceva il criterio del consenso presunto, che però non è entrato in vigore. Le informazioni su questo disegno di legge sono disponibili sul sito internet dell'assemblea legislativa di Manitoba, al seguente link: <https://web2.gov.mb.ca/bills/41-4/b212e.php>.

Nella provincia dell'Alberta, invece, nell'autunno del 2019 è stato presentato per la discussione il disegno di legge dal titolo *Human Tissue and Organ Donation (Presumed Consent) Amendment Act, 2019* (Bill 205), il cui iter è consultabile a questo link [https://www.assembly.ab.ca/net/index.aspx?p=bills\\_status&selectbill=205&leg=30&session=1](https://www.assembly.ab.ca/net/index.aspx?p=bills_status&selectbill=205&leg=30&session=1).

<sup>10</sup> Per alcune indicazioni circa il riparto di competenze legislative in materia sanitaria tra stato federale e territori, si veda V. MOLASCHI, *Le decisioni di fine vita in Canada: spunti di riflessione per il dibattito sul testamento biologico in Italia*, in *Sanità pubblica e privata*, 5, 2011, pp. 5 ss. In termini più generali v. T. GROPPI, *Canada*, Il Mulino, Bologna, 2006; ID., *Il federalismo canadese*, in *Amministrare* n.1-2/2002; A. RINELLA, *La ripartizione delle competenze legislative nel sistema federale canadese*, in S. BALDIN, L. PEGORARO, A. RINELLA, *Tre lezioni sul federalismo*, EUT, Trieste, 1999, pp. 31 ss.

<sup>11</sup> A riguardo v. M. AMMANN, *Would Presuming Consent to organ donation gain us anything but trouble?*, in *Health Law Review*, 18(2), 2010, p. 16.

<sup>12</sup> Per una recente disamina riguardo alla armonizzazione e alla differenziazione tra le leggi sulla donazione *post mortem* si veda B. VON TIGERSTROM, *Human Tissue Legislation and a New Medical Paradigm: Governing Tissue Engineering in*

Fra questi, merita menzione la previsione contenuta nella legge della provincia dell'Alberta, attualmente in vigore, volta a valorizzare, da un lato, il consenso espresso in vita dal potenziale donatore e, dall'altro lato, le potenzialità della donazione. Quanto al primo aspetto, al dichiarato fine di superare la prassi non corretta, ma assai diffusa, di considerare prevalente l'opposizione dei familiari rispetto alla volontà della persona, la legge prevede espressamente (art. 4) che il consenso espresso in vita del potenziale donatore (in forma scritta, oppure oralmente, alla presenza di due testimoni) sia vincolante per i medici<sup>13</sup>. Bisogna, tuttavia, aggiungere che la legge prevede l'intervento da parte dei familiari del deceduto o della persona che si trova nell'imminenza della morte, ai fini del consenso (e non della ricostruzione della volontà della persona), nel caso in cui questi non abbia espresso il proprio consenso in vita o sia minore.

Similmente alla tendenza che sta assumendo il nostro ordinamento (pur in maniera differente, come vedremo diffusamente *infra*), la legge dell'Alberta ha anche introdotto uno strumento di raccolta capillare del consenso. Secondo quanto previsto dall'art. 4.2., infatti, quando una persona richiede il rilascio o il rinnovo della patente di guida oppure della carta d'identità, il personale incaricato deve chiedere se la stessa desidera manifestare la propria volontà riguardo alla donazione *post mortem* degli organi. Qualora tale consenso sia accordato, la relativa dichiarazione di volontà viene trasmessa ad un registro online disciplinato dalla medesima legge e viene, inoltre, inserito un simbolo o un codice apposito sul documento di identità o sulla patente di guida.

Un ulteriore profilo interessante concerne la previsione, in via legislativa, dell'obbligo per il medico di prendere in considerazione l'ipotesi della donazione: in altre parole, la legge prevede espressamente (art. 7, *Mandatory consideration for donation*) che il medico responsabile per l'accertamento della morte debba valutare e documentare nella cartella clinica del paziente l'idoneità alla donazione<sup>14</sup>. Se, da un lato, può sembrare che tale previsione possa condizionare il libero apprezzamento del clinico, dall'altro lato, l'obbligo di documentare la valutazione della persona (durante il periodo di osservazione prima di dichiarare il decesso) quale potenziale donatore *post mortem* va collocata in un contesto di accorgimenti volti a incrementare il numero di organi disponibili per i trapianti<sup>15</sup>. E a questo riguardo, non si può non rilevare come la legge presa in esame adoperi ogni strumento

Canada, in *McGill Journal of Law and Health*, 8(2), 2015, in particolare pp. S12 ss.

<sup>13</sup> *Human Tissue and Organ Donation Act*, SA 2006, c H-14.5, il cui testo è disponibile al seguente link <http://canlii.ca/t/524m6>. A riguardo cfr. E. NELSON, *Alberta's New Organ and Tissue Donation Law: The Human Tissue and Organ Donation Act*, in *Health Law Review*, 18(2), 2010, p. 6. Va segnalato che la legge in parola concerne la donazione del corpo, di tessuti e organi *post mortem* e che, perciò, la volontà di donare dichiarata dalla persona può comprendere, secondo quanto previsto dagli artt. 3 e 4, oltre ai trapianti, anche la donazione del proprio corpo o di parti di esso per la formazione medica («medical education») oppure per la ricerca scientifica («scientific research»).

<sup>14</sup> L'art. 7, co. 1, della legge dell'Alberta prevede, testualmente: «When a person dies, the medical practitioner who makes the determination of death must consider and document in the patient record the medical suitability of the deceased person's tissue or organs for transplantation».

<sup>15</sup> E. NELSON, *Alberta's New Organ and Tissue Donation Law*, cit., 8.

legislativo utile al fine di favorire e incentivare tale pratica e a garantire la disponibilità del maggior numero d'organi possibile per il trapianto.

Vi sono, poi, ulteriori strumenti normativi che sono stati adottati, in Canada, così come in altri ordinamenti, al fine di promuovere l'etica del dono e di aumentare la disponibilità di organi ai fini del trapianto *post mortem*, prima di transitare verso il modello del "consenso presunto", che sta ora iniziando a diffondersi con maggiore ampiezza. Alternativamente allo strumento della valutazione obbligatoria, di cui ora si è detto, altri territori canadesi hanno, ad esempio, introdotto in via legislativa l'obbligo di porre la questione della donazione con i familiari del defunto<sup>16</sup>.

## 2.2. La transizione verso il consenso presunto

Quanto alle più recenti modifiche introdotte (o in via di introduzione) nelle legislazioni dei territori canadesi, bisogna anzitutto premettere alcune brevi considerazioni, che saranno poi riprese in raffronto con l'esperienza italiana e in chiave comparatistica, sul sistema del consenso presunto (o silenzio-assenso). Questo rappresenta una delle possibili opzioni per mezzo delle quali regolare la relazione tra tutela dell'autonomia individuale (che si estende, in parte, anche alla proiezione *post mortem* sul proprio corpo) ed etica solidaristica, perno intorno al quale si costruisce la disciplina della donazione. Le legislazioni che aderiscono a tale modello prevedono che la persona venga sempre considerata quale potenziale donatore, a meno che in vita non avesse manifestato un espresso dissenso. Come ora vedremo, la condizione indispensabile per la corretta applicazione di tali clausole sta nell'individuazione degli strumenti che consentono alla persona di essere effettivamente informata circa la possibilità di dichiarare la propria scelta di *opt-out* alla donazione degli organi. In questa direzione, la previsione del consenso presunto può accompagnarsi alla previsione di meccanismi di raccolta capillare delle dichiarazioni di volontà (ad esempio al momento del rilascio o rinnovo dei documenti d'identità o della patente di guida) oppure alla disciplina di strumenti informativi idonei a raggiungere tutti i consociati.

Come si è anticipato, la provincia della Nova Scotia è stato il primo territorio canadese a transitare verso il modello del consenso presunto; ad oggi, un progetto di legge simile è in discussione anche in Alberta. Qualora, in vita, la persona non abbia espressamente manifestato il proprio rifiuto alla donazione, in una delle forme previste dalla legge, si presume che questi sia favorevole alla donazione e viene quindi considerato come potenziale donatore. La donazione, in effetti, avviene solo quando le circostanze del decesso ed altri requisiti clinici siano soddisfatti e permettano l'espianto.

La legge della Nova Scotia è stata approvata nell'aprile del 2019, ma non è ancora entrata in vigore, poiché ciò è subordinato alla *proclamation* da parte del Governatore, dopo che

<sup>16</sup> Si vedano, ad esempio, la legge dell'Ontario, *Trillium Gift of Life Network Act*, RSO 1990, c H.20, <http://canlii.ca/t/53nnc>, art. 8, e la legge della provincia di Manitoba, in vigore dal 2005, *The Human Tissue Gift Act*, CCSM c H180, <http://canlii.ca/t/kb54>.

saranno stati svolti tutti gli accorgimenti organizzativi e informativi necessari all'effettivo funzionamento del testo normativo<sup>17</sup>; in essa il consenso presunto si accompagna agli strumenti già esistenti e non esclude la possibilità per la persona, in vita, di manifestare espressamente la propria adesione consapevole alla donazione. Secondo quanto previsto dall'art. 8 della legge, infatti, una persona può esprimere il consenso o il rifiuto alla donazione *post mortem* ai fini di trapianto, anche limitatamente ad alcuni organi o tessuti, attraverso una dichiarazione avente carattere vincolante. Qualora, però, la persona non abbia espresso in vita la propria volontà, il consenso si presume, a meno che il potenziale donatore non sia stato in condizione di incapacità per un significativo periodo di tempo prima di morire (art. 12.1)<sup>18</sup>. Un'ulteriore eccezione al consenso presunto è prevista nel caso in cui la persona non sia stata residente nella provincia per almeno dodici mesi prima del decesso.

Analogamente, il progetto di legge attualmente in discussione nella provincia dell'Alberta prevede l'abbinamento tra il sistema di raccolta capillare delle dichiarazioni di volontà e il consenso presunto. In altre parole, se le modifiche alla legge sulla donazione degli organi di questa provincia saranno approvate, il canale per la raccolta delle dichiarazioni di volontà sarà quello – di cui si è già detto – del rilascio o rinnovo della carta d'identità e della patente di guida. Le modifiche proposte all'art. 4 della legge prevedono, infatti, che la persona, al momento della richiesta di tali documenti, sia informata della possibilità di registrare la propria volontà nella banca dati dedicata e che, in mancanza di una dichiarazione di assenso o diniego, il consenso sarà presunto<sup>19</sup>.

Le finalità della previsione del consenso presunto risiedono, evidentemente, nell'aumentare la disponibilità d'organi per i trapianti, in considerazione della cronica e insuperabile scarsità di risorse che caratterizza questo settore della medicina e del fatto che solamente una minima parte dei decessi ospedalieri possono essere valutati ai fini del trapianto<sup>20</sup>. Un profilo del consenso presunto che merita di essere valutato positivamente riguarda la possibilità di evitare di sollecitare la famiglia a prendere una decisione sulla donazione

<sup>17</sup> Secondo quanto previsto dal combinato disposto dagli articoli 36 e 44 della legge, infatti, il Governatore deve svolgere tutti i compiti necessari all'implementazione della legge, fra cui l'adeguamento dell'organizzazione sanitaria e dei programmi per la donazione («organ-donation program»).

<sup>18</sup> L'articolo 12.1 della legge prevede infatti: «An individual is not deemed to consent under Section 11 if the individual has died and for a significant period before dying lacked the capacity to make a decision respecting donation after death».

<sup>19</sup> Le modifiche proposte consistono nella presunzione generale di consenso, limitata alla sola donazione ai fini di trapianto (e non di ricerca o formazione medica), che viene esclusa per i minori, nel caso in cui la persona non fosse residente in Alberta negli ultimi dodici mesi, oppure che fosse incapace o che vi siano ragionevoli motivi per ritenere che la persona non avrebbe prestato il consenso alla donazione.

<sup>20</sup> Affinché una persona possa essere considerata quale potenziale donatore di organi è, infatti, necessario che il decesso avvenga in ospedale, che la persona rispetti i criteri di età per la donazione (la maggior parte degli organi possono essere espianati da donatori inferiori ai settant'anni), che siano rispettati criteri clinici attinenti alle condizioni di salute della persona e che gli organi siano mantenuti irrorati da trattamenti di sostegno vitale. A riguardo si vedano i dati pubblicati nel report del Canadian Institute for Health Information, *Deceased Organ Donor Potential in Canada*, dicembre 2014, disponibile all'indirizzo internet <https://secure.cihi.ca/estore/productSeries.htm?pc=PCC1206>.

in un momento difficile quale è quello della comunicazione dell'imminenza del decesso. In aggiunta, va evidenziato come, di frequente, possa accadere che i familiari si trovino in difficoltà rispetto ad una decisione del genere, non avendo avuto alcuna occasione di parlare del tema con il proprio congiunto.

Nonostante un modello "forte" di consenso presunto possa prestare il fianco ad alcune criticità, anche in termini di tutela dell'integrità *post mortem* del corpo e della tutela delle volontà della persona, pare che un sistema "moderato" di consenso presunto – ossia accompagnato dalla diffusione della raccolta capillare delle volontà e basato sulla promozione dell'informazione e della cultura sulla donazione e sul principio solidaristico ad essa sotteso – possa soddisfare al meglio le esigenze legate alla necessità di disponibilità d'organi per i trapianti e di rispetto dell'autodeterminazione della persona.

### 3. Il modello "misto" italiano e la progressiva attuazione della legge sulla donazione degli organi

#### 3.1. Origini e lungimiranza della legge n. 91 del 1999

La donazione degli organi in Italia è regolata dalla legge n. 91 del 1999, con la quale nel nostro ordinamento è stato introdotto il sistema del consenso informato presunto, che è rimasto, tuttavia, sinora inattuato, per le ragioni che ora vedremo<sup>21</sup>.

La legge del 1999 ha sostituito la disciplina precedente (legge n. 644 del 1975), nella quale il consenso della persona alla donazione non trovava ampio spazio, poiché la legge prevedeva solamente il divieto di espiantare gli organi, nel caso in cui la persona in vita avesse manifestato espressamente il proprio dissenso oppure qualora vi fosse l'opposizione da parte dei familiari più stretti del defunto, entro il limite temporale previsto per l'osservazione clinica prima della dichiarazione di decesso<sup>22</sup>. Non di consenso presunto si poteva, allora, parlare, quanto piuttosto della prevalenza della volontà dei familiari più stretti su

<sup>21</sup> Per una ricostruzione della disciplina italiana sulle donazioni degli organi si veda D. CARUSI, *Donazioni e trapianti: allocazione e consenso*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Tomo I, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (dir.), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1119 ss.; F. MANTOVANI, *Trapianti*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, agg., UTET, Torino, 2004, pp. 817 ss.; P. VERCELLONE, *Trapianti di tessuti e organi*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, agg., UTET, Torino, 2003, pp. 1262 ss.; G. MAESTRI, *Fine-vita e donazione di organi e tessuti*, in C. CASONATO, L. BUSATTA, S. PENASA, C. PICIOCCHI, M. TOMASI (a cura di), *Il biodiritto e i suoi confini*, Unitn, Trento, 2014, pp. 451 ss.; sia, infine, consentito rinviare a L. BUSATTA, *Repetita non iuvant: l'illegittimità della legge calabrese sul consenso alla donazione degli organi*, in *Studium Iuris*, 5, 2016, pp. 548 ss.

<sup>22</sup> Legge n. 644 del 1975, articolo 6: «Il prelievo da cadavere non sottoposto a riscontro diagnostico o ad operazioni autotomiche ordinate dall'autorità giudiziaria è vietato quando in vita il soggetto abbia esplicitamente negato il proprio assenso. Il prelievo è altresì vietato quando, non ricorrendo l'ipotesi di cui al comma precedente, intervenga da parte del coniuge non separato, o in mancanza, dei figli se di età non inferiore a 18 anni o, in mancanza di questi ultimi, dei genitori, in seguito a formale proposta del sanitario responsabile delle operazioni di prelievo, opposizione scritta entro il termine previsto nell'articolo 3, primo comma, e nell'articolo 4, secondo comma».

quella del potenziale donatore. Infatti, se si considera il dato per cui, culturalmente e a livello sociale, la questione della donazione degli organi ha iniziato ad essere considerata quale tematica su cui sensibilizzare e informare la popolazione prevalentemente in occasione di episodi di cronaca che scossero in modo significativo l'opinione pubblica<sup>23</sup>, ben si può comprendere come il tema del consenso alla donazione non fosse al centro della disciplina previgente. È anche per tale motivo che la via di fatto prevalente consisteva nella richiesta ai familiari più stretti di una dichiarazione di opposizione o non opposizione ai fini dell'espianto. In raffronto, poi, con le esperienze straniere di cui si è dato conto, non è possibile intravedere nella legge del 1975 alcun "incentivo" alla diffusione della cultura dei trapianti, né alcun obbligo di prendere in considerazione, a livello clinico, l'ipotesi della donazione.

L'adozione di una nuova legge sulla donazione degli organi si rese necessaria, a distanza di una ventina d'anni dalla precedente, a motivo dei significativi mutamenti avvenuti sia sul piano medico-scientifico, sia dal punto di vista sociale e culturale.

A riguardo, bisogna rammentare che, nel 1991, il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), da poco istituito, dedicò uno dei primi pareri proprio al complesso tema della donazione degli organi<sup>24</sup>. Cogliendo l'occasione di evidenziare la necessità di un'ampia sensibilizzazione della popolazione sull'importanza del trapianto, quale possibile mezzo per salvare vite umane, il CNB si sofferma anche sulla questione del consenso, rimarcando la necessità di valutare soluzioni normative più unitarie ed efficienti. Così, lasciate da parte il dibattuto tema della proprietà delle spoglie mortali<sup>25</sup>, nel parere viene evidenziato come la prospettiva più adeguata sia, in effetti, quella dei valori costituzionali in gioco e racchiusi, in particolare, nei diritti alla vita, alla salute, alla dignità della persona. Soffermandosi sul significato da attribuire al consenso prestato in vita dalla persona e, parallelamente, sulle diverse opzioni possibili per il ruolo da attribuire ai familiari più stretti, in assenza di una volontà precedentemente espressa dalla persona, il Comitato Nazionale per la Bioetica ha

<sup>23</sup> Fra tutti, si pensi alla vicenda di Nicholas Green e al clamore suscitato dall'episodio. A riguardo, sia consentito rinviare alle considerazioni sviluppate in L. BUSATTA, *Repetita non iuvant*, cit., 548.

<sup>24</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Donazione d'organo a fini di trapianto*, parere del 7 ottobre 1991. Il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) venne istituito nel 1990 e fra i primi pareri pubblicati vanno segnalati, per l'interesse della presente trattazione, quello sulla donazione degli organi e uno relativo ai criteri di accertamento della morte (*Definizione e accertamento della morte nell'uomo*, 15 febbraio 1991). Sul tema della donazione degli organi, il CNB è tornato anche negli anni più recenti, con altri pareri che hanno toccati aspetti più specifici della donazione. Fra questi, possono essere ricordati *Trapianti di organi nell'infanzia* (21 gennaio 1994), *Il neonato anencefalico e la donazione di organi* (21 giugno 1996), *La donazione da vivo del rene a persone sconosciute* (23 aprile 2010), *Traffico illegale di organi umani tra viventi* (23 maggio 2013), *Parere in merito alla conservazione dell'anonimato del donatore e del ricevente nel trapianto di organi* (27 settembre 2018), nonché la risposta a un quesito posto dal Centro Nazionale Trapianti dell'Istituto Superiore di Sanità, intitolato *In merito all'utilizzo di organi provenienti da donatori anti-HCV positivi e HCV-RNA positivi per il trapianto di pazienti anti-HCV negativi* (12 luglio 2018).

<sup>25</sup> Il CNB dà conto, a pagina 4 del proprio parere, di un fervido dibattito giuridico concernente l'individuazione della proprietà sul corpo morto, quale via per l'individuazione dei soggetti deputati a prestare il consenso alla donazione, anche dopo la morte della persona.

indicato come prioritario lo «sviluppo di un'ampia “cultura dei trapianti” che si esalti nei valori della solidarietà e della responsabilità [...] insostituibile presupposto per l'esperibilità di una pratica clinica assolutamente peculiare, tecnicamente affermata e di frequente insostituibile, perché priva di alternative»<sup>26</sup>. Per queste ragioni, fra le raccomandazioni espresse nel parere figurano, da un lato, la diffusione di un'etica «che consideri doverosa la donazione *post mortem*» e la transizione verso un regime giuridico in cui, pur nella valorizzazione della volontà della persona, possa trovare spazio «la presunzione qualificata della prestazione del consenso nei confronti di chi abbia taciuto». Pur non avendo valore vincolate, ma solamente consultivo, il parere di cui si è dato brevemente conto ha chiaramente indicato al legislatore una via decisamente innovativa e coraggiosa, volta anche a responsabilizzare le istituzioni pubbliche in un ruolo proattivo per la sensibilizzazione e l'informazione della popolazione.

Il secondo elemento che ha inciso sulla transizione normativa è rappresentato dall'adozione della legge sui criteri di accertamento della morte, nel 1993. Come si è già visto, infatti, l'adozione del criterio encefalico era stata indicata dal comitato *ad hoc* della Harvard Medical School quale canone funzionale, *inter alia*, ad assicurare una maggiore certezza per le dichiarazioni di decesso e per una più funzionale disponibilità d'organi per i trapianti. Così, con la legge n. 578 del 1993, fu previsto che «La morte nei soggetti affetti da lesioni encefaliche e sottoposti a misure rianimatorie si intende avvenuta quando si verifica la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo [...]»<sup>27</sup>.

La legge n. 91 del 1999, attualmente vigente, quanto alla manifestazione della volontà della persona alla donazione, prevede un sistema che potremmo definire “misto”. Il criterio individuato come prevalente da parte del legislatore, basato sul consenso informato presunto, in realtà, non è mai andato a regime, mentre ha prevalso nella pratica clinica la disciplina transitoria prevista dall'art. 23 della legge, sino alla graduale introduzione di un metodo capillare – per quanto ancora solamente facoltativo– di raccolta del consenso<sup>28</sup>. Una tale combinazione di opzioni merita di essere sinteticamente ricostruita, ai fini della piena comprensione delle questioni giuridiche di cui si sta ora trattando<sup>29</sup>.

Il consenso informato presunto era stato previsto dall'articolo 4 della legge *de qua*, secondo cui «i cittadini sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte, e sono informati che la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione». A tal

<sup>26</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Donazione d'organo a fini di trapianto*, cit., 5.

<sup>27</sup> Art. 1, comma 2, della legge n. 578 del 29 dicembre 1993, pubblicata in GU n. 5 dell'8 gennaio 1994.

<sup>28</sup> Per l'evoluzione normativa della disciplina della donazione d'organi in Italia sia veda anche <https://journals.seedmedicalpublishers.com/index.php/PMeAL/article/view/307/321>.

<sup>29</sup> I riferimenti normativi che ora seguiranno sono stati raccolti e discussi anche in L. BUSATTA, *Repetita non iuvant*, cit., cui sia consentito rinviare per ulteriori considerazioni. In questa sede si cercherà di evidenziare maggiormente gli aspetti di evoluzione del quadro normativo e regolamentare di riferimento.

fine, il meccanismo ideato dal legislatore prevedeva (art. 5) che il Ministero della Sanità avrebbe dovuto adottare un decreto per stabilire le modalità, i tempi e le forme per notificare agli iscritti al sistema sanitario nazionale<sup>30</sup> la richiesta di dichiarare la propria volontà, per verificare l'effettività di tale notificazione, per fissare i termini di manifestazione della volontà e le modalità di trasmissione e conservazione dei relativi dati. Il decreto venne, poi, adottato nell'aprile del 2000<sup>31</sup> e prevedeva che entro il termine di 180 giorni dalla realizzazione dell'anagrafe degli assistiti, le aziende sanitarie locali avrebbero dovuto notificare personalmente a tutti i loro assistiti la richiesta di dichiarare la propria volontà per la donazione *post mortem* di organi e tessuti e che la mancanza di tale dichiarazione sarebbe stata considerata quale assenso. Il sistema delle notificazioni, tuttavia, non è mai partito, a causa della mancata istituzione dell'anagrafe informatizzata, che ha reso impossibile avere la certezza dell'avvenuta notificazione<sup>32</sup>.

Così, quella che avrebbe dovuto essere una disciplina solamente transitoria è, in effetti, diventata nel tempo la regola prevalente: secondo l'articolo 23 della legge, si procede alla donazione nel caso in cui, in vita, la persona non abbia espresso il proprio dissenso, oppure qualora i familiari più stretti non presentino un'opposizione scritta entro il termine corrispondente al periodo di osservazioni ai fini dell'accertamento della morte. Il comma 3 del medesimo articolo specifica che l'opposizione dei familiari non può prevalere sul consenso della persona, desumibile dalle dichiarazioni registrate presso l'azienda sanitaria, oppure dai documenti personali della persona. Il passaggio non è di poco conto, se si considera che, quindi, la ricostruzione della volontà della persona può essere desunta anche da eventuali atti olografi portati con sé, dalle cc.dd. *donorcard* distribuite dalle associazioni impegnate sul fronte delle donazioni, oppure dal tesserino inviato a parte della popolazione nel 2000 dal Ministero della Salute<sup>33</sup>.

### 3.2. La parziale introduzione della raccolta capillare del consenso e i più recenti sviluppi normativi

Una terza via è andata più recentemente consolidandosi, a seguito di una serie di interventi normativi volti a incentivare e rendere più capillare la raccolta delle dichiarazioni di volontà. Seguendo il modello di altri ordinamenti nei quali – come si è visto in riferimento al Canada – per raccogliere il maggior numero possibile di dichiarazioni di volontà

<sup>30</sup> A riguardo bisogna evidenziare come, secondo quanto previsto dall'art. 5, comma 3, il decreto ministeriale si sarebbe applicato anche alle dichiarazioni di volontà degli stranieri regolarmente presenti sul territorio nazionale, e per tal motivo iscritti al Servizio sanitario nazionale. L'effettuazione delle notificazioni, infatti, sarebbe spettata alle singole aziende sanitarie.

<sup>31</sup> Decreto del Ministero della Sanità, 8 aprile 2000, Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti, attuativo delle prescrizioni relative alle dichiarazioni di volontà dei cittadini sulla donazione di organi a scopo di trapianto, pubblicato in G.U. serie Generale n. 89 del 15 aprile 2000.

<sup>32</sup> A riguardo si veda anche C. PETRINI, M. FARISCO, *Appunti di storia e di etica del consenso informato per la donazione di organi e tessuti da cadavere allo scopo di trapianto*, in *Pratica medica & aspetti legali*, 3, 2011, pp. 89 ss.

<sup>33</sup> Cfr. G. MAESTRI, *Fine-vita e donazione di organi e tessuti*, cit., p. 480.

alla donazione si è prevista la possibilità di registrare il consenso anche al momento del rilascio o rinnovo del documento d'identità o della patente di guida, il Ministero della Salute ha introdotto, nel 2008, in via sperimentale, la possibilità di depositare le proprie dichiarazioni di volontà anche presso gli sportelli comunali. Gli enti locali, grazie ad una convenzione con l'azienda sanitaria, avrebbero provveduto a registrare tale dichiarazione nel sistema informativo trapianti<sup>34</sup>.

Successivamente, un ulteriore intervento legislativo ha consentito la possibilità di registrare la dichiarazione di volontà in occasione del rilascio o rinnovo della carta d'identità, individuando, quindi, negli uffici dell'anagrafe il punto di contatto per la raccolta capillare dei consensi o dissensi alla donazione. Bisogna, però, tenere presente che il quadro normativo di cui ora si dirà rappresenta, allo stato attuale, solamente una possibilità per gli enti locali, non essendo stato costituito nessun obbligo in capo a tali uffici di provvedere alla raccolta delle dichiarazioni<sup>35</sup>. Grazie alle modifiche introdotte tra il 2009 e il 2013, l'art. 3, comma 8-*bis* del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, dedicato alla carta di identità, prevede ora che «La carta d'identità può altresì contenere l'indicazione del consenso ovvero del diniego della persona cui si riferisce a donare i propri organi in caso di morte. I comuni trasmettono i dati relativi al consenso o al diniego alla donazione degli organi al Sistema informativo trapianti, di cui all'articolo 7, comma 2, della legge 1° aprile 1999, n. 91»<sup>36</sup>. Al fine di agevolare l'attuazione di tale disposizione, una circolare interministeriale del 2015 ha fornito agli enti locali le linee guida necessarie a rendere effettive le modalità di registrazione del consenso alla donazione anche al momento del rilascio o rinnovo della carta d'identità. Dopo aver specificato che si tratta di una facoltà, e non di un obbligo, per il cittadino, l'atto offre le indicazioni operative per i Comuni, affinché le persone siano messe in condizione di esercitare il proprio diritto.

Il sistema introdotto dapprima in via sperimentale e poi, di fatto, recepito dal legislatore punta a valorizzare la raccolta capillare del consenso fra i cittadini, ma tale sistema è stato, sinora, attuato a macchia di leopardo sul territorio nazionale. Infatti, da un lato, come abbiamo visto, il legislatore ha previsto la *possibilità* (e non l'obbligo) per i Comuni di alline-

<sup>34</sup> Ministero della Salute, Decreto 11 marzo 2008, *Integrazione del decreto 8 aprile 2000 sulla ricezione delle dichiarazioni di volontà dei cittadini circa la donazione di organi a scopo di trapianto*, pubblicato in *G.U. – Serie Generale*, n. 80 del 04 aprile 2008.

<sup>35</sup> I dati consultabili sul Sistema Informativo Trapianti, suddivisi per Regione e per Provincia, offrono, complessivamente, un'immagine rassicurante, se si considera che attualmente nel Sistema Informativo Trapianti sono state registrate oltre 7 milioni di dichiarazioni di volontà. Di queste, oltre cinque milioni sono state quelle raccolte presso i Comuni.

<sup>36</sup> Tale disposizione è stata, in parte, introdotta dal decreto-legge n. 194 del 2009, convertito con modificazioni nella legge n. 25 del 2010 (*Proroga di termini previsti da disposizioni legislative*) e, quanto all'obbligo di trasmissione dei dati da parte dei Comuni, dall'art. 43, co. 1, del d.l. n. 69 del 2013, convertito con modificazioni dalla legge n. 98 del 2013 (*Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*). Bisogna, inoltre, segnalare che il comma 1-*bis* dell'art. 43 del decreto-legge del 2013 ha anche previsto che il consenso o il diniego alla donazione confluiscono nel fascicolo sanitario elettronico. A tal fine, l'art. 2, co. 2, lett. g), del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 29 settembre 2015, n. 178, *Regolamento in materia di fascicolo sanitario elettronico*, prevede che il consenso o il diniego alla donazione degli organi costituiscano parte del «nucleo minimo» di dati del fascicolo sanitario elettronico.

arsi a tale modalità di raccolta. Dall'altro lato, al fine di rendere il meccanismo operativo, gli enti locali devono attivarsi per mezzo di una deliberazione di giunta, di una richiesta di abilitazione all'accesso alla banca dati del Sistema Informativo Trapianti, e devono altresì assicurare l'adeguata formazione agli operatori dell'anagrafe e l'informazione ai cittadini<sup>37</sup>. Da ultimo, con il Decreto del Ministero della Salute n. 130 del 2019 è stata approvata la nuova disciplina del Sistema informativo trapianti (SIT), per rendere più efficiente il funzionamento del collegamento telematico tra i soggetti coinvolti nei trapianti d'organo. Il regolamento si occupa, in particolare, della tracciabilità e trasparenza del processo dalla donazione al trapianto, di coordinare gli organismi e i soggetti coinvolti e di assicurare la sicurezza dei trapianti; parte del provvedimento è, inoltre, dedicata al Registro Nazionale di donatori di cellule riproduttive per la procreazione medicalmente assistita.

La dettagliata ricostruzione del quadro normativo che oggi regola la manifestazione della volontà riguardo alla donazione *post mortem* degli organi è funzionale alle riflessioni di più ampio raggio che si stanno sviluppando in questa sede.

In primo luogo, abbiamo avuto modo di sottolineare come il progetto disegnato dalla legge del 1999 si distinguesse per essere particolarmente avanzato per l'epoca in cui venne introdotto, tanto da aver generato difficoltà applicative che hanno parzialmente depotenziato l'intero assetto normativo. Al contempo, queste stesse asperità hanno offerto il campo all'apertura di una terza via, non ipotizzata dal legislatore, eppure perfettamente compatibile con la struttura della legge: la raccolta del consenso presso le anagrafi rappresenta una interessante potenzialità della legge, sulla quale ci sarà modo di tornare più diffusamente anche in sede di conclusione, che merita certamente di essere maggiormente valorizzata in un quadro di responsabilizzazione della cittadinanza alla cultura solidaristica del dono.

In secondo luogo, un ulteriore elemento di positività dell'atto normativo va individuato nell'aver recepito fedelmente le raccomandazioni del Comitato Nazionale per la Bioetica, a prova della possibilità di realizzare compiutamente quella «leale collaborazione istituzionale» che recentemente, anche se invano, la Corte costituzionale ha invocato in riferimento alla necessità di un intervento normativo per la disciplina delle più delicate questioni di fine vita, segnatamente nella circoscrizione dell'area di punibilità penale del suicidio medicalmente assistito<sup>38</sup>. Pur non trattandosi, evidentemente, della dialettica che lega il

<sup>37</sup> Tutte le informazioni a riguardo, nonché tutti i materiali utili, comprendenti sia le brochure informative per la cittadinanza, sia il modulo per la richiesta di accesso alla banca dati, sono disponibili sulla sezione dedicata del Centro Nazionale Trapianti ([trapianti.salute.gov.it](http://trapianti.salute.gov.it)).

<sup>38</sup> Il riferimento va, evidentemente, all'ordinanza n. 207 del 2018, con la quale la Corte costituzionale ha sospeso il proprio giudizio di legittimità sull'art. 580 del codice penale, nella vicenda che ha visto imputato Marco Cappato per aver agevolato il proposito di suicidio di Fabiano Antoniani, al fine di consentire al Parlamento di adottare ogni opportuna iniziativa a riguardo. Come è noto, la Corte, in assenza di qualunque intervento legislativo, si è pronunciata sulla questione con sentenza n. 242 del 2019. La letteratura sulle due pronunce è ormai amplissima. Con particolare riferimento al concetto di «leale collaborazione istituzionale» si veda, *inter multis*, M. PICCHI, «Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale

Parlamento e il giudice costituzionale, ed avendo dunque un peso istituzionale differente, bisogna comunque evidenziare come il legislatore abbia saputo far tesoro delle indicazioni suggerite dall'organo consultivo.

Un terzo elemento che consente di valutare in termini positivi la legge italiana sulla donazione degli organi è rappresentato dal recepimento di un «sistema aperto»<sup>39</sup>, ossia della previsione generale della possibilità dei prelievi d'organo (con la sola esclusione espressa delle gonadi e dell'encefalo) al fine di consentire al testo di mantenersi adeguatamente aggiornato con gli sviluppi della medicina sostitutiva nel frattempo intercorsi. Si tratta di un meccanismo legislativo di fondamentale importanza in quegli ambiti in cui il diritto si intreccia con l'avanzamento medico e scientifico, poiché consente, a fronte di un dato normativo formalmente invariato, di incorporare l'evoluzione scientifica, mantenendo quindi il diritto al passo con le scienze<sup>40</sup>.

Il «rinvio mobile alla scienza» consente, in questa complessa dinamica che coinvolge l'esercizio delle funzioni del circuito democratico-rappresentativo e il rapido sviluppo scientifico, anche in ambiti materiali molto circoscritti (come nel caso della medicina sostitutiva e della trapiantologia), di garantire al diritto di mantenere quel grado di aggiornamento e di apertura che rendono una determinata soluzione normativa sostenibile, dal punto di vista del proprio rapporto con i principi su cui essa si fonda, con la medicina e, in ultima analisi, con l'intero assetto costituzionale<sup>41</sup>.

#### 4. Il ruolo catalizzatore dell'Unione Europea e il "traino" spagnolo

L'occasione di approfondire la disciplina del consenso alla donazione *post mortem* non può non tenere in considerazione, dopo la panoramica canadese e il quadro italiano, quale sia il ruolo giocato dalle istituzioni dell'Unione europea per favorire la sensibilizzazione all'importanza dei trapianti e per stimolare l'incremento della disponibilità d'organi. Al contempo, giova al completamento dell'analisi anche un breve riferimento all'esperienza dell'ordinamento che, ormai da alcuni anni, si distingue per essere quello che, nel continente europeo, presenta le più alte percentuali di donatori.

---

*rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2018, pp. 1 ss.; M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 4, 2018, pp. 1232 ss.

<sup>39</sup> F. MANTOVANI, *Trapianti*, cit.

<sup>40</sup> A riguardo, si veda S. PENASA, *La legge della scienza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. 347 ss., che si riferisce a questo meccanismo in termini di «rinvio mobile alla scienza».

<sup>41</sup> In una prospettiva analoga v. C. CASONATO, *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, in V. BARSOTTI (a cura di), *Biotecnologie e diritto*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 29 ss.; più recentemente ID., *Diritto costituzionale comparato e scienze della vita: paradigmi e connessioni*, in *DPCE Online*, 1, 2018, pp. 1 ss.

Da una prospettiva clinica e statistica, alcuni studi, a partire dal modello di consenso previsto dalle legislazioni dei Paesi dell'Unione Europea, raffrontano i dati sui trapianti d'organo, per giungere alla – invero piuttosto evidente – conclusione per cui il consenso presunto si conferma quale strumento idoneo a garantire un incremento della disponibilità d'organi per il trapianto<sup>42</sup>. A prescindere dal numero effettivo di potenziali donatori, tali ricerche pongono in evidenza un profilo rilevante anche per la prospettiva giuridica, in base al quale il sistema *opt-out* sarebbe tendenzialmente più efficiente rispetto al modello *opt-in*, almeno secondo due dimensioni.

La prima di esse è quella cui si è fatto già riferimento nei paragrafi precedenti e che concerne la problematicità del ruolo dei familiari. Le varie legislazioni nazionali, come si è già detto, possono presentare alcune significative varianti riguardo al grado di coinvolgimento delle persone più vicine al potenziale donatore, al momento in cui viene “sollevata” la questione della donazione. Si può spaziare da un modello nel quale è la volontà della famiglia a determinare la decisione sulla donazione (con una tendenziale propensione per il dissenso nel caso di contrasto tra i soggetti interpellati), ad una soluzione, sicuramente più rispettosa del principio di autodeterminazione, che affida ai prossimi congiunti il compito di fornire al medico la ricostruzione della volontà della persona. A prescindere dalla soluzione normativa proposta in un singolo ordinamento, tuttavia, in queste circostanze il diritto può scontrarsi con la prassi e, in particolare, con le conseguenze di una cattiva comunicazione. Ai sanitari che si relazionano con la famiglia spetta, infatti, il delicato compito di porre in maniera adeguata la domanda sul consenso e, a seconda di come questa viene formulata, i familiari percepiscono quale sia il loro ruolo nella decisione.

Il secondo profilo riguarda il *setting* della decisione: la possibilità della donazione degli organi è una questione che, per la propria natura, viene posta nel momento in cui inizia il periodo di tempo per l'accertamento della morte. Di necessità, dunque, la richiesta del consenso (in assenza di una preesistente dichiarazione di volontà della persona) avviene contestualmente alla comunicazione del decesso del congiunto, con tutte le implicazioni psicologiche ed emotive derivanti dalla gestione della notizia del lutto. Non tutte le persone, in altre parole, potrebbero riuscire a scegliere (al posto della persona, o ricostruendone la volontà) in modo lucido e avendo poco tempo a disposizione. La diretta conseguenza di ciò riguarda la perdita di alcuni potenziali donatori<sup>43</sup>. Le conclusioni di tali studi, non irragionevolmente, giungono alla preferibilità di un sistema di *opt-out* (qualora la scelta non sia già stata fatta in vita dalla persona), anche al fine di sgravare i familiari da

<sup>42</sup> Z.B. UGUR, *Does Presumed Consent Save Lives? Evidence From Europe*, in *Health Economics*, 24, 2015, pp. 1572 ss.; L. ROES, A. RAHMEL, *The European Experience*, in *Transplant International*, 24, 2011, pp. 350 ss.

<sup>43</sup> Si sofferma su tali profili, in particolare, Z.B. UGUR, *Does Presumed Consent Save Lives? Evidence From Europe*, cit.; anche con riguardo all'esperienza d'oltreoceano (sia in Canada sia negli Stati Uniti), non mancano voci a riguardo. Si veda, ad esempio, S.N. RODRIGUEZ, *No Means No, But Silence Means Yes? The Policy and Constitutionality of the Recent State Proposals for Opt-Out Organ Donation Laws*, in *FIU Law Review*, 7, 2011, pp. 149 ss.

una ulteriore decisione, su di una questione di cui potrebbero non aver mai parlato con il proprio congiunto, in un momento tanto delicato quanto drammatico<sup>44</sup>.

In questi contesti, il sistema del consenso capillare si pone circa a mezza via, dal momento che esso può rappresentare una delle possibili modalità di raccolta e registrazione del consenso che si può accompagnare, alternativamente, al modello *opt-in* o a quello *opt-out*, anche se pare più logico considerarlo quale complemento naturale alla presunzione del consenso, dal momento che consente di assolvere alla *probatio diabolica* dell'avvenuta effettiva informazione.

Venendo ora al ruolo giocato dall'Unione Europea, si può evidenziare come, pur in assenza di una competenza diretta a regolare in modo uniforme il modello del consenso, le istituzioni abbiano da tempo intrapreso un percorso volto a incentivare la pratica della donazione, cercando di valorizzare, da un lato, la diffusione di una solida cultura della solidarietà e del dono e, dall'altro lato, lavorando per garantire la sicurezza dei trapianti e lo scambio di buone pratiche tra gli Stati membri.

Da circa una quindicina d'anni, dunque, le istituzioni europee stanno agendo su più fronti per incentivare la conoscenza della donazione e contribuire all'innalzamento delle percentuali di trapianto. Dopo la pubblicazione di un documento consultivo da parte della Commissione<sup>45</sup>, nel 2006, si sono susseguiti una serie di interventi utili a rafforzare la consapevolezza dell'importanza del dono quale strumento per salvare le vite<sup>46</sup>. In aggiunta a tali interventi, l'Unione ha da tempo dimostrato particolare interesse nell'assicurare la sicurezza delle persone, anche nel campo della donazione. La direttiva sul sangue e gli emoderivati, quella sulle cellule e i tessuti, nonché quella sui trapianti perseguono proprio la finalità di garantire il rispetto di uno standard elevato di sicurezza delle persone nel territorio dell'Unione, che in tale specifico ambito viene garantito attraverso il rispetto di una serie di parametri cui gli Stati membri devono attenersi<sup>47</sup>. Senza entrare nel dettaglio di

<sup>44</sup> Circa questi profili, oltre alla letteratura già citata, si veda anche E. MOSSIALOS, J. COSTA-FONT, C. RUDISILL, *Does organ donation legislation affect individuals' willingness to donate their own or their relative's organs? Evidence from European Union survey data*, in *BMC Health Services Resesarch*, 8, 48, 2008.

<sup>45</sup> Commissione Europea, *Organ donation and transplantation: Policy options at EU level*, consultation document, Directorate-General Health and Consumer Protection, 2006, disponibile all'indirizzo internet [http://ec.europa.eu/health/ph\\_threats/human\\_substance/oc\\_organs/consultation\\_paper.pdf](http://ec.europa.eu/health/ph_threats/human_substance/oc_organs/consultation_paper.pdf).

<sup>46</sup> Poco dopo il documento della Commissione, una consultazione pubblica raccoglieva alcuni dati sulla predisposizione dei cittadini europei alla donazione degli organi, evidenziando un'inclinazione tendenzialmente positiva alla donazione e ponendo in evidenza la corrispondenza tra la formazione della persona e la sua adesione alla donazione. Special Eurobarometer 272d: *Europeans and organ donation*, maggio 2007, disponibile all'indirizzo internet [https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs\\_272d\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_272d_en.pdf).

<sup>47</sup> Si tratta della Direttiva 2002/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 gennaio 2003 che stabilisce norme di qualità e di sicurezza per la raccolta, il controllo, la lavorazione, la conservazione e la distribuzione del sangue umano e dei suoi componenti e che modifica la direttiva 2001/83/CE (GU L 33 dell'8.2.2003, pp. 30-40) della Direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani (GU L 102 del 7.4.2004, pag. 48-58) e della Direttiva 2010/53/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010, che stabilisce le procedure informative per lo scambio tra Stati membri di organi umani

ciascuna di queste previsioni, sia sufficiente evidenziare lo sforzo teso a rendere uniformi sul piano europeo le norme per assicurare i controlli funzionali alla qualità dello scambio di sangue, tessuti, cellule organi, e uno standard elevato di sicurezza di tali operazioni. A questi atti normativi va ad aggiungersi il piano d'azione della Commissione per il 2009-2015, che puntava a rafforzare la cooperazione tra gli Stati membri e lo scambio di buone pratiche<sup>48</sup>, finalizzato ad aumentare la disponibilità d'organi per il trapianto, a potenziare l'efficienza e l'accessibilità del sistema dei trapianti nel territorio dell'Unione e a migliorarne la qualità e la sicurezza. A conclusione di tale piano d'azione, i dati raccolti hanno messo in luce un significativo incremento sul territorio europeo, sia dei trapianti effettuati sia del numero dei donatori, a beneficio complessivo del livello di salute della popolazione dell'Unione<sup>49</sup>.

Come si è già anticipato, fra gli ordinamenti europei, ve n'è uno che da anni si distingue per essere quello con il maggior numero di donatori e con le percentuali di trapianto più alte, non solo in Europa, ma addirittura a livello mondiale. La legge spagnola sulla donazione degli organi, approvata nel 1979, prevede il sistema del consenso presunto. Non è solamente questo fattore, tuttavia, a rendere il sistema iberico il modello cui molti ordinamenti cercano di ispirarsi. Secondo quanto disposto dall'art. 5 della legge n. 30/1979<sup>50</sup>, può realizzarsi il prelievo degli organi da cadavere, a fini terapeutici o di ricerca, nel caso in cui la persona, in vita, non abbia manifestato espressamente la propria opposizione a riguardo. A differenza del quadro italiano, la legge spagnola non prevede meccanismi particolari per assicurare l'avvenuta informazione del potenziale donatore, né indica espressamente un ruolo per i familiari, in assenza di una dichiarazione di volontà resa in vita.

L'alto numero di donatori che la Spagna ha raggiunto soprattutto negli ultimi anni, però, non è il risultato immediato della sola previsione del consenso presunto; esso rappresenta l'esito di un efficace coordinamento, su tutto il territorio nazionale, fra le strutture sanitarie e i centri di riferimento delle Comunità Autonome e il livello centrale, per tramite dell'or-

---

destinati ai trapianti (GU L 207 del 6.8.2010, pag. 14-29), che si completa con la Direttiva di esecuzione 2012/25/UE della Commissione, del 9 ottobre 2012, che stabilisce le procedure informative per lo scambio tra Stati membri di organi umani destinati ai trapianti (GU L 275 del 10.10.2012, pag. 27-32). Sul punto si veda T.K. HERVEY, J. McHALE, *European Union Health Law*, Cambridge, 2015, 359.

<sup>48</sup> Si tratta di Action plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States della Commissione Europea, dell'8 dicembre 2008, COM(2008) 819/3, disponibile all'indirizzo internet [https://ec.europa.eu/health/ph\\_threats/human\\_substance/oc\\_organs/docs/organs\\_action\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/health/ph_threats/human_substance/oc_organs/docs/organs_action_en.pdf).

<sup>49</sup> Sull'impatto del piano d'azione si veda R. BOUWMAN, T. WIEGERS, S. VAN SCHOTEN, R. COPPEN, R. FRIELE, *A study on the uptake and impact of the EU action plan on organ donation and transplantation (2009-2015) in the EU member states*, FACTOR study, Lussemburgo, 2017, ove si mette in evidenza come, tra il 2008 e il 2015, il numero di donatori in Europa sia aumentata del 21 %, anche grazie al coordinamento e la miglioramento dell'organizzazione della rete richieste dall'atto europeo.

<sup>50</sup> Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. L'articolo 5, commi 2 e 3, per la parte di nostro interesse, prevede che «2. La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición. 3. Las personas presumiblemente sanas que falleciesen en accidente o como consecuencia ulterior de éste se considerarán, asimismo, como donantes, si no consta oposición expresa del fallecido». Corsivo aggiunto.

ganizzazione nazionale per i trapianti (ONT, fondata nel 1989)<sup>51</sup>. Il quadro normativo ibero si distingue, inoltre, per una decisa apertura al fattore scientifico, poiché l'asciuttezza della legge non vincola né radica il tessuto normativo allo stato d'avanzamento della medicina esistente al momento della sua entrata in vigore, ma lo mantiene aperto a recepire i successivi progressi. I profili di maggior dettaglio della disciplina dei trapianti, sia *post mortem* sia tra viventi sono, infine, demandati a successivi decreti ministeriali oppure al ruolo di coordinamento attribuito all'ONT, in modo da sgravare il testo normativo da eccessivi e troppo rigidi elementi di dettaglio<sup>52</sup>.

Tuttavia, pare non essere lo strumento del consenso informato presunto l'unico fattore determinante una buona disponibilità di organi per il trapianto: sulla base di indagini che hanno comparato le percentuali di donazione in Stati caratterizzati dal sistema dell'assenso presunto rispetto a quelli che prevedono il consenso esplicito, pare essere l'azione combinata di più elementi a incidere positivamente sul numero dei donatori<sup>53</sup>. Tra questi, gioca sicuramente un ruolo centrale la promozione di una solida cultura dei trapianti presso la popolazione, attraverso campagne informative e di sensibilizzazione mirate, appunto, a mettere in luce il ruolo positivo della scelta di donare gli organi per salvare altre vite e le buone probabilità di successo che tali interventi ormai hanno raggiunto.

## 5. Giustizia distributiva, solidarietà e autonomia nella donazione *post mortem* degli organi: esiste un modello costituzionalmente preferibile?

La panoramica sinora sviluppata porta a riflettere sulla sostenibilità costituzionale dei diversi modelli di consenso alla donazione d'organi *post mortem*. Di certo, il rapporto tra le soluzioni normative adottate in ciascun ordinamento e il tessuto costituzionale in cui esse si innestano può variare sensibilmente a seconda dell'orientamento della Carta fondamentale di ogni Paese rispetto al principio di autonomia individuale, al concetto di salute, ma anche alla presenza o meno di principi riconducibili ai valori di solidarietà sociale e alla costruzione della complessa relazione tra Stato e individuo, con particolare riguardo al dovere di contribuire al benessere della nazione.

<sup>51</sup> La centralità del ruolo dell'ONT è messa in luce anche in M. AMMAM, *Would Presuming Consent to Organ Donation Gain Us Anything but Trouble*, cit., 18; C. Gil-Díaz, *Spain's Record Organ Donations: Mining Moral Conviction*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 18(3), 2009, pp. 256 ss.

<sup>52</sup> Offre una lettura in questi termini anche J.M. VARA GONZÁLEZ, *Aspectos éticos y jurídicos del trasplante de órganos. La especialidad de la donación en asistolia*, in *Dilemata*, 9(23), 2017, pp. 129 ss.

<sup>53</sup> Z.B. UGUR, *Does Presumed Consent Save Lives? Evidence from Europe*, in *Health Economics*, 24(12), 2015, pp. 1560-72; con specifico riguardo all'esperienza danese in cui il quadro normativo prevede il consenso esplicito cfr. R. COPPEN ET AL., *Donor education campaigns since the introduction of the Dutch organ donation act: increased cohesion between campaigns has paid off*, in *Transplant International*, 23(12), 2010, pp. 1239-46.

A questo riguardo, in primo luogo, le novità normative prese in considerazione suggerirebbero di ritenere che sia in atto, almeno fra gli ordinamenti europei e in Canada, una lenta ma graduale transizione verso il consenso presunto, che potrebbe essere interpretata come indicatore della condivisione di alcuni dei principi menzionati. In effetti, la scelta di porre a raffronto Canada, Spagna e Italia non è stata dettata solamente dall'occasione di commentare alcune novità normative e regolamentari nei primi due ordinamenti, in relazione a quello che rappresenta il modello più efficiente nel panorama occidentale. I tre paesi di cui si è trattato condividono pure un dato costituzionale molto proteso verso la valorizzazione dei principi personalista e solidarista, anche nell'ambito della salute<sup>54</sup>.

D'altro canto, però, rimangono alcuni risvolti ancora problematici e (parzialmente) irrisolti circa la possibilità di transizione piena verso un modello che, per quanto pensato per massimizzare la disponibilità d'organi per i trapianti, per potersi reggere necessita di una serie di accorgimenti che non possono essere trascurati ma che, anzi, caratterizzano in termini significativi la scelta per il dono.

Il primo di essi è dimostrato proprio dalle difficoltà riscontrate per una piena attuazione della disciplina italiana: il consenso presunto (o silenzio-assenso) non sottende l'idea di una "nazionalizzazione" o "collettivizzazione" del corpo defunto, dato il carattere prevalente della necessità di disporre di organi per salvare altre vite<sup>55</sup>. Al contrario: ovunque, le legislazioni nazionali che hanno introdotto il criterio del consenso presunto, hanno accompagnato tale disciplina alla previsione di campagne informative continuative oppure, come si è visto, alla raccolta capillare del consenso. Sono inoltre frequenti e numerose le eccezioni, che possono spaziare dallo stato prolungato di incapacità della persona, alla mancanza (per motivi di residenza, come abbiamo visto, per esempio, con riguardo ad alcune esperienze canadesi) di un legame continuativo con lo Stato e le sue istituzioni. Di fatto, dunque, il modello "forte" del consenso presunto è assai limitato, proprio per consentire alla persona di esercitare a pieno la propria autonomia.

Il secondo elemento consiste nel parziale superamento dell'ancoraggio della decisione sulla donazione *post mortem* degli organi alla mera dimensione della tutela e promozione del diritto alla salute. Le modalità di raccolta del consenso dimostrano, in questi termini, il fatto che sia possibile collegare l'espressione delle proprie volontà alle funzioni attinenti l'ordinamento civile, piuttosto che all'organizzazione sanitaria strettamente intesa.

<sup>54</sup> A riguardo, pur senza pretesa di completezza, si veda, in riferimento al Canada: C. CASONATO (a cura di), *The Protection of Fundamental Rights in Europe: Lessons from Canada*, Trento, Unitn, 2004; in riferimento alla Spagna, v. C. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *El principio de solidaridad en la constitución española. Situación y protección jurídico-financiera del ciudadano*, Salamanca, Ratio Legis, 2012. In prospettiva comparatistica, sulla tutela dei diritti, v. G.F. FERRARI (a cura di), *Le libertà e i diritti: categorie concettuali e strumenti di garanzia*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, IV ed., Ed. Laterza, Roma-Bari, 2019, pp. 1137 ss.

<sup>55</sup> Su questo cfr. D. CARUSI, *Donazioni e trapianti: allocazione e consenso*, cit., p. 1126; da diversa prospettiva, P. SOMMAGGIO, *Il dono preteso*, Cedam, Padova, 2004, *passim*.

Lo strumento più efficace per la raccolta capillare del consenso – e la parziale inattuazione della disciplina italiana è, in questo senso, paradigmatica – non transita attraverso la relazione tra individuo e sistema sanitario, bensì attraverso il canale del rilascio o rinnovo dei documenti di identità e (come in Canada) delle patenti di guida. Tale elemento conduce a sostenere come, in termini solidaristici, la manifestazione di volontà circa la donazione dei propri organi dopo la morte possa essere intesa quale atto di cittadinanza responsabile, di partecipazione consapevole all'ordinamento di cui si è parte, da intendersi anche in termini di contributo dell'individuo alla crescita e allo sviluppo della comunità di appartenenza. La scelta per un modello di consenso presunto, in definitiva, rappresenta un'opzione culturale con un solido aggancio costituzionale. Nel nostro ordinamento, lo stretto legame tra il principio personalista e l'eguaglianza sostanziale espresso dagli articoli 2 e 3 della Costituzione permea l'intero tessuto costituzionale e orienta, in senso olistico, l'esercizio dei poteri pubblici e l'azione individuale, sino a impingere tutti i diritti. Fra questi, in particolar modo, perfino quelli di matrice più classicamente liberale ne sono ammantati. Si pensi, come il diritto di proprietà (art. 42) possa incontrare limiti di legge finalizzati ad assicurarne la funzione sociale o come l'iniziativa economica privata (art. 41) non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in danno della dignità umana<sup>56</sup>.

A suffragare ulteriormente tali considerazioni soccorrono le vibranti parole con cui, pur in ambito diverso, la Corte costituzionale definì il volontariato, come «un modo di essere della persona nell'ambito dei rapporti sociali o, detto altrimenti, un paradigma dell'azione sociale riferibile a singoli individui o ad associazioni di più individui», quale «modello fondamentale dell'azione positiva e responsabile dell'individuo che effettua spontaneamente e gratuitamente prestazioni personali a favore di altri individui ovvero di interessi collettivi degni di tutela da parte della comunità». In questi termini, il volontariato venne ricondotto al «vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini»<sup>57</sup>.

Questa lettura è stata ulteriormente arricchita, recentemente, dalla Corte, nella nota sentenza con la quale è stato esteso l'accesso al servizio civile volontario anche agli stranieri. Qualificando l'attività oggetto del giudizio in termini di strumento per la realizzazione dei doveri inderogabili di solidarietà, il giudice delle leggi ha sottolineato come ciò consenta di rendersi utili alla propria comunità e rappresenti un'opportunità di formazione<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> A riguardo v., *inter multis*, F. GIUFFRÈ, *Alle radici dell'ordinamento: la solidarietà tra identità e integrazione*, in *Rivista AIC*, 3, 2019, pp. 555 ss.; D. BORGONOVO RE, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in D. BORGONOVO RE, D. FLORENZANO, F. CORTESE (a cura di), *Diritti inviolabili, dovere di solidarietà e principio di eguaglianza*, II ed., Giappichelli, Torino, 2015, pp. 53 ss.

<sup>57</sup> Corte cost., sent. n. 75 del 1992, in tema di legge quadro sul volontariato. In commento alla sentenza si veda E. PALICI DI SUNI, *Il volontariato tra valori costituzionali supremi ed autonomia regionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 7, 1992, p. 1205; E. ROSSI, *Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 1992, p. 2348.

<sup>58</sup> Corte cost., sent. n. 119 del 2015, punto 4 del considerato in diritto. In commento alla sentenza v. S. PENASA, *Verso una "cittadinanza costituzionale"? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile*

Può, dunque, rilevarsi come l'esercizio dei doveri inderogabili di solidarietà possa contribuire, anche nel caso della manifestazione delle proprie volontà alla donazione *post mortem* di organi e tessuti a contribuire al compimento di quell'etica solidaristica che anima la nostra Costituzione (e non solo) e che è stata da alcuni anche ricondotta ad un principio universalistico di fraternità, consistente nel riconoscimento di rilevanza giuridica, in senso promozionale, a condotte ispirate alla logica della gratuità del dono<sup>59</sup>.

---

*volontario*, in *Rivista AIC*, 2015, 3; A. RAUTI, *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. cost. n. 119/2015*, in *Rivista AIC*, 4, 2015.

<sup>59</sup> In questi termini v. F. PIZZOLATO, *Fraternità (principio di)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, UTET, Torino, 2012, pp. 378 ss.; similmente A. MARZANATI, A. MATTIONI (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Città nuova, Roma, 2007, in particolare pp. 183 ss.



# L'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.: procedure e prospettive\*

Giovanni Tarli Barbieri\*\*

**SOMMARIO:** 1. Il contesto: regionalismo differenziato e perdurante inattuazione del Titolo V della Costituzione. – 2. L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. e le sue ricadute a livello statale. – 3. L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. nel contesto di un regionalismo differenziato “di fatto”. – 4. L'art. 116, comma 3, Cost., non è un “surrogato di specialità”. – 5. La “stagione delle intese” e le molte ombre che l'hanno contrassegnata. – 6. La (potenziale) seconda fase dell'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.: il c.d. disegno di legge Boccia. – 7. I nodi ancora irrisolti: le peculiarità delle materie, in particolare della “tutela della salute”. – 8. *Segue:* la procedura di approvazione delle leggi di approvazione delle intese. – 9. I profili di carattere finanziario. – 10. Considerazioni conclusive.

## ABSTRACT:

Il lavoro ripercorre le principali problematiche relative all'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost., anche alla luce delle bozze di intesa pubblicate nel 2019 e dei più recenti sviluppi successivi alla formazione del Governo Conte II che sembrano segnalare un mutamento di prospettiva potenzialmente significativo sul piano istituzionale. Particolare attenzione è data alle tematiche dell'impatto della possibile attuazione della differenziazione nella materia della «tutela della salute» alla luce delle peculiarità che la connotano.

*This paper discusses the main problems about the implementation of article no. 116, par. 3, of Italian Constitution. The analysis considers the drafts, published in 2019, of the agreements between central State and the three Regions which demanded to have access to asymmetric regionalism, even in the light of the most recent events following the birth of the second Cabinet led by P.M. Giuseppe Conte. A special attention is payed to the impact of the (possible) implementation of the article 116.3 on the health care legislative sector, which presents some notable and specific features.*

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Il presente lavoro sviluppa, in termini ampliati e aggiornati, considerazioni già svolte in *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso? Appunti sulla (presunta) attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, n. 2, alla luce della relazione tenuta dall'Autore in apertura del XVII Convegno nazionale di diritto sanitario “La salute alla carta: il Ssn di fronte alle sfide del regionalismo differenziato”, organizzato a Roma l'8 novembre 2019 dalla Società italiana di Diritto sanitario in collaborazione con l'ALTEMS dell'Università Cattolica del Sacro Cuore e il CEIMS dell'Università del Piemonte Orientale.

\*\* Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Firenze, giovanni.tarlibarbieri@unifi.it.

## 1. Il contesto: regionalismo differenziato e perdurante inattuazione del Titolo V della Costituzione

Il dibattito e le connesse polemiche in tema di autonomia differenziata non possono non essere inquadrati nella perdurante, confusa transizione nella quale si trova, ormai da troppi anni, il regionalismo italiano, ancora lontano da un assetto stabile e conseguentemente più funzionale<sup>1</sup>.

Il deludente rendimento del Titolo V ha favorito un confuso processo di riforme connotato da limiti tecnici evidenti, anche per un uso tutto politico e congiunturale dell'autonomia come «valore da esaltare» o una «diseconomia» rispettivamente quando può essa può essere sfruttata come mezzo di esercizio di dominio politico o, diversamente, quando si rivela un fattore di limitazione del potere<sup>2</sup>: si è infatti passati da proposte, più o meno sloganistiche, di trasformazione in senso federale del nostro ordinamento a partire dalla XI legislatura e fino al 2006 (con la reiezione nel *referendum* costituzionale del progetto di riforma costituzionale approvato in via definitiva dalle Camere nel 2005) a testi ispirati ad una logica di segno chiaramente opposto (si vedano i contenuti del disegno di legge costituzionale «Renzi-Boschi»).

Fallita ogni prospettiva di una «riforma della riforma» dopo l'esito del *referendum* costituzionale del 2016, vengono oggi propugnate le presunte virtù dell'autonomia differenziata, dopo che, in precedenza, la questione della frattura centro-periferia era quasi scomparsa dall'agenda politica<sup>3</sup>.

L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. ha dovuto (e deve) fare i conti con tutti i limiti del vigente Titolo V aggravati da una prassi legislativa che ha visto il Parlamento nazionale legiferare come se il quadro costituzionale riformato nel 2001 non fosse in vigore<sup>4</sup>, a maggior ragione nella lunga stagione della crisi economica<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> In questo senso, si veda il documento della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, *Le Regioni e le nuove sfide del regionalismo* (18/128/CR5b/C1), 18 ottobre 2018, rinvenibile in [www.regioni.it](http://www.regioni.it).

<sup>2</sup> A. MORELLI, *Le relazioni istituzionali*, in Associazione italiana dei Costituzionalisti, *Annuario 2018 – La geografia del potere. Un problema di diritto costituzionale*. Atti del XVIII Convegno annuale, Firenze, 16-17 novembre 2018, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 164. Cfr. sul punto anche, per tutti, S. STAIANO, *Costituzione italiana. Art. 5*, Roma, Carocci, 2017, p. 11.

<sup>3</sup> L. MORLINO, F. RANIOLO, *Come la crisi economica cambia la democrazia. Tra insoddisfazione e protesta*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 177.

<sup>4</sup> Come è stato giustamente evidenziato, «è di tutta evidenza, peraltro, che se lo Stato continuasse nella sua pratica di assolutismo legislativo il complesso dei rapporti tra Stato e Regioni si deteriorerebbe profondamente e porrebbe nel nulla le regole dettate per le competenze legislative riconosciute in via asimmetrica e per l'assolvimento delle funzioni amministrative conseguenti»: S. MANGIAMELI, A. FILIPPETTI, F. TUZI, C. CIPOLLONI, *Prima che il Nord somigli al Sud. Le regioni tra divario e asimmetria*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2020, p. 91.

<sup>5</sup> Sul punto, sia consentito un rinvio a G. TARLI BARBIERI, *Per evitare la tempesta? Ripensando alle iniziative di riforma intraprese dal Governo Monti in materia di autonomie territoriali*, in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, pp. 781 ss.

Anche per questo, l'attuazione dell'art. 116, comma 3 viene ad operare su una condizione giuridica delle Regioni largamente determinata non dalla Costituzione ma dalla legislazione ordinaria, cosicché il quadro di riferimento nel quale inserire le possibili «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» è quantomeno fragile<sup>6</sup>.

Tale prassi legislativa ha finito per aggravare la sostanziale instabilità del quadro ordinamentale che si connota per lacune (si pensi, solo per citare un esempio, all'irrisolta, grave questione della riforma dell'assetto del Parlamento, mentre non sono mai stati neppure avviati il processo di attuazione dell'art. 11 della l. cost. 3/2001 e la revisione organica del sistema delle Conferenze), imprecisioni (si pensi all'approssimativa elencazione delle competenze nell'art. 117 Cost. che ha favorito l'esplosione del contenzioso tra lo Stato e le Regioni) e, soprattutto, per l'inattuazione di alcune parti decisive del Titolo V rivisto nel 2001.

Il «sostanziale abbandono della riforma costituzionale da parte del potere legislativo statale»<sup>7</sup> è un fattore di grande rilevanza nell'ottica della possibile attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.: laddove infatti tale disposizione allude a «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia», presuppone che l'autonomia delle Regioni a statuto ordinario cui la differenziazione si deve rapportare sia compiutamente e stabilmente definita: ma, come detto, una compiuta e stabile attuazione del disegno costituzionale non è ancora avvenuta. Infatti, è assai grave che, a distanza di quasi vent'anni dalla sua entrata in vigore, manchino ancora alcune leggi importanti, a cominciare dai provvedimenti attuativi dell'art. 118 Cost. (comprensivi della revisione del testo unico sull'ordinamento degli enti locali, anteriore al 2001)<sup>8</sup> e da quelli, correlativi, di riforma dell'amministrazione periferica dello Stato che dovrebbero caratterizzarsi per snellimenti, razionalizzazione e semplificazione<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> G. FALCON, *Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale*, in *Le Regioni*, 2017, p. 630. Nello stesso senso, si è osservato che le prassi legislative recenti, unite a una giurisprudenza costituzionale assai sensibile alle esigenze unitarie, «hanno prodotto tante e tali alterazioni al riparto delle competenze legislative da non consentire più di rapportare le previsioni dell'art. 117, commi secondo, terzo e quarto, Cost., con quelle dell'art. 116, terzo comma, Cost., con riferimento alle eventuali iniziative regionali»: S. MANGIAMELI, A. FILIPPETTI, F. TUZI, C. CIPOLLONI, *Prima che il Nord somigli al Sud*, cit., p. 153.

<sup>7</sup> COSÌ, U. DE SIERVO, *Dieci anni dopo. Un bilancio della riforma regionale 2001-2011. Conclusioni*, in *Le Regioni*, 2011, p. 593.

<sup>8</sup> Come dimostra la storia istituzionale del nostro Paese, un'attuazione organica dell'art. 118 Cost. avrebbe potuto avere effetti benefici anche sulla stessa definizione delle materie di competenza regionale, che costituisce un problema rilevante, anche alla base dell'abnorme esplosione del contenzioso nel più recente periodo. Viceversa, rimane in vigore, ed è utilizzata anche dalla Corte costituzionale anche per la definizione delle materie di cui all'art. 117 Cost., gran parte delle previsioni contenute nelle leggi «Bassanini». *Contra*, R. BIN, *Le materie nel dettato dell'art. 116 Cost.*, in *Forum costituzionale*, 26 giugno 2019, p. 9, secondo il quale oggi «quello che limita la potestà legislativa regionale non è la penuria di «oggetti» su cui legiferare (le materie, riempite di contenuti), ma la fitta trama di limiti che derivano dalle leggi dello Stato e dagli interessi che sono ad esso attribuiti in via esclusiva: quell'etichetta «interesse nazionale», la cui invocazione bastava a giustificare il ritaglio della materia, oggi formalmente non esiste più, è stata cancellata dalla riforma del 2001, ma il suo contenuto si è riversato ovunque e procede per mille rivoli a ingessare l'azione legislativa regionale».

<sup>9</sup> Da ultimo, F. BASSANINI, *La democrazia di fronte alla sfida della disintermediazione: il ruolo delle comunità intermedie e delle autonomie territoriali*, in *Astrid rassegna*, 2019, n. 6, pp. 19 ss.

Inoltre, non sono stati definiti i livelli essenziali delle prestazioni in ambiti ulteriori rispetto a quello della sanità, fondamentale presidio contro intollerabili diseguaglianze, nonché i c.d. fabbisogni standard che sono l'indispensabile riferimento per stabilire l'ammontare assoluto delle risorse da attribuire alle Regioni<sup>10</sup>, per ripartire l'impatto finanziario di variazioni dei fabbisogni di spesa, derivanti dall'evoluzione di variabili demografiche ed economiche, fra le Regioni con autonomia differenziata e il resto della comunità nazionale<sup>11</sup>. Come è noto, anche (ma non solo) per queste lacune le disposizioni sull'autonomia finanziaria di Regioni ed enti locali non sono state attuate<sup>12</sup>; su quest'ultimo punto, la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, nella relazione semestrale riferita allo stato di attuazione della l. 42/2009 approvata il 18 gennaio 2018 ha parlato di una «perdurante transizione», connotata da «mutevolezza e conseguente provvisorietà dei rapporti finanziari e della distribuzione del potere di entrata e di quello di spesa»<sup>13</sup> (e ciò anche a prescindere dall'impatto della l. cost. 1/2012 che ha dato vita ad un «sistema parallelo al Titolo V», fortemente connotato in senso centripeto<sup>14</sup>): l'attuazione del «federalismo regionale» è stata rinviata al 2021, per l'ennesima volta, con un decreto legge (art. 46, d.l. 124/2019, convertito, con modificazioni, dalla l. 157/2019) e mancano ancora sia una normativa in materia di distinzione tra meccanismi di finanziamento e perequazione tra funzioni collegate ai livelli essenziali delle prestazioni e funzioni non collegate a questi

<sup>10</sup> Nella fase a regime essi hanno anche una valenza perequativa.

<sup>11</sup> Camera dei deputati, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, *Relazione semestrale sull'attuazione della legge delega 5 maggio 2009, n. 42, sul federalismo fiscale (art. 3, comma 5, della legge 5 maggio 2009, n. 42)*, doc. XVI-bis, n. 1, approvata nella seduta del 24 ottobre 2019, p. 21.

<sup>12</sup> Sulle problematiche dell'inattuazione dell'art. 119 Cost., da ultimo, G. RIVISECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, A. GUAZZAROTTI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, entrambi in Associazione italiana dei Costituzionalisti, *Anuario 2018*, cit., rispettivamente pp. 353 ss. e 423 ss. e i riferimenti bibliografici ivi riportati. È stato giustamente affermato che «i LEP possono diventare anche un parametro di efficienza. Nella nostra discussione sul rapporto tra lo Stato e le autonomie locali, sull'autogoverno delle comunità, il tema dell'efficienza nell'impiego delle risorse pubbliche è essenziale, però molto spesso questo tema dell'efficienza è affrontato con una certa approssimazione e anche con una qualche retorica. Dobbiamo fissare dei parametri oggettivi sui quali misurare l'efficienza dell'amministrazione pubblica. In quest'ottica, fissare i livelli essenziali delle prestazioni, quindi avere non soltanto un costo standard ma dei fabbisogni standard rispetto ai quali misurare la capacità dell'amministrazione pubblica di offrire servizi ai cittadini, a risorse date, può determinare un vero e proprio parametro di efficienza»: così il Ministro per il Sud e la coesione territoriale, Provenzano, nell'ambito dell'indagine conoscitiva della Commissione parlamentare sul processo di attuazione del «regionalismo differenziato» ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione: Camera dei deputati, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, 15 gennaio 2020, res. sten., p. 6.

<sup>13</sup> Camera dei deputati, Senato della Repubblica, XVII legislatura, Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, *Relazione semestrale sull'attuazione della legge delega 5 maggio 2009, n. 42, sul federalismo fiscale (art. 3, comma 5, della legge 5 maggio 2009, n. 42)*, doc. XVI-bis, n. 28, approvata nella seduta del 18 gennaio 2018, pp. 9 ss. In tale relazione si parla di «mutevolezza e conseguente provvisorietà dei rapporti finanziari e della distribuzione del potere di entrata e di quello di spesa» (p. 9) e di un contesto istituzionale nel quale «alla transizione peraltro consegue incertezza e alla incertezza si accompagna la indeterminatezza delle responsabilità» (p. 10).

<sup>14</sup> Le parole sono di A. BRANCASI, *L'autonomia finanziaria regionale*, in G. CERRINA FERONI, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Le Regioni dalla Costituzione al Senato della Repubblica*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2016, p. 93.

ultimi, sia le disposizioni in materia di perequazione infrastrutturale, sia la disciplina in materia di criteri di regionalizzazione dell'Iva<sup>15</sup>.

La completa attuazione della l. 42/2009 e, in particolare, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, appare indispensabile «per una costruzione virtuosa e non conflittuale del regionalismo differenziato, consentendo di assegnare le risorse aggiuntive correlate alle nuove funzioni e ai nuovi compiti trasferiti alle Regioni destinatarie di forme particolari di autonomia ex art. 116, sulla base non di arbitrarie stime, ma di una analisi rigorosa dei fabbisogni standard e dei costi standard relativi ai medesimi compiti e funzioni»<sup>16</sup>. Diversamente, infatti, «tutto l'impianto del federalismo fiscale, e quindi anche l'attuazione del regionalismo differenziato, viene privato di un elemento essenziale»<sup>17</sup>.

Di questo decisivo problema non sembrava, fino al più recente periodo, esserci una sufficiente, diffusa consapevolezza a livello politico. Eppure, il Ministro Tria, nel corso di una audizione presso la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale (18 aprile 2019), ha osservato che «i LEP, in realtà, non risultano definiti, se non limitatamente al settore sanitario, con la conseguenza che manca il punto di riferimento per la definizione del giusto livello di risorse per ciascun ente»<sup>18</sup>. E la Ministra Stefani, sempre nell'ambito dello stesso ciclo di audizioni ha ribadito la necessità di definirli, unitamente ai correlati fabbisogni standard, addirittura entro giugno 2019 (termine scaduto inutilmente), richiamando i criteri previsti o presupposti dalla legislazione vigente<sup>19</sup>. Per inciso, la previa determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e dei fabbisogni standard costituisce una priorità del Governo Conte II, come si evince innanzitutto dalle dichiarazioni pro-

<sup>15</sup> Come ricordato anche nella più recente relazione semestrale della Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, il rinvio, reiterato, deriva dalla circostanza che la definizione dei nuovi meccanismi, per i quali il d.lgs. 68/2011 prevedeva l'operatività dal 2013, richiede che siano previamente individuati i livelli essenziali delle prestazioni (LEP) e dei costi standard nelle materie diverse dalla sanità, che sia stato attuato il principio della territorialità nella compartecipazione IVA suddetta e che si siano esattamente individuati i trasferimenti statali fiscalizzabili; la stessa perequazione è uno strumento tecnico che presuppone i LEP: Camera dei deputati, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, *Relazione semestrale*, cit., p. 35.

<sup>16</sup> F. BASSANINI, *La democrazia*, cit., p. 31. Nello stesso senso, si è osservato che «l'applicazione della legge n. 42 del 2009, pur non essendo richiamata nelle bozze d'intesa, è imprescindibile, in quanto contiene tutti i pesi e contrappesi al suo interno, attraverso passaggi che prevedono meccanismi perequativi, il rispetto del pareggio di bilancio a livello consolidato e il mantenimento di una pressione fiscale contenuta, al fine di non determinare un impatto negativo sulla finanza dello Stato»: A. Petretto, nell'ambito dell'audizione presso la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale: Camera dei deputati, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, 12 giugno 2019, res. sten., p. 19.

<sup>17</sup> Camera dei deputati, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, *Relazione semestrale*, cit., p. 30.

<sup>18</sup> Camera dei deputati, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, 18 aprile 2019, res. sten., p. 4.

<sup>19</sup> Essi sono: a) principio di territorialità (il gettito derivante dall'aliquota di compartecipazione IVA deve essere stabilito al livello minimo assoluto sufficiente ad assicurare il pieno finanziamento del fabbisogno dei LEP in una sola Regione); b) fiscalizzazione dei trasferimenti; c) fondi perequativi: Camera dei deputati, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, 21 febbraio 2019, res. sten., e all., pp. 24 ss.

grammatiche del Presidente del Consiglio rese alla Camera il 9 settembre scorso<sup>20</sup>, e come si dirà, dal testo del disegno di legge, attualmente ancora in fase di elaborazione, attuativo dell'art. 116, comma 3, Cost.

Nello stesso senso, un importante documento della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome (19 ottobre 2018) afferma la necessità di dare piena attuazione al quadro istituzionale vigente, alludendo poi all'esigenza di un rafforzamento degli strumenti di raccordo e confronto tra Governo e Regioni<sup>21</sup>.

Da questo punto di vista, appare condivisibile, e forse il segno di un apprezzabile acquisizione di metodo è la più recente relazione semestrale della Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale nella quale si legge, in particolare, che «la circostanza di una ripresa di attenzione sul tema dell'autonomia regionale recata dalla procedura di definizione delle intese ai sensi dell'articolo 116, comma terzo, della Costituzione, può costituire l'occasione per il Parlamento, il Governo e le autonomie territoriali (Regioni, Province, Città metropolitane e Comuni) di una riflessione, a distanza di venti e dieci anni dall'approvazione della normativa sul federalismo fiscale, in sede costituzionale e di legge delega, per la piena applicazione di tali principi e per il superamento dei notevoli inadempimenti che si sono registrati in tale periodo su questa materia», mancando tuttora «un sistema di finanziamento assestato in cui inquadrare il finanziamento specifico delle funzioni eventualmente devolute»<sup>22</sup>.

Infine, anche la mancata revisione organica degli statuti speciali si iscrive pienamente nel contesto di inattuazione del Titolo V. Si tratta di una questione di grande rilevanza non solo per riaffermare il modello di regionalismo “duale” che sarebbe semplicistico considerare ormai inattuale<sup>23</sup>, ma anche nell'ottica del “regionalismo differenziato”, per non dare luogo cioè ad un assetto confuso, nel quale cioè le Regioni “specializzate” in forza dell'art. 116, comma 3, Cost., finiscano per assumere forme di autonomia più rilevanti rispetto a quelle attualmente riconosciute alle Regioni ad autonomia particolare.

<sup>20</sup> Camera dei deputati, XVIII legislatura, 9 settembre 2019, res. sten., p. 14.

<sup>21</sup> Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, *Le Regioni*, cit., pp. 2-3.

<sup>22</sup> Camera dei deputati, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, *Relazione semestrale*, cit., rispettivamente p. 6 e 11.

<sup>23</sup> Nonostante critiche anche molto forti che possono muoversi a taluni aspetti della specialità regionale: per tutti, G. SILVESTRI, *Le autonomie regionali speciali: una risorsa costituzionale da valorizzare*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 26 maggio 2014; G. VERDE, *Uniformità e specialità delle Regioni*, in N. ANTONETTI, U. DE SIERVO (a cura di), *Che fare delle Regioni?*, Roma, Rodorigo, 2014, pp. 265 ss.; G. DEMURO, *Quale futuro per l'autonomia speciale?*, in F. BASSANINI, F. CERNIGLIA, A. QUADRIO CURZIO, L. VANDELLI (a cura di), *Territori e autonomie*, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 143 ss.

## 2. L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. e le sue ricadute a livello statale

L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost., pur non richiedendo il procedimento di cui all'art. 138 Cost., ha comunque «un'ovvia caratura costituzionale», riconoscendo, almeno potenzialmente, significative forme di autonomia ad alcune importanti Regioni<sup>24</sup>.

Essa quindi è destinata ad avere rilevanti implicazioni nell'ordinamento, sia a livello statale, sia a livello regionale e locale.

Infatti, non si può trascurare l'impatto di un futuro assetto territoriale indubbiamente assai più complesso perché fondato su cinque Regioni a statuto speciale, un certo numero di Regioni "specializzate", per di più assai importanti, e su altre Regioni a statuto ordinario.

A tale proposito, si è evidenziato il rischio di uno «sfilacciamento delle attuali (e deboli) sedi unitarie con funzioni di cerniera»<sup>25</sup>. L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. dovrebbe quindi accompagnarsi, o meglio, essere preceduta da una riforma del funzionamento delle amministrazioni centrali, perché, diversamente, «il distacco di quote di funzioni per aree territoriali circoscritte non porta al decentramento per alcuni, ma allo sgretolamento per tutti perché introduce l'esigenza di modularità e interlocuzioni differenziate che questo centro, oggi in evidente difficoltà anche solo per l'amministrazione ordinaria, non è in grado di assicurare»<sup>26</sup>; il rischio serio è infatti che le burocrazie centrali non comprendano che un modello di regionalismo rafforzato «non comporta un affievolimento e un deperimento, ma un profondo cambiamento del ruolo (e della cultura) delle istituzioni centrali, chiamate a svolgere ruoli nuovi di garanti attivi dell'unità e del coordinamento del sistema»<sup>27</sup>. È, da questo punto di vista, un rilievo suggestivo quello secondo il quale il regionalismo asimmetrico non può non implicare una amministrazione statale anch'essa organizzata asimmetricamente, almeno fino a quando l'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. non sia estensibile a tutte le altre Regioni e ciò in quanto «lo "Stato regionalizzato" non è semplicemente uno Stato che prevede le Regioni, ma molto più uno Stato che tiene conto delle Regioni e sa adattarsi alla loro presenza anche adottando molteplici forme organizzative»<sup>28</sup>. Le ricadute di un assetto fondato sul regionalismo differenziato appaiono poi evidenti anche sul piano della produzione normativa. Si pensi, in particolare, alle conseguenze dell'attribuzione delle «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» sul piano del procedimento legislativo statale e della potestà normativa del Governo, che dovrebbe

<sup>24</sup> M. LUCIANI, *Iniziativa legislativa e referendum, le proposte di revisione costituzionale*, intervento alla Tavola Rotonda AIC, Roma, 1° marzo 2019, in *Osservatorio AIC*, 2019, nn. 1-2, p. 201.

<sup>25</sup> M. CAMMELLI, *Flessibilità, autonomia, decentramento amministrativo: il regionalismo oltre l'art. 116.3 Cost.*, in *Astrid rassegna*, 2019, n. 10, p. 6.

<sup>26</sup> M. CAMMELLI, *Flessibilità*, cit., p. 5.

<sup>27</sup> F. BASSANINI, *La democrazia*, cit., p. 20.

<sup>28</sup> S. MANGIAMELI, A. FILIPPETTI, F. TUZI, C. CIPOLLONI, *Prima che il Nord somigli al Sud*, cit., pp. 164-165.

tenere conto di una “geometria variabile” di competenze regionali, potenzialmente assai complessa (vertendo su materie o ambiti diversi) e quindi foriera di una possibile, ulteriore espansione del contenzioso costituzionale<sup>29</sup>.

A tale proposito, emerge ancora una volta, in tutta la sua rilevanza e gravità, l'assenza di adeguati strumenti di raccordo a livello legislativo e, in particolare, come accennato, la mancanza di una “Camera delle Regioni” o, quantomeno, di strumenti come quelli prefigurati dall'ancora inattuato art. 11 della l. cost. 3/2001<sup>30</sup>.

### 3. L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. nel contesto di un regionalismo differenziato “di fatto”

Il c.d. regionalismo differenziato è una decisiva questione nazionale: da questo punto di vista, non si può apprezzare positivamente il percorso di definizione delle intese avviato dal Governo Conte I, che è parso opaco, essendo stato sottratto non solo ad un dibattito politico e scientifico che avrebbe dovuto precedere, e non solo seguire, l'avvio delle trattative, ma anche ad una adeguata informazione delle Camere<sup>31</sup>. Viceversa, come è noto, le c.d. “parti speciali” delle intese sono state pubblicate, per così dire quasi “clandestinamente” da alcuni siti privati ma non da quello del Ministero degli affari regionali.

L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. costituisce un obiettivo ormai condiviso dalla generalità delle Regioni, sia pure in un contesto di rafforzamento dell'intero sistema delle autonomie territoriali, «superandone le criticità emerse in questi anni, poiché condizione essenziale per garantire l'efficacia delle politiche sul territorio è la stabilità delle istituzioni territoriali, sia sotto il profilo organizzativo e finanziario che della rappresentanza politica»<sup>32</sup>.

Da questo punto di vista, però, non è irrilevante che tale processo di attuazione abbia preso le mosse da una iniziativa di tre Regioni importanti (Lombardia, Veneto, Emilia-Romagna) che anche in passato avevano esercitato, come è stato esattamente osservato, un ruolo trainante nei confronti del processo autonomistico. È stato però osservato che nella prospettiva della differenziazione il rischio è quello per cui le Regioni richiedenti le nuove forme di autonomia si limitino a trainare «in primo luogo, se non esclusivamente *se stesse*»<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Evidenzia questo timore, in particolare, R. BIN, *L'insostenibile leggerezza dell'autonomia “differenziata”: allegramente verso l'eversione*, in *Forum costituzionale*, 16 marzo 2019, p. 4.

<sup>30</sup> Insiste sul punto, in particolare, L. DI MAJO, *Regionalismo differenziato: una questione di metodo, prima ancora del merito*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 1, pp. 232 ss.

<sup>31</sup> A. ZANARDI, *Le criticità del finanziamento dell'autonomia differenziata*, in *Astrid rassegna*, 2019, n. 14, p. 7.

<sup>32</sup> Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, *Le Regioni*, cit., p. 1.

<sup>33</sup> G. FALCON, *Il regionalismo differenziato alla prova*, cit., p. 631.

In questo senso, un importante e rilevante fattore è dato dalle profonde diversità, in termini economico-sociali e in termini di rendimento istituzionale, tra le Regioni: diversità che possono far parlare di una sorta di “regionalismo differenziato di fatto” che andrebbe attentamente valutato innanzitutto nell’ottica delle effettive capacità di gestione<sup>34</sup> ma anche alla luce delle risposte che altri ordinamenti hanno dato ai fenomeni di divari territoriali; risposte che non sembrano necessariamente esaltare asimmetrie e differenziazioni<sup>35</sup>.

Si tratta di una questione ampiamente nota, ma che nel più recente periodo sembra conoscere nuove evidenze. Così, a più riprese, con riferimento alla tutela della salute, la Corte dei conti ormai da anni ha messo in evidenza che «il settore sanitario resta, tuttora, alla ricerca del difficile equilibrio tra la sostenibilità finanziaria e l’esigenza di erogare un servizio a tutela del fondamentale diritto alla salute [...] Vi sono ancora margini di miglioramento dell’efficienza del sistema, carente soprattutto in alcune aree geografiche» e, pur essendosi evidenziata una riduzione dei disavanzi, «i risultati, però sono stati raggiunti anche con maggiori sacrifici per i contribuenti, determinandosi, di fatto situazioni territorialmente diseguali, sia quanto a costi posti a carico dei cittadini, sia quanto a servizi prestati»<sup>36</sup>. E già nel 2014 essa aveva osservato che «è percepito, ormai diffusamente, l’offuscamento progressivo delle caratteristiche dei servizi che il cittadino può e deve aspettarsi dall’intervento cui è chiamato a contribuire. Nella sanità, ciò ha significato, in molte Regioni, servizi di assistenza agli anziani o disabili inadeguati agli standard; qualità dell’offerta ospedaliera insufficiente e alla base di un incremento della mobilità sanitaria»<sup>37</sup>. Il dato trova conferma nelle rilevazioni le quali attestano che un’alta percentuale di cittadini rinuncia alle prestazioni pubbliche per ragioni economiche ovvero legate all’accessibilità delle strutture o, come si evince anche dal recente referto della Corte dei conti sulla gestione finanziaria dei servizi sanitari regionali riferito al 2017, è costretta a un, talvolta penoso, “turismo sanitario”. Emerge quindi un «sistema con molte diseguaglianze [...] mentre la decrescita degli investimenti da parte degli enti sanitari locali, verificatasi nel periodo 2009-2017 (-48%), rallentando l’ammodernamento delle apparecchiature tecnologiche terapeutiche, ha incre-

<sup>34</sup> Interessante è la proposta di introdurre nel nostro ordinamento un regionalismo differenziato, per così dire, “bi-direzionale” che dovrebbe comprendere anche la possibilità di limitare l’autonomia nel caso in cui una Regione dimostri una sostanziale incapacità di gestire le funzioni ad essa attribuite: A. SPADARO, *Appunti sul “regionalismo differenziato”: una buona idea che può diventare un disastro*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 19, p. 6. Questa questione, come è evidente, ne intercetta altre, a cominciare dalla necessità di tracciare un bilancio serio della prassi di utilizzazione dei poteri sostitutivi di cui all’art. 120 Cost.

<sup>35</sup> R. BIFULCO, *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 4, pp. 279 ss.

<sup>36</sup> Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, *Relazione sulla gestione finanziaria delle Regioni. Esercizio 2015*, rinvenibile in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it), pp. 231-232.

<sup>37</sup> Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Attuazione e prospettive del federalismo fiscale. Audizione presso la Commissione parlamentare per l’attuazione del federalismo fiscale*, 6 marzo 2014, p. 9 (il testo è rinvenibile in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it)).

mentato il tasso di obsolescenza delle infrastrutture, che è mediamente maggiore al Sud rispetto al Nord, con ricadute anche sulla qualità delle cure»<sup>38</sup>.

Anche per questo, non sono mancate nel più recente periodo polemiche anche aspre tra le Regioni e, in particolare, tra quelle a statuto ordinario e quelle a statuto speciale, dando luogo a conflittualità patologiche, soprattutto in materia finanziaria (come puntualmente osservato anche dalla Corte costituzionale: cfr., in particolare, la sent. 103/2018<sup>39</sup>).

Questi problemi, con ogni probabilità, non sarebbero risolti nel caso di una possibile attuazione massiccia dell'art. 116, comma 3, Cost., visto che le sfere di autonomia sarebbero almeno potenzialmente diverse per le diverse Regioni richiedenti.

Un tale scenario è peraltro presente alla dottrina e da alcuni è valutato criticamente (si è parlato criticamente di un pernicioso «fattore *emulazione*»<sup>40</sup>), da altri positivamente, sul presupposto che la prospettiva di rilancio del regionalismo, insita nell'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. troverà il suo compimento solo «quando tutte le Regioni, e non solo alcune, abbiano ottenuto la maggiore autonomia che la clausola di asimmetria consente»<sup>41</sup>. Nonostante che il Ministro Boccia abbia auspicato uno scenario in cui tutte le Regioni possano accedere all'autonomia differenziata<sup>42</sup>, occorre seriamente interrogarsi sull'opportunità ma forse sulla stessa legittimità della richiesta di maggiore autonomia da parte di Regioni in situazioni di gravissima criticità, in alcuni casi soggette alla disciplina dei piani di rientro sanitario (sono ben sette: Abruzzo, Calabria, Campania, Lazio, Molise, Puglia, Sicilia) e talvolta commissariate (Calabria, Campania, Lazio, Molise), e dunque limitate nelle loro prerogative anche legislative.

<sup>38</sup> Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, *Relazione sulla gestione finanziaria delle Regioni. Esercizio 2015*, rinvenibile in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it), p. 5.

<sup>39</sup> In essa si legge, infatti, che la garanzia di relazioni finanziarie impostate sul metodo pattizio, con riferimento alle Regioni a statuto speciale, «non può creare il paradosso di esonerare sostanzialmente queste ultime dall'obbligo, che pure grava su di esse, di contribuire al processo di necessario risanamento dei conti pubblici (art. 97, primo comma, ultimo inciso, Cost.), con l'ingiusto risultato di accollare agli altri enti del livello regionale, che non godono di pari garanzie di ordine statutario, l'onere di assicurare l'effetto finanziario complessivo perseguito dal legislatore statale» (*considerato in diritto*, n. 6.2.4): su tale pronuncia, in particolare, F. GUELLA, «Accordi» imposti unilateralmente e «transitorietà» rinnovabile all'infinito: l'inevitabile mal funzionamento della leale collaborazione in un sistema costruito su categorie ambigue, in *Le Regioni*, 2018, pp. 1022 ss.; L. ANTONINI, *Il principio di leale collaborazione e la remuntada delle Regioni nei rapporti finanziari con lo Stato: brevi riflessioni a margine di alcune recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 12.

<sup>40</sup> R. TONIATTI, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, in *Le Regioni*, 2017, p. 658. Da parte sua, il documento del Dagl di cui si dirà nel par. 4 evidenzia il rischio che «in una simile ipotesi – che in linea teorica non può certo escludersi – il riparto di competenze di cui all'articolo 117 Cost. finirebbe per essere sostanzialmente alterato, mediante la soppressione implicita della competenza concorrente, in assenza di un intervento di modifica a livello costituzionale» (p. 2).

<sup>41</sup> S. MANGIAMELI, *Appunti a margine dell'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2017, p. 664.

<sup>42</sup> Camera dei deputati, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Commissione parlamentare per le questioni regionali, 2 ottobre 2019, res. sten., p. 10.

## 4. L'art. 116, comma 3, Cost. non è un "surrogato di specialità"

La generalità dei contenuti dell'art. 116, comma 3, Cost. ha reso concretamente possibili diversità evidenti nell'approccio delle diverse Regioni alla differenziazione; diversità in qualche modo attenuate nelle bozze di intesa pubblicate nel febbraio 2019.

Anche alla luce della genesi delle diverse iniziative regionali (e, in particolare, dei discutibili *referendum* regionali dell'ottobre 2017), non si possono non evidenziare perplessità derivanti dal tentativo delle Regioni Veneto e Lombardia di considerare impropriamente l'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. come una sorta di improprio surrogato di specialità<sup>43</sup>, avendo richiesto nuove forme di autonomia rispettivamente in ventitré (Veneto) e in venti materie (Lombardia). Non a caso, lo stesso Ministro Tria nell'audizione sopra riportata ha ammesso che «in alcuni casi le richieste regionali non appaiono del tutto coerenti con i principi costituzionali (tali richieste sono spesso inerenti a materie diverse da quelle elencate nella Costituzione) e che, pertanto, vista la tassatività del disposto costituzionale, non possono essere oggetto di attribuzione»<sup>44</sup>.

Sul punto, un importante documento del Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (Dagl) del 19 giugno 2019 evidenzia seri dubbi di costituzionalità in base alla considerazione che, ai fini dell'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost., «vanno dimostrati gli interessi peculiari da soddisfare per ogni singola regione [...] che tendenzialmente non sembrano poter concretamente coincidere con tutte le materie»<sup>45</sup>. E, per inciso, anche questo discutibile approccio alla differenziazione spiega la distanza tra le amministrazioni statali e le regioni richiedenti su non pochi punti cruciali<sup>46</sup>.

Da questo punto di vista, appare allora condivisibile il rilievo del Ministro Boccia secondo il quale nei mesi scorsi «nel Paese era passato il racconto che con l'autonomia differenziata avremmo trasformato tutte le Regioni in Regioni a statuto speciale», mentre «le Regioni a statuto ordinario restano tali, con l'autonomia differenziata»<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> A. MORELLI, *Fonti e procedimenti dell'asimmetria*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 5, p. 78.

<sup>44</sup> Camera dei deputati, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, 18 aprile 2019, cit., res. sten., p. 7.

<sup>45</sup> Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, *Appunto per il Presidente del Consiglio dei Ministri. Oggetto: Applicazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione - Schemi di intesa sulle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia nelle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna*, rinvenibile in *www.astrid-online.it*, p. 2. Sul punto, in particolare, L. VANDELLI, *Il regionalismo differenziato tra peculiarità territoriali e coesione nazionale*, in *Astrid rassegna*, 2018, n. 11, pp. 4 ss.

<sup>46</sup> Il Ministro Boccia nell'audizione del 2 ottobre 2019 sopra riportata ha parlato di «molti "no"» «detti anche da amministrazioni guidate da Ministri dello stesso colore politico dei Presidenti delle Regioni»: Camera dei deputati, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Commissione parlamentare per le questioni regionali, 2 ottobre 2019, cit., p. 4.

<sup>47</sup> Camera dei deputati, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Commissione parlamentare per le questioni regionali, 2 ottobre 2019, cit.

Infatti, l'art. 116, comma 3, Cost. consente l'attribuzione di «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» attraverso una fonte “decostituzionalizzante” che trova alcuni precedenti con riferimento a fattispecie contenute negli statuti speciali (in materia finanziaria o di organizzazione interna, queste ultime abrogate con l'entrata in vigore della l. cost. 2/2001), ma che è intrinsecamente problematica<sup>48</sup>.

Tuttavia, un'interpretazione che renda l'art. 116, comma 3, Cost. coerente con i principi costituzionali, e quindi superi dubbi che pure sono stati posti, è possibile<sup>49</sup>. Sembra cioè condivisibile la tesi secondo la quale attraverso tale disposizione è possibile «rimuovere più o meno ampiamente per determinate regioni le limitazioni della potestà legislativa e amministrativa che il legislatore ordinario ha posto alle Regioni in generale, in attuazione delle numerosissime clausole di intervento ammesse sia dalla lettera della Costituzione che dalla successiva elaborazione interpretativa»; per cui il *proprium* di questa legge è dato dal «creare una relazione di specie che si innesta in quella di genere [...] Ed è proprio questa singolarità della normativa specifica per ciascuna Regione (più che la deroga a regole in sé largamente disponibili per il legislatore ordinario, e spesso di sua produzione, e più che la stessa destinazione a resistere a leggi successive, già ottenibile in forza del principio di specialità) – che rende ragione del requisito della maggioranza assoluta per l'approvazione parlamentare»<sup>50</sup>.

È stato quindi sostenuto giustamente che «il primo aspetto da considerare è lo strumento», per cui «la clausola dell'art. 116.3 riguarda ipotesi molto precise non solo perché si riferisce a situazioni particolari, che giustificano dunque particolari condizioni di autonomia, ma perché quest'ultima riguarda appunto come si è visto il trasferimento di quote di competenze legislative. Dunque, uno strumento particolare per singoli casi, di vero e proprio adattamento alle esigenze specifiche del contesto e proprio per questo, in linea di principio, con effetti limitati ai due interlocutori istituzionali del processo, cioè alle parti della intesa»<sup>51</sup>, tenendo conto che, quanto alla potestà legislativa, in forza della giurisprudenza costituzionale, «la *cerniera* dei principi fondamentali come elemento di raccordo tra le competenze statali e quelle regionali è divenuta recessiva, mentre sono balzate in primo piano le competenze statali ordinamentali [...] e quelle dette “trasversali” cui si deve aggiungere la c.d. “chiamata in sussidiarietà” e la “riemersione” della potestà legislativa

<sup>48</sup> In particolare, con posizioni non del tutto assimilabili, G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I. *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1988, pp. 116 ss.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 169 ss.; J. LUTHER, *La legislazione costituzionale*, in M. SICLARI (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, in particolare pp. 139 ss.

<sup>49</sup> Sono note le critiche di Leopoldo Elia ai contenuti dell'art. 116, comma 3, Cost. perché tale disposizione conterrebbe una deroga rispetto al principio supremo della rigidità costituzionale: L. ELIA, *Prefazione*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 18.

<sup>50</sup> G. FALCON, *Il regionalismo differenziato*, cit., p. 630.

<sup>51</sup> M. CAMELLI, *Flessibilità*, cit., p. 12. Efficacemente questo autore parla dell'art. 116, comma 3, come di «uno strumento di rifinitura della ordinaria disciplina in materia e di messa a punto di quote di decisione e di funzioni aggiuntive ritagliate su misura sulle specifiche esigenze di singole realtà regionali» (p. 7).

integrativa-facoltativa; tutto ciò, come è noto, ha inciso anche sulla latitudine delle potestà legislative c.d. “residuali”<sup>52</sup>.

In questo senso, anche la tesi secondo cui le intese dovrebbero “veicolare” la disciplina legislativa di un determinato ambito materiale da un tipo all’altro di potestà legislativa di cui all’art. 117 Cost. non può essere generalizzata, sia perché non sempre praticabile per la rilevanza di esigenze unitarie inderogabili<sup>53</sup>, sia perché l’eventuale passaggio a una potestà regionale residuale di un determinato ambito materiale potrebbe, sempre alla stregua della giurisprudenza costituzionale, non determinare un assetto più autonomistico, stante la pregnanza dei titoli legislativi “trasversali” dello Stato.

Quanto alle funzioni amministrative, le esigenze della differenziazione possono essere soddisfatte da una seria attuazione (che, come si è detto non c’è stata) dell’art. 118 Cost., riferita a tutte le Regioni, allocando con provvedimenti legislativi ordinari le funzioni sulla base dei criteri fluidi di cui al comma 1<sup>54</sup>. Per cui, rispetto a questa prospettiva, come è stato giustamente osservato, «il ruolo specifico dell’art.116.3 in base a quanto fin qui osservato è contemporaneamente più limitato e più ampio. Più limitato, perché connesso al processo appena descritto al fine completare la allocazione di nuove funzioni amministrative con il corrispondente potere legislativo: una sorta, dunque, di parziale recupero del parallelismo in versione rovesciata, dove quote di potestà legislativa seguono il trasferimento di funzioni amministrative quando ciò fosse (non è detto che sempre lo sia) necessario [...] più ampio perché il procedimento dell’art.116.3 consente in certi casi di ritoccare i confini delle materie elencate nell’art.117 Cost. trasferendo nello stesso tempo, a singole regioni, potestà legislative aggiuntive»<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> G. FALCON, *Il regionalismo differenziato*, cit., p. 628.

<sup>53</sup> Si pensi a materie che, alla stregua della giurisprudenza costituzionale, non sembrano prestarsi a una degradazione a potestà concorrente: si pensi alle norme generali sull’istruzione (per una interpretazione più autonomista cfr. S. MANGIAMELI, *Appunti*, cit., pp. 672 ss.), alla tutela della salute (R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 2), al coordinamento della finanza pubblica (A. PETRETTO, *Federalismo differenziato e finanza delle regioni a statuto ordinario: due riforme necessariamente concomitanti*, in *Astrid rassegna*, 2019, n. 13, pp. 17 ss.) o, infine, alla tutela dell’ambiente (R. BIFULCO, M. CECCHETTI, *Le attuali prospettive di attuazione dell’art. 116, comma 3, della Costituzione: una ipotesi di intesa nella materia tutela dell’ambiente e dell’ecosistema*, in *Le Regioni*, 2017, pp. 757 ss.). Sul punto, da ultimo, S. PAJNO, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 5, pp. 108 ss., secondo il quale i limiti impliciti alla differenziazione deriverebbero da una sorta di dimensione quantitativa che «deve necessariamente essere affiancata da una dimensione valutativa, che consenta di “pesare” la quantità alla luce dei principi costituzionali» (p. 111).

<sup>54</sup> M. CAMMELLI, *Flessibilità*, cit., pp. 19 ss.

<sup>55</sup> M. CAMMELLI, *Flessibilità*, cit., p. 22.

## 5. La “stagione delle intese” e le molte ombre che l’hanno contrassegnata

Come si è accennato, in assenza di un compiuto quadro di riferimento istituzionale, il Governo Conte I ha avviato un complesso percorso di definizione delle intese con le tre Regioni richiedenti, che si è arenato, prima ancora della crisi politica dell’agosto 2019, per i contrasti insuperabili tra le amministrazioni ministeriali e le Regioni stesse sui contenuti dei trasferimenti.

In concreto, sono state definite le “parti generali” delle intese, che sono state pubblicate nel sito del Dipartimento per gli affari regionali; viceversa, delle “parti speciali” circolano testi informali che, come detto, evidenziavano ancora una forte distanza su alcuni contenuti essenziali tra le Regioni e i Ministeri interessati<sup>56</sup>.

Con ogni probabilità, anche alla luce del disegno di legge elaborato dal nuovo Ministro per gli affari regionali e le autonomie, Boccia, i contenuti delle intese saranno rivisti in profondità in un arco di tempo che si prevede a questo punto non brevissimo.

È comunque opportuno accennare ai tanti problemi che i testi hanno evidenziato affinché, auspicabilmente, non si ripetano soluzioni discutibili e, in pochi casi, dubbie anche sul piano della legittimità costituzionale.

A) Un primo rilievo attiene agli ambiti materiali trasferibili: la richiesta di Lombardia e Veneto di «forme e condizioni particolari di autonomia» in tutte, o quasi tutte, le materie consentite tradisce la *ratio* dell’art. 116, comma 3, che presuppone un percorso di “specializzazione” nel quale «la rivendicazione di nuove competenze normative (e di quelle amministrative in esse rientranti) debba trovare una sua giustificazione in relazione a una particolare politica pubblica da perseguire in ambito regionale»<sup>57</sup>, consentendo «alle Regioni, che hanno sperimentato su singole materie risultati reputati convincenti, di poter ulteriormente darsi regole e procedure idonee a porre le medesime come apripista anche per le altre Regioni su puntuali e circoscritte competenze»<sup>58</sup>.

B) La *ratio* dell’art. 116, comma 3, Cost. presuppone che le intese debbano contenere una disciplina esaustiva delle materie trasferite, non essendo possibile il trasferimento della disciplina al Governo né attraverso lo strumento della delega legislativa (come invece pre-

<sup>56</sup> Come detto (par. 3), della seconda parte, decisiva per comprendere la latitudine delle forme di autonomia attribuite alle Regioni, sono circolate bozze non ufficiali, stante la sussistenza di perduranti contrasti, su alcuni punti, all’interno del Governo o tra questo e le Regioni interessate. Sul sito [www.roars.it](http://www.roars.it) sono state pubblicate bozze (informali) di intesa con le tre Regioni richiedenti aggiornate al 15 maggio 2019.

<sup>57</sup> M. MEZZANOTTE, *L’art. 116, comma 3, Cost. tra obblighi finanziari e vincoli di contenuto*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 23 ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), p. 9, che si richiama a R. BIN, *Le materie*, cit.

<sup>58</sup> R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato*, cit., p. 6.

figurato da un disegno di legge elaborato dalla Regione Veneto) né, a maggior ragione, attraverso fonti secondarie o, peggio, atti paranormativi<sup>59</sup>.

Viceversa, dalla “parte generale” delle tre intese traspariva un ruolo decisivo affidato a successivi d.p.c.m., atti di incerta qualificazione, ma certo privi di forza di legge e forse un’ennesima manifestazione di quella “fuga dal regolamento” (bypassando l’art. 17 della l. 400/1988) che connota fortemente l’attuale stagione politico-istituzionale<sup>60</sup>. Essi erano chiamati, in particolare, a determinare le risorse finanziarie, umane e strumentali nonché le forme di raccordo con le amministrazioni centrali, necessarie all’esercizio delle funzioni trasferite o assegnate ai sensi delle intese, nonché a determinare le modalità di tale attribuzione<sup>61</sup>; inoltre, proprio tali decreti avrebbero fissato la data di decorrenza dell’esercizio da parte delle Regioni delle nuove competenze conferite (sembra di capire anche di quelle legislative) che sarebbe dovuta avvenire contestualmente all’effettivo trasferimento dei beni e delle risorse finanziarie, umane, strumentali e organizzative.

Il ruolo dei d.p.c.m. negli schemi di intesa appariva quindi insieme delicato, essendo questi riferiti a regimi particolari per singole Regioni e non già all’insieme delle stesse, e decisivo. Su quest’ultimo punto, appare significativo il già citato testo dell’audizione del Ministro dell’Economia nel quale si legge che «saranno i singoli decreti del Presidente del Consiglio dei ministri lo strumento che concretamente renderà operativo il complesso disegno di autonomia differenziata. Sarà, quindi, possibile conoscere gli effetti finanziari dell’autonomia differenziata solo a seguito dell’emanazione dei vari decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, come d’altronde è già accaduto nel cosiddetto “processo di federalismo amministrativo a costituzione invariata” avviato dalla legge delega n. 59 del 1997. Di conseguenza, nell’attuale fase embrionale non è possibile esprimere una valutazione degli impatti sulla finanza pubblica»<sup>62</sup>. Da questo punto di vista, appare pienamente condivisibile la tesi secondo la quale le intese debbono contenere «un adeguato dettaglio delle funzioni richieste», riportando «una quantificazione attenta delle correlate risorse» che quindi «deve essere nel momento della valutazione da parte del Parlamento»<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Per tutti, L. VIOLINI, *Il regionalismo differenziato in bilico tra due Governi*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2019, n. 3, pp. 11-12; S. MANGIAMELI, A. FILIPPETTI, F. TUZI, C. CIPOLLONI, *Prima che il Nord somigli al Sud*, cit., pp. 222 ss.

<sup>60</sup> R. BIN, *L’insostenibile leggerezza*, cit., pp. 2 ss.; sul punto cfr. anche G. PICCIRILLI, *Gli “accordi preliminari” per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l’attuazione dell’art. 116, terzo comma, cost.*, in *Diritti regionali*, 2018, n. 2.

<sup>61</sup> Come si evince dal parere del Dagl, non è chiaro se gli stessi d.p.c.m. debbano procedere anche alla soppressione e al ridimensionamento dell’amministrazione statale periferica e al ridimensionamento, in rapporto a compiti residui delle amministrazioni centrali o se a questo compito debbano provvedere regolamenti adottati ai sensi dell’art. 17, comma 4-bis, l. 400/1988: Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, *Appunto*, cit., p. 12.

<sup>62</sup> Camera dei deputati, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Commissione parlamentare per l’attuazione del federalismo fiscale, 18 aprile 2019, cit., res. sten., pp. 7-8. Quanto al rapporto con i d.p.c.m. previsti dall’art. 7 della l. 59/1997, sia consentito un rinvio a G. TARLI BARBIERI, *Verso un regionalismo differenziato*, cit., pp. 24 ss.

<sup>63</sup> In questo senso, A. Zanardi, nell’ambito dell’audizione presso la Commissione parlamentare per l’attuazione del federalismo fiscale: Camera dei deputati, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Commissione parlamentare per l’attuazione del federalismo fiscale, 10 luglio 2019, res. sten., p. 5.

Evidentemente, un paragone tra tali atti e i decreti legislativi attuativi degli statuti speciali era (ed è) improponibile, nonostante alcune assonanze relative al procedimento di formazione (essendo i d.p.c.m. in questione redatti da apposite Commissioni paritetiche). Infatti, gli statuti speciali, in quanto leggi costituzionali, possono fondare una potestà normativa primaria anche diversa da quelle disciplinate dalla Costituzione; essa è comunque soggetta tanto al sindacato della Corte costituzionale in sede di giudizio di legittimità costituzionale, quanto, in precedenza, all'emanazione del Capo dello Stato (consistendo in speciali decreti legislativi).

C) Riguardo alla potestà legislativa nelle materie oggetto delle «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia», l'art. 2, comma 3, della bozza di intesa con l'Emilia-Romagna prevedeva che essa fosse subordinata al rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, dell'unità giuridica ed economica, delle competenze legislative statali di cui all'articolo 117, comma 2, Cost., e in particolare di quelle riferite alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, nonché dei principi fondamentali espressamente richiamati nelle disposizioni contenute nella “parte speciale” dell'intesa stessa.

Il parere del Dagl più volte richiamato ha ritenuto questa previsione meritevole di essere inserita anche nelle intese con Lombardia e Veneto, opportunamente integrata «con il riferimento a tutti i limiti, costituzionalmente previsti, per l'esercizio delle funzioni legislative e amministrative»<sup>64</sup>. Non solo, ma lo stesso documento ha proposto di inserire un richiamo a tutti i limiti costituzionalmente previsti per l'esercizio, da parte delle Regioni, della funzione legislativa e amministrativa nelle leggi di recepimento delle intese, anche ove non fosse presente in queste ultime<sup>65</sup>.

Tuttavia, non è chiaro quale fosse la latitudine del risuscitato limite dei «principi generali dell'ordinamento giuridico», nonché dell'«unità giuridica ed economica» trasposta dall'art. 120 Cost. (e l'interrogativo si pone a maggior ragione perché questa previsione, come detto, nonostante la proposta del Dagl, non era presente nelle bozze di intesa con la Lombardia e il Veneto)<sup>66</sup>.

Si consideri poi che questa potestà “generale” si sarebbe trovata a convivere nella “parte speciale” con altre, riferite a singole materie: così la bozza di intesa dell'Emilia-Romagna in materia di ambiente alludeva al rispetto «delle esigenze di carattere nazionale o sovra-regionale» che si sovrapponevano facilmente con l'«unità giuridica ed economica» di cui sopra; o si pensi ad altri casi in cui si ammetteva la possibilità per la Regione di legiferare in deroga a quanto stabilito dalla legge statale, senza precisare i limiti di questa potestà derogatoria.

<sup>64</sup> Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, *Appunto*, cit., p. 8.

<sup>65</sup> Come si legge nel documento, infatti, «non può dubitarsi, infatti, che tali limiti debbano comunque applicarsi (anche indipendentemente da ciò che sia stato convenuto nell'intesa), giacché l'art. 116, terzo comma Cost., consente di ampliare le competenze regionali, ma non certamente di prescindere dai limiti (di carattere generale e particolare) insiti nella potestà legislativa delle regioni: con il corollario che (tutti) tali limiti non potrebbero non essere inderogabilmente applicati» (p. 8).

<sup>66</sup> Nello stesso senso, S. MANGIAMELI, A. FILIPPETTI, F. TUZI, C. CIPOLLONI, *Prima che il Nord somigli al Sud*, cit., pp. 136 ss.

Sempre sul piano dei limiti, nessuna delle intese si riferiva alle competenze normative dell'Unione europea, ma evidentemente in alcune materie esse avevano una decisiva capacità di condizionamento della legislazione regionale (si pensi, solo per citare un esempio, alla materia ambientale). Sul punto, le intese (in particolare quella con l'Emilia-Romagna) prevedevano in alcuni casi meccanismi di cedevolezza della legislazione regionale rispetto a quella statale (peraltro diversamente declinata in singole fattispecie) che però lasciavano aperto il problema della latitudine della competenza regionale successivamente all'esercizio da parte dello Stato dell'attività normativa in tal modo riconosciuta.

Le tre intese sembravano poi fondare una competenza, non del tutto chiara, in ordine all'organizzazione e all'esercizio delle funzioni amministrative locali riferite alle materie oggetto dell'intesa, definita «complementare»<sup>67</sup>; essa incontrava per l'Emilia-Romagna l'insieme dei limiti sopra riportati (viceversa per le altre Regioni, in assenza di ulteriori indicazioni, è da ritenere che trovassero applicazione le previsioni contenute nell'art. 118 Cost.). E d'altra parte, non appariva del tutto chiaro il rapporto tra questa previsione e quella ulteriore (art. 4, comma 3), secondo la quale la Regione poteva conferire in tutto o in parte, con legge, le funzioni amministrative ad essa attribuite ai Comuni, alle Province e alle Città metropolitane e disciplinarne l'esercizio, attribuendo agli enti locali le risorse necessarie. Le tre intese alludevano poi a una non meglio precisata potestà legislativa di esecuzione delle disposizioni dell'intesa e della legge (art. 7, comma 4), di cui non era specificata né l'ampiezza né i limiti né i rapporti con la potestà legislativa "generale" di cui si è detto, e con quella riconosciuta alle Regioni in forza di singole disposizioni della "parte speciale". Infine, quanto ai rapporti tra potestà legislativa statale e potestà legislativa regionale, le tre intese prevedevano che, fino a quando la Regione non avesse esercitato i suoi nuovi poteri legislativi, continuavano ad applicarsi le leggi dello Stato. Prevedevano poi che «la legge regionale, nelle materie oggetto di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia legislativa di cui alla presente intesa, individua espressamente le disposizioni statali delle quali cessa l'efficacia nella Regione [...] a seguito dell'entrata in vigore della normativa regionale, stabilendone altresì la decorrenza» (art. 7, comma 2).

Come è stato affermato, sarebbero state quindi le leggi regionali a disporre la cessazione dell'applicazione delle leggi dello Stato, sostituendosi a queste ultime, secondo uno schema che sembrava trasposto dall'art. 17, comma 2, della l. 400/1988 con riferimento alla delegificazione, ma in termini parzialmente diversi, nel senso che le leggi regionali avrebbero individuato espressamente le leggi statali che non sarebbero state più efficaci nella Regione, e erano quindi (parzialmente) abrogate<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> S. MANGIAMELI, A. FILIPPETTI, F. TUZI, C. CIPOLLONI, *Prima che il Nord somigli al Sud*, cit., p. 136.

<sup>68</sup> R. BIN, *L'insostenibile leggerezza*, cit., p. 3. Sul punto, cfr. anche A. BONOMI, *Il "fenomeno" della cessazione d'efficacia della legge statale ad opera della legge regionale nel regionalismo differenziato: aspetti problematici*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 4, pp. 247 ss.

Tale cedevolezza “rovesciata” in favore della legge regionale avrebbe lasciato alla stessa margini di discrezionalità potenzialmente molto estesi, tanto che il già citato parere del Dagl riteneva necessario «un maggiore coinvolgimento di organi statali»<sup>69</sup>, senza però ulteriori specificazioni.

Forse per arginare i rischi connessi ad un esercizio scorretto di questa discrezionalità, le tre intese prevedevano che «in attuazione del principio di leale collaborazione le leggi regionali di attuazione della presente Intesa, sono comunicate al Ministro per gli affari regionali e le autonomie, prima dell’approvazione definitiva da parte del Consiglio regionale» (art. 8, comma 3).

La formulazione di tale disposizione sembrava quindi consentire che la proposta di legge fosse esaminata e discussa dal Consiglio regionale ma non votata in via definitiva se non dopo la comunicazione. Rimaneva da definire come avvenisse la fase successiva alla comunicazione, in particolare la presentazione e l’approvazione di emendamenti conseguenti all’interlocuzione con il Ministero; né era chiaro se un’eventuale intesa tra il Ministro per gli affari regionali e la Regione interessata<sup>70</sup> potesse escludere l’impugnazione della legge regionale da parte del Governo.

D) Da più parti, opportunamente si è sottolineata l’opportunità che nelle intese siano previste clausole volte, da un lato, a limitarne la durata nel tempo<sup>71</sup> e, dall’altro, a individuare procedimenti di verifica della loro attuazione, allo scopo di consentire, dopo un certo termine, a seconda dei casi, il rinnovo, la riforma ovvero la rinuncia. Tali clausole, menzionate nel disegno di legge attuativo dell’art. 116, comma 3, Cost. del Governo Prodi, e previste altresì nelle pre-intese del 28 febbraio 2018, sono scomparse nelle bozze di intesa del febbraio 2019, salvo un ambiguo e generico riferimento a un monitoraggio periodico, su richiesta di una delle parti, sull’esercizio delle competenze attribuite e a verifiche su specifici aspetti o settori di attività (art. 8). Questa previsione, come si dirà (par. 5), è stata inserita anche nel disegno di legge Boccia.

Opportunamente, infatti, le pre-intese stipulate da Lombardia, Veneto, Emilia-Romagna con il Governo Gentiloni prevedevano un termine di durata decennale collegato a un processo di verifica e controllo dei risultati e alla conseguente possibilità di rinnovo dell’intesa o alla sua rinegoziazione.

Come è stato evidenziato, questo aspetto è da rimarcare nella misura in cui tali clausole dovrebbero essere considerate da alcuni addirittura costituzionalmente necessarie se si traessero fino in fondo le conseguenze «della spettanza allo Stato delle materie devolvibili

<sup>69</sup> Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, *Appunto*, cit., p. 11.

<sup>70</sup> Non essendo peraltro chiaro quale organo di quest’ultima l’avrebbe stipulata.

<sup>71</sup> M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell’esame parlamentare*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 6 ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), p. 37; M. CECGHETTI, *La differenziazione delle forme e condizioni dell’autonomia regionale nel sistema delle fonti*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2002*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 152. Perplexità sul punto sono manifestate da A. RUGGERI, *La “specializzazione” dell’autonomia regionale: se, come e nei riguardi di chi farvi luogo*, in *Ist. fed.*, 2008, p. 40.

ex art. 116, 3° co., almeno nella parte di esse che l'art. 117 attribuisce alla competenza statale, cioè per i principi fondamentali nelle materie di competenza concorrente e per le tre materie di competenza legislativa esclusiva statale»<sup>72</sup>.

Il venir meno dell'indicazione di un termine di durata, come si legge nel già citato parere del Dagl, può di fatto rendere «irreversibile il processo in atto, posto che nei termini attuali una modifica delle intese sarebbe prefigurabile soltanto in presenza di un nuovo accordo Stato-Regione, volto a rivedere il complesso delle materie in un'ottica di (eventuale) riduzione dell'autonomia differenziata»<sup>73</sup>.

Infatti, una eventuale abrogazione (totale o parziale) della legge di differenziazione da parte di una legge ordinaria successiva (non preceduta da intesa né approvata a maggioranza assoluta) dovrebbe ritenersi costituzionalmente illegittima; per cui la revoca dell'intesa potrebbe avvenire solo con una nuova legge approvata sulla base del procedimento di cui all'art. 116, comma 3, e dunque previa intesa e a maggioranza assoluta in entrambe le Camere, ovvero con una legge costituzionale<sup>74</sup>.

Ciò detto, quindi, se la scelta per clausole di limitazione della durata nel tempo delle intese è da ritenere opportuna, non può essere sottovalutato l'impatto dell'applicazione della "clausola di dissolvenza" soprattutto con riguardo alla sorte degli atti, a cominciare dalle leggi regionali adottate nell'ambito delle «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» ex art. 116, comma 3, Cost.

## 6. La (potenziale) seconda fase dell'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.: il c.d. disegno di legge Boccia

Il Governo Conte II ha riassunto il tema dell'autonomia differenziata in termini assai diversi rispetto all'Esecutivo precedente: partendo dal presupposto che «per attuare meglio l'articolo 116, terzo comma, della Costituzione sia opportuno non dimenticare tutta la restante parte della Costituzione, non solo il titolo V, ma anche l'articolo 3», e che la stipula delle intese non sia possibile senza procedere prima ad un'attuazione degli artt. 117, 118 e 119 Cost., il nuovo Ministro per gli affari regionali e le autonomie, Francesco Boccia, in sede di audizione presso la Commissione parlamentare per le questioni regionali sulle linee programmatiche nelle materie di propria competenza (2 ottobre 2019), ha preannunciato un capovolgimento di prospettiva: egli infatti ha preannunciato un disegno di legge attuativo

---

<sup>72</sup> M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato*, cit., p. 37.

<sup>73</sup> Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, *Appunto*, cit., p. 10. Infatti anche la bozza di intesa con l'Emilia-Romagna, nella "parte generale" prevede che «eventuali e successive modifiche ai contenuti della presente Intesa, ovvero della legge rinforzata che la approva, presuppongono la riapertura del negoziato tra il Governo e la Regione» (art. 7, comma 5).

<sup>74</sup> M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato*, cit., pp. 35 ss.

dell'art. 116, comma 3, Cost., quale «cornice unica nazionale entro la quale possono essere innestate tutte le intese», quale fonte sulla base della quale definire i livelli essenziali delle prestazioni «che sono la garanzia per la rimozione di qualsiasi diseguaglianza» e porre la disciplina di «raccordo con tutti i fondi pluriennali di investimento e quindi di copertura, non solo sulla spesa in conto capitale ma anche su alcuni servizi che incidono sulla riduzione delle diseguaglianze», ponendo un vincolo, quindi, «per tutti i fondi a essere destinati prioritariamente alle aree in ritardo di sviluppo, perché le diseguaglianze non sono solo tra Sud e Nord ma anche tra Nord e Nord»<sup>75</sup>.

Pertanto, l'ipotesi di una legge attuativa dell'art. 116, comma 3, Cost., che sembrava tramontata, sembra tornata di attualità<sup>76</sup>. Del resto il già citato documento della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome dell'ottobre 2018 ha affermato «la centralità e il ruolo propulsivo delle Regioni nel processo di definizione dei nuovi assetti istituzionali volto alla realizzazione della “autonomia differenziata”, individuando un percorso procedurale e uno strumento per tutte le Regioni che vi faranno richiesta»<sup>77</sup>, anche allo scopo «d'impedire che anche sul piano procedurale si producano discriminazioni in base al colore politico del governo della Regione interessata alla trattativa, ossia che le stesse regole procedurali diventino oggetto di negoziazione politica»<sup>78</sup>.

Il percorso prevede quindi la presentazione di un disegno di legge, individuato quale collegato alla manovra di bilancio 2020-2022 nella nota di aggiornamento al DEF, recante «Interventi per favorire l'autonomia differenziata ai sensi dell'articolo 116, comma 3, della Costituzione attraverso l'eliminazione delle diseguaglianze economiche e sociali nonché l'implementazione delle forme di raccordo tra Amministrazioni centrali e regioni, anche al fine della riduzione del contenzioso costituzionale».

Diversamente, l'accordo tra i capigruppo della maggioranza in tema di riforme istituzionali del 7 ottobre 2019 allude addirittura a «possibili interventi costituzionali», in particolare finalizzate «alla valorizzazione delle Camere e delle Regioni per un'attuazione ordinata e tempestiva dell'autonomia differenziata»<sup>79</sup>; ma questa prospettiva, ad oggi, non ha avuto alcun seguito.

In ogni caso, questa diversità di sensibilità contribuisce a spiegare il ritardo nella presentazione alle Camere della proposta di legge, mentre, condivisibilmente, è stata abbandonata l'idea di trasferirne i contenuti nel disegno di legge di bilancio di previsione per il 2020.

<sup>75</sup> Camera dei deputati, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Commissione parlamentare per le questioni regionali, 2 ottobre 2019, cit., pp. 5 ss.

<sup>76</sup> R. BIFULCO, *I limiti*, cit., p. 277, valuta positivamente il disegno di legge “Boccia” «per il legame strutturale che intende instaurare con l'art. 119 e con la sua legge di attuazione».

<sup>77</sup> Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, *Le Regioni*, cit., p. 2.

<sup>78</sup> A. MORELLI, *Fonti e procedimenti*, cit., pp. 84-85.

<sup>79</sup> Il testo è rinvenibile in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

È noto che sulla necessità di una legge attuativa dell'art. 116, comma 3, Cost. la dottrina si è divisa<sup>80</sup>. Certo, anche dal “precedente” costituito dallo schema di disegno di legge elaborato dal secondo Governo Prodi si possono ricavare argomenti a favore di questa possibilità<sup>81</sup>; né appare convincente l'obiezione per cui nell'art. 116, comma 3, Cost. non ci sarebbe spazio per fonti diverse da quelle di approvazione delle intese<sup>82</sup>: in realtà tale disposizione non impedisce al Parlamento di intervenire compiutamente e preventivamente in ordine ai presupposti istituzionali per la stipula delle intese, delineando, per così dire, una sorta di “perimetro istituzionale” destinato a vincolare il Governo, da una parte, e le Regioni richiedenti, dall'altra. Certo, rimangono i dubbi legati al fatto che la legge in questione si potrebbe trovare a vincolare i contenuti di una fonte atipica e rinforzata<sup>83</sup>: ma questi non attengono al piano della costituzionalità quanto della possibile “disapplicazione” della stessa da parte del Parlamento in sede di approvazione delle intese<sup>84</sup>.

Sul piano dei contenuti, l'art. 1 del testo definisce i principi per l'attribuzione alle Regioni di forme e condizioni particolari di autonomia, *ex art.* 116, comma 3, Cost., e prevede che le intese debbano conformarsi, in particolare, alle seguenti previsioni (non senza qualche ambiguità, definiti «obiettivi e previsioni»): *a*) compatibilità, nelle materie oggetto di attribuzione differenziata, con i livelli essenziali delle prestazioni o con gli obiettivi di servizio di cui al d.lgs. 68/2011 su tutto il territorio nazionale, nonché con i fabbisogni standard; *b*)

<sup>80</sup> Un quadro sintetico delle diverse posizioni è rinvenibile in M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato*, cit., p. 11. Cfr. anche L. VIOLINI, *Il regionalismo differenziato*, cit., pp. 8 ss. Da ultimo, ha suggerito di trasporre in una legge *ad hoc* la “parte generale” delle intese B. CARAVITA, *Un doppio binario per l'approvazione del regionalismo differenziato?*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 13, pp. 3 ss.

<sup>81</sup> In effetti la relazione illustrativa al disegno di legge si soffermava sull'assenza nell'art. 116, comma 3, di indicazioni circa l'iniziativa regionale, l'acquisizione del parere degli enti locali, la formazione dell'intesa fra lo Stato e la Regione, nonché circa i rapporti fra l'intesa e la legge e fra queste ed i principi del federalismo fiscale e finanziario di cui alla legge statale di attuazione dell'art. 119 Cost., concludendo: «L'assenza di parametri procedurali e sostanziali di carattere generale, comportando un quadro di incertezza istituzionale ed il rischio di incongruenze giuridico-finanziarie nei singoli, ipotetici interventi legislativi per l'ampliamento dell'autonomia di regioni a statuto ordinario, costituirebbe, invero, un ostacolo rilevante ai fini della concreta applicazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione»; il testo del disegno di legge e della relazione illustrativa è rinvenibile in *www.astrid-online.it*.

<sup>82</sup> Da ultimo, L. MAZZAROLLI, *Considerazioni a prima vista di diritto costituzionale sulla «bozza di legge-quadro» consegnata dal Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie del Governo Conte II, Francesco Boccia, ai Presidenti Zaia, Fontana e Bonaccini, in materia di articolo 116, co. 3, Cost.*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 21, pp. 10 ss.

<sup>83</sup> Per superare questo problema si è proposto l'adozione di una legge costituzionale: S. STAIANO, *Autonomia differenziata, la lezione del 2001: no a riforme fatte per paura*, in *Diritti regionali*, 2019, n. 3; A. MORELLI, *Fonti e procedimenti*, cit., p. 86.

<sup>84</sup> In questo senso è il documento del Dagl già citato, p. 4. In ogni caso, non si può considerare nemmeno un “surrogato” di tale legge i contenuti dell'art. 1, comma 571, della l. 147/2013 (legge di stabilità per il 2014), invero di scarsa utilità (come è noto, tale disposizione si limita a prevedere, con grande ambiguità, che «anche ai fini di coordinamento della finanza pubblica, il Governo si attiva sulle iniziative delle Regioni presentate al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro per gli affari regionali ai fini dell'intesa ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento»). D'altra parte, la preoccupazione secondo la quale il disegno di legge “Boccia” «giunge in momento troppo avanzato del processo in corso, imponendo una sorta di retromarcia e di ripartenza ad un momento precedente persino alle Pre-intese del 2018» non sembra decisiva, collocandosi più sul terreno dell'opportunità politica che su quello dell'opportunità (o della necessità) istituzionale di un tale, possibile intervento legislativo: così, invece, L. VIOLINI, *Il regionalismo differenziato*, cit., p. 10.

finanziamento, nel rispetto dell'art. 17 della l. 196/2009, delle funzioni attribuite, in coerenza con i principi e i criteri direttivi di cui all'art. 2, comma 2, lett. *m*), della l. 42/2009<sup>85</sup>; *c*) nelle materie oggetto di attribuzione differenziata, rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, previsti dall'art. 118 Cost., oltre che del principio solidaristico che connota il sistema degli enti locali; al conferimento delle funzioni si procede tenuto conto delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane definite dalla legislazione statale, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. *p*), Cost.; *d*) qualora entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge di approvazione dell'intesa che attribuisce per la prima volta la funzione, non siano stati determinati i livelli essenziali delle prestazioni, gli obiettivi di servizio e i relativi fabbisogni standard, e fino alla loro determinazione, attribuzione delle funzioni con decorrenza dal 1° gennaio dell'esercizio immediatamente successivo; assegnazione delle relative risorse con D.p.c.m., su proposta del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa con la Regione interessata, sulla base del riparto delle risorse a carattere permanente iscritte nel bilancio dello Stato a legislazione vigente; *e*) decorrenza delle competenze legislative attribuite con l'intesa, non correlate all'esercizio delle funzioni amministrative e al corrispondente trasferimento delle risorse, dalla data di entrata in vigore della relativa legge di approvazione; *f*) ai fini del coordinamento della finanza pubblica, facoltà dello Stato di stabilire, in relazione agli andamenti del ciclo economico e dei conti pubblici, misure transitorie a carico della Regione, a garanzia dell'equità nel concorso al risanamento della finanza pubblica, previa adozione delle medesime misure con impatto finanziario su tutto il territorio nazionale.

Dubbi e perplessità hanno riguardato soprattutto i contenuti della lett. *d*), tanto che lo stesso Ministro Boccia ha preannunciato che la proposta di legge che sarà presentata alle Camere conterrà una diversa previsione, per cui fino all'avvenuta determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni non saranno trasferite funzioni ovvero saranno trasferite funzioni non connesse con detti livelli<sup>86</sup>: si tratta di una modifica del tutto condivisibile, essendo la determinazione dei livelli essenziali ineludibile, come più volte precisato, ai fini dell'attuazione dell'art. 116, comma 3<sup>87</sup>.

<sup>85</sup> Tale disposizione allude al superamento graduale, per tutti i livelli istituzionali, del criterio della spesa storica a favore: 1) del fabbisogno standard per il finanziamento dei livelli essenziali di cui all'art. 117, comma 2, lett. *m*), Cost., e delle funzioni fondamentali di cui all'art. 117, comma 2, lett. *p*), Cost.; 2) della perequazione della capacità fiscale per le altre funzioni.

<sup>86</sup> S. MANGIAMELI, A. FILIPPETTI, F. TUZI, C. CIPOLLONI, *Prima che il Nord somigli al Sud*, cit., pp. 143 ss.

<sup>87</sup> In questo senso, è anche la più recente relazione semestrale della Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, nella quale si legge che la mancata definizione dei livelli essenziali non rende praticamente possibile identificare i fabbisogni «soprattutto in alcune funzioni, come l'istruzione pubblica, gli asili nido e il servizio di raccolta dei rifiuti, in cui tecnicamente è possibile distinguere costi da quantità. In questi settori quindi il problema non è l'individuazione della stima di costo, ma il parametro di moltiplicazione del costo, rappresentato dal livello delle prestazioni che si ritengono essenziali per il dato servizio, al fine di indicare esattamente le risorse che sono necessarie per soddisfare quel livello di servizio. Anche per la corretta determinazione dei fabbisogni *standard* nel caso di servizi a domanda

Sul piano procedimentale è previsto che il Ministro per gli affari regionali e le autonomie trasmetta entro dieci giorni alle Camere lo schema di intesa sottoscritto con il Presidente della Regione interessata per le conseguenti deliberazioni parlamentari, da assumere entro sessanta giorni dalla trasmissione. Le deliberazioni sono trasmesse al Governo e alla Regione per le rispettive valutazioni, ai fini della determinazione del testo definitivo dell'intesa. Decorso inutilmente il termine, si può procedere comunque alla sottoscrizione. Il Consiglio dei Ministri, esaminati le deliberazioni parlamentari e le valutazioni della Regione, autorizza il Presidente del Consiglio (o, se delegato, il Ministro per gli affari regionali) a stipulare l'intesa con il Presidente della Regione e, entro trenta giorni dalla sottoscrizione dell'intesa, delibera la presentazione alle Camere del disegno di legge di approvazione dell'intesa.

Sul punto, il testo prevede un opportuno coinvolgimento delle Camere nella fase precedente alla stipula delle intese ma non risolve (né, probabilmente, avrebbe potuto risolvere) il problema dell'emendabilità del disegno di legge di approvazione dell'intesa. Sul punto si rinvia al par. 8.

Infine, trasponendo un contenuto già desumibile dalle bozze di intesa, si prevede che Stato e Regione sottopongano a verifica l'intesa almeno entro il termine del decimo anno dall'entrata in vigore della legge di attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia o nel più breve termine fissato dall'intesa stessa. Lo Stato e la Regione possono comunque assumere in qualsiasi momento l'iniziativa per la revisione dell'intesa (cfr. *supra*, par. 5).

L'art. 2 disciplina le modalità di definizione dei livelli essenziali delle prestazioni, degli obiettivi di servizio e dei fabbisogni standard nelle materie oggetto di intesa, nei limiti delle risorse a carattere permanente iscritte nel bilancio dello Stato a legislazione vigente, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge di approvazione dell'intesa che attribuisce per la prima volta la funzione, con D.P.R., su proposta del Presidente del Consiglio e del Ministro per gli affari regionali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti i Ministri competenti.

Per l'attuazione di tale previsione, era prevista la nomina di un Commissario ad opera del Ragioniere generale dello Stato, al fine di garantire la compatibilità finanziaria con gli obiettivi di finanza pubblica. Per arginare polemiche sollevate a livello politico, rispetto al testo esaminato dal Consiglio dei Ministri, nel testo che sarà presentato alle Camere dovrebbe essere espunta la previsione dell'assunzione di dirigenti generali e, probabilmente la stessa nomina del Commissario, con il probabile conferimento al Ragioniere generale dello Stato delle funzioni attuative in questione. Al fine di garantire che la definizione possa avvenire nei termini previsti, dovrebbero altresì essere previste sanzioni, consistenti

---

individuale per cui è stato stimato il costo è necessario disporre dei LEP»: Camera dei deputati, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, *Relazione semestrale*, cit., p. 30.

in tagli lineari nella legge di bilancio, a carico dei Ministeri che non forniscano i dati necessari (cfr. anche *infra*, par. 8).

Importante è infine l'art. 3, che istituisce un fondo perequativo finalizzato ad «assicurare il recupero del deficit infrastrutturale delle diverse aree geografiche del territorio nazionale, anche infra-regionale». Tale previsione è collegata strettamente anche, ma non solo, all'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost., in quanto, in generale, viene fissato principio secondo il quale la perequazione diviene parametro sul quale commisurare in generale l'erogazione delle risorse dedicate alle infrastrutture.

In sintesi, i contenuti del disegno di legge appaiono importanti, anche se inevitabilmente limitati rispetto alla strategia di attuazione organica del Titolo V della Costituzione: in particolare, come accennato, rimangono ancora da definire le regole sul trasferimento organico delle funzioni amministrative a tutte le Regioni<sup>88</sup> e da attuare compiutamente l'art. 119 Cost., «in modo da garantire adeguate coerenze» con il processo di realizzazione dell'autonomia differenziata<sup>89</sup>, in un quadro di «adeguato assestamento» del procedimento di finanziamento delle Regioni<sup>90</sup>, allo scopo di pervenire alla «costruzione dell'autonomia differenziata nella cornice costituzionale»<sup>91</sup>.

## 7. I nodi ancora irrisolti: le peculiarità delle materie, in particolare della “tutela della salute”

Pur con questi limiti, si può allora affermare in primo luogo la correttezza dell'approccio all'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. delineato dal Governo Conte II.

Certo, non mancano ancora questioni non risolte e nodi problematici di non poco momento. Essi riguardano, in primo luogo, la definizione delle materie oggetto di “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia” ex art. 116, comma 3, che non sono tutte eguali, perché diverso è lo spessore degli interessi unitari sottesi ad esse e diversa è, di conseguenza, la latitudine delle prerogative statali concretamente esercitabili<sup>92</sup>.

Uno degli esempi più chiari al riguardo è dato proprio dalla “tutela della salute”, in ordine alla quale sono stati denunciati, e non a torto, rischi di “destrutturazione” del Servizio

<sup>88</sup> Per tutti, M. CAMMELLI, *Flessibilità*, cit.

<sup>89</sup> In questo senso, A. Zanardi, nell'ambito dell'audizione presso la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale: Camera dei deputati, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, 10 luglio 2019, cit., p. 8.

<sup>90</sup> Corte dei conti, Sezione delle autonomie, *Audizione della Corte dei conti su attuazione del federalismo fiscale e definizione delle intese ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione* (testo allegato a Camera dei deputati, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, 10 luglio 2019, p. 3).

<sup>91</sup> Così il Ministro Boccia: Camera dei deputati, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Commissione parlamentare per le questioni regionali, 2 ottobre 2019, cit., p. 5.

<sup>92</sup> Cfr. anche *supra*, nt. 53.

sanitario nazionale e quindi di una lesione del diritto alla salute nella sua declinazione di diritto sociale, espressione dei principi costituzionali di eguaglianza sostanziale e di solidarietà<sup>93</sup>. Tali rischi non derivano dall'art. 116, comma 3, Cost. ma dall'interpretazione di tale disposizione data principalmente da talune forze politiche che però si è tradotta nelle bozze di intesa circolate più o meno informalmente, come accennato, nei mesi scorsi.

In premessa, in questa materia non vi è certo da “costruire” un percorso di regionalizzazione che anzi è stato intrapreso già prima dell'entrata in vigore della riforma del Titolo V della Costituzione, dando luogo anche a ricostruzioni critiche (si è parlato di 21 sistemi diversi, anzi troppo diversi tra loro, definiti «tante organizzazioni istituzionali per la salute quante sono le Regioni»<sup>94</sup> ed è noto che le risorse destinate alla sanità “pesano” sui bilanci delle Regioni a statuto ordinario tra il 75 e l'80%); proprio tali critiche, per inciso, sono state alla base di alcune previsioni, contenute nel testo “Renzi-Boschi” respinto nel *referendum* costituzionale del 2016, che avrebbero introdotto una competenza legislativa esclusiva in materia di «disposizioni generali e comuni per la tutela della salute», che si sarebbe dovuta problematicamente intersecare con una competenza regionale residuale in materia «di dotazione infrastrutturale, di programmazione e organizzazione dei servizi sanitari e sociali»<sup>95</sup>.

La regionalizzazione, in uno con quella della aziendalizzazione, sono il punto di arrivo delle diverse riforme che si sono succedute dopo l'entrata in vigore della l. 833/1978; esse hanno anche dovuto fare i conti e fronteggiare visioni che avrebbero voluto limitare la presenza pubblica nella sanità, in tal modo rompendo «l'equazione tra diritto alla salute e organizzazione del Servizio sanitario nazionale su base pubblica, in vista di una sua riorganizzazione su basi diverse, considerate più moderne e adeguate alla menzionata tendenza individualizzante e soggettivizzante del vivere contemporaneo»<sup>96</sup>.

In questo senso, la stretta correlazione tra tutela del diritto alla salute come sopra configurato ed esistenza di un Servizio sanitario nazionale<sup>97</sup> non può essere spezzata facendo leva sull'art. 116, comma 3, Cost., posto che il richiamo all'eguaglianza sostanziale, al principio di solidarietà e allo stesso principio personalista postula l'esistenza di presidi unitari, anche e soprattutto di carattere organizzativo, finalizzati a ridurre le diseguaglianze

<sup>93</sup> Sul punto, per tutti, R. BALDUZZI, *Quasi un editoriale. Dopo 40 anni, verso una destrutturazione del Ssn?*, in questa *Rivista*, 2018, n. 3, pp. 465 ss.; sul collegamento tra Servizio sanitario nazionale e tutela del diritto alla salute, cfr. anche, per tutti, D. MORANA, *La salute come diritto fondamentale. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 69 ss.; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 34 ss.

<sup>94</sup> E. GRIGLIO, *L'organizzazione istituzionale per la tutela della salute in ambito regionale*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 219.

<sup>95</sup> Su tali previsioni, per tutti, P. CARETTI, *La potestà legislativa regionale nelle proposte di riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione*, in G. CERRINA FERONI, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Le Regioni dalla Costituente al nuovo Senato della Repubblica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, pp. 44 ss.; U. DE SIERVO, *I più che discutibili contenuti del progettato art. 117 della Costituzione*, in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, cit., pp. 291 ss.

<sup>96</sup> R. BALDUZZI, *Quasi un editoriale*, cit., p. 471.

<sup>97</sup> Per tutti, C. PINELLI, *La revisione costituzionale del 2001 e le sue ricadute in campo sanitario*, in questa *Rivista*, 2018, n. 3.

territoriali e non a cristallizzarle<sup>98</sup>, alla luce degli obiettivi che il legislatore ordinario ha perseguito, in ossequio all'art. 32 Cost., ovvero universalità dei destinatari, globalità della copertura assistenziale, equità di accesso sotto il profilo economico e territoriale. In altre parole, l'art. 116, comma 3, Cost. non può costituire un ulteriore fattore di indebolimento e «di crisi del federalismo solidaristico e cooperativo regolato dal titolo V, parte II, della Costituzione»<sup>99</sup> (e la recente emergenza sanitaria nazionale, sulla quale la riflessione anche giuridica è appena all'inizio, sembra deporre chiaramente in questo senso).

Non è un caso che tra questi strumenti di garanzia dell'uniformità dei diritti un ruolo importante è da riconoscere ai meccanismi di intesa tra lo Stato e le autonomie territoriali che in molti essenziali ambiti (tra questi, la determinazione dei LEA o la determinazione dei «patti per la salute») precedono l'adozione di decisioni spesso riservate al primo e, secondo la giurisprudenza costituzionale, «rappresentano l'unico strumento di effettiva concertazione plurale fra Stato e Regioni a garanzia dell'uguaglianza e dell'uniformità delle prestazioni»<sup>100</sup>. In questo senso, si è proposto, non infondatamente, che la stipula delle intese *ex art.* 116, comma 3, Cost. sia preceduta da uno specifico accordo in materia di tutela della salute che, attraverso il sistema delle Conferenze, coinvolga tutte le Regioni, quantomeno con riferimento alle ricadute sistemiche e finanziarie sull'insieme degli enti, derivanti dalla maggiore autonomia<sup>101</sup>.

Questo approccio dovrebbe essere funzionale a che l'attuazione dell'art. 116, comma 3 non scalfisca questi indispensabili presidi unitari, partendo dal presupposto che le Regioni dispongono già di spazi non irrilevanti di autonomia in materia di organizzazione del Servizio sanitario regionale, che, stante l'allocazione alla potestà concorrente della «tutela della salute», buone pratiche esistenti e sperimentate in una Regione possono essere estese all'intero sistema e, infine, che il trasferimento di ulteriori funzioni amministrative può essere ben perseguito attraverso l'organica attuazione dell'art. 118 Cost.: in questo senso, spazi di maggiore autonomia sono stati ritenuti possibili, ad esempio, in materia di farmacovigilanza o in tema di organizzazione dei servizi ospedalieri e territoriali<sup>102</sup> che però dovranno essere opportunamente individuati, delimitati e motivati anche in punto di espressa indicazione dei principi fondamentali che potrebbero essere derogati dalle Regioni.

D'altra parte, non sembra che il buono stato di salute dei bilanci delle Regioni richiedenti possa da solo giustificare l'attivazione di non presidiati nuovi spazi di autonomia, posto che anche l'esigenza di allentare alcuni vincoli di spesa introdotti dalla «legislazione della

<sup>98</sup> R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato*, cit., pp. 7 ss.

<sup>99</sup> F. GALLO, *I limiti del federalismo differenziato*, in *Astrid rassegna*, 2019, n. 9, p. 1.

<sup>100</sup> A. PIOGGIA, *Diritto sanitario*, cit., p. 58.

<sup>101</sup> F. ANGELINI, *Autonomia differenziata e tutela della salute: autonomia competitiva dei Sistemi sanitari regionali vs universalismo solidale del Sistema sanitario nazionale*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 15, pp. 10 ss.

<sup>102</sup> R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato*, cit.

crisi” deve fare i conti con i rischi di destrutturazione del sistema che sarebbero indotti da un approccio alla differenziazione connotato da «vincoli finanziari forti e certi, ma vincoli sostanziali deboli e indeterminati»<sup>103</sup>.

Tuttavia, la lettura delle bozze di intesa, aggiornate, nella parte speciale, al maggio scorso, non appariva rassicurante, pur evidenziando ancora un mancato *idem sentire* tra il Governo e le Regioni richiedenti (la Lombardia ma soprattutto il Veneto, che ha proposto la sostanziale riscrittura delle disposizioni in materia di sanità allargando molto lo spettro della maggiore autonomia e contestando i contenuti della bozza).

In particolare, i punti più rilevanti da sottolineare apparivano i seguenti:

- a) gli ambiti oggetto di “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia” erano declinati in termini spesso alquanto generici: si pensi alla «definizione dell’assetto istituzionale del sistema sociosanitario regionale e dei relativi profili organizzativi, tenendo conto degli standard definiti a livello nazionale» che la Regione Veneto avrebbe voluto sottrarre alla potestà concorrente e subordinare al solo rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni e dell’equilibrio di bilancio ed estendere all’intero sistema sanitario; da parte sua, la Regione Lombardia e la Regione Emilia-Romagna proponevano di includere in questa competenza anche la disciplina degli organi, della direzione strategica, ferme restando le disposizioni nazionali in materia di selezione della dirigenza sanitaria; da parte sua, la bozza di intesa con l’Emilia-Romagna conteneva la richiesta di un lungo elenco di ulteriori competenze che sarebbero state attribuite in ragione del perseguimento di generiche finalità;
- b) in forme diverse le intese evidenziavano un intreccio tra richieste di autonomia in tema di compartecipazione alla spesa e quelle concernenti i cosiddetti fondi sanitari integrativi: come è stato evidenziato, «in un campo in cui le interrelazioni regionali sono strettamente dipendenti dall’assetto di fondo del sistema, una devoluzione riferita a questo o quel territorio regionale non potrebbe che comportare la destrutturazione del Ssn e l’aumento delle diseguaglianze, senza che siano chiaramente percepibili i vantaggi in termini di tutela della salute e garanzia dei Lea. Anzi, stante il prevedibile carattere largamente sostitutivo e non meramente integrativo delle prestazioni coperte da tali fondi, si genererebbero duplicazioni e si aggraverebbero le disparità tra territorio e territorio, tra cittadino e cittadino»<sup>104</sup>;
- c) nello stesso senso, erano istituiti nuovi profili professionali con una serie di previsioni che, investendo i caratteri del rapporto di lavoro, avrebbero impattato inevitabilmente su ambiti competenziali riservati allo Stato, a cominciare dall’ordinamento civile<sup>105</sup> (così, la competenza in materia di incarichi conferiti, previa valutazione comparativa,

<sup>103</sup>R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato*, cit., p. 14.

<sup>104</sup>R. BALDUZZI, *Quasi un editoriale*, cit., p. 473.

<sup>105</sup>R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato*, cit., pp. 11 ss.

con contratti di lavoro autonomo o libero professionali delle aziende e enti del servizio sanitario regionale ai professionisti sanitari anche per lo svolgimento di funzioni ordinarie);

- d) altre richieste sembravano incidere sul principio di eguaglianza (così, quella in materia di determinazione del numero dei posti di corsi di formazione per i Medici di Medicina Generale e di accesso alle scuole per i medici specializzandi e la loro integrazione operativa con il sistema aziendale)<sup>106</sup>;
- e) molti titoli competenziali erano declinati con riferimento all'utilizzazione delle risorse finanziarie «anche in deroga ai limiti di spesa previsti a livello nazionale», con riferimento, ad esempio, al personale dipendente a tempo indeterminato e determinato che prestasse servizio con contratti di collaborazione coordinata e continuativa o con altre forme di lavoro flessibile o con convenzioni (così la bozza di intesa con il Veneto); similmente, le Regioni Lombardia e Veneto avrebbero voluto attrarre alla propria competenza la definizione dell'utilizzo delle risorse finanziarie da impiegare anche in relazione a prestazioni da erogatori privati accreditati;
- f) addirittura la Regione Veneto aveva richiesto l'attribuzione di una competenza surrogatoria rispetto alle autorità statali che avrebbe consentito ad essa l'adozione di atti o provvedimenti di contenuto tecnico efficaci per il territorio regionale in ambiti attinenti al governo del sistema socio-sanitario, in tutti i casi in cui questi fossero previsti da leggi statali e non fossero emanati dalle autorità competenti;
- g) da parte sua, anche la Regione Lombardia avrebbe voluto acquisire competenze su ambiti materiali che apparivano difficilmente parcellizzabili a livello regionale, quali la definizione di modalità erogative dei farmaci e dei dispositivi e di indirizzi di appropriatezza terapeutica e prescrittiva; la definizione, in esercizio di poteri sostitutivi, dell'equivalenza terapeutica per principi attivi uguali e delle regole in materia di *payback*; la definizione delle modalità di integrazione dei data base dei registri di monitoraggio AIFA con i sistemi informativi regionali.

## 8. Segue: la procedura di approvazione delle leggi di approvazione delle intese

Altri nodi problematici riguardano la procedura di approvazione delle leggi attuative delle intese che la bozza del disegno di legge Boccia contribuisce, peraltro solo parzialmente, a risolvere.

---

<sup>106</sup>M. MEZZANOTTE, *L'art. 116, comma 3, Cost.*, cit., pp. 6-7; R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato*, cit., p. 10, secondo i quali detta previsione sarebbe riferibile all'ordinamento civile e quindi a una materia di competenza legislativa esclusiva statale.

In particolare, esso sembra non accogliere la tesi secondo la quale il riferimento, contenuto nell'art. 116, comma 3, Cost., all'iniziativa della Regione costituirebbe una deroga all'art. 71 Cost. Viceversa, laddove dispone che il Consiglio dei Ministri delibera la presentazione alle Camere del disegno di legge di approvazione dell'intesa (art. 1, comma 3), finisce per qualificare detta iniziativa regionale come una iniziativa del procedimento, in linea con quanto già previsto dalla, sia pure ambigua, formulazione dell'art. 1, comma 571, della l. 147/2013<sup>107</sup> e con quanto già disposto dalle "parti generali" delle bozze di intesa del 25 febbraio 2019<sup>108</sup>. Ciò detto, è rilevante dal punto di vista procedurale anche la fase endoregionale di esame delle intese.

Essa è rimessa all'autonomia regionale.

Come è stato affermato, se appare inevitabile riconoscere un ruolo propulsivo ai Presidenti delle Giunte (e, più in generale, alle stesse Giunte), l'esigenza di un coinvolgimento forte dei Consigli sembra comunque imporsi per ragioni sistematiche, nel momento in cui le intese prevedono un ampliamento della potestà legislativa regionale<sup>109</sup>.

Tuttavia, pochi spunti vengono dagli statuti regionali, che dedicano scarsa attenzione alla procedura di cui all'art. 116, comma 3, Cost.

Una parziale eccezione è data dallo statuto della Lombardia che si riferisce a tale disposizione implicitamente già nei principi generali (art. 2, comma 5)<sup>110</sup> e poi, più significativamente, laddove attribuisce al Consiglio il compito di «deliberare in merito all'iniziativa e alla conclusione dell'intesa con lo Stato di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione» (art. 14, comma 3, lett. g).

Quanto agli altri statuti, a fronte del totale silenzio di molti, alcuni si limitano a sancire genericamente un'attività di indirizzo o di concertazione dei Consigli sulle intese della Regione con lo Stato (tra questi quello della Toscana e dell'Umbria).

Vi è poi il problema del coinvolgimento delle autonomie locali, imposta dall'art. 116, comma 3, Cost. nell'ottica di un rafforzamento complessivo delle autonomie territoriali e del rispetto del principio di sussidiarietà.

<sup>107</sup> Sulla questione, per tutti, M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato*, cit., pp. 28 ss. e i riferimenti bibliografici ivi riportati. Cfr., da ultimo, S. MANGIAMELI, A. FILIPPETTI, F. TUZI, C. CIPOLLONI, *Prima che il Nord somigli al Sud*, cit., pp. 108 ss.

<sup>108</sup> Il già richiamato disegno legge del Governo Prodi II prevedeva che l'atto di iniziativa della Regione, deliberato con le modalità e le forme stabilite dalla Regione medesima, fosse presentato al Presidente del Consiglio dei Ministri (o al Ministro per gli affari regionali da lui delegato), previa acquisizione del parere del Consiglio delle autonomie locali. Il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro per gli affari regionali da lui delegato sarebbe stato tenuto a sottoporre lo schema di intesa alla valutazione dei Ministri competenti sulle singole materie che ne fossero state oggetto, del Ministro dell'economia e delle finanze e degli altri Ministri interessati, ai fini della formulazione dell'assenso sui profili di rispettiva competenza. Lo schema di intesa, previa eventuali modifiche da concordare con la Regione all'esito di quanto previsto nel periodo precedente, sarebbe stato sottoposto all'approvazione del Consiglio dei Ministri su iniziativa del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro per gli affari regionali da lui delegato, di concerto con i Ministri competenti per materia, con il Ministro dell'economia e delle finanze e con gli altri Ministri interessati, sentita la Conferenza Stato-Regioni.

<sup>109</sup> M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato*, cit., p. 18.

<sup>110</sup> Ai sensi di tale disposizione, «la Regione promuove e sviluppa le condizioni per attivare ulteriori forme di autonomia legislativa, organizzativa, finanziaria e tributaria secondo quanto stabilito dalla Costituzione».

Infine, l'attuazione del regionalismo differenziato è destinata a impattare anche sulle autonomie locali. Come si dirà (par. 8), la consapevolezza di questa incidenza apre il problema del loro coinvolgimento nella definizione delle forme e condizioni particolari di autonomia, nell'ottica di un rafforzamento complessivo degli enti locali e del rispetto del principio di sussidiarietà<sup>111</sup>, a maggior ragione in considerazione del "peso" politico e istituzionale di alcune grandi Città che, almeno fino ad oggi, non sembrano avere avuto un ruolo centrale nel processo di definizione dell'autonomia differenziata<sup>112</sup>. Occorre infatti tenere conto dell'autonomia costituzionalmente garantita agli enti locali e quindi del rischio che l'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. possa alimentare un ulteriore fenomeno di "centralismo regionale" anche sul piano dell'amministrazione e quindi una nuova stagione di contrapposizioni tra le Regioni e i "loro" enti locali.

Le forme di coinvolgimento degli enti locali ricadono, anch'esse, nell'autonomia statutaria delle Regioni.

Come è noto, l'art. 123, comma 4, Cost. prevede che «in ogni Regione, lo statuto disciplina il Consiglio delle autonomie locali, quale organo di consultazione fra la Regione e gli enti locali».

Come è noto, da più parti si evidenzia una crisi dei Consigli delle autonomie locali (CAL)<sup>113</sup>, imputabile anche (ma non solo) alla composizione di tali organi, in molti casi pletorica e tale da vedere la compresenza paritaria di soggetti troppo diversi quanto a rappresentatività (Sindaci di Comuni capoluogo; Sindaci di Comuni piccoli); d'altra parte non in tutte le Regioni è stato dato seguito ad un'esigenza di revisione derivante dalla c.d. legge "Delrio", dalla trasformazione cioè delle Province e dalla costituzione delle Città metropolitane (anche per questo, in non poche Regioni accanto al CAL rimangono sedi di concertazione/confronto tra la Regione e gli enti locali a livello di Esecutivi, ora con competenza generale, ora con competenza settoriale)<sup>114</sup>.

In definitiva, il problematico radicamento istituzionale dei CAL appare un ulteriore indicatore di rapporti non fluidi tra Regioni ed enti locali. Tuttavia, il loro ruolo, con riguardo alla procedura di cui all'art. 116, comma 3, Cost., non dovrebbe risultare puramente marginale

<sup>111</sup> Cfr. Anci-Upi, *Il punto di vista delle autonomie locali sul regionalismo differenziato. Le prospettive di attuazione dell'art. 116, comma 3, della Costituzione* (Roma, 5 luglio 2018), rinvenibile in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>112</sup> Si pensi alle posizioni critiche del Sindaco di Milano sulle proposte di maggiore autonomia per la Regione Lombardia: cfr. R. BIN, *Le materie*, cit., pp. 3-4.

<sup>113</sup> Spunti in questo senso in E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Il CAL tra sogno e realtà. Problemi attuali delle istituzioni di raccordo nel sistema regionale delle fonti*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 5.

<sup>114</sup> Anche per questo, in non poche Regioni accanto al CAL rimangono sedi di concertazione/confronto tra la Regione e gli enti locali a livello di Esecutivi, ora con competenza generale, ora con competenza settoriale, che nella prassi appaiono sedi più informali e più condizionanti sul piano politico; e ciò a maggior ragione dopo l'istituzione delle Città metropolitane. Ed è da rimarcare che queste ultime hanno di fatto minato il ruolo dei CAL, lasciando ad essi un ruolo di mera ratifica di intese già raggiunte.

o ratificatorio, proprio perché essi sono stati immaginati come organi chiamati a svolgere funzioni consultive con precipuo riferimento alla funzione legislativa<sup>115</sup>.

Il parere dei CAL (per alcuni non imposto dalla Costituzione, per altri insufficiente a realizzare un effettivo concorso degli enti locali) deve essere qualificato come obbligatorio ma non vincolante<sup>116</sup>.

È condivisibile il rilievo per cui «tale consultazione deve essere non troppo anticipata rispetto alla stesura della proposta da presentare al Governo, né ritardata a quando i giochi sono già fatti»<sup>117</sup>, dunque non solo prima della formulazione del disegno di legge di differenziazione<sup>118</sup>, ma anche prima del raggiungimento dell'intesa<sup>119</sup>. Alcuni ritengono che, se quest'ultima fosse sensibilmente diversa dall'originaria proposta regionale, dovrebbe essere svolta una nuova consultazione<sup>120</sup>.

Vi è poi da chiedersi se sia configurabile un coinvolgimento del sistema delle Conferenze. Sul punto, né le bozze di intesa né il disegno di legge Boccia lo prevedono.

Sul punto è comunque da sottolineare che quest'ultimo prevede opportunamente un coinvolgimento forte della Conferenza Stato-Regioni, mediante lo strumento dell'intesa, nel procedimento di adozione dei D.p.r. di individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni (art. 2, comma 1); è altresì prevista la partecipazione di un rappresentante designato da ciascuna Regione a statuto ordinario nella struttura di missione presso la Presidenza del Consiglio coinvolta nelle attività di definizione dei livelli stessi (comma 2).

Tuttavia, visto il rilievo intrinsecamente nazionale della differenziazione, sembra opportuno il coinvolgimento della Conferenza anche nella definizione dei contenuti dell'intesa, visti gli effetti sistemici che il regionalismo differenziato può produrre sull'assetto istituzionale e sulle altre Regioni; e ciò è da rimarcare soprattutto alla luce dell'assenza di una Camera delle Regioni<sup>121</sup>. In questo senso è anche il già citato documento della Conferenza delle Regioni, in cui si legge che «questa nuova stagione del regionalismo, che intende dare attuazione al principio di differenziazione, proprio partendo dalla crisi subita dal

<sup>115</sup>Per tutti, I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Jovene, Napoli, 2010, p. 262; M. CAVINO, L. IMARISIO, *Il Consiglio delle autonomie locali*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 38 ss.; F. PIZZOLATO, *In mezzo al guado: i CAL e il sistema delle autonomie*, in *Jus*, 2017, n. 3, in particolare pp. 192 ss.

<sup>116</sup>Parte della dottrina peraltro privilegia una lettura secondo la quale detto parere dovrebbe essere espresso non necessariamente dal CAL, tale adempimento ricadendo nell'autonomia regionale (così, A. RUGGERI, *La "specializzazione"*, cit., p. 292); viceversa, si è affermato che il solo parere del CAL sarebbe riduttivo rispetto a quanto richiesto dall'art. 116, comma 3, Cost.: M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato*, cit., p. 20.

<sup>117</sup>M. CARLI, *Diritto regionale. Le autonomie regionali, speciali e ordinarie*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 122.

<sup>118</sup>V. NASTASI, *Il regionalismo differenziato e i problemi ermeneutici sorti in seguito alle recenti iniziative di attuazione dell'articolo 116, comma 3, della Costituzione*, in *Forum costituzionale.it*, 31 maggio 2018, p. 8.

<sup>119</sup>A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art.116, comma 3, Cost.*, in *Federalismo fiscale*, 2007, n. 1, p. 171.

<sup>120</sup>M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato*, cit., p. 20.

<sup>121</sup>M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato*, cit., p. 17. Evidenzia il collegamento tra procedura di attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. e assenza di strumenti di raccordo tra Stato e Regioni a livello legislativo, in particolare, L. DI MAJO, *Regionalismo differenziato*, cit., pp. 232 ss.

regionalismo stesso dovuta al pesante contributo al risanamento della finanza pubblica e all'ampio contenzioso tra Stato e Regioni, sarà chiamata sempre di più a coniugare il principio di differenziazione con il principio di leale collaborazione [...] mediante la valorizzazione del sistema delle conferenze sedi permanenti di confronto e leale collaborazione nell'attuale e nel futuro contesto istituzionale»<sup>122</sup>.

Come è noto, però, l'attenzione della dottrina si è soffermata assai più sulla fase parlamentare di approvazione della legge di cui all'art. 116, comma 3.

Sul punto, anche il disegno di legge Boccia appare assecondare la tesi secondo la quale l'approvazione con legge dell'intesa non può essere considerata un passaggio, più o meno "automatico", di ratifica di scelte compiute altrove<sup>123</sup>. La portata potenzialmente decostruzionizzante della legge di esecuzione dell'intesa, il fatto che il Parlamento si priva, almeno potenzialmente, di quote di potere legislativo in favore delle Regioni richiedenti, il carattere di fonte atipica e rinforzata della legge di cui all'art. 116, comma 3, Cost. la quale fa sì che le regole da essa poste abbiano una capacità di resistenza all'abrogazione da parte di leggi ordinarie successive, sono tutti fattori che depongono verso un coinvolgimento forte delle Camere. A ciò si aggiunga, ovviamente, il fatto che il Parlamento è «portatore dell'interesse nazionale nelle sue diverse articolazioni, politiche e territoriali»<sup>124</sup> ed è chiamato a valutare tutte le implicazioni del riconoscimento delle «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia», visto che l'attivazione del regionalismo differenziato non è una forma di attuazione della Costituzione imposta dal Titolo V ma una facoltà «messa a disposizione da un lato delle Regioni che intendano avvalersene e dall'altro delle istituzioni politiche nazionali e, in particolare, del Parlamento, cui è rimessa l'approvazione delle norme sulla differenziazione regionale, con legge adottata a maggioranza assoluta»<sup>125</sup>. In questo senso, come è stato esattamente osservato, «al Parlamento compete una visione d'insieme poiché è la legge dello Stato che ha il compito di assicurare le ragioni dell'unità, proprio perché esse comportano la necessità, connaturata ad uno Stato delle autonomie, di superare una generalizzata sovrapposizione tra uniformità e unità e, dunque, di distinguere gli spazi dell'autonomia da quelli dell'unità nazionale»<sup>126</sup>.

<sup>122</sup> Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, *Le Regioni*, cit., p. 2. Non a caso, proprio per il loro ruolo cruciale, le "parti generali" delle intese prevedono una complessa procedura di adozione di tali decreti: è infatti richiesto il parere della Conferenza unificata, della Commissione parlamentare per le questioni regionali, delle Commissioni parlamentari permanenti competenti per materia, delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative.

<sup>123</sup> Per tutti, M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato*, cit., pp. 23 ss. e i riferimenti bibliografici ivi riportati.

<sup>124</sup> M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato*, cit., p. 24.

<sup>125</sup> M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato*, cit., p. 9. Sul punto cfr. anche, per tutti, da ultimo, R. DICKMANN, *Note in tema di legge di attribuzione di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" ai sensi dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 5 e i riferimenti bibliografici ivi riportati; F. PALERMO, *Il ruolo dello Stato nel regionalismo asimmetrico*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 15; A. PIRAINO, *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 8.

<sup>126</sup> R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato*, cit., p. 15.

Occorre allora costruire un procedimento *ad hoc*, finalizzato a valorizzare le prerogative parlamentari in questa materia. Colpisce però che in Parlamento non si sia sviluppato un adeguato percorso di riflessione al riguardo, né la recente revisione del regolamento del Senato, pure autoqualificatasi come revisione organica e pur essendo stata approvata dopo lo svolgimento dei *referendum* consultivi in Lombardia e Veneto, ha posto disposizioni in materia<sup>127</sup>.

Ovviamente, il problema più rilevante attiene all'emendabilità del disegno di legge di approvazione delle intese, alla luce dell'esigenza di rispettare il *principio bilaterale* nella determinazione del contenuto della differenziazione e di non degradare l'intesa a un mero atto di iniziativa legislativa<sup>128</sup>.

Come si è anticipato (par. 6), il disegno di legge Boccia prevede un coinvolgimento "a monte" del Parlamento, ma non può sciogliere né il problema dell'emendabilità del disegno di legge di approvazione delle intese né, in caso di risposta positiva, quello, connesso, delle conseguenze dell'approvazione di emendamenti: queste problematiche non potranno che essere affrontate in sede parlamentare, ma, come accennato, la disattenzione delle forze politiche sul punto appare un aspetto decisamente preoccupante.

In tal caso, qualora si ritengano possibili emendamenti, occorrerà delineare una procedura che "allinei" i contenuti dell'intesa (attraverso una sua revisione o adeguamento) a quello della legge, ovvero, come si legge nel parere del Dagl, che renda quest'ultima conforme alla prima, attraverso una successiva votazione a maggioranza assoluta dei componenti dopo la revisione dell'intesa<sup>129</sup>.

Viceversa, se la prassi dovesse assecondare la tesi della inemendabilità, occorrerà individuare una procedura che assicuri un coinvolgimento forte del Parlamento già prima della conclusione dell'intesa, attraverso un'attività "rinforzata" di indirizzo, secondo una linea di tendenza che si è già radicata (da taluni è stato suggerito un *iter* procedurale simile a quello dell'approvazione degli statuti regionali prima dell'entrata in vigore della l. cost. 1/1999)<sup>130</sup>. Da questo punto di vista, i contenuti del disegno di legge Boccia aprono prospettive interessanti pur nella loro genericità.

<sup>127</sup>Ha perciò ragione M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato*, cit., p. 26, quando parla di «pigrizia istituzionale che domina in Italia in fatto di manutenzione dei testi normativi fondamentali». Inoltre, nemmeno nella comunicazione svolta dal Presidente della Camera in seno alla Giunta per il regolamento il 2 ottobre 2019, e relativa agli effetti della revisione del numero dei parlamentari sul regolamento dell'Assemblea si è alluso alla necessità di introdurre disposizioni *ad hoc* relative all'esame parlamentare delle proposte di legge attuative delle intese di cui all'art. 116, comma 3, Cost.

<sup>128</sup>Da ultimo, sembra ammettere, sia pure limitatamente, una capacità emendativa del Parlamento S. PAJNO, *Il regionalismo differenziato*, cit., pp. 98 ss.

<sup>129</sup>Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, *Appunto*, cit., p. 6.

<sup>130</sup>Da taluni è stato suggerito un *iter* procedurale simile a quello dell'approvazione degli statuti regionali prima dell'entrata in vigore della l. cost. 1/1999 (così, ad esempio, M. Bertolissi nell'ambito di una audizione presso la Commissione parlamentare per le questioni regionali: Camera dei deputati, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, 1° aprile 2019, res. sten., p. 33).

## 9. I profili di carattere finanziario

I profili finanziari sono quelli che hanno maggiormente attirato l'attenzione e le critiche al procedimento di attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.; anche per questo, come si evince anche dai contenuti del disegno di legge Boccia, le soluzioni fatte proprie nelle intese sembrano destinate a subire modifiche e integrazioni probabilmente anche non marginali.

In questa sede si possono individuare alcune linee problematiche che debbono essere tenute presenti.

Un primo punto da sottolineare, come anticipato, è dato dalla difficoltà di immaginare un sistema di finanziamento aggiuntivo in presenza di un quadro ordinamentale, come più volte evidenziato, ancora precario e incompleto.

In questo senso, è stato avanzato il timore, non ingiustificato, che, se il finanziamento dell'autonomia rafforzata non sarà inserito in un contesto generale di riforma della finanza delle Regioni, «non potrà assumere quell'indispensabile *carattere di variazione al margine* che la Costituzione intende assegnargli e diverrà un *regime speciale* rivolto alle regioni richiedenti»<sup>131</sup>.

Non a caso, il più volte citato documento della Conferenza delle Regioni ribadisce l'esigenza di «assicurare l'attuazione dei principi di adeguatezza e sussidiarietà, in considerazione delle specificità, delle esigenze e della vocazione territoriale di ciascuna Regione sempre nel rispetto del principio di unità giuridica ed economica dello Stato, di solidarietà sociale per rimuovere gli squilibri economici e sociali, favorire l'effettivo esercizio dei diritti alla persona e la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni, dando piena attuazione ai principi di solidarietà economica e sociale, dignità e eguaglianza dei diritti civili e sociali (artt. 2, 3, 5, 117, 119 Cost.)» e di «garantire una differenziazione efficiente e sostenibile dando piena attuazione all'art. 119 Cost. e all'art. 14 della Legge n. 42 del 2009, assicurando il finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni in condizioni di efficienza e appropriatezza in tutte le Regioni ivi comprese nelle Regioni con minore capacità fiscale, nel rispetto del principio di solidarietà sostenendo il sistema di redistribuzione interregionale delle risorse»<sup>132</sup>.

Alcune previsioni contenute nelle bozze di intesa, come quelle che miravano a rendere certe e programmabili le risorse per finanziare investimenti infrastrutturali nei loro territori, esprimevano un'esigenza comune anche alle altre Regioni: il legislatore statale dovrebbe quindi muoversi in una prospettiva a medio o lungo termine e non con interventi di rifinanziamento anno per anno, per loro natura precari e tali da determinare obiettive incertezze.

<sup>131</sup> A. PETRETTO, *Federalismo differenziato*, cit., p. 22.

<sup>132</sup> Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, *Le Regioni*, cit., p. 2.

Un secondo punto attiene alla portata dei vincoli dell'art. 119 Cost., che non possono essere interpretati in un'accezione attenuata, come pure sembrerebbe possibile in forza del fatto che l'art. 116, comma 3, Cost. si riferisce testualmente al rispetto dei soli «principi»<sup>133</sup>, né possono fondare regimi finanziari peculiari, da contrattare tra lo Stato e le Regioni, anche in deroga al regime comune<sup>134</sup>; in realtà, il rispetto delle disposizioni dell'art. 119 si impone pienamente in quanto perno fondamentale della c.d. Costituzione finanziaria, intesa quale insieme delle relazioni fiscali e finanziarie degli enti che costituiscono la Repubblica<sup>135</sup>. A questa stregua, è da ritenere incostituzionale ogni assetto della differenziazione nel quale, a causa del trasferimento di risorse alle Regioni si determinasse «l'impossibilità dello Stato di garantire la perequazione» in favore dei territori caratterizzati da minore capacità fiscale per abitante<sup>136</sup>.

Rimane il fatto che dai contenuti dell'art. 119 Cost. non si ricavano prescrizioni puntuali, cosicché il ruolo della legislazione attuativa è fondamentale; anche se, come più volte osservato, l'entrata in vigore di quest'ultima è stata più volte rinviata, colpisce che le bozze di intesa del 2019 non si richiamino espressamente né alla l. 42/2009 né al d.lgs. 68/2011<sup>137</sup>.

Ciò detto, dall'art. 119 Cost. si ricava che le «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» richieste in ambito finanziario debbono essere in armonia con «i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario»; di conseguenza occorre garantire sia che sussista la «copertura» finanziaria delle nuove funzioni, sia che la finanza regionale abbia un «bilancio in equilibrio» attraverso la predisposizione di coperture adeguate grazie alla «capacità fiscale per abitante» della Regione<sup>138</sup>: in particolare, così, il rispetto dei principi di cui all'art. 119 Cost. finisce per escludere dalla possibilità del conferimento di nuove funzioni *ex art.* 116, comma 3, Cost., come già accennato (par. 3), le Regioni che non rispettino i vincoli di cui alla l. cost. 1/2012, che non abbiano una capacità fiscale adeguata e un sistema tributario che abbia esercitato tutta la pressione fiscale; che non abbiano una finanza locale equilibrata ovvero che siano assoggettate a piani di rientro o a commissariamento<sup>139</sup>.

<sup>133</sup>Evidenzia il problema M. CECCHETTI, *La differenziazione*, cit., pp. 156 ss.

<sup>134</sup>Così, in particolare, E. DE MARCO, *Il regionalismo differenziato*, in B. CARAVITA (a cura di), *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 409 ss.

<sup>135</sup>A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato*, cit., pp. 181 ss.

<sup>136</sup>S. PAJNO, *Il regionalismo differenziato*, cit., p. 125, che si riferisce sul punto ad A. LUCARELLI, *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, in *Dir. pubbl. eur.*, 2019, n. spec. 2, p. 10.

<sup>137</sup>R. BIFULCO, *I limiti*, cit., p. 274.

<sup>138</sup>S. MANGIAMELI, *Appunti*, cit., p. 667. Cfr., per tutti, da ultimo, G. RIVOCSECHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario*, cit., pp. 287 ss.

<sup>139</sup>S. MANGIAMELI, A. FILIPPETTI, F. TUZI, C. CIPOLLONI, *Prima che il Nord somigli al Sud*, cit., p. 118. Secondo tali autori, il Parlamento dovrebbe inoltre valutare che le funzioni trasferite non siano tali sul piano finanziario da richiedere una perequazione, alla luce del confronto tra gli indicatori della capacità fiscale ancora disponibile nella Regione e il calcolo dei fabbisogni standard per le funzioni eventualmente esercitabili.

In questo senso, l'art. 14 della l. 42/2009, interpretando correttamente il quadro costituzionale, afferma che «con la legge con cui si attribuiscono, ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, forme e condizioni particolari di autonomia a una o più regioni si provvede altresì all'assegnazione delle necessarie risorse finanziarie, in conformità all'articolo 119 della Costituzione e ai principi della presente legge»: da tale disposizione si evince quindi un terzo punto fondamentale, ovvero che l'art. 116, comma 3, Cost. non può comportare una mera devoluzione finanziaria, ovvero il trasferimento ad una Regione di una parte del gettito fiscale percepito sul suo territorio. Come è stato giustamente affermato, l'art. 119 Cost. è richiamato dall'art. 116, comma 3, Cost. come limite e non come contenuto delle «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia», cosicché «la finanza [...] segue e non precede le funzioni e le risorse vengono attribuite agli enti territoriali al fine di consentire che siano integralmente finanziate le funzioni loro attribuite», non essendo possibili trasferimenti di risorse a prescindere<sup>140</sup>. Un quarto punto attiene alla necessità di un coinvolgimento sostanziale delle Camere nella definizione dei profili di carattere finanziario: da questo punto di vista, come si è detto, hanno suscitato dubbi seri di legittimità costituzionale le disposizioni delle bozze di intesa che sembravano valorizzare fin troppo atti attuativi le cui determinazioni appaiono troppo significative (cfr. *supra*, par. 5)<sup>141</sup>.

Un ultimo punto riguarda le disposizioni in materia finanziaria contenute nelle intese: come è noto, esse prevedevano un meccanismo di attribuzione delle risorse basato sulla spesa storica riferita alle funzioni trasferite in attesa della definizione dei fabbisogni standard; per il periodo successivo, qualora questi ultimi non fossero definiti, era previsto un ulteriore meccanismo transitorio.

Pur con la cautela necessaria, stante la probabile modifica delle disposizioni in esame, sono stati avanzati seri e condivisibili dubbi riferiti al fatto che «vincolo di bilancio per la finanza pubblica nel suo complesso, dinamica di risorse collegate ai gettiti erariali sui territori e neutralità perequativa sono tre cose che è difficile far stare tutte insieme in modo coerente, non necessariamente possono stare insieme e, detto in altri termini, generalmente creano dei conflitti, delle tensioni. Pertanto, o ci saranno risorse in più, che dovranno essere introdotte nel sistema, o si genereranno delle tensioni dal punto di vista redistributivo»<sup>142</sup>. Per questo, nello stesso parere del Dagl già ricordato si è avanzato il dubbio che il meccanismo transitorio successivo al primo triennio di vigenza delle intese potesse implicare «un ingiustificato spostamento di risorse verso

<sup>140</sup>M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato*, cit., p. 12.

<sup>141</sup>Più in generale è stato osservato che un processo decisionale in questa materia, realizzato unicamente attraverso accordi tra il Governo e la Giunta della Regione interessata, finisce per escludere, da un lato, un coordinamento con le altre Regioni (richiedenti e non) e soprattutto, dall'altro, con il Parlamento che ha la responsabilità costituzionale di garantire il coordinamento della finanza pubblica: così, A. ZANARDI, *Le criticità*, cit., p. 7.

<sup>142</sup>In questo senso, A. ZANARDI, nell'ambito della già richiamata audizione presso la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale (nt. 62): res. sten., p. 14.

le regioni ad autonomia differenziata, con conseguente deprivazione delle altre», nel caso in cui si dovesse fare rigorosa applicazione del principio dell'invarianza della spesa complessiva; viceversa, come detto, sarebbe stato necessario un incremento delle spesa statale per l'esercizio delle funzioni oggetto di autonomia differenziata<sup>143</sup>. Diversamente, si sono avanzati dubbi sulla soluzione fatta propria dalle bozze di intesa qualora entro tre anni non fossero fissati i fabbisogni, ovvero il criterio della media nazionale della spesa statale *pro-capite*, perché esso appiattirebbe le differenze strutturali che possono giustificare differenti livelli di fornitura di prestazioni o differenti livelli di costi sul piano territoriale<sup>144</sup>.

## 10. Considerazioni conclusive

Il mutamento di prospettiva operato nel più recente periodo apre una stagione nuova, nella quale peraltro non mancano incognite sia di carattere politico sia di carattere istituzionale (legate alla tempistica dell'approvazione del disegno di legge attuativo dell'art. 116, comma 3, Cost. e alla successiva stipula delle intese che inevitabilmente risulteranno in alcune parti ampiamente emendate rispetto ai testi circolati nei mesi scorsi).

Rimane l'impressione che il tema della differenziazione solo in parte può essere considerato il fattore che ha segnato una ripresa di un dibattito serio sulle autonomie, essendo esso stato posto in un'ottica per molti versi meramente congiunturale e non priva di equivoci anche gravi<sup>145</sup>: da qui, come osservato giustamente da Gian Candido De Martin, l'interrogativo se anche la vicenda dell'attuazione (o, fino ad oggi, della mancata attuazione) dell'art. 116, comma 3, Cost. manifesti, in definitiva, «una vera e propria crisi del regionalismo nel suo complesso, così come si è venuto finora evolvendo, frutto anche della inerzia e della deriva del centralismo statale, tale da indurre ad una riflessione sulle misure con cui rimediare a questa “lunga transizione”»<sup>146</sup>, mentre in questa stagione politico-istituzionale si sentirebbe davvero il bisogno di far ripartire il “cantiere delle autonomie”, poiché «piaccia o non piaccia, i bisogni e le aspirazioni della popolazione fanno fatica ad essere omogeneizzati e ricondotti ad una rigida unità centralizzante (Stato o Regione che sia)»<sup>147</sup>.

<sup>143</sup> Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, *Appunto*, cit., pp. 9-10.

<sup>144</sup> Camera dei deputati, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, *Relazione semestrale*, cit., p. 21.

<sup>145</sup> Sul punto, per tutti, A. PATRONI GRIFFI, *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle autonomie*, in *Dir. pubbl. eur.*, 2019, n. spec. 2, pp. 29 ss.

<sup>146</sup> G.C. DE MARTIN, *A voler prendere sul serio i principi costituzionali sulle autonomie territoriali*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2018*, cit., p. 536.

<sup>147</sup> L. DI MAJO, *Regionalismo differenziato*, cit., p. 262.



# Profili finanziari e potenzialità dei controlli nell'attuazione dell'art. 116 terzo comma della Costituzione nel settore sanitario: il ruolo della Corte dei conti\*

Carlo Chiappinelli\*\*

**SOMMARIO:** 1. Premessa: i rapporti tra funzioni e risorse finanziarie nella prospettazione degli Accordi preliminari. – 2. Differenze e peculiarità del settore tutela della salute. – 3. Sanità speciali e sanità “differenziate” nelle audizioni della Corte dei conti. – 4. Risorse finanziarie, rappresentazione contabile ed organizzazione, alla luce dei principi costituzionali. – 5. Ulteriori potenzialità dei controlli in attuazione dell'art. 116 terzo comma della Costituzione: il ruolo della Corte dei conti.

**ABSTRACT:**

Lo studio analizza le potenzialità dei controlli nel processo di attuazione dell'art. 116 terzo comma della Costituzione, con specifico riguardo ai temi della salute, ed il ruolo della Corte dei conti, partendo dai rapporti tra funzioni e risorse finanziarie, alla luce dei principi affermati dalla Corte costituzionale. Con riferimento al tema delle sanità “speciali” e sanità “differenziate”, nelle audizioni della Corte dei conti, sono ribadite le esigenze di una disciplina contabile unitaria e di monitoraggio al fine di garantire le prestazioni costituzionalmente necessarie.

---

\* Contributo referato dalla Direzione della rivista. Il testo costituisce una rielaborazione dell'intervento alla tavola rotonda su “Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato”, nell'ambito del XVII Convegno nazionale di diritto sanitario “La salute alla carta: il Ssn di fronte alle sfide del regionalismo differenziato”, organizzato a Roma l'8 novembre 2019 dalla Società italiana di Diritto sanitario in collaborazione con l'ALTEMS dell'Università Cattolica del Sacro Cuore e il CEIMS dell'Università del Piemonte Orientale.

\*\* Presidente della sezione centrale di controllo della Corte dei conti sulla gestione delle amministrazioni dello Stato.

*The study analyses the potential of controls in the process of implementing regional autonomy according to The third paragraph art. 116 of the Constitution, with specific regard to health issues, and the role of the Court of Auditors, based on the relationship between functions and financial resources, in the light of the principles affirmed by the Constitutional Court. In the hearings of the Court of Auditors, about the issue of “special” regional autonomy and “asymmetric” regional autonomy in the health-care sector, the needs of a unitary accounting and monitoring discipline are reiterated in order to ensure the constitutionally necessary performance.*

## 1. Premessa: i rapporti tra funzioni e risorse finanziarie nella prospettazione degli Accordi preliminari

Il tema delle potenzialità dei controlli nel processo di attuazione dell'art. 116 terzo comma della Costituzione<sup>1</sup> e del ruolo della Corte dei conti, con specifico riguardo al settore sanitario, non può prescindere dal problema del raccordo tra funzioni e risorse finanziarie. Può dunque essere utile richiamare in sintesi quanto rinvenibile negli schemi di intesa fra il Governo e le regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna resi pubblici il 25 febbraio 2019, che peraltro si limitano ad indicare un quadro generale di riferimento in ordine ai profili finanziari, mentre sarebbe stata auspicabile una più puntuale individuazione degli effetti e delle ricadute in termini di risorse finanziarie.

In particolare, si prevede che il finanziamento delle funzioni trasferite, fermo restando il principio di invarianza della spesa (comma 2), sarà determinato dalla Commissione paritetica Stato-Regione in base ai criteri specificati nell'art. 5 di ciascuna bozza di intesa, precisando un regime in sede di prima applicazione<sup>2</sup>.

Ad una prima considerazione appare evidente che le modalità di finanziamento delle funzioni trasferite, con particolare riferimento ai commi 3, 4 e 6 dell'art. 5 delle intese, potrebbero essere suscettibili di avere impatto sulla attuale ripartizione territoriale delle

<sup>1</sup> L'art. 116, comma terzo, Cost. prevede la possibilità con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, di attribuire forme e condizioni particolari di autonomia alle Regioni a statuto ordinario (c.d. “regionalismo differenziato”) con riguardo alle materie che l'art.117, terzo comma, della Costituzione, attribuisce alla competenza legislativa concorrente e a un limitato numero di materie riservate dallo stesso art. 117, secondo comma, alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (organizzazione della giustizia della pace, norme generali sulla istruzione; tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali).

Con la l. 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità per il 2014), il Parlamento ha approvato alcune disposizioni di attuazione dell'art. 116 citato, relative alla fase iniziale del procedimento per il riconoscimento di forme di maggiore autonomia alle Regioni a statuto ordinario (art. 1, comma 571).

<sup>2</sup> In sede di prima applicazione sarà considerata la spesa storica dello Stato nel territorio regionale (art. 5, comma 1, lett. a), mentre, a regime, il criterio guida sarà costituito dai fabbisogni *standard*, che dovranno essere determinati, per ciascuna materia, da un Comitato nazionale Stato-Regioni entro un anno dall'entrata in vigore dei decreti attuativi (comma 1, lett. b). Come norma di chiusura, nel caso di mancata determinazione dei fabbisogni *standard*, decorsi tre anni dall'intesa, il finanziamento sarà fissato a un livello non inferiore alla media *pro capite* nazionale della spesa statale corrispondente alle funzioni attribuite (comma 1, lett. b), secondo periodo).

risorse pubbliche, modificandola a favore delle Regioni con economie più dinamiche e quindi con basi imponibili più ricche.

In base al meccanismo prefigurato<sup>3</sup>, ci si è chiesti<sup>4</sup>, vista la clausola di invarianza della spesa pubblica (art 5, comma 2, dell'intesa), se ciò possa accentuare le differenze nel riparto territoriale delle disponibilità finanziarie per la fornitura di servizi pubblici, in contrasto con la funzione perequativa delle risorse erariali trasferite dallo Stato verso i territori economicamente meno performanti. Tale rischio potrebbe verificarsi anche nell'ipotesi di "mancata determinazione dei fabbisogni standard", ai sensi art. 5, comma 1 lettera b), dell'intesa: il trasferimento delle risorse finanziarie dallo Stato alle Regioni ad autonomia differenziata, disancorate da quelle attualmente spese in quei territori, potrebbe comportare una riduzione delle risorse fiscali disponibili per le altre Regioni. Resta, a monte, il problema di individuare una connessione tra livelli delle prestazioni, risorse, effettivo efficientamento nel trasferimento delle funzioni.

A ben vedere, in ognuna delle ipotesi pare centrale il tema di una corretta quantificazione delle risorse da attribuire, per le competenze aggiuntive, alle Regioni richiedenti, a partire dalla spesa storica nel territorio regionale. Va naturalmente tenuto presente che le funzioni da trasferire non sempre comportano un necessario trasferimento di risorse umane, finanziarie e strumentali necessarie alla loro attuazione, con un conseguente ridimensionamento delle analoghe risorse in dotazione all'amministrazione centrale interessata, atteso che alcune delle materie interessate determinano solo trasferimento di poteri regolatori.

Pur con tale premessa non può non riconoscersi, come emerge da una attenta analisi, la sussistenza di fondo di tale problematica con riguardo sia a specifici costi non sufficientemente evidenziati sia alla generalità del profilo finanziario da raccordare al risultato in termini di servizi effettivamente resi.

È dunque necessario interrogarsi sulla piena adeguatezza delle fonti attualmente disponibili, a partire dai documenti sulla regionalizzazione della spesa statale condotta dalla Ragioneria generale dello Stato attraverso i pagamenti, che peraltro presenta taluni limiti anche in termini di dettaglio. Come rappresentato dalla Corte nel corso delle analisi per la predisposizione del *Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica 2018*<sup>5</sup>, complesso

<sup>3</sup> Con riferimento alle "compartecipazioni al gettito maturato nel territorio regionale"(art. 5, commi 3, 4 e 6, dell'intesa), l'art. 5, comma 4, sostanzialmente afferma che l'eventuale extragettito rispetto alla spesa storica statale iniziale o, successivamente, alla determinazione dei fabbisogni standard, rimanga nelle disponibilità della regione, ma, qualora il gettito fosse inferiore alle risorse predeterminate, il comma 6 del medesimo articolo prevede un meccanismo biennale di revisione delle aliquote che, di fatto, compensa le minori entrate.

In altri termini, la regione è autorizzata a trattenere le eventuali risorse aggiuntive riscosse nel proprio territorio, sulla base delle aliquote e/o compartecipazioni riferibili alle funzioni trasferite, ma si prevede una revisione periodica delle stesse qualora il gettito sia inferiore alle attese.

<sup>4</sup> Corte dei conti, Sezione delle autonomie, *Audizione della Corte dei conti su attuazione del federalismo fiscale e definizione delle intese ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*, Roma, 17 luglio 2019, consultabile in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

<sup>5</sup> Consultabile in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

appare anche il riferimento a capitoli di bilancio e piani gestionali fino ai singoli mandati di pagamento. In molti casi, a livello di piano gestionale, non vi è omogeneità della spesa; inoltre, vi sono spese gestite dai funzionari delegati e permangono, ove si faccia riferimento ai singoli pagamenti (proprio per meglio mirare la quantificazione) difficoltà a individuare l'entità effettiva della spesa annuale. Non di poco conto, sempre al fine di una corretta individuazione di detta spesa, si prospetta anche la questione delle componenti qualificabili come "occulte" cioè di quelle variabili che, nelle modalità di quantificazione, possono incidere nell'incremento o nella riduzione del computo delle risorse destinate al trasferimento<sup>6</sup>.

Il tema generale riveste poi profili di ancor maggiore complessità istituzionale e finanziaria per l'area afferente alla tutela della salute<sup>7</sup>. Potenzialità e limiti dell'attuale strumentazione si rinvergono infatti laddove si intenda percorrere un approccio giuscontabile ancorato alla riforma dei bilanci dello Stato e delle Regioni ed in particolare alla classificazione per missioni e programmi.

Potenzialità e limiti che emergono nella ricognizione della distribuzione territoriale delle uscite del bilancio dello Stato relative alla missione n. 3 (*"Relazioni finanziarie con le autonomie territoriali"*) e alla missione n. 20 (*"Tutela della salute"*).

La generale difficoltà di distinguere il criterio di un finanziamento in presenza di uno spostamento in capo alla Regione delle risorse in precedenza erogate dallo Stato per l'esercizio della medesima funzione (*"regionalizzazione della spesa"*) sconta rilevanti ulteriori problematiche attese le note modalità di finanziamento del Servizio sanitario nazionale e del servizio sanitario regionale (SSR), interessato da una *"perimetrazione"* delle entrate e delle uscite<sup>8</sup>. Alcuni utili spunti di riflessione possono essere tratti dalle analisi svolte in varie occasioni dalla Corte in tema di servizi sanitari regionali, atteso che la tutela della salute è una delle materie oggetto delle intese in discorso ed è, anzi, quella che impiega la maggior parte delle risorse regionali (circa l'80% della spesa pubblica nelle RSO; circa il 50% per le RSS in considerazione delle maggiori funzioni a queste ultime attribuite e, dunque, della minore incidenza della spesa sanitaria su quella complessiva).

Un ulteriore rilevante profilo di criticità è riconducibile alla stessa determinazione del fabbisogno sanitario nazionale e del relativo riparto tra le Regioni, tanto più che la questione

<sup>6</sup> Una puntuale quantificazione dovrebbe tener conto anche dei debiti fuori bilancio, delle passività pregresse, dei contenziosi in essere, delle passività straordinarie.

<sup>7</sup> Sia consentito il rinvio a C. CHIAPPINELLI, *Allocazione delle risorse e politiche socio-sanitarie: per un approccio giuscontabile nelle prestazioni costituzionalmente necessarie*, in questa Rivista, 2018, n. 2, pp. 293 ss.

<sup>8</sup> L'articolo 20 del d.lgs. n. 118/2011 prevede l'obbligo, da parte delle regioni, di articolare i capitoli di contabilità finanziaria, sia nella sezione delle entrate che nella sezione delle uscite, in maniera tale da garantire un'esatta *"perimetrazione"* delle entrate e delle uscite relative al finanziamento del proprio Servizio Sanitario Regionale (SSR). A tale perimetrazione deve corrispondere l'insieme delle operazioni da registrare, da parte della G.S.A., in contabilità economico-patrimoniale, in termini di ricavi/attività e costi/passività della G.S.A., anche al fine di consentire una confrontabilità immediata tra le risorse appostate nel bilancio regionale e quelle definite negli atti di assegnazione nazionali.

della quantificazione delle risorse finanziarie si inserisce nell'incerto<sup>9</sup> percorso del “federalismo fiscale” che ha visto il settore sanitario “apripista” nel tentativo di superamento della spesa storica verso i fabbisogni standard.

Sullo sfondo, infine, restano i principi stabiliti dall'art. 119 Cost., cui fa esplicito riferimento il terzo comma dell'art. 116 Cost., nonché l'esperienza delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome, su cui pure si è soffermata la citata audizione della Corte dei conti: si tratta dell'impostazione basata sul “residuo fiscale” per le quali l'impostazione utilizzata è partita, appunto, da un sistema di entrate incentrato su una determinata quota di compartecipazione ai gettiti tributari statali riferibili al territorio<sup>10</sup>, adeguando, in rapporto a questa, l'assunzione di funzioni statali e dei relativi oneri, con il “concorso all'obbiettivo della perequazione e della solidarietà”<sup>11</sup>.

## 2. Differenze e peculiarità del settore tutela della salute

Appare peraltro necessario segnalare, sia pure rapidamente, le più sensibili differenze che si rinvencono esaminando in concreto i contenuti delle iniziative come transitoriamente formalizzate nei pre-Accordi con riguardo al tema “Salute”.

Utilissimo e puntuale riferimento si rinviene nel dossier predisposto dal servizio studi del Senato<sup>12</sup>, con riguardo alle specifiche proposte di riforma in materia sanitaria per le regioni Emilia Romagna, Lombardia e Veneto.

Da uno sguardo comparato, si osserva che è prevista maggiore autonomia in termini di spesa di personale in tema di reclutamento del personale (dipendente e convenzionato); in particolare per la Regione Veneto, il riferimento è anche al personale convenzionato o accreditato. Ci si chiede se gli spazi di maggiore flessibilità (ad esempio, in sede di contrattazione collettiva) comportino oneri che possono essere sostenuti (anche) mediante l'utilizzo di risorse regionali<sup>13</sup>. Sempre in tema di personale sanitario è previsto l'accesso a scuole di specializzazione e alla formazione anche mediante specifici accordi universitari.

<sup>9</sup> F. GALLO, *L'incerta sorte del federalismo fiscale*, in *Rassegna Tributaria*, 2014, n. 6, osserva che l'impatto del principio di pareggio del bilancio sull'autonomia finanziaria regionale e locale *eccede i limiti di un ragionevole criterio di proporzionalità* tra i rapporti di composizione della spesa della Pubblica amministrazione.

<sup>10</sup> Sul progressivo sganciamento dell'attribuzione di risorse tributarie dalla corrispondenza delle funzioni esercitate, cfr. A. POGGI, *Le funzioni legislative e amministrative delle autonomie speciali, tra vecchie e nuove fonti e realtà effettiva*, in *Federalismi.it*, 2015, n. 22, pp. 13 ss.

<sup>11</sup> Cfr. espressamente in questo senso, ad esempio, gli accordi tra Stato, Regione e Province autonome di Trento e Bolzano, riportati in sintesi in Corte dei conti, Sezione delle autonomie, *Audizione sulle forme di raccordo tra Stato e autonomie territoriali e sull'attuazione degli statuti speciali*, Commissione parlamentare per le questioni regionali, Roma, 23 marzo 2017.

<sup>12</sup> Intitolato “*Il processo di attuazione del regionalismo differenziato*” (febbraio 2019).

<sup>13</sup> In questo senso, si veda, ad esempio, la previsione di incentivi e misure di sostegno da destinare al personale del Servizio sanitario regionale in servizio presso sedi montane disagiate, contenuta nell'allegato “Salute” del pre-Accordo con il Veneto (art. 2.2).

Anche in tema di definizione del sistema di *governance* delle Aziende e degli Enti del Servizio sanitario regionale è attribuita una maggiore autonomia alle Regioni (“in coerenza con le proprie esigenze specifiche” e, per la Regione Lombardia, “con particolare riguardo agli organi e alla direzione strategica”<sup>14</sup>). A questo proposito ci si può chiedere quali implicazioni emergano sia con riguardo alla valutazione dei costi di tali funzioni sia al loro impatto indiretto (di legislazione, proposta, valutazione, intesa, ecc.).

Più evidenti i profili finanziari in tema di approvvigionamento delle risorse, ove è attribuita una maggiore autonomia nell’espletamento delle funzioni attinenti al sistema tariffario, di rimborso, di remunerazione e di compartecipazione.

Da non trascurare è la previsione di una maggiore autonomia nelle valutazioni tecnico-scientifiche concernenti l’equivalenza terapeutica tra diversi farmaci, in raccordo con l’Aifa; autonomia che si estende, per la Regione Emilia Romagna ad una disciplina di maggior dettaglio, sempre nel rispetto delle funzioni dell’Aifa, anche in materia di distribuzione diretta dei farmaci e di trattamento dei pazienti in assistenza domiciliare.

Con riferimento ai livelli essenziali di assistenza è prevista una maggiore autonomia legislativa, amministrativa ed organizzativa in materia di istituzione e gestione di fondi sanitari integrativi. Infine, è anche prevista una maggiore autonomia (in termini di capacità di programmare) per la realizzazione degli interventi di patrimonio edilizio.

### 3. Sanità “speciali” e sanità “differenziate” nelle audizioni della Corte dei conti

Già nell’*Audizione sulle forme di raccordo tra Stato e autonomie territoriali e sull’attuazione degli statuti speciali* del 23 marzo 2017 davanti alla Commissione Parlamentare per le questioni regionali, la Corte dei conti aveva richiamato i principi affermati dalla Corte costituzionale, che sovrintendono all’equilibrio tra garanzia dell’autonomia territoriale e garanzia dell’unità dell’ordinamento statale, con riguardo al governo della finanza pubblica ed ai controlli esterni sugli enti territoriali diretti ad evitare danni irreparabili all’equilibrio di bilancio<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Allegato “Salute” (art. 3) dei pre-Accordi.

<sup>15</sup> In proposito giova ricordare che ormai, per il combinato disposto degli artt. 117, primo comma, e 97 Cost. (come modificati dalla citata legge cost. n. 1/2012), emerge un interesse-valore costituzionale che si identifica nella tutela dell’unità economica della Repubblica, che, secondo la stessa Corte costituzionale (sent. n. 39/2014), giustifica tanto un governo unitario della finanza pubblica quanto i controlli esterni sugli enti territoriali diretti ad evitare danni irreparabili all’equilibrio di bilancio. Invero, la Corte, in varie recenti pronunce (sentenze n. 188/2014; n. 88/2014; n. 39/2014; n. 60/2013), ha valorizzato la funzione statale di coordinamento finanziario, intesa come “*espressiva di una dimensione di Stato ordinamento inglobante le autonomie anziché quale volontà dello Stato persona, ad esse contrapposta*”.

Circa le sanità speciali, nella citata audizione della Corte dei conti, sono stati notati profili problematici con riguardo alla diversità dei sistemi di finanziamento<sup>16</sup> ed all'impatto sulla corretta erogazione dei livelli essenziali di assistenza, anche in termini di monitoraggio esterno. A tale riguardo, con riferimento alle autonomie speciali – che costituiscono un modello solo parzialmente raffrontabile con quello in divenire delle Regioni ad autonomia differenziata<sup>17</sup> – un delicato profilo rimarcato è quello dell'uniforme erogazione delle prestazioni sanitarie: *«in virtù delle diverse normative regionali, sul territorio nazionale non vengono erogate le medesime prestazioni sanitarie né agli stessi costi: l'accesso ai servizi sanitari, dunque, non avviene attualmente in condizioni di eguaglianza tra tutti i cittadini. E ciò è tanto più grave se si considera la recente pronuncia della Corte costituzionale (cfr. sentenza n. 169/2017) secondo la quale è necessaria una delimitazione finanziaria dei LEA, definiti “spese incompressibili e necessarie”, rispetto alle altre spese sanitarie: la reale copertura finanziaria dei servizi, data la natura delle situazioni da tutelare, deve riguardare non solo la quantità ma anche la qualità e la tempistica delle prestazioni costituzionalmente necessarie»*.

Si apre in sostanza un dibattito, non solo dottrinale, sul concreto impatto dell'art. 116, comma 3, Cost. – considerato quale fulcro della transizione dal “regionalismo dell'uniformità”<sup>18</sup> ad un nuovo “regionalismo della differenziazione”<sup>19</sup> o “a specialità diffusa”<sup>20</sup> – in grado di consentire alle regioni ordinarie di accedere a una quota di autonomia estesa e diversa tanto da quella ordinaria quanto da quella propria delle regioni a statuto speciale, in una logica di *tertium genus*<sup>21</sup>.

Vale ricordare che il tentativo di dare attuazione all'art. 116 della Costituzione mediante l'attuazione di forme di autonomia differenziata *“cerca di riflettere le varie esigenze e le varie istanze dei territori [...] Questa inedita attenzione per le caratteristiche e per le istanze dei territori segna [...] un cambio culturale. Cioè si prende atto della scissione tra principio di eguaglianza e uniformità che aveva caratterizzato la tradizione post rivoluzione del millesettecento. Ove l'uniformità non riesce a garantire l'uguaglianza occorre dare delle*

<sup>16</sup> Come noto le Regioni a statuto speciale e le Province autonome a differenza di quelle a statuto ordinario, provvedono direttamente al finanziamento dell'assistenza sanitaria sul loro territorio senza alcun onere a carico del bilancio dello Stato, ad eccezione della Regione siciliana.

<sup>17</sup> Sul punto cfr. M. COSULICH, *Sanità speciali e sanità “differenziate”*, in questo numero della Rivista.

<sup>18</sup> Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Il regionalismo e i modelli*, in *Regioni*, 1995, 255 ss.

<sup>19</sup> M. CECCHETTI, è importante individuare un diritto costituzionale comune “indifferenziabile” e, specularmente, un diritto “differenziabile”, sulla base di “un nuovo binomio necessario e inscindibile: il “diritto comune” e i “diritti differenziati”, in *Attualità e prospettive della “specialità” regionale alla luce del “regionalismo differenziato” come principio di sistema*, in *Federalismi.it*, 2008, n. 23.

<sup>20</sup> Per A. RUGGERI, la specialità “diffusa” dovrebbe porsi come radicalmente sostitutiva del tradizionale “regime duale di autonomia [regionale], nelle sue declinazioni come ordinaria e speciale” (cfr., *La “specializzazione” dell'autonomia regionale: se, come e nei riguardi di chi farvi luogo*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008, n. 1, pp. 21 ss.; Id., *Prospettive di una “specialità” diffusa delle autonomie regionali*, in *Nuove autonomie*, 2000, n. 6, pp. 845 ss.).

<sup>21</sup> In senso negativo v. R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 2.

*risposte che guardino non alla formale uniformità delle regole ma alla sostanziale soddisfazione dei diritti dei cittadini [...]»<sup>22</sup>.*

In questa complessa articolazione di valori ordinamentali, quali sono, dunque, le ricadute sulle garanzie individuali e sulle “prestazioni costituzionalmente necessarie”?

In tale contesto vanno richiamati i principi affermati dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 169/2017 in relazione al concetto di spesa costituzionalmente necessaria inerente alla determinazione dei livelli essenziali, che, una volta individuati, divengono un limite costituzionale alle “indifferenziate” riduzioni della spesa pubblica<sup>23</sup>. La natura fondamentale di alcuni diritti come quello alla salute “*impone alla discrezionalità del legislatore un limite invalicabile nel rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati*”, in quanto in materia non esiste “*un limite assoluto alla cognizione del giudice di costituzionalità delle leggi*”. Del resto, in assenza “*di adeguate fonti di finanziamento a cui attingere per soddisfare i bisogni della collettività di riferimento in un quadro organico e complessivo, è arduo rispondere alla primaria e fondamentale esigenza di preordinare, organizzare e qualificare la gestione dei servizi a rilevanza sociale da rendere alle popolazioni interessate*”. Con la conseguenza che, ove in sede di trasferimento le risorse si palesino come inadeguate, il relativo bilancio violerebbe “*il principio dell’eguaglianza sostanziale a causa dell’evidente pregiudizio al godimento dei diritti conseguente al mancato finanziamento dei relativi servizi*” (Corte cost., sent. n. 10/2016).

Senza affrontare in questo breve intervento la complessa tematica del diritto alla salute, l’*unico* qualificato *fondamentale* dalla Carta costituzionale, non può non ricordarsi la giurisprudenza maturata. La salute è un *valore* “costantemente riconosciuto come *primario* dalla Corte, sia per la sua inerenza alla persona umana sia per la sua valenza di diritto sociale, caratterizzante la forma di Stato sociale disegnata dalla Costituzione” (sent. 37/1991). Il diritto alla salute è “un diritto *primario e fondamentale* che...impone piena ed esaustiva tutela”, diritto “*erga omnes*, immediatamente garantito dalla Costituzione e, come tale, *direttamente tutelabile ed azionabile* dai soggetti legittimati nei confronti degli autori dei comportamenti illeciti” (sent. 455/1990); i fini di garanzia della dignità dell’uomo (art. 2 Cost.) sotto il profilo della *salute fisica* (art. 32 Cost.) “sono *imprescindibili*” (sent. 167/1991); vi è “un nucleo irriducibile del diritto alla salute” in quanto “*ambito inviolabile della dignità umana*” (sent. 252/2001). A fronte di questi enunciati è stato peraltro posto

<sup>22</sup> Cfr. L. VANDELLI, *Territori e differenziazione. L’attuazione dell’art. 116, ultimo comma, della Costituzione, tra sperimentazione istituzionale e questioni finanziarie*, atti del convegno di Varenna 21 settembre 2018, in *Riv. Corte conti*, 2018, nn. 5-6, IV, pp. 315 ss.

<sup>23</sup> Così la sentenza n. 275 del 2016: “*Ferma restando la discrezionalità politica del legislatore nella determinazione – secondo canoni di ragionevolezza – dei livelli essenziali, una volta che questi siano stati correttamente individuati, non è possibile limitarne concretamente l’erogazione attraverso indifferenziate riduzioni della spesa pubblica. In tale ipotesi verrebbero in essere situazioni prive di tutela in tutti i casi di mancata erogazione di prestazioni indefettibili in quanto l’effettività del diritto ad ottenerle «non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo diritto.*”

in luce che nel concreto emergono problematiche; si è infatti osservato: *“Eppure anche questo diritto fondamentale è messo sempre più a rischio anche attraverso tagli e limiti imposti dallo Stato agli enti territoriali – i ‘luoghi’ dove i servizi vengono erogati”*<sup>24</sup>, evidenziando altresì *“quanto la questione finanziaria sia essenziale per la democrazia non solo è la storia stessa del diritto costituzionale a ricordarlo, ma anche il fatto che, soprattutto oggi, in tempo di crisi, è dalla corretta attuazione di queste dinamiche finanziarie che dipende poi in concreto la stessa possibilità di garantire o meno, ai vari livelli istituzionali, i diritti costituzionali, specialmente quelli sociali”*<sup>25</sup>.

Ed è evidente l'impatto, segnalato dalla dottrina, dei cambiamenti istituzionali e costituzionali<sup>26</sup>: l'evoluzione in senso autonomistico dell'ordinamento pone, nell'angolazione specifica di questo intervento, la crescente necessità di adeguate forme di monitoraggio esterno.

Si è peraltro osservato che la richiesta di individuare le diverse fonti di finanziamento del servizio sanitario regionale/provinciale (finanziamento obbligatorio LEA; finanziamento aggiuntivo LEA e finanziamento per extra LEA) risulta ancora disattesa dalle Autonomie speciali<sup>27</sup>. I diversi sistemi sanitari regionali esistenti sono comparabili tra loro solo con estrema difficoltà, soprattutto avendo riguardo ai servizi resi ed al costo degli stessi, restando ancora non chiaro *“quanto della differenza di risultato tra il fabbisogno teorico e la spesa effettiva dipenda dall'erogazione di maggiori servizi e quanto, eventualmente, sia, invece, da ricondurre ad un maggior costo dei LEA”*, a causa della mancanza di idonei strumenti di misurazione allo scopo. È stato osservato inoltre, al di là del profilo economico-finanziario, che le valutazioni delle performance dei sistemi sanitari regionali operate dal Ministero della salute nel *“Monitoraggio dei LEA attraverso la cd. Griglia LEA – Metodologia e Risultati dell'anno 2017”*, conducono a ritenere che non sempre al processo di risanamento finanziario si accompagna una sufficiente erogazione dei livelli essenziali di assistenza<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> L. ANTONINI, *Corte costituzionale e vincoli di bilancio*, Relazione al Convegno *Legge Giudice Economia*, Padova, 30 ottobre 2015, mettendo in luce *“quale sia l'effettivo luogo dove si concretizzano rischi per lo Stato sociale”* rileva il diverso trattamento – una vera e propria asimmetria – che, rispetto al bilancio statale, risulta imposto al bilancio degli enti territoriali.

<sup>25</sup> Cfr. L. ANTONINI, *La Corte costituzionale a difesa dell'autonomia finanziaria: il bilancio è un bene pubblico e l'equilibrio di bilancio non si persegue con tecnicismi contabili espropriativi*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2018, p. 3. Di recente, G. FARES, *Prestazioni sociali tra garanzie e vincoli*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, pp. 169 ss.

<sup>26</sup> R. BALDUZZI, *Titolo V e tutela della salute*, in *Quad. reg.*, 2002, pp. 65 ss.; Id. (a cura di), *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Giuffrè, Milano, 2004.

<sup>27</sup> Nel referto approvato con deliberazione della Sez. Aut. n. 13/2019, è stato ricordato che Valle d'Aosta, Friuli-Venezia Giulia, Sardegna, Trento e Bolzano, per le modalità di finanziamento dell'assistenza sanitaria sui loro territori, sono tuttora escluse dalla Verifica Adempimenti affidata dall'Intesa Stato-Regioni del 23 marzo 2005 al Comitato permanente per la verifica dell'erogazione dei Livelli Essenziali di Assistenza in condizioni di appropriatezza ed efficacia nell'utilizzo delle risorse.

<sup>28</sup> È stato osservato che: *“Il miglioramento del rapporto costo/efficacia può discendere tanto da un accrescimento dell'efficienza nella fornitura dei servizi sanitari, quanto da una maggiore appropriatezza delle cure offerte”*. Ufficio Parla-

#### 4. Risorse finanziarie, rappresentazione contabile ed organizzazione, alla luce dei principi costituzionali

Si osserva, come affermato dalla Corte costituzionale, che *“il nesso di interdipendenza che lega l’armonizzazione alle altre materie, e la conseguente profonda e reciproca compenetrazione, hanno comportato che proprio in sede di legislazione attuativa si sia verificata un’espansione della stessa armonizzazione ad ambiti di regolazione che si pongono nell’alveo di altri titoli di competenza, nominati ed innominati. In sostanza, la stretta compenetrazione degli ambiti materiali ha reso inseparabili alcuni profili di regolazione”* (Corte cost., sent. n. 184/2016), e quindi i legami che essa instaura con il coordinamento e il buon andamento finanziario, gli equilibri di bilancio, il rispetto dell’ordinamento comunitario, ma anche con gli altri principi contenuti nella Carta fondamentale. Di conseguenza, la disciplina ordinaria, regolata sulla base del canone costituzionale, è essenziale per la realizzazione dei principi *“di solidarietà sociale per il pieno sviluppo della persona umana attraverso la rimozione degli ostacoli alla libertà e all’uguaglianza di ordine economico”* (art. 2 e 3 Cost.), gli stessi che impongono l’equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito (art. 97, c. 1, Cost.) per assicurare, innanzi tutto, i livelli essenziali delle prestazioni (art. 117, c. 2° lett. m, Cost.) (Corte cost., sent. n. 184/2016). La Corte ha infatti precisato che la Costituzione *“è fatta soprattutto di principi e questi ultimi sono in stretto collegamento tra loro, bilanciandosi vicendevolmente, di modo che la valutazione di conformità alla Costituzione stessa deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente considerate”*, in quanto un’interpretazione *“frammentaria delle disposizioni normative, sia costituzionali che ordinarie, rischia di condurre, in molti casi, ad esiti paradossali, che finirebbero per contraddire le stesse loro finalità di tutela”* (sent. n. 1/2013). Non secondario aspetto, quindi, assume la questione dell’armonizzazione contabile, materia di competenza esclusiva statale *“che non può subire deroghe territoriali, neppure all’interno delle autonomie speciali costituzionalmente garantite”* in quanto strumentale a garantire che lo Stato stesso, attraverso informazioni rese in maniera uniforme, possa garantire il coordinamento della finanza pubblica e gli equilibri del bilancio (Corte cost., sent. n. 80/2017). Nella menzionata audizione della Corte dei conti è stato, inoltre, affermato che *“l’applicazione del Titolo II del decreto legislativo n. 118/2011 richiede che sia data separata evidenza nel bilancio regionale dell’anno delle risorse conferite al proprio Servizio sanitario provinciale a titolo di finanziamento indistinto, vincolato, mobilità*

---

mentare di Bilancio, Focus tematico n. 9: *“La revisione della spesa pubblica: il caso della sanità”*, 21 dicembre 2015, p. 5. Ed ancora che: *“Emergono inoltre alcuni segni di limitazione dell’accesso fisico (razionamento) ed economico (compartecipazioni) e tracce di una tensione nell’organizzazione dei servizi, legata alla limitatezza delle risorse finanziarie e umane, che potrebbero rivelarsi insostenibili se prolungate nel tempo. Questo avviene mentre i principali paesi sviluppati allocano quantità sempre maggiori di risorse sulla sanità, seguendo una tendenza che riflette l’aumento della domanda di salute legato all’incremento del benessere e all’invecchiamento della popolazione, oltre che la scoperta di nuove tecnologie e le aspettative di sviluppo del settore”*, *ibidem*, p. 20.

*extraregionale e delle ulteriori risorse che la Regione ha eventualmente inteso conferire al proprio Servizio sanitario per finanziare i maggiori costi indotti dai LEA ovvero per finanziare anche prestazioni aggiuntive rispetto ai LEA”.*

L'esigenza di una disciplina contabile unitaria appare legata anche al coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario. Ed invero, mentre in nome del coordinamento della finanza pubblica sono stati rafforzati i controlli della Corte dei conti sugli enti territoriali (cfr. l'art.1, comma 1, d.l. n. 174 del 2012), il giudice costituzionale ha, altresì, osservato che tale principio può trovare concreta attuazione solo in presenza di una disciplina contabile unitaria (sentenze nn. 70/2012 e 40/2014). Va considerato che l'armonizzazione dei bilanci pubblici costituisce geneticamente e funzionalmente diretta attuazione del federalismo fiscale, ponendosi a codificazione di una “lingua” comune tra i bilanci dei diversi livelli di governo territoriale al fine di assicurare reale conoscibilità della situazione economico finanziaria e assicurare l'efficace utilizzo degli strumenti di coordinamento della finanza pubblica (come riconosciuto dalla sentenza della Corte cost. n. 80/2017).

Una correlazione tra profili contabili, finanziari, organizzazione ed esercizio delle funzioni amministrative merita attenta considerazione anche alla luce di quel nesso di proporzionalità tra risorse assegnate e funzioni esercitate su cui è intervenuta la medesima Corte costituzionale (cfr. sent. n. 169/2017). In particolare, la Corte ha affermato che *«la programmazione e la proporzionalità tra risorse assegnate e funzioni esercitate sono intrinseche componenti del “principio del buon andamento [il quale] – ancor più alla luce della modifica intervenuta con l'introduzione del nuovo primo comma dell'art. 97 Cost. ad opera della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 (Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale) – è strettamente correlato alla coerenza della legge finanziaria”, per cui “organizzare e qualificare la gestione dei servizi a rilevanza sociale da rendere alle popolazioni interessate [...] in modo funzionale e proporzionato alla realizzazione degli obiettivi previsti dalla legislazione vigente diventa fondamentale canone e presupposto del buon andamento dell'amministrazione, cui lo stesso legislatore si deve attenere puntualmente” (cfr. anche sentenza n. 10 del 2016)».*

La bozza di intesa relativa alla Regione Emilia-Romagna prevede, a differenza delle altre Regioni richiedenti, anche il riconoscimento di una “competenza complementare in ordine all'organizzazione ed all'esercizio delle funzioni amministrative locali riferite alle materie oggetto della presente intesa” (art. 2, comma 2). Di particolare rilievo il disposto del comma successivo: *“L'esercizio delle competenze attribuite nelle materie indicate ai commi 1 e 2 è subordinato al rispetto da parte della Regione Emilia-Romagna dei principi generali dell'ordinamento giuridico, dell'unità giuridica ed economica, delle competenze legislative statali di cui all'articolo 117, secondo comma, della Costituzione, ed in particolare quelle riferite alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, nonché dei principi fondamentali espressamente richiamati nelle disposizioni contenute nel Titolo II della presente intesa”.* Si tratta di una disposizione che dovrebbe essere messa a fattor comune, in quanto denota l'esigenza del rispetto dei principi fondanti della Costituzione.

Si pone, in questi termini, la percorribilità di una legge quadro, come evidenziato anche nella richiamata audizione che invita a non trascurate nelle attuali condizioni della finanza

pubblica le difficoltà (e gli oneri) che possono derivare dalla riorganizzazione necessaria per il passaggio alle Regioni richiedenti di materie oggi gestite a livello centrale e dalla determinazione delle somme impegnate per tali finalità nel bilancio dello Stato. È stato osservato che *“Al di là della formula di stile dell’invarianza della spesa, è di tutta evidenza che si tratta di una ristrutturazione organizzativa ad ampio raggio che, per avere il successo sperato, comporterà una reingegnerizzazione amministrativa di non poco momento. Ciò richiede un notevole impegno anche sul versante della spesa, pur se non di immediata percezione sotto il profilo finanziario, che dovrebbe essere oggetto di una preventiva analisi costi-benefici”*. Sempre sul fronte degli equilibri e della sostenibilità della finanza pubblica, una particolare riflessione richiede il fatto che, nelle bozze d’intesa, manchino riferimenti alla solidità delle finanze e alle capacità amministrative delle Regioni richiedenti, quali criteri di accesso ad ulteriori forme di differenziazione. Sotto questo profilo manca il supporto di una legge quadro e ciò potrebbe rendere difficile limitare ulteriori richieste anche di realtà territoriali in squilibrio economico-finanziario o che presentino difficoltà di gestione nelle funzioni già attribuite. Un generale ampliamento dei soggetti ammessi a forme di autonomia rafforzata non presidiato da tali criteri rischia, in definitiva, di incidere negativamente sulla qualità delle prestazioni rese a livello territoriale e di accrescere gli squilibri esistenti.

Su questi profili, la Corte dei conti ha fornito il richiesto contributo di riflessione, sottolineando come i profondi e complessi cambiamenti ordinamentali che saranno indotti dall’attuazione del c.d. regionalismo differenziato, potranno giovare delle analisi, dei referti, delle diverse attività di controllo, nell’ottica di offrire un essenziale contributo per monitorare l’effettiva realizzabilità e sostenibilità del nuovo disegno ordinamentale *in fieri*. L’istituzione, infatti, quale organo di rilevanza costituzionale, è garante imparziale dell’equilibrio economico-finanziario dell’intero settore pubblico, equidistante e neutrale rispetto ai vari livelli di governo della Repubblica.

Su molti aspetti, pertanto, un organo radicato a rete nel territorio, qual è la Corte dei conti attraverso le Sezioni regionali di controllo, potrà invero intervenire per consentire una valutazione organica degli andamenti e un attento monitoraggio dei costi e delle prestazioni rese ai cittadini nelle diverse realtà territoriali.

Si ripropone dunque il più generale tema del rapporto tra (maggiore) autonomia e (maggiore) responsabilità, che va poi a trovare fertile terreno di riflessione proprio con riguardo al mondo della sanità.

Un regionalismo differenziato, infatti, comporta una maggiore responsabilità da parte di tutti i soggetti politici della Repubblica<sup>29</sup> che non può non riverberarsi sul terreno dei controlli. Il conferimento di maggiori livelli di autonomia amplia la necessità che gli ammini-

<sup>29</sup> S. MANGIAMELI, *I problemi della differenziazione e della omogeneità nello Stato regionale*, in *ISSIRFA – Studi ed Interventi*, 2 febbraio 2019.

stratori diano conto di come questi poteri e le correlate risorse siano utilizzati e dei risultati conseguiti. Secondo la Corte costituzionale la tutela dell'unità economica della Repubblica giustifica un governo unitario della finanza pubblica e controlli esterni sugli enti territoriali (cfr. sent. n. 39/2014) al fine di evitare tensioni sugli equilibri di bilancio. Ne consegue come la richiesta di autonomia differenziata postuli quale corollario l'adozione di idonei strumenti di monitoraggio e di rendicontazione<sup>30</sup>.

5. Ulteriori potenzialità dei controlli in attuazione dell'art. 116 terzo comma della Costituzione: il ruolo della Corte dei conti

Alla luce delle considerazioni sinora svolte è dunque possibile cogliere ulteriori potenzialità dei controlli nel percorso inteso a promuovere il regionalismo differenziato per le Regioni destinatarie di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia ai sensi dell'art. 116.3 Cost.

Il richiamo qui svolto mira ad evidenziare l'apporto che può offrire l'esercizio del controllo. Ed in questo, mi sia consentito il rinvio a Luciano Vandelli<sup>31</sup> che ha valorizzato il contributo reso e le ulteriori potenzialità per la Corte dei conti, al fine di dare risposte adeguate alle esigenze sollevate dagli scenari istituzionali che ora si aprono, sia utilizzando, anche in chiave evolutiva, strumenti previsti dall'ordinamento vigente (quali le "forme di collaborazione" previste dalla legge n. 131 del 2003), sia ipotizzando nuove modalità di controllo, da plasmare in termini flessibili e inediti. Una flessibilità ed una chiarezza che si ritrova nelle formulazioni normative come integrate dalla giurisprudenza costituzionale. Questo punto merita attenzione anche perché Vandelli si interroga su possibili momenti di comparazione su competenze asimmetriche, con una distinta evidenziazione – oltre a quella tradizionale tra Regioni a statuto speciale e Province autonome, da un lato, e Regioni a statuto ordinario, dall'altro – per le Regioni destinatarie di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia ai sensi dell'art. 116.3 Cost.; differenziate, oltre che nelle funzioni, anche in termini di risorse finanziarie e di personale. Ma peculiari modalità potrebbero riguardare anche le forme di raccordo e di concertazione con lo Stato. In questo contesto, in attesa degli orientamenti che la politica vorrà adottare, di fronte a non trascurabili que-

<sup>30</sup> Tali profili sono stati ripresi dalla Sezione delle autonomie nella successiva audizione del dicembre 2019 presso la VI Commissione permanente Finanze della Camera dei deputati sul tema "Sistemi tributari delle Regioni e degli Enti territoriali nella prospettiva dell'attuazione del federalismo fiscale e dell'autonomia differenziata", consultabile in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it). Vi si legge: "Si ribadiscono, da ultimo, le considerazioni già espresse nella recente audizione del 17 luglio in tema di autonomia differenziata, nella quale si sottolineava come sia difficile presidiare i profondi e complessi cambiamenti nascenti dal processo autonomistico senza che ne siano definite le basi di funzionamento, essenziali per una riforma che mira ad incidere sulla complessiva funzionalità del sistema e che non può andare disgiunta da una rappresentazione chiara e trasparente degli esiti della gestione, affinché gli amministratori locali siano effettivamente responsabilizzati nei confronti dei rispettivi corpi elettorali. Sotto questo profilo, il rilancio dei temi dell'autonomia e della sussidiarietà postula, quale corollario, l'adozione di idonei strumenti di monitoraggio e di rendicontazione per preservare non solo gli equilibri e la sostenibilità della finanza pubblica, come declinati negli artt. 81, 97 e 119 Cost., ma anche i principi di leale collaborazione e di unitarietà del sistema finanziario".

<sup>31</sup> Cfr. L. VANDELLI, *op. cit.*

stioni aperte – particolarmente, ma non solo, sotto il profilo finanziario – pare opportuno inserire qualche domanda, che coinvolge il ruolo che, in questo percorso, possono svolgere le funzioni e gli organi di garanzia e particolarmente, in relazione ai profili finanziari, la Corte dei conti, nella sua qualità di “garante imparziale dell’equilibrio finanziario dell’intero settore pubblico”. Precisamente in relazione al rilievo di questo ruolo, vale la pena, sin da questa fase – in sostanza ancora preliminare – riflettere sul ruolo che la Corte di conti può esercitare in relazione ai cambiamenti che il regionalismo differenziato può introdurre nello svolgimento delle sue funzioni, al contributo che può dare nella valutazione delle compatibilità finanziarie e nel monitoraggio dell’andamento delle esperienze che si pongano in atto. Un ruolo che si è progressivamente esteso dall’analisi sugli equilibri finanziari e sulla sana gestione delle risorse degli enti territoriali a valutazioni, su un piano generale, sul funzionamento della finanza pubblica territoriale; e che si sviluppa in una variegata serie di funzioni, articolandosi sia a livello centrale, dalle Sezioni Riunite alla Sezione delle autonomie – tramite referti, linee guida, deliberazioni di indirizzo e orientamento – sia a livello periferico, tramite le Sezioni regionali di controllo. Un ruolo che, d’altronde, si presenta in continua evoluzione, in un contesto di adeguamento alle sperimentazioni e ai mutamenti normativi, nella fase attuale anche in relazione all’attuazione del processo di armonizzazione dei bilanci; e che non raramente si è svolto spesso, contrassegnato da una accentuata “complessità tecnica della legislazione in materia finanziaria”, in grado di presentare rischi – rilevati dalla Corte costituzionale – di “determinare effetti non in linea con il dettato costituzionale e creare delle zone d’ombra”<sup>32</sup>.

Non mi soffermo su tali lungimiranti osservazioni se non per rinverdire le potenzialità di un approccio già presente nella concreta dimensione dell’attività di controllo e che potrebbe costituire valida base giuridica per offrire contributi in termini di indipendente ausilio nel non facile percorso di analisi della funzionalità anche comparata nella concreta gestione di competenze a sempre più elevato tasso di asimmetria istituzionale.

I necessari profili finanziari e le potenzialità dei controlli anche nel contesto di attuazione dell’art. 116 terzo comma della Costituzione possono rappresentare peculiari terreni di sviluppo del contributo offerto dalle attività di controllo della Corte dei conti<sup>33</sup>. In queste coordinate si pone anche la specifica problematica della ricaduta finanziaria delle prestazioni sanitarie e sociali, confermando la persistente problematicità del raccordo tra tutele e risorse disponibili. Anche in questa prospettiva il controllo, soprattutto per le tematiche della salute come in sintesi sopra esposte, apre a nuove e più articolate esperienze attua-

<sup>32</sup> Corte cost., sent. n. 247 del 2017.

<sup>33</sup> Nel concreto è stata programmata dalla Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato (Delib.n. 4/2019/G), un’analisi sulla “*Gestione delle risorse nel periodo 2013-2018 correlate all’attuazione dell’autonomia differenziata*”. Obiettivo dell’indagine è la verifica della gestione, nel periodo 2013-2018, delle risorse statali suscettibili di trasferimento, come individuate negli Accordi preliminari alle intese ex art. 116 Cost., sottoscritti il 28 febbraio 2018 dal Governo con le regioni interessate dal regionalismo differenziato (art. 1, c. 571, l. 27 dicembre 2013 n. 147).

tive, atteso l'impatto di molteplici normative – nelle loro declinazioni sempre più caratterizzate da fasi di confronto, se non di concertazione e tendenziale condivisione in sede di Conferenze – che ricade su livelli di governo e di amministrazione diversi<sup>34</sup>. In questa direzione il controllo può ulteriormente sviluppare ulteriori potenzialità, dovendosi necessariamente bilanciare autonomia e responsabilità nelle differenti realtà territoriali e nelle crescenti interazioni anche tra livelli di governo diversi. In questo senso è stato rilevato che *“La finanza pubblica, anche se costituisce la risultanza dell'azione di più livelli di governo, non può che essere considerata unitariamente; a ciò è connaturato un compiuto sistema dei controlli esterni, affidati ad un organo la cui indipendenza è garantita in Costituzione e che è dotato di una struttura a rete che ne avvicina l'attività alle comunità ed alle istituzioni locali”*<sup>35</sup>.

Ancor più, a fronte dell'esigenza rimarcata dalla Corte costituzionale (cfr. sent. n. 169/2017), di enucleare le prestazioni *“costituzionalmente necessarie”*<sup>36</sup>, la tematica ampiamente intesa della protezione sociale appare emblematica, nella articolata e policentrica evoluzione, della stessa complessità del sistema e, in particolare, delle persistenti, ma sempre innovantesi, potenzialità dei controlli anche al fine di un corretto bilanciamento tra priorità e risorse in un sistema istituzionale plurilivello. In tal senso, sono rilevanti sia i profili soggettivi dell'Organo – della sua indipendenza e della sua articolazione insieme centrale e territoriale, in una posizione di equidistanza dagli Esecutivi (nazionale e regionali) – sia quelli funzionali, scaturenti da una cultura del controllo ispirata alla verifica del sempre più necessario bilanciamento tra tutele e risorse.

In definitiva, il ruolo del controllo indipendente sembra assumere nuovi e più pregnanti connotati, sulla scia dell'*expertise* già maturata, in coerenza con l'evoluzione del quadro istituzionale e delle indicazioni rintracciabili nella giurisprudenza costituzionale, fornendo un ulteriore contributo, non fungibile, anche nel complesso percorso inteso a promuovere forme di regionalismo differenziato per le Regioni destinatarie di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia ai sensi dell'art. 116.3 Cost.

<sup>34</sup> Sia consentito il rinvio a C. CHIAPPINELLI, F. PICOTTI, *I modelli delle relazioni finanziarie Stato-autonomie speciali*, in *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Friuli-Venezia Giulia*, Giappichelli, Torino, 2018.

<sup>35</sup> Cfr. quanto osservato nel citato parere a suo tempo reso dalla Corte a Sezioni riunite in ordine alla iniziativa del decreto-legge 174/2012 (SSRRCO/24/2012/AUD).

<sup>36</sup> Cfr. A. CAROSI, *La Corte costituzionale tra autonomie territoriali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 4, p. 19. L'Autore pone l'accento sulla classificazione della spesa legislativamente prevista a seconda che essa sia o meno riconducibile al vincolo di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), ed evidenzia l'essenzialità di attivare modalità collaborative fra Stato e regioni intese a garantire l'effettiva programmabilità e la reale copertura finanziaria dei servizi, sulla base di un leale confronto sui fabbisogni e sui costi nel quadro della disciplina e della dimensione della fiscalità territoriale nonché dell'intreccio di competenze statali e regionali.



# Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato in ambito sanitario: la formazione e il reclutamento del personale\*

Carlo Colapietro\*\*

**SOMMARIO:** 1. Contenuti e limiti del regionalismo differenziato. – 2. L'autonomia differenziata in ambito sanitario. – 3. Le ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia correlate alla disciplina del personale sanitario dipendente dal Servizio sanitario regionale e delle professioni sanitarie. – 4. Acquisizione di ulteriori competenze in materia di *governance*.

**ABSTRACT:**

Il contributo, dopo aver ricostruito il percorso che ha condotto alle bozze di intesa tra lo Stato e le Regioni Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto, prende in esame le proposte di differenziazione aventi ad oggetto il personale dipendente del SSN, con particolare riferimento alla dirigenza medica e ai direttori generali delle aziende sanitarie.

*This paper, after having reconstructed the path that led to the draft agreements between the State and the Regions Emilia-Romagna, Lombardy and Veneto, examines the proposals of asymmetric regionalism concerning the employees of the NHS, with particular reference to medical practitioners and general managers of healthcare agencies.*

---

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Il testo costituisce una rielaborazione dell'intervento svolto nell'ambito del XVII Convegno nazionale di diritto sanitario "La salute alla carta: il Ssn di fronte alle sfide del regionalismo differenziato", organizzato a Roma l'8 novembre 2019 dalla Società italiana di Diritto sanitario in collaborazione con l'ALTEMS dell'Università Cattolica del Sacro Cuore e il CEIMS dell'Università del Piemonte Orientale.

\*\* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre, carlo.colapietro@uniroma3.it.

## 1. Contenuti e limiti del regionalismo differenziato

Il riconoscimento di «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» si esprime nella possibilità di acquisire maggiori ambiti di autonomia normativa che alcune Regioni (in particolare Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna) hanno chiesto di ottenere, in aggiunta a quelli ordinariamente riconosciuti dal Titolo V della Costituzione. Ciò ha luogo attraverso il trasferimento di quote di competenza dallo Stato alle Regioni in singole materie specificamente indicate<sup>1</sup>.

Il Parlamento, con legge ordinaria (approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti), può, infatti, attribuire alle Regioni «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» sulla base di un'intesa fra lo Stato e la Regione interessata. Tale facoltà è prevista dall'articolo 116, comma 3, Cost., introdotto con la riforma costituzionale del 2001. L'attivazione della relativa procedura ha avuto avvio con l'indizione dei referendum consultivi, svoltisi il 22 ottobre 2017, in Lombardia e in Veneto.

In particolare, la Regione Veneto ha posto il quesito del seguente tenore: «Vuoi che alla Regione del Veneto siano attribuite ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia?», lasciando intendere di riferirsi a tutte le materie di cui all'art. 116, comma 3, Cost.<sup>2</sup>.

Il quesito referendario proposto dalla Regione Lombardia ha fatto «riferimento a ogni materia legislativa» riconducibile all'art. 116, comma 3, Cost.<sup>3</sup>.

La Regione Emilia-Romagna, invece, non ha fatto ricorso allo strumento referendario, ma sono state approvate dall'Assemblea legislativa regionale risoluzioni con le quali il Presidente della Giunta regionale è stato impegnato ad avviare il negoziato con lo Stato relativamente a una serie di ambiti in cui dotare la Regione di ulteriori forme di autonomia<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> All'acquisizione di ulteriori ambiti di autonomia normativa si accompagna, ovviamente, l'acquisizione delle competenze amministrative in essa rientranti. Per quanto riguarda i profili di ordine finanziario, va richiamato quanto dispone l'art. 14, l. 42/2009, ai sensi del quale «con la legge con cui si attribuiscono, ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, forme e condizioni particolari di autonomia a una o più regioni si provvede altresì all'assegnazione delle necessarie risorse finanziarie, in conformità dell'articolo 119 della Costituzione e ai principi della presente legge» (sul punto, con particolare riferimento alle implicazioni connesse alla individuazione delle risorse che devono accompagnarsi all'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, cfr. M. MEZZANOTTE, *L'art. 116, comma 3, Cost. tra obblighi finanziari e vincoli di contenuto*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 23, pp. 4 ss.).

<sup>2</sup> L'esito del referendum consultivo, svoltosi il 22 ottobre 2017, ha visto la prevalenza dei sì con il 98,1%. Ad esso ha fatto seguito l'approvazione da parte del Consiglio regionale, con deliberazione n. 155 del 15 novembre 2017, di un progetto di legge statale, di iniziativa della Giunta, da considerare, in conformità della normativa regionale vigente, come base per il negoziato da avviare con il Governo.

<sup>3</sup> L'esito del referendum consultivo, svoltosi anch'esso il 22 ottobre 2017, ha visto la prevalenza dei sì con il 95,29%. Ad esso ha fatto seguito la risoluzione del Consiglio regionale n. 97, in data 7 novembre 2017, diretta a impegnare il Presidente della Regione ad avviare il confronto con il Governo.

<sup>4</sup> La prima è stata la risoluzione n. 5321 del 3 ottobre 2017, con la quale sono stati individuati i seguenti ambiti, aventi carattere prioritario: tutela e sicurezza del lavoro; istruzione tecnica e professionale; internazionalizzazione delle imprese; ricerca scientifica e tecnologica; sostegno all'innovazione; territorio e rigenerazione urbana; ambiente e infrastrutture; tutela della salute; competenze complementari e accessorie riferite alla *governance* istituzionale e al coordinamento della finanza pubblica. Nel contempo il Consiglio regionale conferiva mandato al Presidente di avviare in una seconda fase il negoziato con il Governo ai fini dell'intesa in materia di organizzazione della giustizia di pace. Con successiva

Va considerato che il senso, per così dire, autentico del regionalismo differenziato è proprio quello di consentire alle Regioni, le quali abbiano conseguito su specifiche materie risultati altamente positivi, di potersi dotare di ulteriori regole e procedure idonee a far loro conseguire ancora migliori risultati.

La logica del regionalismo differenziato non è, infatti, quella di pervenire a «modificare la forma di Stato regionale o di creare un'ulteriore tipologia regionale che si affianchi alle Regioni ad autonomia speciale e a quelle ad autonomia ordinaria»<sup>5</sup>, anche perché in tal caso si assisterebbe ad «una vera e propria eterogenesi dei fini»<sup>6</sup>.

---

risoluzione n. 5600 del 15 novembre 2017, oltre a ricomprendere tra gli ambiti prioritari anche l'organizzazione della giustizia di pace, l'Assemblea legislativa ha impegnato il Presidente della Giunta a definire «eventuali ulteriori competenze» attraverso un confronto nelle Commissioni assembleari. Alle due risoluzioni innanzi richiamate hanno fatto seguito la risoluzione n. 6129 del 18 febbraio 2018, con cui l'Assemblea legislativa ha impegnato il Presidente a proseguire il negoziato con il Governo e la risoluzione n. 7158 del 18 settembre 2018, contenente la richiesta di acquisire quindici competenze.

<sup>5</sup> R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 2, p. 6.

Sui rischi di divaricazione tra Regioni ricche e Regioni meno ricche, tali da far intravedere ipotesi «secessionistiche», si vedano A. PIRAINO, *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 8, pp. 9 ss.; M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 6, pp. 7, ss.; F. PALLANTE, *Nel merito del regionalismo differenziato: quali ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia per Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna?*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 6; G. VIESTI, *Verso la secessione dei ricchi? Autonomie regionali e unità nazionale*, Laterza, Bari-Roma, 2019; M. VILLONE, *Italia, divisa e diseguale. Regionalismo differenziato o secessione occulta*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019. Nel senso di ricondurre l'autonomia differenziata all'interno di una previsione che intenda privilegiare l'efficiente gestione delle risorse in coerenza con i principi costituzionali, cfr. E. BALBONI, *Per scongiurare la "secessione dei ricchi" basterebbe la buona amministrazione*, in *www.forumcostituzionale.it*, 28 febbraio 2019, pp. 1 ss.; R. BIN, *La "secessione dei ricchi" è una fake news*, in *www.lacostituzione.info*, 16 febbraio 2019, pp. 1 ss.

Occorre comunque ricordare, se non altro a titolo di cronaca, che l'indizione, nel 2017, del referendum consultivo da parte della Regione Veneto era stata accompagnata dalla emanazione della legge regionale 19 giugno 2014, n. 16, con cui si prevedeva l'indizione di una consultazione popolare sul seguente quesito: «Vuoi che il Veneto diventi una Repubblica indipendente e sovrana? Sì o no?». La legge regionale venne impugnata dal Governo dinanzi alla Corte costituzionale, la quale si pronunciò dichiarandone l'illegittimità costituzionale, in quanto essa mostrava l'esplicito intento di suggerire «sovvertimenti istituzionali radicalmente incompatibili con i principi di unità e indivisibilità della Repubblica, di cui all'art. 5 Cost.» (Corte cost., 25 giugno 2015, n. 118). La Corte costituzionale, nella circostanza, ebbe modo di richiamare la sentenza 15 dicembre, 1988, n. 1146 con la quale aveva espresso l'assunto che l'unità della Repubblica può configurarsi come uno degli elementi essenziali dell'ordinamento costituzionale, tali da ritenersi sottratti persino al potere di revisione costituzionale. Peraltro, la coeva legge regionale 19 giugno 2014, n. 15, allo scopo di «definire il contenuto di un referendum consultivo finalizzato a conoscere la volontà degli elettori del Veneto circa il conseguimento di ulteriori forme di autonomia della Regione del Veneto» (anch'essa impugnata dal Governo) prevedeva, oltre al quesito, che potremmo definire principale (ritenuto costituzionalmente legittimo dalla Corte costituzionale nella sentenza sopra citata), altri quattro quesiti (tre dei quali concernenti la materia tributaria e i vincoli di destinazione, finalizzati a prefigurare una più ampia autonomia economico-finanziaria dell'Ente Regione e, l'ultimo, l'inserimento del Veneto nell'elenco delle Regioni a statuto speciale) che sono stati ritenuti illegittimi dalla Corte costituzionale (in proposito, cfr. F.G. CUTTAIA, *Il referendum consultivo regionale sulla maggiore autonomia del Veneto e il problema della sua eventuale concomitanza con il referendum confermativo nazionale sulle riforme costituzionali*, in *Federalismi.it*, 2016, n. 15).

<sup>6</sup> Come rileva V. ANTONELLI, *Regionalismo sanitario/verso una sanità a macchia di leopardo?*, in *Sanità 24, Il Sole 24 ore*, 13 febbraio 2019, secondo cui «la strada intrapresa dal Veneto e dalla Lombardia, con la richiesta di maggiore e particolare autonomia in tutte le 23 materie, va oltre l'intenzione del riformatore costituzionale del 2001 e finisce per configurare un vero e proprio *tertium genus* di regione da collocare tra le regioni speciali e quelle ordinarie: una nuova regione differenziata». Secondo L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 250, l'autonomia deve svolgersi nella direzione del miglior perseguimento dell'eguaglianza sostanziale, nell'ottica della formazione di «un ordinamento che si pretende costituzionale e sociale».

Tale premessa appare indispensabile ai fini della valutazione della concreta applicabilità delle opzioni formulate alla luce del parametro di riferimento desumibile dal tenore letterale del comma 3 dell'art. 116 Cost.<sup>7</sup>

Nella parte conclusiva della XVII legislatura sono stati avviati i negoziati tra il Governo e le Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna<sup>8</sup>.

In particolare, il 28 febbraio 2018 si è giunti alla definizione di tre distinti accordi preliminari, sottoscritti dal Rappresentante del Governo e dai Presidenti della Regioni interessate, con cui le parti hanno inteso dare rilievo al percorso intrapreso e alla convergenza su principi generali, metodologie e l'individuazione delle materie ritenute indispensabili per l'attribuzione dell'autonomia differenziata<sup>9</sup>.

All'iniziativa assunta dalle tre Regioni sopra indicate hanno fatto seguito iniziative da parte di quasi tutte le altre Regioni (con l'eccezione, attualmente, di Abruzzo e Molise) intese ad attivare percorsi, seppur tra di loro diversificati, caratterizzati dalla ricerca di «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia»<sup>10</sup>.

Si può affermare che il primo scorcio della diciottesima legislatura ha fatto registrare la continuità di tale processo anche in considerazione del fatto che nel programma del primo governo Conte era espressamente prevista l'attuazione del regionalismo differenziato: in-

<sup>7</sup> Sul tema del federalismo differenziato è stata svolta nel 2017 una indagine conoscitiva da parte della Commissione bicamerale per le questioni regionali, la quale si è conclusa con la stesura di un documento conclusivo in cui viene evidenziato come il percorso autonomistico delineato dal comma 3 dell'art. 116 Cost. miri ad arricchire i contenuti dell'autonomia ordinaria, completandola, nell'ambito del disegno delineato dal Titolo V della parte II della Costituzione, delineando un orizzonte caratterizzato dalla «competizione virtuosa tra i territori». Il documento conclusivo mette in rilievo come l'attuazione del comma 3 dell'art. 116 Cost. non debba in alcun modo essere intesa come lesiva dell'unitarietà della Repubblica e del principio solidaristico che la contraddistingue, tenendo sempre ben presente l'esigenza della costante osservanza del principio elaborato dalla giurisprudenza costituzionale in ordine alla necessaria correlazione tra funzioni e risorse (sul punto, cfr. Camera dei Deputati, Servizio Studi XVIII legislatura, *L'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario*, 8 ottobre 2019).

<sup>8</sup> Giova rammentare che, ai sensi dell'art. 1, comma 57, l. 27 dicembre 2013, n. 147 (c. d. legge di stabilità per il 2014), entro 60 giorni dalla data di ricevimento della comunicazione delle iniziative *de quibus* da parte delle Regioni, il Governo è tenuto ad attivarsi dando impulso alla relativa procedura, caratterizzata da confronti e intese con le Regioni interessate e fermo restando che il procedimento si conclude con l'emanazione di una legge rinforzata (per la quale è richiesta la maggioranza assoluta delle Camere), il cui contenuto è determinato in base ad una intesa tra Regione e Governo. Con d.p.c.m., da adottarsi entro 30 giorni dalla data di approvazione dell'intesa, è istituita una Commissione paritetica Stato-Regione, la quale, entro 120 giorni dalla sua istituzione, determina le risorse finanziarie, umane e strumentali e le forme di raccordo con le Amministrazioni centrali.

<sup>9</sup> Si tratta di pre-intese che, non essendo previste dalla disposizione costituzionale, sono da ritenersi atti esterni rispetto alle intese previste dal comma 3 dell'art. 116. In quanto tali, hanno una funzione preparatoria e in qualche modo, sia pur in parte, prefigurano il contenuto delle future intese, in quanto contengono la descrizione delle materie sulle quali andranno ad incidere le ulteriori competenze riconosciute alle Regioni richiedenti (in tal senso, cfr. P. GIANGASPERO, *Ancora sul processo di differenziazione dell'autonomia regionale ordinaria. Le prospettive di applicazione dell'art. 116 comma 3, Cost. tra principio negoziale, vincoli procedurali ed impatto sul sistema delle fonti del diritto*, in *Le Regioni*, 2018, n. 2, pp. 164 ss.).

<sup>10</sup> Al riguardo, per un quadro di insieme, cfr. Senato della Repubblica, Servizio Studi, *Verso un regionalismo differenziato: le regioni che non hanno sottoscritto accordi preliminari*, Dossier n. 45, luglio 2018. In relazione alle dinamiche di quella che potrebbe aver dato la sensazione di una «rincorsa» delle diverse Regioni, con accelerazioni e frenate, cfr. I.A. NICOTRA, *Le regioni tra uniformità e differenze: autonomia responsabile o egoismi dei territori?*, in *Diritti regionali*, 2019, n. 1.

fatti, nelle comunicazioni rese alle Camere in occasione della fiducia espressa al Governo, il Presidente del Consiglio dei Ministri aveva dichiarato che fra gli impegni dell'Esecutivo vi era proprio l'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. nei confronti delle Regioni che ne avessero fatto motivata richiesta<sup>11</sup>.

D'altra parte, l'azione dell'Esecutivo si fondava sul c.d. «contratto di governo» sottoscritto tra i due partiti dell'allora maggioranza<sup>12</sup>, nel quale rientrano il riconoscimento alle Regioni di ulteriori competenze che avrebbe dovuto essere accompagnato dal trasferimento delle risorse necessarie per un autonomo esercizio delle stesse, con la garanzia di un equo soddisfacimento dei servizi a garanzia dei cittadini e in termini di efficienza ed efficacia dell'azione svolta e il rafforzamento del regionalismo attraverso l'applicazione della logica della geometria variabile, con l'esplicito vincolo di tener conto sia delle peculiarità e delle specificità delle diverse realtà territoriali, sia della solidarietà nazionale.

L'attuazione dell'articolo 116, comma 3, Cost. ha, peraltro, costituito una delle principali linee di intervento del Governo, di cui si è dato conto nella nota di aggiornamento al Documento di Economia e Finanza (DEF) 2018.

È stata coinvolta anche la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, la quale, nella seduta del 18 ottobre 2018, ha approvato il documento «Le Regioni e le nuove sfide del regionalismo». In particolare, in tale documento si è dato atto della necessità di garantire una differenziazione efficiente e sostenibile, che consenta di destinare risorse alle Regioni che beneficeranno di maggiore autonomia, stante la correlazione con le ulteriori funzioni che saranno ad esse riconosciute.

Il processo evolutivo ha subito una brusca interruzione a seguito della crisi di governo apertasi nell'agosto 2019. Tuttavia, il tema del regionalismo differenziato è entrato co-

---

<sup>11</sup> Come è stato evidenziato in dottrina, grazie soprattutto al protagonismo delle Regioni Lombardia e Veneto, dopo circa un decennio di interesse sopito sia da parte degli studiosi che del mondo politico, il tema del regionalismo differenziato è rientrato nell'agenda di Governo e, in prospettiva, del Parlamento: sulle relative dinamiche, cfr. R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, cit., pp. 1, ss.; L. VIOLINI, *L'autonomia delle Regioni italiane dopo il referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3 Cost.*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 4; C. TUBERTINI, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: una differenziazione solidale?*, in G. BELLOMO, M. FERRARA, F. MASCI, M. SALERNO (a cura di), *Secessionismi Autonomismi Federalismi. Frammenti di una rosa olografica*, (contributi alle giornate di studio, Chieti-Pescara, Università G. D'Annunzio, 28 febbraio-2 marzo 2018), in *Federalismi.it*, 2018, n. spec. 7, pp. 318 ss.). Proprio il lungo tempo trascorso dalla riforma del 2001 del Titolo V della seconda parte della Costituzione, secondo G. FALCON, *Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale*, in *Le Regioni*, 2017, n. 4, p. 627, fa sì che l'attuazione del regionalismo differenziato abbia come riferimento un quadro originario di cui «non è rimasto praticamente nulla, a cominciare dalla stessa rigidità del rapporto operato dall'art. 117 Cost.». Sul carattere controverso dell'art. 116, comma 3, Cost., cfr., altresì, A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 290, ss.; A. MORELLI, *Articolo 116*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 328 ss.; C. TUBERTINI, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: un tentativo di lettura dell'art. 116 comma 3 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 18.

<sup>12</sup> Su cui sia consentito rinviare a C. COLAPIETRO, *Il Governo e la pubblica amministrazione*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto Pubblico*, IV edizione, Giappichelli, Torino, 2019, p. 424.

munque a far parte del programma del secondo governo Conte, sia pur con più evidenti richiami al principio solidaristico<sup>13</sup>.

## 2. L'autonomia differenziata in ambito sanitario

Una delle materie oggetto di differenziazione, e forse la più importante per le implicazioni di ordine sociale-istituzionale ed economico-finanziario che pone, è quella relativa alla salute, ricomprendendosi in essa aspetti legati, in generale, al sistema di *governance* dei sistemi sanitari regionali e alle politiche di gestione del personale dipendente, convenzionato o accreditato, con inevitabili ripercussioni sull'effettiva garanzia del «fondamentale» diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost.<sup>14</sup>.

Come si è già avuto modo di accennare, la strada che finora è stata percorsa è costituita dalla stipula di pre-accordi tra le Regioni richiedenti l'autonomia differenziata ed il Governo.

Sulla base dell'esame di tali documenti, integrati dalle ulteriori richieste formulate da dette Regioni già in questo primo scorcio della diciottesima legislatura, può essere tracciato il seguente quadro di sintesi.

La Regione Lombardia ha chiesto una piena autonomia rispetto alla definizione dell'assetto istituzionale del sistema sociosanitario regionale e dei conseguenti profili organizzativi, in ragione anche della sperimentazione avviata con la legge regionale 11 agosto 2015, n. 23. La Regione Emilia Romagna ha individuato proprio nella tutela della salute una delle sei aree strategiche per le quali ha richiesto ulteriori forme di autonomia.

Per quanto riguarda la Regione Veneto sono indicati gli aspetti collegati alla organizzazione del Servizio Sanitario regionale in un quadro di piena devoluzione della definizione normativa dell'organizzazione sanitaria alla potestà legislativa regionale residuale.

<sup>13</sup> Significativa, al riguardo, è la dichiarazione rilasciata dal Ministro degli Affari regionali, Francesco Boccia, a margine dell'incontro avuto il 23 settembre 2019 con il Presidente della Regione Veneto, Luca Zaia, sul tema del regionalismo differenziato, con riferimento alla bozza di proposta formulata dalla Regione Veneto. Nell'occasione, il rappresentante del governo ha inteso affermare come «l'autonomia differenziata sia un punto fermo del programma del nostro Governo. Vogliamo farla e farla bene, ma in maniera coerente e deve diventare lotta alle disuguaglianze tra Nord e Sud, tra Nord e Nord, tra Sud e Sud»; di rilievo appare la considerazione che il modello operativo che sarà adottato «capovolge il meccanismo che finora è stato seguito», avendo come obiettivo finale quello di «eliminare le disuguaglianze» (per le dichiarazioni del Ministro degli Affari regionali, v. *Quotidianosanità.it* del 15 ottobre 2019, *Regionalismo differenziato. Incontro tra Boccia e Zaia: resta punto fermo del programma di governo. Consegnata la bozza di proposta della Regione Veneto*).

<sup>14</sup> Il rischio di un *vulnus* alla tutela del principio di eguaglianza e di solidarietà che può riflettersi sul concreto esercizio del diritto alla salute è sottolineato da F. ANGELINI, *Autonomia differenziata e tutela della salute: autonomia competitiva dei sistemi sanitari regionali vs universalismo solidale del Sistema sanitario nazionale*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 15, pp. 3 ss. ed E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116 comma 3 Cost.: profili procedurali di dubbia legittimità e possibile violazione dei diritti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, n. 2, pp. 6 ss.

Le richieste di maggiore autonomia in ambito sanitario, buona parte delle quali comuni alle tre Regioni, sia pur con diverso grado di intensità, possono essere sintetizzate nelle seguenti:

- maggiore autonomia finalizzata a rimuovere i vincoli di spesa specifici, con particolare riguardo alle politiche di gestione del personale dipendente, convenzionato o accreditato;
- previsione di incentivi e misure di sostegno, anche mediante l'utilizzo di risorse aggiuntive regionali da destinare in particolare al personale dipendente in servizio presso sedi montane disagiate;
- maggiore autonomia in materia di disciplina dell'accesso alle scuole di specializzazione;
- avvio di percorsi finalizzati alla stipula di contratti a tempo determinato di «specializzazione lavoro» per i medici, alternativi al percorso delle scuole di specializzazione;
- definizione delle modalità per l'inserimento dei medici titolari del suddetto contratto di specializzazione lavoro all'interno delle strutture del Servizio Sanitario Nazionale;
- maggiore autonomia nell'espletamento delle funzioni attinenti al sistema tariffario, di rimborso, di remunerazione e di compartecipazione;
- maggiore autonomia in ordine alla definizione del sistema di *governance* delle Aziende e degli enti trasversali del Servizio Sanitario Regionale;
- maggiore autonomia legislativa, amministrativa ed organizzativa in materia di istituzione e gestione di fondi sanitari integrativi<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Nel dettaglio, in relazione agli ambiti che qui interessano specificamente, l'art. 25 della proposta di intesa formulata dalla Regione Veneto, dopo aver previsto l'attribuzione alla Regione della competenza legislativa in materia di tutela della salute ai sensi dell'art. 117, comma 4, Cost. – «con riferimento ad ogni aspetto relativo alla organizzazione e al governo del sistema sociosanitario regionale, anche in superamento dei limiti di spesa fissati dallo Stato, inclusa la disciplina del reclutamento e del regime dei dirigenti e dei dipendenti del servizio sanitario regionale» – enumera, tra le altre, le seguenti competenze che la Regione intende esercitare: «a) disciplina del personale del servizio sanitario regionale, compresa la regolamentazione della libera professione dei dirigenti medici e sanitari e la previsione di contratti di lavoro libero-professionali tra i professionisti sanitari e le aziende ed enti del servizio sanitario regionale anche per lo svolgimento di funzioni ordinarie; b) istituzione di un livello di contrattazione regionale, in cui destinare specifiche risorse aggiuntive regionali, per integrare la struttura retributiva del personale dipendente del servizio sanitario regionale al fine di incentivare e valorizzare la professionalità, e per prevedere incentivi e misure di sostegno al personale che opera presso sedi disagiate; c) disciplina dell'accesso dei medici al servizio sanitario regionale con possibilità di impiego presso strutture ospedaliere e territoriali di medici in possesso di laurea in medicina e chirurgia e abilitazione ma non specializzati per attività medico chirurgiche di supporto; d) ampliamento della rete formativa delle specializzazioni mediche e sanitarie, con attivazione di percorsi alternativi di formazione specialistica dei medici presso le aziende sanitarie e ospedaliere del servizio sanitario regionale, in raccordo con le università che continuano a svolgere la parte teorica della formazione, e di previsione di contratti a tempo determinato finalizzati alla specializzazione – lavoro per i laureati in medicina e chirurgia che vengono inseriti, per la durata della specializzazione, nelle strutture del servizio sanitario regionale; (...) f) determinazione del numero di contratti di formazione specialistica al fine di rispondere ai fabbisogni espressi dalla Regione; g) facoltà di stipulare specifici accordi con le università presenti su tutto il territorio dell'Unione Europea per l'accesso dei laureati in medicina e chirurgia alle scuole di specializzazione».

L'articolo 24 della proposta della Regione Lombardia, attribuisce alla Regione la potestà legislativa in relazione anche ai seguenti aspetti: «definizione dell'assetto istituzionale del sistema sociosanitario regionale e dei relativi profili di *governance* e organizzativi; (...) definizione dei percorsi formativi delle professioni sanitarie, anche in raccordo con le università, comprese la formazione continua dei medici di medicina generale, nonché la programmazione delle borse di

Come si può notare, si tratta di profili intrecciati tra di loro in quanto la definizione di ulteriori forme di autonomia nella materia della tutela della salute non può prescindere dalla previsione di adeguate misure economico-finanziarie e dall'intervento sulla *governance* dell'intero sistema sanitario.

Peraltro, in relazione ai testi delle pre-intese, è stato espressamente chiarito che l'eventuale riconoscimento della maggiore autonomia nella definizione del sistema di *governance* delle Aziende e degli Enti del Servizio Sanitario Regionale non può prescindere dal necessario rispetto dei livelli essenziali di assistenza, specificamente finalizzato a garantire un assetto organizzativo della rete ospedaliera, dei servizi territoriali, di supporto e delle relative forme di integrazione più coerente alle esigenze specifiche della Regione, ferme restando, altresì, le disposizioni nazionali in materia di selezione della dirigenza sanitaria<sup>16</sup>. Nel contempo, uno degli aspetti di maggiore complessità, sia sotto l'aspetto tecnico-giuridico che politico, è quello connesso alla individuazione delle risorse finanziarie, umane e strumentali necessarie per l'esercizio delle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia richieste dalle tre Regioni e che ovviamente riguarderà anche le altre Regioni che seguiranno questo percorso.

È previsto che sia una Commissione paritetica Stato-regione a provvedere a determinare le risorse da assegnare o trasferire dallo Stato alla Regione<sup>17</sup>.

---

studio per specializzandi e la loro progressiva integrazione operativa con il sistema aziendale; definizione dell'utilizzo delle risorse finanziarie da impiegare per il personale».

L'art. 1 della proposta di intesa formulata dalla Regione Emilia Romagna prevede che siano attribuite alla Regione le ulteriori competenze legislative per il perseguimento, tra le altre, delle seguenti finalità: «b) improntare il sistema di accesso alle scuole di specializzazione e la dotazione organica del personale medico all'integrazione operativa con il sistema aziendale, alla qualità e alle specifiche esigenze del territorio»; (...) d) efficientare l'organizzazione del Servizio Sanitario Regionale attraverso la definizione del sistema di *governance*. Inoltre, nell'ambito della disciplina dei percorsi di specializzazione, alla Regione «è attribuita autonomia legislativa e amministrativa in materia di accesso alle scuole di specializzazione (...); la Regione può avviare percorsi formativi di specializzazione anche attraverso contratti a tempo determinato di specializzazione lavoro per i medici, alternativi ai contratti di formazione specialistica e tali da assicurare una qualità equivalente delle competenze acquisite. La Regione definisce le modalità per l'inserimento dei medici titolari del suddetto contratto di specializzazione lavoro all'interno delle proprie strutture sanitarie, fermo restando che il contratto in esame non attribuisce un diritto all'accesso ai ruoli del Servizio Sanitario Nazionale, né da luogo all'instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con lo stesso, restando ferma la disciplina in materia di accesso al pubblico impiego».

<sup>16</sup> Si vedano, rispettivamente, l'art. 5 dell'«Allegato: salute» all'«Accordo preliminare in merito all'Intesa prevista dall'articolo 116, terzo comma della Costituzione tra il Governo della Repubblica italiana e la Regione Veneto»; l'art. 4 dell'«Allegato: salute» dell'«Accordo preliminare tra il Governo e la Regione Lombardia» e l'art. 4 dell'«Allegato salute» dell'«Accordo preliminare tra il Governo e la Regione Emilia-Romagna».

<sup>17</sup> Tale modalità non è andata esente da critiche in sede dottrinale, essendo stato paventato il rischio che il Parlamento non sia pienamente posto in grado di operare con piena cognizione fondamentali scelte strategiche in temi di grande impatto sociale, quali la salute e l'istruzione: cfr. F. ANGELINI, *Autonomia differenziata e tutela della salute: autonomia competitiva dei sistemi sanitari regionali vs universalismo solidale del Sistema sanitario nazionale*, cit., pp. 13 ss. e C. TUBERTINI, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: un tentativo di lettura dell'art. 116 comma 3 della Costituzione*, cit., pp. 17 ss.

In particolare, detta Commissione è tenuta ad operare nei termini indicati dall'art. 4 (Risorse) contenuto nella parte dispositiva comune ai tre pre-accordi<sup>18</sup>.

Quanto agli investimenti, viene garantita una programmazione certa del loro sviluppo, essendo conferita allo Stato e alla Regione la facoltà di determinare congiuntamente modalità per assegnare risorse, anche mediante forme di crediti di imposta, facendo ricorso ai fondi destinati allo sviluppo infrastrutturale del Paese.

Il percorso individuato e programmato dovrebbe consentire di pervenire ad una maggiore efficienza, in un'ottica di razionalizzazione delle spese in funzione di una gestione del servizio che abbia i suoi centri decisionali sul territorio regionale e quindi più vicino alla volontà dei cittadini.

Tutto ciò considerato, sotto l'aspetto metodologico e dell'*iter* che è necessario seguire, si evidenziano aspetti, collegati precipuamente alla disciplina del personale dipendente dal Servizio sanitario regionale e delle professioni sanitarie, i quali presentano profili di particolare delicatezza che non possono essere affrontati tenendo presente esclusivamente il parametro offerto dal comma terzo dell'art. 116 Cost., Cost., ma esigono una rigorosa ricognizione della loro compatibilità anche con altre norme costituzionali.

### 3. Le ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia correlate alla disciplina del personale sanitario dipendente dal Servizio sanitario regionale e delle professioni sanitarie

Uno dei punti più qualificanti in ordine al riconoscimento della piena autonomia richiesta dalle Regioni nella definizione dell'assetto istituzionale del sistema sanitario regionale e dei conseguenti profili organizzativi, come già si è avuto modo di anticipare, riguarda la disciplina del personale dipendente dal Servizio sanitario regionale e delle professioni sanitarie.

---

<sup>18</sup> I termini di riferimento sono così esplicitati dall'art. 4 comma 1: «a) di compartecipazione o riserva di aliquota al gettito di uno o più tributi erariali maturati nel territorio regionale, tali da consentire la gestione delle competenze trasferite o assegnate, in coerenza con quanto disposto dall'art. 119, quarto comma della Costituzione; b) di spesa sostenuta dallo Stato nella Regione (quale criterio da superare in via definitiva) riferita alle funzioni trasferite o assegnate; di fabbisogni standard, che dovranno essere determinati entro un anno dall'approvazione dell'Intesa e che dovranno essere determinati entro un anno dall'approvazione dell'Intesa e che progressivamente, entro cinque anni, dovranno diventare, in un'ottica di superamento della spesa storica il termine di riferimento in relazione alla popolazione residente e al gettito dei tributi maturato nel territorio regionale in rapporto ai rispettivi valori nazionali fatti salvi gli attuali livelli di erogazione dei servizi». Il successivo comma 2 prevede che i provvedimenti di determinazione delle risorse di cui alla lett. c) del comma 1, stabiliscano altresì la decorrenza dell'esercizio da parte della Regione delle nuove competenze conferite, prevedendo che tale decorrenza dovrà avere luogo contestualmente all'effettivo trasferimento dei beni e delle risorse finanziarie, umane, strumentali e organizzative.

Per un'analisi dettagliata degli aspetti collegati alla individuazione di tali risorse, cfr. *Servizio studi del Senato XVIII Legislatura, Il processo di attuazione del regionalismo differenziato*, febbraio 2019, n. 104, pp. 22-23.

Va osservato preliminarmente che l'art. 19, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, al comma 1 stabilisce che «le disposizioni del presente decreto costituiscono principi fondamentali ai sensi dell'art. 117 della Costituzione»<sup>19</sup>.

In tale contesto assume una particolare valenza derogatoria la richiesta di *disapplicare* la disposizione contenuta nell'art. 15 del d.lgs. citato, concernente *la disciplina della dirigenza medica e delle professioni sanitarie*. La richiesta in argomento è articolata in modo diverso dalle tre Regioni.

La Regione Lombardia ha chiesto di poter intervenire «limitatamente alla possibilità di integrare su base regionale le funzioni da attribuire, la dimensione integrativa della remunerazione, i profili attinenti la formazione e la programmazione del fabbisogno».

La Regione Veneto – chiedendo la devoluzione dell'intera materia della salute alla competenza residuale regionale – ha ritenuto di dover esercitare le competenze legislative e amministrative in tema di disciplina del personale sanitario regionale, compresa la regolamentazione della libera professione dei dirigenti medici e sanitari e la previsione di contratti di lavoro libero professionali tra i professionisti sanitari e le aziende ed enti del Servizio sanitario regionale, anche per lo svolgimento di funzioni ordinarie. Ha inoltre rivendicato alla propria competenza legislativa e amministrativa l'istituzione di un livello di contrattazione regionale, nonché la disciplina dell'accesso dei medici al Servizio sanitario regionale e l'ampliamento della rete formativa delle specializzazioni mediche e sanitarie.

Per quanto riguarda, invece, la Regione Emilia Romagna la problematica in argomento sembrerebbe rientrare in modo meno invasivo nella maggiore autonomia di cui si chiede il riconoscimento in ordine alla definizione del sistema di *governance* delle aziende e degli enti del Servizio sanitario regionale, restando ferme le disposizioni nazionali in materia di selezione della dirigenza sanitaria.

La prima considerazione da svolgere è che la disciplina del personale sanitario, pur avendo indubbia attinenza con la tutela della salute, è ascrivibile al settore del pubblico impiego e, come tale, rientra nella competenza legislativa statale esclusiva. La normazione avente ad oggetto la disciplina dei rapporti intersoggettivi tra datore di lavoro e lavoratore rientra, infatti, nell'ordinamento civile e non attiene alla materia della tutela e sicurezza del lavoro, la quale è, invece, oggetto di legislazione concorrente.

Come noto, a seguito dell'intervenuta privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni, che interessa anche il personale delle Regioni, la materia *de qua*, sulla base dell'espressa indicazione in tal senso formulata dalla Corte

<sup>19</sup> In particolare i principi fondamentali ai quali si chiede di derogare sono quelli contenuti negli articoli: 3 (Organizzazione delle Unità sanitarie locali); 3-bis (Direttore generale, Direttore amministrativo e Direttore Sanitario); 3-quater (Distretto); 3-quinquies (Funzioni e risorse del distretto); 3-sexies (Direttore di distretto); 4 (Aziende ospedaliere e presidi ospedalieri); 6 (Rapporti tra Servizio sanitario nazionale ed Università); 6-ter (Fabbisogno personale sanitario); 7-bis (Dipartimento di prevenzione); 7-ter (Funzione del Dipartimento di prevenzione); 7-quater (Organizzazione del Dipartimento di prevenzione); 8 (Disciplina dei rapporti per l'erogazione delle prestazioni assistenziali); 15 (Disciplina della dirigenza medica e delle professioni); 17 (Collegio di direzione); 17-bis (Dipartimenti).

costituzionale, deve intendersi «regolata dalla legge dello Stato e, in virtù del rinvio da essa operato, dalla contrattazione collettiva»<sup>20</sup>.

In effetti, la disciplina normativa del rapporto di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni (comprese, quindi, le Regioni) è «riconducibile alla materia dell'ordinamento civile»<sup>21</sup>, appartenente alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, il quale «ben può intervenire...a conformare gli istituti del rapporto di impiego attraverso norme che si impongono all'autonomia privata con il carattere dell'inderogabilità, anche in relazione ai rapporti di impiego dei dipendenti delle Regioni»<sup>22</sup>.

È lo Stato, pertanto, che deve determinare gli schemi contrattuali tipici<sup>23</sup>, individuando il bilanciamento degli interessi fondamentali coinvolti e regolando gli istituti che incidono sulla struttura del contratto.

In secondo luogo, la disciplina del rapporto di lavoro in ambito sanitario incide, poi, sulle prestazioni attinenti ai diritti sociali e civili, riguardo alle quali lo Stato è competente (ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.) a determinare i livelli essenziali (si pensi, ad esempio, all'orario di lavoro, ai congedi, alle retribuzioni...).

Di conseguenza, sembrerebbe rientrare nella competenza legislativa regionale solo ciò che esula dalle linee ordinamentali e dalla fissazione dei livelli essenziali delle prestazioni, venendosi a realizzare in materia di pubblico impiego regionale una concorrenza tra potestà legislativa statale e regionale, essendo riservata alla competenza statale la disciplina dei profili ordinamentali e alla fissazione dei livelli essenziali delle prestazioni connesse a diritti civili e sociali, rimanendo invece riservata alla competenza regionale la definizione dei profili pubblicistico – organizzativi, in quanto rientranti nell'ordinamento e nell'organizzazione amministrativa delle Regioni.

Infine, con riferimento alla dirigenza medica pubblica, la Corte Costituzionale ha avuto modo di chiarire che solo alcuni profili della dirigenza sanitaria, pur afferendo all'ordinamento civile – stante la natura privatistica del rapporto di lavoro intercorrente tra i dirigenti e l'Amministrazione – sono comunque da ricondurre alla materia concorrente della tutela della salute.

Ne consegue che anche la disciplina della dirigenza medica non può essere devoluta interamente alla competenza regionale, trovando l'attuazione (con legge ordinaria) del comma terzo dell'art. 116 Cost. un limite insormontabile nella sussistenza delle competenze legislative dello Stato nelle materie indicate dall'art. 117 Cost. (che non siano quelle afferenti

---

<sup>20</sup> Corte cost., 20 novembre 2013, n. 286.

<sup>21</sup> Corte cost., 7 marzo 2007, n. 95.

<sup>22</sup> Corte cost., 16 luglio 2013, n. 228.

<sup>23</sup> In particolare, poi, per quanto riguarda la disciplina della dirigenza pubblica, il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, in attuazione della legge di delega 4 marzo 2009, n. 15 è intervenuto a rafforzare il principio di distinzione tra politica e amministrazione conformemente alle linee già tracciate dalla Corte costituzionale (sul punto, cfr. C. COLAPIETRO, *Il Governo e la Pubblica Amministrazione*, cit., pp. 477 ss.).

all'organizzazione della giustizia di pace, alle norme generali sull'istruzione, alla tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali).

Peraltro, le ultime bozze di intesa, predisposte dal Governo il 15 maggio 2019<sup>24</sup>, distintamente con le tre Regioni, risultano accomunate dal riconoscimento di ulteriori competenze legislative in favore delle Regioni, concernenti i seguenti aspetti:

- impiego (per tutte e tre le Regioni) presso strutture ospedaliere e territoriali – previa procedura concorsuale, in attività di supporto coerentemente al grado di conoscenza, competenza e abilità acquisite, senza assumere la responsabilità clinica di un paziente e comunque con autonomia vincolata alle direttive ricevute da un dirigente medico responsabile dell'unità – di medici in possesso della laurea in medicina e chirurgia e dell'abilitazione, esclusivamente per esigenze temporanee volte a garantire la continuità nell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza nell'ambito del sistema di emergenza-urgenza, con previsione di ulteriori cautele per la eventuale utilizzazione in altri ambiti al fine di fronteggiare il probabile rischio dell'interruzione di pubblico servizio.

Al riguardo, non sembra possano evidenziarsi, in prospettiva, censure di illegittimità costituzionale, dal momento che la portata derogatoria alle competenze statali dell'ulteriore forma di autonomia legislativa regionale in argomento è limitata dalla temporaneità dell'impiego di personale medico di cui trattasi, avente peraltro valenza di supporto, in funzione della soddisfazione della continuità della erogazione dei livelli essenziali di assistenza e ferma restando l'osservanza della procedura concorsuale;

- previsione (per Veneto e Lombardia) che la Regione possa legiferare in ordine alla attività libero professionale dei dirigenti medici e sanitari del Servizio sanitario regionale, nel rispetto delle disposizioni statali in materia di ordinamento civile e di quanto previsto dalla contrattazione collettiva nazionale;
- destinazione, in sede di contrattazione collettiva integrativa, nel rispetto dell'equilibrio di bilancio, di specifiche risorse aggiuntive regionali, al fine di incentivare e valorizzare la professionalità del personale dipendente dal Servizio sanitario regionale, prevedendo inoltre incentivi e misure di sostegno al personale che opera presso sedi disagiate (per Veneto e Lombardia).

In proposito, come è stato ben evidenziato in dottrina, «l'autonoma regolamentazione dell'attività libero professionale dei medici, oggetto di tante diatribe anche giurisdizionali, incide su una pluralità di diritti fondamentali anche in contrapposizione fra di loro (diritto alla salute, diritto alla concorrenza, tutela dell'iniziativa economica privata) che non possono essere così semplicisticamente differenziati in alcune regioni. L'attuazione di tale norma porterebbe ad una totale disegualianza (di trattamento e dei diritti) dei medici professionisti che lavorano in regioni diverse», che finirebbe per dar luogo ad «un regime

<sup>24</sup> Per un raffronto con le pre-intese precedenti, cfr. F. PALLANTE, *Ancora nel merito del regionalismo differenziato: le nuove bozze di intesa tra Stato e Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 20.

ingovernabile e fonte di continue diseguaglianze»<sup>25</sup>. Il che appare ancora più grave se si pone mente al fatto che le regole di fondo della c.d. libera professione intramuraria costituiscono «principi fondamentali ai sensi dell'art. 117, comma 3, in quanto posti a presidio di un delicato bilanciamento tra funzioni pubbliche ed attività economica privata, programmazione e concorrenza ...»<sup>26</sup>;

- coesistenza nel Servizio sanitario regionale sia di personale dipendente a tempo indeterminato, sia di personale a tempo determinato, che presta servizio con contratti di collaborazione coordinata e continuativa o con altre forme di lavoro flessibile o con convenzione, in coerenza con la metodologia nazionale di valutazione dei piani di fabbisogno di personale e qualora la Regione mantenga l'equilibrio economico già raggiunto almeno negli ultimi cinque anni e garantisca livelli essenziali di assistenza (per tutte e tre le Regioni, pur con diverse puntualizzazioni da parte delle stesse, in ordine alla definizione dell'utilizzo delle risorse finanziarie da impiegare);
- ampliamento (per tutte e tre le Regioni) della rete formativa delle specializzazioni mediche e sanitarie nel rispetto dei requisiti nazionali d'accreditamento delle scuole di specializzazione, previa stipula di specifiche intese con le Università interessate, cui in ogni caso compete la formazione teorica, con previsione che, nell'ambito della rete, la Regione possa assegnare – con risorse proprie e nel rispetto della programmazione nazionale, in sovrannumero rispetto ai contratti finanziati dallo Stato, e previa procedura concorsuale – specifici contratti di formazione-lavoro a laureati in medicina e chirurgia presso le strutture del Servizio sanitario regionale per una durata complessiva pari a quella del corso di formazione specialistica, tali da assicurare una qualità delle competenze acquisite equivalente a quella prevista a livello nazionale.

Tale enunciato dovrà comunque raccordarsi con quanto statuito dall'art. 37, comma 1, d.lgs. 17 agosto 1999, n. 368, laddove è previsto che il contratto stipulato dal medico specializzando sia «finalizzato esclusivamente all'acquisizione delle capacità professionali inerenti al titolo di specialista, mediante la frequenza programmata delle attività didattiche formali e lo svolgimento di attività assistenziali funzionali alla progressiva acquisizione delle competenze previste dall'ordinamento didattico delle singole scuole», giacché è altresì precisato che esso «non dà in alcun modo diritto all'accesso ai ruoli del Servizio sanitario nazionale e dell'Università o ad alcun rapporto di lavoro con gli enti predetti»<sup>27</sup>. A meno

---

<sup>25</sup> E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116 comma 3 Cost.: profili procedurali di dubbia legittimità e possibile violazione dei diritti*, cit., p. 8, secondo cui «questo sistema potrebbe anche implementare la tendenza di medici professionisti a migrare da una Regione all'altra oppure di eseguire attività per il servizio sanitario in una Regione ed attività libero professionale in regioni più vantaggiose dal punto di vista dell'autonomia professionale».

<sup>26</sup> COSÌ R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, cit., p.8.

<sup>27</sup> Su tale materia, secondo E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116 comma 3 Cost.: profili procedurali di dubbia legittimità e possibile violazione dei diritti*, cit., pp. 6 ss., sono già intervenute l'Ue e la normativa nazionale, «incidendo sia sul profilo dell'istruzione universitaria, sia sul tema della salute. Si tratta fra l'altro di un settore che può incidere anche sul diritto di circolazione all'interno dell'UE dei futuri medici specialisti, cosicché una disciplina differenziata può implicare conseguenze anche sui diritti dei destinatari della normativa. Un diverso trattamento in que-

che, come appare più verosimile, non si voglia creare un ulteriore *genus*, affiancando al contratto di formazione specialistica il «contratto di formazione-lavoro», che comporta l'ineludibile problema di definire «i compiti assegnabili a tali neo-laureati, nonché i caratteri del rapporto di lavoro propri al nuovo *status* professionale»<sup>28</sup>.

A ben vedere, infatti, al di là dell'obiettivo finanziario di tale differenziazione, rinvenibile nello spostamento delle relative risorse dallo Stato alla Regione, l'obiettivo vero è quello di «spostare gli specializzandi dal loro ruolo di medici in formazione a quello di dipendenti del servizio sanitario regionale, così da poter trasferire quote di attività sanitaria sui giovani in formazione anziché su medici strutturati, con conseguente riduzione dei costi», ma anche con la conseguenza inevitabile e forse sottovalutata di mettere così in discussione «quel metodo di selezione degli specializzandi che viene fatto con un concorso nazionale e quindi con maggiori garanzie di meritocrazia». A ciò aggiungasi che una siffatta differenziazione, «apparentemente vantaggiosa per i vari soggetti coinvolti (regione e medici neolaureati) con un uso più disinvolto dei giovani medici», finirebbe per discriminare «sia i cittadini che gli stessi medici in formazione», il cui impiego non può essere equiparato «a quello di un medico che ha completato la propria formazione a garanzia della salute del cittadino»<sup>29</sup>.

Come del resto evidenziato di recente dalla Corte costituzionale nella sentenza 27 dicembre 2018, n. 249, secondo cui l'attività dei medici in formazione specialistica a livello regionale deve essere comunque «conforme al paradigma della «autonomia vincolata» fissato dal legislatore statale», che rappresenta un ragionevole punto di equilibrio «tra l'esigenza di consentire la graduale assunzione di responsabilità e autonomia operativa in capo allo specializzando e la necessità di garantire in ogni caso la salute dei pazienti» Ed è proprio alla luce dei principi costituzionali richiamati da tale pronuncia della Consulta, che lascia ancora più perplessi «il discutibile arruolamento degli specializzandi nei sistemi sanitari regionali» che si va delineando a livello di legislazione regionale<sup>30</sup>.

---

sta materia non pare ragionevole né legittimo, sia perché portatore di diseguaglianze all'interno del percorso formativo degli specializzandi, sia perché la previsione «dell'integrazione operativa con il sistema aziendale», come dice la norma contenuta nell'intesa, già ipotizza lo spostamento dell'attività degli specializzandi da una collocazione nel sistema universitario a quella nel servizio sanitario regionale. La giustificazione che viene data alla differenziazione di tale disciplina appare poi debolissima, ossia derivante dalla necessità «di rendere il sistema più coerente con le specifiche esigenze del territorio», quando il numero dei posti è quantificato già ora da indicazioni regionali, ma poi coordinato, ai fini dell'accesso nelle scuole, da un provvedimento nazionale».

<sup>28</sup> R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, cit., p. 10, che sottolineano come una siffatta disciplina intersechi la materia dell'«ordinamento civile», «una competenza esclusiva statale non devolvibile con il procedimento del regionalismo differenziato».

<sup>29</sup> Così ancora E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116 comma 3 Cost.: profili procedurali di dubbia legittimità e possibile violazione dei diritti*, cit., pp. 7 ss., la quale rileva come «il giovane medico impiegato in questo sistema potrebbe sviluppare più precocemente le proprie capacità operative a spese dei pazienti rispetto al medico in formazione specialistica, soggetto al tutoraggio costante, continuo e prevalente del medico strutturato».

<sup>30</sup> Cfr. A. CARMINATI, *I medici in formazione specialistica tra disciplina quadro statale, normativa regionale e interventi di riforma. Note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 249 del 2018 sulla L. Reg. Lombardia n. 33 del 2017*, in *Corti supreme e salute*, 2019, n. 1, secondo cui la Corte «lungi dall'avallare un possibile impiego dei medici

Da ultimo, per quello che concerne le professioni sanitarie, la materia delle «professioni» in generale, a mente dell'art. 117, comma 3, Cost., rientra nell'ambito della potestà legislativa concorrente Stato-Regioni e, pertanto, in teoria rivendicabile ai sensi dell'art. 116, comma 3, Cost.

Tuttavia, al riguardo, con diverse pronunce, la Corte costituzionale ha chiarito che l'individuazione delle figure professionali, con i relativi profili e titoli abilitanti, è riservata allo Stato nell'ambito della determinazione dei principi in materia, per il suo carattere necessariamente unitario, trattandosi di un limite generale, invalicabile<sup>31</sup>.

Questo significa che l'ampliamento dell'autonomia regionale non può debordare fino a limitare le competenze statali in materia di individuazione delle professioni sanitarie (con i relativi profili e titoli abilitanti), le quali hanno la finalità di garantire sull'intero territorio nazionale requisiti di professionalità e competenza uniformi, tali da consentire la circolazione dei professionisti in tutto il Paese<sup>32</sup>.

#### 4. Acquisizione di ulteriori competenze in materia di *governance*

Uno degli aspetti più problematici, ancora lontano dall'essere definito in sede di pre-intese, è quello concernente l'acquisizione, da parte delle tre Regioni, di ulteriori competenze legislative in ordine alla *governance* sul sistema sanitario e quindi, sulla normazione in ordine alla determinazione e disciplina delle relative figure apicali.

La regolamentazione è attualmente contenuta negli artt. 3 e 3-*bis*, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, nel d.P.R. 10 dicembre 1997, n. 484 e nel d.lgs. 4 agosto 2016, n. 171.

Il sistema così definito prevede al vertice delle aziende e degli enti del S.s.n. la figura del direttore generale, del direttore sanitario e del direttore amministrativo, richiedendo per essi specifici requisiti di professionalità e prevedendo apposite procedure selettive per il

---

specializzandi per sopperire alle carenze di organico ... rende più stringenti i termini del rapporto fra specializzandi e tutor», ribadendo che «le attività autonomamente esercitabili dal corsista vanno comunque svolte in regime di "autonomia vincolata", il che presuppone ... la presenza o la vicinanza del personale strutturato».

<sup>31</sup> Cfr. le sentenze della Corte costituzionale 11 giugno 2014, n. 178; 19 luglio 2011, n. 230; 18 ottobre 2010, n. 300; 11 dicembre 2009, n. 328; 11 aprile 2008, n.93; 2 marzo 2007, n. 57; 14 aprile 2006, n. 153; 25 novembre 2005, n. 424; 12 dicembre 2003, n. 353.

<sup>32</sup> Con riferimento alla materia delle «professioni» l'art. 26 della bozza di intesa tra Governo e Regione Veneto prevede che a quest'ultima siano attribuite «le competenze legislative ed amministrative volte a rafforzare il proprio ruolo in relazione alle professioni non ordinistiche, anche istituendone di nuove, purché riguardino competenze strettamente ed esclusivamente connesse alle caratteristiche specifiche regionali». Di analogo tenore è l'art. 23 della bozza di intesa tra Governo e Regione Lombardia concernente le professioni. Nella bozza di intesa tra Governo e Regione Emilia Romagna non è invece contemplata la materia delle professioni.

In relazione a quanto sopra, giova rammentare che con la l. 11 gennaio 2018, n. 3 si è proceduto al riordino delle professioni sanitarie, aggiungendo nuovi ordini e collegi a quelli previsti in precedenza e ampliando il novero delle categorie professionali connesse al settore sanitario.

conferimento degli incarichi. Le scelte normative a livello nazionale sono state improntate alla finalità di operare la netta distinzione tra le figure che esercitano funzioni di carattere gestionali e l'organo politico<sup>33</sup>.

Da ultimo, con il d.lgs. 4 agosto 2016, n. 171, si è inteso rafforzare questa impostazione prevedendo l'adozione di una serie di misure volte a garantirne l'uniforme applicazione sul territorio nazionale, quali: l'istituzione presso il Ministero della Salute di un elenco nazionale di soggetti idonei alla nomina di direttore generale delle aziende sanitarie, delle aziende ospedaliere e degli altri enti del S.s.n., con relativa previsione di apposita selezione per la formazione dello stesso, basata su requisiti e parametri di valutazione predefiniti; la previsione, per il successivo conferimento dell'incarico di direttore generale da parte delle Regioni, di apposite procedure selettive locali; la previsione di apposite procedure selettive locali per la formazione degli elenchi regionali contenenti gli idonei all'incarico di direttore amministrativo, direttore sanitario e, ove previsto dalla legislazione regionale, di direttore dei servizi socio-sanitari.

L'eventuale disapplicazione della normativa statale conseguente ad un possibile ampliamento delle competenze legislative regionali in *subiecta materia* potrebbe comportare, di riflesso, il venir meno – su quella parte del territorio nazionale coincidente con i territori delle Regioni cui sia concessa maggiore autonomia – delle garanzie di trasparenza che il legislatore ha inteso assicurare in funzione del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa, con evidente rischio di ripercussioni negative sul concreto esercizio del diritto alla salute da parte del cittadino.

È da ritenere, pertanto, che proprio in virtù di tali valutazioni il Governo si sia limitato a esprimersi in modo estremamente generico allorché nella elaborazione dell'ultima bozza di intesa, con riferimento all'attribuzione delle nuove competenze richieste dalle Regioni, abbia previsto una non meglio specificata competenza regionale «sulla definizione dell'assetto istituzionale del sistema socio-sanitario regionale e dei relativi profili organizzativi, tenendo conto degli *standard* definiti a livello nazionale»<sup>34</sup>.

Da parte loro, le tre Regioni hanno formulato richieste difformi rispetto al testo governativo<sup>35</sup>, insistendo: il Veneto, sull'attribuzione di competenze in ordine alla «definizione dell'assetto istituzionale del sistema sanitario e sociosanitario regionale e dei relativi profili organizzativi e di *governance*, tenendo conto degli *standard* definiti a livello nazionale»;

<sup>33</sup> Circa l'affermazione del principio della netta separazione tra politica e gestione dell'amministrazione sanitaria, cfr., *ex multis*, le sentenze della Corte costituzionale 19 luglio 2011, n. 228; 20 ottobre 2010, n.304; 21 giugno 2001, n. 224; 27 gennaio 2010, n. 32; 19 novembre 2008, n.390; 19 marzo 2007, n.104.

<sup>34</sup> Riferimento, questo, contenuto, rispettivamente, negli artt. 29, comma1, lett. a); 25, comma1, lett a); 35, comma1, lett. a) delle bozze di intesa, rispettivamente, con Veneto, Lombardia, Emilia Romagna.

<sup>35</sup> Peraltro, Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna sono state, negli ultimi anni, tra le Regioni più attive nell'individuare modelli di *governance* innovativi sulla implementazione delle dinamiche aziendalistiche: al riguardo cfr. F.G. CUTTAIA, *La governance delle aziende sanitarie pubbliche e la diversificazione dei suoi processi evolutivi*, in *Diritto e Salute*, 2019, n. 1, pp. 27 ss.).

l'Emilia Romagna, in ordine alla finalità di «efficientare l'organizzazione del S.s.r. attraverso la definizione del sistema di *governance*»; la Lombardia, in ordine alla «definizione dell'assetto istituzionale del sistema sociosanitario regionale e dei relativi profili di *governance* e organizzativi delle aziende sanitarie e degli enti del S.s.r., con particolare riguardo agli organi e alla direzione strategica, ferme restando le disposizioni nazionali in materia di selezione della dirigenza sanitaria»<sup>36</sup>.

Proprio queste ultime proposte, laddove prevedono una maggiore autonomia in ordine alla definizione del sistema di *governance*, destano non poche perplessità, in quanto «o sono meramente ripetitive di quella competenza esclusiva in materia di organizzazione sanitaria riconosciuta anche da parte della Corte costituzionale, o invece, c'è il serio rischio che si voglia mettere in dubbio tutti i principi generali in materia di dirigenza sanitaria, aspetto questo non di per sé criticabile, ma lo potrebbe diventare in quanto espressione di una disciplina regionale ed origine di ulteriori diseguaglianze»<sup>37</sup>.

Pertanto, è da ritenere che proprio il nodo, non ancora sciolto, dell'attribuzione dei poteri di *governance* costituisca in definitiva una delle chiavi di lettura con cui si potrà interpretare l'effettiva portata delle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia che saranno attribuite alle Regioni nella materia della tutela della salute<sup>38</sup>.

Tuttavia, in una partita ancora complessa da giocare nei rapporti Stato-Regioni, si può affermare che il contenuto delle bozze di intesa finora formulate (parte delle quali, peraltro, non ha ricevuto dalle tre Regioni interessate l'adesione, bensì l'indicazione di integrazioni e modifiche da apportare) sembra discostarsi dal tenore della proposta più radicale (quella del Veneto)<sup>39</sup>, offrendo spunti alle mediazioni tuttora in corso tese a delineare una attribu-

<sup>36</sup> In altre parole, si è aggiunta da parte di tutte le Regioni la parola «*governance*» e, per il Veneto, anche quella «sistema sanitario» (mentre il Governo parla di «sistema socio-sanitario»). Peraltro, non si è mancato di sottolineare come la Regione Emilia Romagna abbia avanzato, in generale, richieste «forse mediaticamente meno appariscenti, ma, all'atto pratico, suscettibili di esplicitare conseguenze non così lontane da quelle che verrebbero a verificarsi nelle altre due Regioni» (F. PALLANTE, *Ancora nel merito del regionalismo differenziato: le nuove bozze di intesa tra Stato e Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna*, cit., p. 6).

Proprio in tema di *governance* del Servizio sanitario regionale, la Regione Emilia Romagna, rispetto alla precedente posizione, ha aggiunto la richiesta di ridefinirne le regole: in merito a tali richieste cfr. A. CANDIDO, *Prove di regionalismo differenziato. La richiesta della Regione Emilia Romagna*, in *Diritti regionali*, 2019, n. 3.

<sup>37</sup> E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116 comma 3 Cost.: profili procedurali di dubbia legittimità e possibile violazione dei diritti*, cit., p. 8.

<sup>38</sup> Illuminante, sotto questo aspetto, è quanto dichiarato dall'attuale Ministro della Salute in un'audizione parlamentare. Egli, infatti, ha affermato che «l'eventuale trasferimento di competenze in materia di tutela della salute avverrebbe comunque nell'ambito della competenza legislativa concorrente, fermo restando il rispetto dei principi fondanti il nostro sistema sanitario», chiarendo al riguardo che «le competenze legislative e amministrative si configureranno comunque quali eccezioni concordate ai principi generali della materia» (Commissione parlamentare per le questioni regionali – resoconto stenografico indagine conoscitiva – seduta di giovedì 14 novembre 2019 – audizione del Ministro della Salute, Roberto Speranza).

<sup>39</sup> Cfr. sul punto L. GRAZZINI, P. LATTARULO, M. MACCHI, A. PETRETTO, *Il regionalismo differenziato universale e specificità territoriali*, in *Federalismo in Toscana*, 21/2018, IRPET, 11 gennaio 2019, i quali ritengono, in generale, come «negli Accordi Preliminari tra regioni e governo si sia di fatto attuato un riallineamento delle opzioni percorribili, portando alla costruzione di tre accordi tra di loro in ampia misura molto simili», pervenendo così ad «un approccio maggiormente precauzionale rispetto alle possibilità prospettate e richieste dalle Regioni».

zione di «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» coerenti con lo spirito che sembra aver guidato il legislatore costituzionale del 2001, volto a favorire l'implementazione dell'autonomia regionale in un contesto unitario, soprattutto per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali del cittadino.

L'individuazione di contorni più definiti di tale contesto potrà far delineare meglio la prospettiva nella quale dovrà collocarsi il processo evolutivo dell'autonomia regionale anche in ambito sanitario.

Un deciso, ma forse ancora non decisivo, contributo alla definizione del contesto di cui trattasi è rintracciabile nel contenuto della bozza di legge quadro che il 27 novembre 2019 il Ministro per gli affari regionali Boccia ha inviato ai Presidenti delle tre Regioni interessate<sup>40</sup> – nel tentativo di definire una cornice normativa unitaria in cui potranno poi inserirsi gli interventi di attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. – e nella quale sono riassunti i criteri che debbono presiedere alla concreta attribuzione alle Regioni dell'autonomia differenziata<sup>41</sup>, facendo ricorso a quegli strumenti di tenuta unitaria del sistema, «necessari per adempiere all'obbligazione costituzionale di protezione della salute quale diritto fondamentale della persona e interesse della collettività»<sup>42</sup>. Essi sembrano ispirati al *principio perequativo*, nel senso di tendere ad adeguare i meccanismi di finanziamento delle funzioni pubbliche territoriali al soddisfacimento dell'esigenza di mantenere saldi i *valori solidaristici e cooperativi* che la Repubblica esprime, senza mettere in discussione la

<sup>40</sup> Su cui cfr. le considerazioni critiche, in particolare sul *modus procedendi* ipotizzato dal Governo, di L. A. MAZZAROLI, *Considerazioni a prima vista di diritto costituzionale sulla «bozza di legge-quadro» consegnata dal Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie del Governo Conte II, Francesco Boccia, a i Presidenti Zaia, Fontana e Bonaccini, in materia di articolo 116, co. 3, Cost.*, in *Federalismi.it*, 2019, 21, che tuttavia sottolinea il radicale mutamento di prospettiva rispetto al passato: «prima lo Stato fissa ... i livelli essenziali delle prestazioni e i fabbisogni *standard* e solo dopo si procede alla firma delle *Intese*».

<sup>41</sup> In particolare, l'attribuzione alle Regioni di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, dovrà avere quale parametro di riferimento la finalità di assicurare il perseguimento dei livelli essenziali delle prestazioni o gli obiettivi di servizio su tutto il territorio nazionale. Più precisamente, l'art. 1 della bozza di legge quadro prevede che le intese tra lo Stato e le Regioni debbano conformarsi ai seguenti obiettivi e modalità di attuazione: a) determinazione, nelle materie oggetto di attribuzione, dei diversi livelli essenziali delle prestazioni o degli obiettivi di servizio uniformi su tutto il territorio nazionale e dei fabbisogni *standard*, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m) Cost.; b) finanziamento delle funzioni attribuite, ai sensi di quanto indicato nella lett. a), nel rispetto dei criteri di perequazione espressi dall'art. 17, l. 31 dicembre 2009, n. 196 e dal d.lgs. 6 maggio 2011, n. 68; c) necessità di assicurare su tutto il territorio nazionale i livelli delle prestazioni o gli obiettivi di servizio di cui alla lett. a) anche attraverso la perequazione strutturale; d) richiamo, nella previsione del riparto tra Regione ed Autonomie locali delle funzioni amministrative oggetto di attribuzione, oltre che ai principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza, anche al principio solidaristico; e) previsione del termine di 12 mesi, dall'entrata in vigore della legge di approvazione dell'intesa, entro cui siano determinati i livelli essenziali delle prestazioni, gli obiettivi di servizio e i relativi fabbisogni *standard*, scaduti i quali le relative risorse saranno assegnate con d.p.c.m. sulla base delle risorse a carattere permanente iscritte nel bilancio dello Stato a legislazione vigente; f) previsione, ai fini del coordinamento della finanza pubblica, che lo Stato possa stabilire, in relazione agli andamenti del ciclo economico e dei conti pubblici, misure a carico della Regione, a garanzia dell'equità nel concorso al risanamento della finanza pubblica, previa adozione delle medesime misure con impatto finanziario su tutto il territorio nazionale. L'art. 2 indica, invece, le modalità con le quali debbono essere determinati i livelli essenziali delle prestazioni, gli obiettivi di servizio e i fabbisogni *standard*, stabilendo la relativa tempistica.

<sup>42</sup> R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, cit., p. 9, secondo cui questa rappresenta «una chiave di lettura essenziale e non scontata della regionalizzazione della sanità italiana».

stessa unità repubblicana e, soprattutto, senza arrecare un *vulnus* al principio costituzionale di eguaglianza formale e sostanziale, in grado di pregiudicare tutta una serie di diritti fondamentali dei cittadini<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Per una lettura in tal senso cfr. G. FARES, *Regionalismo differenziato, analisi delle funzioni di equilibrio di sistema, le possibili ricadute sull'ordinamento farmaceutico*, in *Diritti regionali*, 11 gennaio 2020, pp. 37-39, il quale pone in rilievo la circostanza che il superamento della logica del riparto dei vari fondi di perequazione operato esclusivamente ed unilateralmente dal Governo centrale, potrebbe condurre di per sé ad «una sorta di eterogenesi dei fini», suscettibile di mettere a repentaglio il principio perequativo. Da ciò la necessità di «vigilare» affinché sia evitato il rischio che l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia alle Regioni possa tradursi in una automatica modalità che abbia l'effetto di ricodificare la redistribuzione interregionale delle risorse trattenendo, da parte delle Regioni più ricche, il residuo fiscale, ossia la differenza tra le tasse pagate e il costo dei servizi erogati».



# Sanità speciali e sanità “differenziate”\*

Matteo Cosulich\*\*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. L'impossibile specialità delle Regioni differenziate. – 3. Elementi di paraspecialità nella differenziazione regionale. – 4. Alla ricerca della specialità sanitaria. – 5. Le sanità differenziate: un sentore di specialità.

**ABSTRACT:**

Il procedimento di differenziazione delle Regioni ordinarie previsto dall'art. 116, co. 3 Cost. non può condurre alla trasformazione delle stesse in Regioni ad autonomia speciale. Tuttavia le Regioni che hanno maggiormente proceduto sulla via della differenziazione (Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto) aspirano a fare propri gli elementi caratterizzanti la specialità regionale, sia in generale sia con specifico riferimento alla materia sanitaria. In generale, le Regioni in via di differenziazione mirano a istituire quella relazione negoziale e concordata della singola Regione con lo Stato che costituisce il segreto delle specialità regionali di successo. Quanto alla materia sanitaria, il profilo che distingue le Regioni speciali (tranne la Sicilia) dalle Regioni ordinarie è l'autofinanziamento del proprio sistema sanitario che consente loro di sottrarsi ai vincoli dettati dallo Stato alla spesa sanitaria e dunque alla gestione del Servizio sanitario regionale. L'esame degli Accordi preliminari e delle bozze di Intesa con lo Stato di Emilia Romagna, Lombardia e Veneto sembra indicare che esse mirano esattamente a tale risultato che le avvicinerrebbe alle Regioni speciali.

*The process towards differentiation of the ordinary Regions (art. 116, co. 3 Const.) cannot lead them to become Regions with special autonomy. However, the Regions that have made further progress towards differentiation (Emilia-Romagna, Lombardia and Veneto) aim at introducing the elements which characterize the regional specialty, both in general and health care related. In general, the ordinary Regions in the process of differentiation aim at establishing a negotiated and agreed relationship with the State, which is the secret of successful regional specialties. As far as health care is concerned, what distinguishes special Regions (except Sicily) from ordinary Regions is the self-financing of their own health system, which allows them to escape the constraints imposed by the State on health expenditure and therefore on the Regional Health Service management. The examination of the “Accordi preliminari” (preliminary Agreements) and of the “bozze di Intesa” (drafts Agreements) with the State by Emilia Romagna, Lombardia and Veneto seems to indicate that they aim exactly for this result, which would bring them closer to the Regions with special autonomy.*

## 1. Premessa

Inteso in senso dinamico, il procedimento previsto dall'art. 116, co. 3 Cost., corrisponde a un processo che vede una Regione transitare dall'uniforme assegnazione di funzioni legislative e amministrative propria delle (altre) Regioni ordinarie<sup>1</sup> all'ulteriore attribuzione di "forme e condizioni particolari di autonomia" che vengono a caratterizzare *singulatim* la Regione stessa. Solitamente il processo in discorso viene esaminato utilizzando come angolo visuale il suo punto di partenza: ci si interroga sul grado di allontanamento dalla disciplina delle funzioni delle Regioni ordinarie. Ma l'angolo visuale dal quale si osserva il processo può anche coincidere col suo punto di arrivo, qualora si esamini – come ci si propone in questa sede – il grado di avvicinamento della Regione interessata dal procedimento di cui all'art. 116, co. 3 Cost. alla categoria di Regioni da sempre contrassegnate da una disciplina specificamente differenziata per ciascuna di esse: le Regioni a Statuto speciale<sup>2</sup>.

A bene vedere, infatti, le Regioni che hanno intrapreso il cammino della differenziazione, se non possono trasformarsi in Regioni a Statuto speciale (par. 2), paiono comunque volersi avvicinare ad esse (par. 3). L'affermazione ora proposta in via generale verrà di seguito più dettagliatamente riferita all'ambito sanitario. Il che richiede preliminarmente di chiarire cosa e quanto vi sia di speciale nelle sanità delle cinque Regioni autonome (par. 4), al fine di poterle conclusivamente comparare con le sanità delle Regioni ordinarie differenziate, una volta divenute tali (par. 5).

---

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Il testo costituisce una rielaborazione dell'intervento presentato alla Tavola rotonda su "Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato" nell'ambito del XVII Convegno nazionale di diritto sanitario "La salute alla carta: il Ssn di fronte alle sfide del regionalismo differenziato", organizzato a Roma l'8 novembre 2019 dalla Società italiana di Diritto sanitario in collaborazione con l'ALTEMS dell'Università Cattolica del Sacro Cuore e il CEIMS dell'Università del Piemonte Orientale.

\*\* Professore associato confermato di Diritto costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Trento, [matteo.cosulich@unitn.it](mailto:matteo.cosulich@unitn.it).

<sup>1</sup> Il procedimento di differenziazione di cui all'art. 116, co. 3 Cost. può infatti reputarsi applicabile alle sole Regioni ad autonomia ordinaria (così A. RUGGERI, *La "specializzazione" dell'autonomia regionale: se, come e nei riguardi di chi farvi luogo*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2008, pp. 46-48; contra D. GALLIANI, *All'interno del Titolo V: le "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" di cui all'art. 116, co. 3 Cost. riguardano anche le Regioni a Statuto speciale?*, in *Le Regioni*, 2003, p. 423).

<sup>2</sup> Va peraltro rilevato come la specifica peculiarità di ciascuna Regione a Statuto speciale, con riferimento sia alla struttura sia alle funzioni, abbia subito un certo ridimensionamento a seguito degli interventi del legislatore costituzionale del 2001. Da un lato, la legge cost. 31 gennaio 2001, n. 2 tende a uniformare (con poche eccezioni) la forma di governo e il sistema delle fonti delle Regioni speciali; dall'altro, la legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3 omogeneizza le loro competenze legislative, attraverso la clausola di maggior favore di cui al suo art. 10 (*adde amplius infra* par. 4, anche con specifico riferimento alla materia sanitaria).

## 2. L'impossibile specialità delle Regioni differenziate

La trasformazione in una Regione a Statuto speciale rappresenta un obiettivo irraggiungibile per le Regioni che hanno avviato il procedimento di differenziazione di cui all'art. 116, co. 3 Cost. Al riguardo, non ingannino le analogie lessicali riscontrabili tra quest'ultima disposizione costituzionale e il co. 1 del medesimo art. 116, notoriamente dedicato alla specialità regionale. Il ricorso al medesimo sintagma “forme e condizioni particolari di autonomia” al co. 1 e al co. 3 dell'art. 116 – o, se si preferisce, il riferire lo stesso, da sempre impiegato per le Regioni speciali<sup>3</sup>, alle Regioni differenziate – sembra il frutto della sciattezza terminologica del revisore costituzionale del 2001, piuttosto che la manifestazione della sua volontà di equiparare le seconde Regioni alle prime.

Non è difficile intravedere, tra le motivazioni che hanno indotto alcune Regioni ad avviare il procedimento di differenziazione, l'anelito a trasformarsi in Regioni a Statuto speciale. Si tratta di un'aspirazione particolarmente evidente in Veneto, forse non a caso unica Regione ordinaria confinante con due Regioni speciali. Può rammentarsi in proposito che la Regione Veneto indulse all'ipotesi di sottoporre al suo elettorato un quesito referendario del seguente tenore: “Vuoi che la Regione del Veneto diventi una Regione a Statuto speciale?” (art. 15, co. 1, n. 5 legge reg. 19 giugno 2014, n. 15)<sup>4</sup>. È noto che la disposizione legislativa veneta ora richiamata è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale in quanto un *referendum* di tal fatta, pur consultivo, avrebbe violato gli “obblighi costituzionali”, essendosi proposta di “includere la Regione Veneto nel novero delle Regioni a Statuto speciale, tassativamente enumerate nell'art. 116 Cost.” (sent. n. 118/2015). Il procedimento di differenziazione *ex art. 116, co. 3 Cost.* non può quindi sfociare nella specialità regionale, come invece si proponeva l'illegittimo quesito referendario veneto. Ma vi è di più: occorre rammentare che le Regioni a Statuto speciale non sono state istituite ma semplicemente riconosciute dall'art. 116, co. 1 Cost.<sup>5</sup>, in quanto dotate di un fondamento extracostituzionale, rinvenibile in atti precostituzionali<sup>6</sup>, o internazionali<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Così, secondo il testo originario dell'art. 116 Cost.: “Alla Sicilia, alla Sardegna, al Trentino-Alto Adige, al Friuli Venezia Giulia e alla Valle d'Aosta sono attribuite forme e condizioni particolari di autonomia, secondo Statuti speciali adottati con leggi costituzionali”.

<sup>4</sup> Si veda A. MORELLI, *Regionalismo differenziato e autonomia speciale: un quadro complesso*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 3, 2019, 15, al sito *internet* [www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it).

<sup>5</sup> Particolarmente indicativo risulta sul punto il testo vigente del co. 1 dell'art. 116 Cost., introdotto dalla legge cost. n. 3/2001: il ricorso al verbo “disporre” evidenzia infatti il “carattere originario” della specialità regionale (S. MANGIAMELI, *Regioni a Statuto speciale*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, V, 2006, p. 4986).

<sup>6</sup> Si fa qui riferimento: da un canto, allo Statuto della Regione siciliana, approvato con r.d.lgs. 15 maggio 1946, n. 455; dall'altro, ai dd.lgss.lgtt. 7 settembre 1945, n. 545 e n. 546, “autenticamente fondativi del successivo regime di autonomia speciale” della Regione Valle d'Aosta [R. LOUVIN, *I decreti luogotenenziali per la Valle d'Aosta del 1945: fra rottura e transizione costituzionale*, in D. ROCCA (a cura di), *I decreti luogotenenziali del 1945*, Stylos, Aosta, 2007, p. 150].

<sup>7</sup> Così, rispettivamente per il Trentino-Alto Adige/*Südtirol* e per il Friuli Venezia Giulia, l'Accordo De Gasperi-Gruber (Parigi, 5 settembre 1946), “vero e proprio ancoraggio internazionale dell'autonomia” (A. D'ATENA, *L'Accordo De Gasperi-*

o ancora in un “elemento metagiuridico” corrispondente a “differenze storiche ritenute permanenti”<sup>8</sup>. Altrimenti – e autorevolmente – detto, “la creazione di Regioni a Statuto speciale non è stata l’effetto di pure volizioni politiche, ma è stato un portato della storia”; di conseguenza “non è possibile la loro cancellazione per pura volontà politica”<sup>9</sup>. A ben vedere, se il *numerus clausus* delle Regioni speciali non può essere variato per sottrazione, non sembra poterlo essere neppure per addizione<sup>10</sup>: se la mera “volontà politica” non può – neppure, potrebbe reputarsi, se cristallizzata in una legge di revisione costituzionale – privare della specialità una Regione, non pare nemmeno poter compiere l’operazione eguale e contraria, attribuendo *ex nihilo* la specialità a una Regione ordinaria.

D’altra parte, al di là del già rilevato ricorso al medesimo sintagma per indicare le peculiarità delle esistenti Regioni speciali e delle potenzialmente differenziabili Regioni ordinarie, va rilevato come le medesime “forme e condizioni particolari di autonomia” possano assumere un differente significato quando inserite nel differente ordito normativo del co. 1 e del co. 3 dell’art. 116 Cost. Al co. 1, infatti, le “forme e condizioni particolari di autonomia” corrispondono a vere e proprie materie, rimesse alla competenza legislativa e amministrativa di ciascuna Regione speciale (o Provincia autonoma), come emerge inequivocabilmente dagli elenchi – appunto di materie – contenuti in ciascuno Statuto speciale di autonomia. La lettera del co. 3, invece, laddove ipotizza “forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie (...)” evoca evidentemente non il trasferimento di queste ultime, ma piuttosto, nell’ambito di ciascuna di esse, di specifiche funzioni puntualmente individuate al loro interno<sup>11</sup>; dunque un’attribuzione di competenza assai più circoscritta di quella tipica delle Regioni ad autonomia speciale. L’art. 116, co. 3 non prevede infatti di “creare una nuova tipologia regionale che si affianchi alle Regioni ad autonomia speciale e a quelle ad autonomia ordinaria”, come finirebbe per avvenire se i trasferimenti riguardassero tutte o quasi tutte le materie ivi elencate, anziché “puntuali e circoscritte competenze” all’interno di alcune di esse<sup>12</sup>.

---

*Gruber e la garanzia di una “speciale” specialità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, p. 1881), e il *Memorandum d’intesa* (Londra, 5 ottobre 1954) tra i Governi d’Italia, Regno Unito, Stati Uniti e Jugoslavia.

<sup>8</sup> G. ROLLA, *Alcune considerazioni in merito al fondamento costituzionale del regionalismo speciale. L’apporto del diritto comparato*, in *Le Regioni*, 2015, p. 344. Così l’insularità sarda che, in quanto fonte di isolamento, “non costituisce solo un riferimento di natura geografica, ma anche culturale, antropologica e storica” [*ivi*, 341; *adde amplius* M. BETZU, G. COINU, *Politiche dell’insularità e ragioni della specialità*, in G. COINU, G. DEMURO, F. MOLA (a cura di), *La specialità sarda alla prova della crisi economica globale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 203-206].

<sup>9</sup> G. SILVESTRI, *Le autonomie regionali speciali: una risorsa costituzionale da valorizzare*, Trieste, 26 maggio 2014, p. 9, al sito *internet* [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>10</sup> In tal senso, si è osservato come “il nucleo essenziale della specialità storica sia da ritenersi incompressibile dallo Stato e inattingibile dalle altre Regioni” (A. FERRARA, *Riflessioni in punta di penna sul principio di specialità regionale*, in *federalismi.it*, 2008, p. 3, al sito *internet* [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)).

<sup>11</sup> Così S. STAIANO, *Diritti sociali e regionalismo differenziato*, in questo numero di *Corti supreme e salute*.

<sup>12</sup> R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, p. 6, al sito *internet* [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it).

### 3. Elementi di paraspecialità nella differenziazione regionale

Come si è ora visto, l'art. 116 Cost. mantiene ferma la distinzione fra Regioni ordinarie, ancorché differenziate, e Regioni speciali. Tuttavia l'impossibilità delle prime di trasformarsi formalmente in Regioni ad autonomia speciale non impedisce alle Regioni che intendono differenziarsi di cercare di divenire, surrettiziamente e sostanzialmente, come loro, assumendone i tratti qualificanti, quanto a *modus operandi*; in altre parole, di acquisire una sorta di paraspecialità. Ora, come si già avuto occasione di sostenere, il “segreto” del successo della specialità regionale può essere identificato nel decreto legislativo di attuazione statutaria e, per tal via, nella Commissione paritetica che interviene nel relativo procedimento di formazione, nonché, per induzione, nella natura bilaterale, negoziale e concordata delle relazioni fra Stato e singola Regione, ipostatizzata dalla Commissione stessa<sup>13</sup>. Tale relazione con lo Stato appare quindi come uno dei profili più marcatamente caratterizzanti la specialità regionale. D'altra parte, proprio la relazione negoziale e concordata della Regione *uti singula* con lo Stato sembra costituire l'elemento qualificante del regionalismo differenziato<sup>14</sup>, non soltanto sulla base della relativa previsione costituzionale, ma anche nel suo inverarsi successivamente all'adozione della legge statale *ex art.* 116, co. 3 Cost.; dunque, nel suo *modus operandi*.

Quanto alla previsione costituzionale, si rammenti come la legge statale che attribuisce ad una Regione “forme e condizioni particolari di autonomia” venga approvata “dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata” (art. 116, co. 3 Cost.), di modo che “il raggiungimento dell'intesa fra Governo e Regione rappresenta il nucleo centrale dell'intero procedimento”<sup>15</sup>. Peraltro, anche una volta raggiunta l'autonomia differenziata la Regione sembra voler conservare una relazione singolare con lo Stato, come si evince agevolmente dagli atti preparatori più o meno ufficialmente pubblicati e relativi ai procedimenti di differenziazione che paiono aver maggiormente progredito, vale a dire quelli relativi all'Emilia-Romagna, alla Lombardia e al Veneto<sup>16</sup>. Così l'art. 4 delle “Disposizioni generali” di ciascun Accordo preliminare stipulato da ognuna di tali Regioni con lo Stato il 28 febbraio 2018<sup>17</sup> prevede una Commissione

<sup>13</sup> M. COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle Regioni ad autonomia speciale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, *passim*, spec. p. 153.

<sup>14</sup> Così il senso del regionalismo differenziato “consiste nell'individualizzare il rapporto tra lo Stato e ciascuna Regione destinataria, nel creare una relazione di specie che si innesta in quella di genere” (G. FALCON, *Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale*, in *Le Regioni*, 2017, p. 630).

<sup>15</sup> R. TONIATTI, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, in *Le Regioni*, 2017, p. 655.

<sup>16</sup> Sulle iniziative delle altre Regioni ordinarie al riguardo vedi Servizio studi del Senato, XVIII legislatura, *Dossier*, febbraio 2019, 104, *Il processo di attuazione del regionalismo differenziato*, pp. 23-34.

<sup>17</sup> Se ne vedano i testi al sito *internet* [www.affariregionali.it](http://www.affariregionali.it).

paritetica Stato-Regione chiamata a determinare “le modalità per l’attribuzione delle risorse finanziarie, umane e strumentali necessarie all’esercizio di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, trasferite o assegnate dallo Stato alla Regione”.

Conformemente a tale indicazione, le successive bozze di Intesa fra lo Stato e ciascuna delle Regioni in discorso – sia nella prima versione, del 25 febbraio 2019, sia in quella successiva, del 15 maggio 2019, “che recepisce le indicazioni dei Ministeri”<sup>18</sup> – prevedono, all’art. 3, una Commissione paritetica istituita con d.P.C.M. La Commissione, composta di nove rappresentanti dello Stato e nove rappresentanti della Regione interessata<sup>19</sup>, determina “le risorse finanziarie, umane e strumentali e le forme di raccordo con le amministrazioni centrali, necessarie all’esercizio delle funzioni” trasferite dallo Stato alla Regione nell’ambito del procedimento di differenziazione. Ai sensi dell’art. 4, co. 5 delle più recenti bozze di Intesa, le competenze legislative trasferite nelle materie elencate dall’Intesa stessa “operano all’atto dell’adozione” dei dd.PP.CC.MM. di trasferimento delle risorse, che recepiscono le corrispondenti determinazioni della Commissione paritetica. Può dunque dirsi che a quest’ultima sembra essere sostanzialmente affidata l’individuazione dei confini spaziali e temporali del trasferimento dallo Stato alla Regione; vale a dire, dell’estensione materiale delle funzioni oggetto del trasferimento, da un lato, e dei tempi dello stesso, dall’altro. Di conseguenza le intese si configurano quasi come “intese quadro”, mentre “la sostanza della decisione sul loro effettivo contenuto e finanziamento” è rimessa alla sub-procedura ora descritta<sup>20</sup>, nella quale il ruolo svolto dalla Commissione paritetica pare richiamare quello dell’omonimo organo Stato-Regione speciale, laddove specifica le rispettive competenze nelle materie elencate dallo Statuto regionale attraverso la normativa di attuazione<sup>21</sup>.

L’aspirazione ad adottare il “modello” delle Regioni a Statuto speciale come “riferimento per la nuova autonomia”<sup>22</sup> sembra ancor più evidente se si rammenta la bozza di proposta di legge delega predisposta dalla Delegazione trattante veneta e inviata al Ministro per gli affari regionali il 12 luglio 2018<sup>23</sup>, laddove, all’art. 3, prevedeva l’istituzione di una “Commissione paritetica Stato-Regione”, “composta di nove componenti di nomina governativa

<sup>18</sup> Vedile al sito *internet* [www.roars.it](http://www.roars.it) che meritoriamente ne ha consentito un’immediata divulgazione.

<sup>19</sup> Rispettivamente designati “dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie («di cui tre in rappresentanza del Ministero dell’economia e delle finanze», secondo le bozze lombarda e veneta), su proposta dei Ministeri competenti” e “dalla Giunta della Regione” interessata.

<sup>20</sup> F. ANGELINI, *Autonomia differenziata e tutela della salute: autonomia competitiva dei Sistemi sanitari regionali vs. universalismo solidale del Sistema sanitario nazionale*, in *federalismi.it*, 2019, p. 14, al sito *internet* [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>21</sup> Va peraltro rilevato che la successiva bozza di legge cornice per l’autonomia differenziata, inviata dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie Francesco Boccia alla Conferenza Stato-Regioni l’8 novembre 2019, non contiene alcun riferimento alle Commissioni paritetiche, neppure laddove, all’art. 1, co. 1, lett. e, prevede, nel caso in cui “non siano stati determinati i livelli essenziali delle prestazioni, gli obiettivi di servizio e i relativi fabbisogni *standard*”, l’individuazione con d.P.C.M. delle risorse da assegnare alle Regioni in via di differenziazione (*more solito*, se ne veda il testo al sito *internet* [www.roars.it](http://www.roars.it)).

<sup>22</sup> COSÌ L. VIOLINI, *L’autonomia delle Regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, co. 3 Cost.*, in *Rivista AIC*, 4, 2018, p. 362, al sito *internet* [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it).

<sup>23</sup> Vedi Servizio studi del Senato, *Il processo di attuazione*, cit., pp. 40-41.

e di nove nominati dalla Giunta regionale”, avente la funzione di predisporre i decreti legislativi che la bozza di proposta delegava il Governo ad adottare (art. 2) per attribuire alla Regione Veneto “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia” nell’ambito dell’ampio elenco di materie individuate dall’art. 1 della stessa bozza. In tal modo l’introduzione di “un assetto delle fonti” che riecheggia quello delle Regioni a Statuto speciale, tramite “il ricorso alla figura delle Commissioni paritetiche per l’elaborazione degli atti, dotati di forza di legge, rivolti all’attuazione della legge di specializzazione”<sup>24</sup>, veniva portata avanti sino a ignorare il co. 3 dell’art. 116. Cost., la cui lettera prevede una riserva di legge formale e rinforzata, “che non lascia spazio all’uso di una legge delega”<sup>25</sup>.

#### 4. Alla ricerca della specialità sanitaria

Occorre ora domandarsi quali siano le caratteristiche peculiari delle sanità regionali speciali, al fine di verificare se risulti specificamente riferibile alla materia sanitaria l’aspirazione delle Regioni in via di differenziazione ad avvicinarsi alle Regioni speciali, qui sopra riscontrata in via generale.

Quanto alla competenza legislativa regionale in materia sanitaria, pare difficile distinguere le Regioni speciali da quelle ordinarie. È ben vero che i testi degli Statuti speciali contengono discipline divergenti, quantitativamente e qualitativamente, sia fra loro sia rispetto a quella contenuta al vigente art. 117, co. 3 Cost. che attribuisce alle Regioni ordinarie competenza legislativa concorrente relativamente alla “tutela della salute”. Dal punto di vista quantitativo – vale a dire dell’estensione materiale della competenza legislativa – la materia “igiene e sanità pubblica” è attribuita alla legislazione regionale sia dallo Statuto sardo (art. 4, co. 1, lett. *i*), sia da quello siciliano (art. 17, co. 1, lett. *b*) che vi aggiunge l’“assistenza sanitaria” (*ivi*, lett. *c*). Gli Statuti del Trentino-Alto Adige/*Südtirol* (art. 9, co. 1, n. 10) e del Friuli Venezia Giulia (art. 5, comma 1, n. 16) attribuiscono rispettivamente alle Province autonome e alla Regione la legislazione in materia di “igiene e sanità, *ivi* compresa l’assistenza sanitaria ed ospedaliera”, cui si aggiunge, nel caso friulano-giuliano, il “recupero dei minorati fisici e mentali”; lo Statuto trentino-altoatesino prevede altresì la competenza legislativa regionale relativamente all’“ordinamento degli enti sanitari ed ospedalieri” (art. 4, co. 1, n. 7). Infine, lo Statuto della Regione Valle d’Aosta le attribuisce potestà legislativa in materia di “igiene e sanità, assistenza ospedaliera e profilattica” (art. 3, co. 1, lett. *l*). Dal punto di vista qualitativo – vale a dire del tipo di potestà legislativa

<sup>24</sup> P. GIANGASPERO, *Ancora sul processo di differenziazione dell’autonomia regionale ordinaria: le prospettive di applicazione dell’art. 116, co. 3 Cost. tra principio negoziale, vincoli procedurali ed impatto sul sistema delle fonti del diritto*, in *Le Regioni*, 2018, p. 171.

<sup>25</sup> E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116, co. 3 Cost.: profili procedimentali di dubbia legittimità e possibile violazione dei diritti*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 2, 2018, p. 15, al sito internet [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it).

prevista – può osservarsi che la legislazione regionale nelle materie qui sopra menzionate rientra nella competenza concorrente, tranne nei casi della Valle d'Aosta, il cui Statuto letteralmente prevede una competenza attuativo-integrativa in materia, e della Regione Trentino-Alto Adige/*Südtirol*, che, ai sensi del suo Statuto, dispone di potestà legislativa primaria.

Tuttavia le ora descritte differenze quantitative e qualitative riscontrabili nelle discipline statutarie speciali vengono superate grazie all'operare della “clausola di maggior favore”<sup>26</sup> introdotti dall'art. 10 legge cost. n. 3/2001, secondo cui le disposizioni della stessa “si applicano anche alle Regioni a Statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite”<sup>27</sup>. Con riferimento all'ambito sanitario, la “tutela della salute” corrisponde a una materia più ampia di quelle statutariamente attribuite alle Regioni o alle Province autonome che di conseguenza vedono la loro competenza legislativa espandersi – e omogeneizzarsi – sino a coincidere appunto con la “tutela della salute”, secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale<sup>28</sup>. Oltre a espandersi quantitativamente, come nel caso delle altre specialità, la competenza legislativa statutaria valdostana in materia sanitaria si eleva anche qualitativamente, assumendo la natura di legislazione concorrente<sup>29</sup>.

In materia sanitaria, alle Regioni speciali (e alle Province autonome), come pure alle Regioni ordinarie, è dunque oggi attribuita la medesima potestà legislativa concorrente relativamente alla “tutela della salute”<sup>30</sup>. L'unica eccezione alla descritta uniformità di disciplina della competenza legislativa, parrebbe essere rappresentata dalla potestà legislativa primaria della Regione Trentino-Alto Adige/*Südtirol* relativamente all'“ordinamento degli enti sanitari ed ospedalieri” che, proprio in forza della sua natura primaria, risulta insuscettibile di essere ricondotta alla legislazione concorrente in materia di “tutela della salute” poiché tale legislazione non rientra nelle “forme di autonomia più ampie” rispetto alla prima. Si tratta peraltro di un'eccezione assai più apparente che reale, in quanto, nel quadro del processo di atrofizzazione della Regione trentino-altoatesina a vantaggio delle Province autonome, l'“ordinamento degli enti sanitari ed ospedalieri” è stato interpretato

<sup>26</sup> COSÌ T. MARTINES, A. RUGGERI e C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, 9 ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 171.

<sup>27</sup> Si noti come la previsione in discorso corrisponda a una disposizione transitoria, da applicarsi “sino all'adeguamento dei rispettivi Statuti” che peraltro non pare profilarsi all'orizzonte, nonostante siano trascorsi quasi vent'anni dall'entrata in vigore della legge cost. n. 3/2001.

<sup>28</sup> A partire da I. cost., sent. n. 134/2006 relativa alla potestà legislativa in materia sanitaria della Regione Friuli Venezia Giulia e delle Province autonome.

<sup>29</sup> Peraltro, anche anteriormente alla legge cost. n. 3/2001 e al suo art. 10, la mancata previsione nello Statuto valdostano della legislazione concorrente induceva ad assimilare a quest'ultima la potestà che lo Statuto stesso, all'art. 3, qualifica come volta a “emanare norme legislative di integrazione e di attuazione delle leggi della Repubblica” (così V. ONIDA, *Valle d'Aosta*, in Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica, *La regionalizzazione*, II, Milano, 1983, pp. 1519-1520; *contra* F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2009, p. 270).

<sup>30</sup> Così nella sent. n. 98/2007 la Corte costituzionale equipara la posizione del Friuli Venezia Giulia a quelle delle altre ricorrenti, tutte Regioni ordinarie.

dalle norme di attuazione statutaria in modo assai riduttivo, come mera disciplina del solo “modello di organizzazione delle istituzioni ed enti sanitari” (art. 1, co. 1 d.lgs. 16 marzo 1992, n. 267), determinando conseguentemente un’espansione della legislazione provinciale concorrente che coincide così sostanzialmente con l’ambito materiale rimesso alla medesima potestà legislativa di tutte le altre Regioni, speciali od ordinarie. Più in generale, le norme di attuazione degli Statuti speciali in materia sanitaria non hanno introdotto differenziazioni significative né rispetto agli ambiti di esercizio della potestà legislativa concorrente né rispetto al trasferimento delle funzioni amministrative, che non di rado si è limitato a riprodurre l’analogo trasferimento già attuato a favore delle Regioni ordinarie<sup>31</sup>. Alla constatazione che né la disciplina costituzional-statutaria della potestà legislativa in materia sanitaria né le norme di attuazione delle relative disposizioni dello Statuto speciale valgono a individuare una specialità sanitaria avente caratteri distinti da quelli riscontrabili nelle Regioni ordinarie, corrisponde la considerazione che, a partire dalla legge 23 dicembre 1978, n. 833, “l’esistenza del Servizio sanitario nazionale (...) pone una serie di vincoli di sistema che costituiscono un obiettivo-limite alla previsione di generalizzate o generiche differenziazioni tra i Servizi sanitari regionali”<sup>32</sup>, a prescindere dalla natura ordinaria o speciale della Regione corrispondente. In tale prospettiva, muovendo dall’art. 32 Cost., può constatarsi come: da un lato, quanto alle prestazioni sanitarie nelle quali si inverte il diritto alla salute, i Livelli essenziali di assistenza vincolano in egual misura le Regioni ordinarie e quelle speciali (C. cost., sent. n. 134/2006), privando di fatto le une e le altre della possibilità di prevedere prestazioni sanitarie ulteriori<sup>33</sup>, in ragione del carattere estremamente ampio e dettagliato dei L.e.a., come oggi definiti dal d.P.C.M. 12 gennaio 2017; dall’altro, quanto agli strumenti volti a tutelare il diritto alla salute, assicurando l’erogazione delle prestazioni sanitarie, la disciplina legislativa statale, contenuta nel testo vigente del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, risulta assai pervasiva e dunque tale da rendere sempre possibile la sostanziale “degradazione” della potestà legislativa regionale, ordinaria e speciale, in materia sanitaria da concorrente a sostanzialmente attuativo-integrativa della legislazione dello Stato<sup>34</sup>. Per di più, non è riscontrabile alcuna correlazione fra la specialità regionale e l’adozione da parte della Regione di una disciplina differenziata del proprio Servizio sanitario. Anzi, si rammenti

<sup>31</sup> L’unica eccezione sembra essere costituita dalle norme di attuazione dello Statuto trentino-altoatesino che, con riferimento alla Provincia autonoma di Bolzano, hanno previsto in ambito sanitario peculiari forme di tutela della minoranza germanofona e dell’uso della lingua tedesca [vedi M. COSULICH, *Le sanità regionali “speciali”*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Diritto alla salute e servizi sanitari tra consolidamento e indebolimento*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 68-69].

<sup>32</sup> R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato*, cit., p. 8.

<sup>33</sup> Si rammenti che, secondo la giurisprudenza costituzionale, “resta integra la potestà stessa della Regione di sviluppare ed arricchire il livello e la qualità delle prestazioni garantite dalla legislazione statale [*rectius*, nel caso che qui interessa, dal d.P.C.M.], in forme compatibili con quest’ultima” (sent. n. 248/2006).

<sup>34</sup> Vedi, con riferimento alla legislazione antecedente alla legge cost. n. 3/2001, R. BALDUZZI, *Titolo V e tutela della salute*, in R. BALDUZZI, G. DI GASPARE (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 13.

come il Servizio sanitario regionale che più si è allontanato dal modello comune corrisponde a una Regione ad autonomia ordinaria, la Lombardia<sup>35</sup>.

Le peculiarità sanitarie delle Regioni ad autonomia speciale possono essere individuate utilizzando come angolo visuale non tanto la competenza legislativa concorrente in materia di “tutela della salute”, ma quella relativa al “coordinamento della finanza pubblica”. Può rilevarsi in proposito come quattro Statuti speciali su cinque prevedano la “decostituzionalizzazione” delle proprie disposizioni finanziarie, suscettibili di essere modificate attraverso procedimenti legislativi ordinari, ancorché aggravati da un coinvolgimento regionale<sup>36</sup>, in forma di proposta concordata (art. 104, co. 2 St. T-AA/S e art. 50, co. 5 St. Vd’A)<sup>37</sup> o di parere (art. 63, co. 5 St. FVG e art. 54, co. 5 St. Sard.)<sup>38</sup>. Tutte le citate disposizioni statutarie sono state utilizzate in ambito sanitario al fine di introdurre in ciascun Statuto speciale la previsione del totale autofinanziamento del rispettivo Servizio sanitario regionale (o provinciale, in Trentino-Alto Adige/*Südtirol*)<sup>39</sup>. In particolare, l’art. 34, co. 3, secondo periodo legge 23 dicembre 1994, n. 724 (legge finanziaria 1995) dispone che “la Regione Valle d’Aosta e le Province autonome di Trento e di Bolzano provvedono al finanziamento del Servizio sanitario nazionale nei rispettivi territori, senza alcun apporto a carico del bilancio dello Stato”. Analoghe disposizioni sono state successivamente introdotte per il Friuli Venezia Giulia dall’art. 1, co. 144 legge 23 dicembre 1996, n. 662 (legge finanziaria 1997), secondo cui detta Regione “provvede al finanziamento dell’assistenza sanitaria con i proventi dei contributi sanitari e con risorse del proprio bilancio” e dall’art. 1, co. 836 legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007) per la Sardegna che “provvede al finanziamento del fabbisogno complessivo del Servizio sanitario nazionale sul proprio territorio senza alcun apporto a carico del bilancio dello Stato”.

In tal modo si manifesta un’ulteriore modalità di operare delle relazioni bilaterali, negoziali e concordate della singola Regione speciale con lo Stato che, come si è visto, costituisce il “segreto” del successo della specialità regionale, o, se si preferisce, delle specialità regionali che hanno successo. Può in proposito rammentarsi *a contrario* il caso della Sicilia che costituisce l’unica Regione speciale non tanto priva della previsione statutaria relativa alla

<sup>35</sup> Si veda B. PEZZINI, *Ventun modelli sanitari? Quanta diseguaglianza possiamo accettare (e quanta diseguaglianza riusciamo a vedere). Il cosiddetto modello lombardo*, in R. BALDUZZI (a cura di), *I servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenze di sistema*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 402-404.

<sup>36</sup> Vedi P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, 5 ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 358.

<sup>37</sup> Più specificamente: lo Statuto trentino-altoatesino prevede una “legge ordinaria dello Stato, su concorde richiesta del Governo e, per quanto di rispettiva competenza, della Regione o delle due Province”; quello valdostano, una “legge dello Stato, in accordo con la Giunta regionale”.

<sup>38</sup> Entrambi i testi statutarî prevedono la modifica con legge ordinaria “in ogni caso, sentita la Regione”.

<sup>39</sup> Vedi *amplius* R. BALDUZZI, D. PARIS, *La specialità che c’è, ma non si vede. La sanità nelle Regioni a Statuto speciale*, in F. PALERMO, S. PAROLARI (a cura di), *Le variabili della specialità. Evidenze e riscontri tra soluzioni istituzionali e politiche settoriali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 461-464.

descritta decostituzionalizzazione delle disposizioni finanziarie<sup>40</sup>, quanto piuttosto non in grado di autofinanziare il proprio servizio sanitario regionale, rientrando invece nel novero delle Regioni sottoposte ai Piani di rientro<sup>41</sup>. Con riferimento a questi ultimi la distinzione fra Nord e Sud sembra oggi far premio su quella tra Regioni speciali e Regioni ordinarie: nessuna Regione a nord del Lazio è oggi sottoposta ai Piani di rientro, mentre, oltre al Lazio e a eccezione della Basilicata, vi sono assoggettate tutte le Regioni corrispondenti al preunitario Regno delle due Sicilie; quasi un esempio della braudeliana *longue durée*<sup>42</sup>, indicante le lentissime trasformazioni delle strutture portanti della società.

All'estremo opposto rispetto alle Regioni sottoposte ai Piani di rientro, le Regioni speciali e le Province autonome che autofinanziano totalmente il proprio Servizio sanitario tendono a sfuggire “ai vincoli organizzativi posti dallo Stato a titolo di coordinamento della finanza pubblica, con misure che, al fine di contenere i costi della spesa sanitaria, impongono una serie di restrizioni alla disciplina e alla gestione del Servizio sanitario regionale”<sup>43</sup>. Così, con specifico riferimento al Trentino, ma con affermazioni estensibili a tutte le Regioni che autofinanziano il loro Servizio sanitario, “dal momento che lo Stato non concorre al finanziamento del Servizio sanitario provinciale, (...), esso neppure ha titolo per dettare norme di coordinamento finanziario che definiscano le modalità di contenimento di una spesa sanitaria che è interamente sostenuta dalla Provincia autonoma di Trento” (C.cost., sent. n. 341/2009). Che sia proprio e solo il “coordinamento della finanza pubblica” a determinare le peculiarità in materia sanitaria di (quasi) tutte le Regioni speciali trova conferma nella considerazione che il mero autofinanziamento del Servizio sanitario regionale non vale a escludere una di tali Regioni – nel caso di specie il Friuli Venezia Giulia – dalla sottoposizione alla disciplina statale se questa “non costituisce solo un principio di coordinamento della finanza pubblica diretto al contenimento della spesa sanitaria, ma incide anche sulla quantità e sulla qualità delle prestazioni garantite, e, quindi, sui livelli essenziali di assistenza” (C.cost., sent. n. 187/2012)<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Peralto le “Norme di attuazione dello Statuto della Regione siciliana in materia finanziaria”, adottate con d.P.R. 26 luglio 1965, n. 1074 e frutto di relazioni bilaterali fra lo Stato e la Sicilia, le assicurano comunque un'elevata percentuale delle entrate tributarie riscosse nell'ambito del suo territorio (si veda il testo vigente dell'art. 2 del d.P.R. citato), analogamente a quanto oggi previsto dagli altri Statuti regionali speciali, grazie alle loro descritte modifiche decostituzionalizzate.

<sup>41</sup> Si veda il sito *internet* [www.salute.gov.it/portale/pianiRientro/homePianiRientro.jsp](http://www.salute.gov.it/portale/pianiRientro/homePianiRientro.jsp).

<sup>42</sup> COSÌ F. BRAUDEL, *Histoire et Sciences sociales: la longue durée*, in *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 1958, 4, p. 725.

<sup>43</sup> R. BALDUZZI, D. PARIS, *La specialità che c'è*, cit., p. 483.

<sup>44</sup> Vedi L. BUSATTA, *Il c.d. super ticket e la Corte costituzionale: solo una questione di competenze?*, in *Le Regioni*, 2013, p. 1072.

## 5. Le sanità differenziate: un settore di specialità

Nell'ambito dei procedimenti di differenziazione regionale ad oggi più avanzati<sup>45</sup>, le richieste di “forme e condizioni particolari di autonomia” in ambito sanitario sembrano andare nella direzione della specialità sanitaria come ora ricostruita, in quanto paiono coincidere “soprattutto con l’allentamento dei vincoli di spesa”<sup>46</sup>, ottenuto attraverso l’autofinanziamento del proprio Servizio sanitario regionale. Alcuni indizi in tal senso sono rinvenibili negli atti preparatori dei procedimenti in discorso.

Così, quanto all’autofinanziamento e agli strumenti che lo rendono possibile, l’art. 4, co. 1, lett. *a* delle “Disposizioni generali” di ciascun Accordo preliminare prevede una “compartecipazione o riserva di aliquota di uno o più tributi erariali maturati nel territorio regionale, tali da consentire la gestione delle competenze trasferite o assegnate, in coerenza con quanto disposto dall’art. 119, co. 4 Cost.”, vale a dire in modo tale da consentire “alle Regioni di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite”. Si tratta di una previsione ripresa e precisata da tutte e tre le bozze di Intesa, in entrambe le versioni (febbraio 2019 e maggio 2019) laddove si fa riferimento, per il finanziamento delle competenze in discorso, all’“utilizzo, eventualmente anche congiunto” della “compartecipazione al gettito maturato nel territorio regionale dell’imposta sui redditi delle persone fisiche e di eventuali altri tributi erariali” e ad “aliquote riservate (...) sulla base imponibile dei medesimi tributi riferibile al territorio regionale” (art. 5, co. 2).

Per quanto riguarda invece l’allentamento dei vincoli di spesa, l’art. 1 dell’Allegato “Salute” ai tre Accordi preliminari prevede che alla Regione sia “attribuita, quale misura essenziale per il funzionamento dell’assetto organizzativo delle strutture sanitarie, una maggiore autonomia finalizzata a rimuovere i vincoli di spesa specifici, con particolare [ma non esclusivo] riguardo alle politiche di gestione del personale”<sup>47</sup>. Nella stessa direzione paiono potersi leggere le bozze di Intesa, soprattutto nella versione del maggio 2019 e con riferimento alle “Proposte della Regione non accettate dai Ministeri” che esprimono comunque gli orientamenti regionali al riguardo. In particolare, nella bozza emiliano-romagnola, al co. 1, lett. *a* dell’art. 35, rubricato “Competenze in materia sanitaria” si ragiona di rimozione di vincoli di spesa, “con particolare riferimento a quelli in materia di personale e di valutazione del risultato economico dei singoli enti sanitari regionali”. La rimozione dei vincoli di spesa relativamente al personale dipendente del Servizio sanitario nazionale viene ulteriormente disciplinata all’articolo successivo, non numerato, ma rubricato “Vincoli di spesa in materia sanitaria”. La bozza lombarda prevede una più generale attribuzione alla Regione della competenza per la “definizione dell’utilizzo delle risorse finanziarie

<sup>45</sup> Vedi *supra* par. 3.

<sup>46</sup> R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato*, cit., p. 8.

<sup>47</sup> Così letteralmente dispongono gli Accordi preliminari con l’Emilia-Romagna e con il Veneto; quello con la Lombardia contiene una disposizione assai simile.

da impiegare per il personale (...), per l'acquisto di beni e servizi, di farmaci, dispositivi medici, nonché per l'acquisto di prestazioni da erogatori di diritto privato”<sup>48</sup> (co. 1, lett. c dell'art. 25, rubricato “Tutela della salute”). Ancor più esplicita risulta la bozza veneta, laddove la “definizione” in discorso viene contemplata “anche in deroga ai limiti di spesa previsti a livello nazionale” (art. 29 “Tutela della salute”, al co. 1).

Alla luce delle ora citate indicazioni degli Accordi preliminari e delle bozze di Intesa, il nesso «autofinanziamento del Servizio sanitario regionale – allentamento dei vincoli statali alla spesa sanitaria» sembra destinato, *de iure condendo*, a caratterizzare le Regioni differenziate, avvicinandole sotto tale profilo alle Regioni speciali. Detto nesso, oggi proprio soltanto di quattro poco popolate Regioni a Statuto speciale, in forza di caratteristiche immediatamente riconducibili alla loro specialità<sup>49</sup>, tenderebbe così a divenire uno dei tratti caratterizzanti la sanità italiana, interessando potenzialmente anche tutte le altre Regioni che, al pari di Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto, paiono in grado di sostenere finanziariamente il corrispondente Servizio sanitario grazie al gettito fiscale riscosso sul loro territorio. In tal modo si profilerebbe all'orizzonte un Servizio sanitario nazionale a due velocità: da un lato Regioni che autofinanziano la propria sanità, sottraendosi per tal via ai vincoli di spesa imposti dallo Stato; dall'altro Regioni la cui debolezza finanziaria rende soggette a tali vincoli, nonché, probabilmente, ai Piani di rientro. Il che si tradurrebbe in un indebolimento complessivo del Servizio sanitario nazionale; dunque, a ben vedere, della tutela della salute che esso garantisce, ai sensi dell'art. 1, co. 1 della legge n. 833/1978, “dichiaratamente attuativa delle disposizioni costituzionali di cui all'art. 32”<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Conformemente al “modello lombardo” (vedi *supra* nt. 35).

<sup>49</sup> Vedi *supra* par. 4.

<sup>50</sup> A. MATTIONI, *Le quattro riforme della sanità*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 268.



# Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato in ambito sanitario: farmaci e farmacovigilanza

Guerino Fares

**SOMMARIO:** 1. Differenziazione e settore farmaceutico: temi, problemi e valori in gioco. – 2. Le ulteriori forme di autonomia richieste dalle regioni: trasferimento di funzioni *vs.* decentramento sostenibile. – 3. Gli anticorpi del sistema rispetto ad un possibile attentato all'unità nazionale e al principio costituzionale di uguaglianza.

**ABSTRACT:**

Il contributo affronta uno dei profili più delicati delle richieste di differenziazione avanzate delle Regioni Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto, concernente il settore farmaceutico. Dopo aver richiamato i contenuti delle bozze di intesa a questo riguardo, l'Autore si sofferma sulle potenzialità e sui limiti della maggiore autonomia in quest'ambito, sottolineando come, accanto all'opportunità di valorizzare le esperienze regionali più virtuose, anche gli insuperabili vincoli derivanti dalla competenza statale in materia di livelli essenziali delle prestazioni.

*This paper deals with one of the most thorny profiles of the requests for differentiation advanced by the Emilia-Romagna, Lombardy and Veneto Regions: the pharmaceutical sector. After recalling the contents of the draft agreements in this regard, the Author focuses on the potential and limits of greater autonomy in this area, underlining how, alongside the opportunity to enhance the most virtuous regional experiences, there are also the unsurpassed constraints deriving from the State competence regarding the national standards of health-care services.*

## 1. Differenziazione e settore farmaceutico

Quando il dibattito sul regionalismo differenziato si imbatte nel farmaco dà vita ad una prospettiva di indagine del tutto peculiare.

Posto che, secondo una prospettazione unanimemente condivisa, «la somministrazione di farmaci è una parte fondamentale della tutela della salute e della spesa sanitaria»<sup>1</sup>, le funzioni legislative e amministrative in materia presentano un oggetto particolarmente ampio, investendo una pluralità di interessi ed attività: dal processo produttivo, che inizia con la ricerca e il suo finanziamento, al processo distributivo, che implica l'esercizio di numerose competenze e si articola in molteplici fasi gestite da più soggetti ed entità.

Intorno alle coordinate costituzionali di riferimento – rappresentate principalmente dagli artt. 32, 41, 81, 117 e 119 Cost. – si muove una vasta platea di attori protagonisti, titolari di attribuzioni istituzionali o portatori di interessi di vario contenuto ed intensità: dai pazienti e loro associazioni ai clinici, dalle industrie farmaceutiche alle società scientifiche nazionali ed internazionali, dallo Stato alle Regioni ed enti locali, dal Ministero della Salute al Ministero dell'Economia, dalle autorità amministrative indipendenti, nazionali (come l'Aifa e l'Agcm) ed internazionali (come l'EMA), alle strutture sanitarie che erogano le prestazioni, dalle farmacie territoriali a quelle ospedaliere, dalle commissioni tecniche presso le Asl alle centrali di committenza che governano le procedure amministrative, finanziarie e contabili di acquisto dei farmaci da fornire agli aventi diritto<sup>2</sup>.

Ciascuna sfaccettatura, combinandosi con le altre, può dar luogo a temi di discussione e nodi problematici destinati ad amplificarsi nel momento in cui trovano ambientazione in uno scenario gravido di tensioni e conflitti, sul piano politico e giuridico, qual è quello legato all'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost., in forza del quale con legge ordinaria il Parlamento può attribuire alle Regioni «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» sulla base di un'intesa fra lo Stato e la Regione interessata.

Il percorso delineato dalla predetta norma costituzionale, al di là delle svariate incertezze interpretative rilevate dalla dottrina costituzionalistica<sup>3</sup>, richiede razionalmente un'analisi quali-quantitativa delle funzioni che possono essere oggetto di decentramento e una correlata misurazione delle ricadute economico-finanziarie che un trasferimento di competenze secondo il meccanismo in questione è suscettibile di generare.

Analogamente, è fondamentale chiarire, a monte, l'impatto che l'attribuzione di nuove forme e condizioni di autonomia alle regioni ordinarie può produrre, sul piano istituzionale, in termini di equilibrio del sistema e tenuta dei suoi principi fondanti, primi fra tutti unitarietà ed eguaglianza.

In questi giorni è intervenuto, significativamente, in merito alle condizioni di una differenziazione sostenibile il Ministro della Salute, il quale ha posto l'accento sui profili di

<sup>1</sup> Così, *ex multis*, R. BIN, *Farmaci e diritti*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2015, n. 1, p. 1.

<sup>2</sup> In argomento, sia consentito rinviare a G. FARES, *La garanzia di effettività attraverso l'accesso ai farmaci innovativi. La prospettiva del giurista*, in C. COLAPIETRO, M. ATRIPALDI, G. FARES, A. IANNUZZI (a cura di), *I modelli di welfare sanitario tra qualità e sostenibilità. Esperienze a confronto*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, pp. 287 ss.

<sup>3</sup> Per una efficace sintesi, L. VIOLINI, *L'autonomia delle Regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 4, pp. 323 ss.

maggiore criticità quali il sistema tariffario e, per quanto interessa in questa sede, proprio sul comparto del farmaco<sup>4</sup>.

Come rilevato dal Ministro Speranza, “l’autonomia può produrre benefici per la macchina pubblica se si riesce però a raggiungere un equilibrio, perché basta sbagliare di poco la ponderazione delle misure e da un’autonomia che produce benessere si passa facilmente a una che allarga le disuguaglianze e mina l’unità nazionale”: di qui, il ripudio di una polarizzazione che oscilla “tra fasi ultrafederaliste e ultracentraliste”, dovendo la discussione pubblica tendere piuttosto alla massimizzazione dell’opportunità rappresentata dall’autonomia riducendone, al contempo, i rischi.

Ancora. L’ampliamento della sfera di autonomia regionale nel settore farmaceutico potrebbe – ad avviso del Ministro – compromettere l’efficacia della erogazione dei medicinali da parte del Servizio sanitario nazionale in quanto inclusi nei livelli essenziali di assistenza. Da qui, la contrarietà manifestata rispetto ad ipotesi di devoluzione delle competenze in materia, fra l’altro, di *payback* e di equivalenza terapeutica, attesa – a tale ultimo riguardo – l’insussistenza di un potere sostitutivo delle Regioni nei confronti dello Stato ai sensi degli artt. 118, comma 1, e 120 Cost.

Una posizione, quella appena descritta, espressa dopo oltre un anno e mezzo dall’accordo sottoscritto alla fine del febbraio 2018 fra il Governo “Conte 1” e le Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna, sull’onda dei referendum regionali svoltisi nell’ottobre 2017, in cui si evocava la possibilità, per le Regioni, di adottare determinazioni relative all’equivalenza terapeutica dei medicinali e, in taluni casi, come si vedrà meglio al § 2, quella di definire le forme della distribuzione diretta dei farmaci ai pazienti.

Prima di addentrarsi nella disamina dettagliata delle richieste formulate dalle Regioni, si prenda l’esempio paradigmatico della farmacovigilanza perché utile a ben comprendere il grado di complessità delle questioni implicate nella tematica qui trattata.

È noto che la farmacovigilanza costituisce un sistema di verifica della sicurezza del farmaco nella pratica medica e farmaceutica attraverso la raccolta, in tempi rapidi, di segnalazioni di eventi inattesi, più o meno gravi<sup>5</sup>.

Preordinata ad assicurare un accesso informato al farmaco da parte del paziente, essa richiede la creazione di apparati *ad hoc*, in grado di svolgere le funzioni che le sono proprie.

Particolare interesse riveste, pertanto, l’organizzazione del sistema di farmacovigilanza, caratterizzato com’è da una multidimensionalità che, muovendo dalle interazioni fra il

<sup>4</sup> R. SPERANZA, “Regioni, l’autonomia differenziata non potrà riguardare farmaci e tariffe”, consultabile in [rifday.it/2019/11/15/speranza-regioni-lautonomia-differenziata-non-potra-riguardare-farmaci-e-tariffe/](http://rifday.it/2019/11/15/speranza-regioni-lautonomia-differenziata-non-potra-riguardare-farmaci-e-tariffe/).

<sup>5</sup> Cfr. A. DELL’ERBA, G. PEPE, *Farmacovigilanza: indagine conoscitiva sul livello di informazione dei sanitari*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, nn. 4-5, pp. 1163 ss.; AA.VV., *La sperimentazione. Guida all’esercizio professionale per medici chirurghi ed odontoiatri*, Torino, 1997, p. 149.

livello internazionale e quello europeo e nazionale<sup>6</sup>, si trasferisce poi sul piano regolatorio interno e sui rapporti fra Stato e Regioni: onde stabilire se alle seconde «sia riservato un margine di autonomia nelle scelte attinenti alla farmacovigilanza o se il loro ruolo sia esclusivamente ancillare e di supporto alle decisioni di matrice statale»<sup>7</sup>.

«A causa della complessità dell'attività di farmacovigilanza – si è osservato<sup>8</sup> – è stato definito un sistema gerarchico, che coinvolge molteplici soggetti responsabili, nell'attività di controllo del medicinale. Ai sensi del d.lgs. n. 219/06 l'attività di farmacovigilanza fa capo all'Aifa. A livello regionale, e poi, in ogni azienda sanitaria locale, in ogni ospedale o centro di cura pubblico o privato ovvero nei policlinici universitari ed in ogni farmacia, dev'essere nominato il responsabile aziendale della farmacovigilanza (RAFV)»<sup>9</sup>.

È chiaro che si tratta di un'opzione politica: astrattamente, infatti, posta la nozione ampia di reazione avversa, intesa come ogni tipo di effetto nocivo non voluto derivante dall'uso del farmaco, e posta la nozione altrettanto estesa di farmacovigilanza, implicante una attività ad ampio raggio, non sarebbe insensato pensare ad una competenza tecnica (anche regionale) finalizzata alla valutazione, per quanto complessa sia, del nesso di causalità tra assunzione del farmaco ed effetto nocivo.

<sup>6</sup> Pone l'accento sul rilevante compito svolto dall'Ema nel monitoraggio della sicurezza dei farmaci, M. FILICE, *L'accountability della European Medicines Agency*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 1013 ss., il quale – una volta rimarcato che scopo della farmacovigilanza è la rilevazione, valutazione, comprensione e prevenzione degli effetti collaterali negativi o di qualsiasi altro problema del farmaco autorizzato [cfr. Pharmacovigilance Risk Assessment Committee. Rules of procedure, EMA/PRAC/567515/2012], evoca la casistica più frequente, che mostra come possa accadere che dopo l'autorizzazione emergano effetti inattesi dovuti, ad esempio, all'utilizzo prolungato del medicinale o al suo abbinamento con altre tipologie di farmaco: in questa cornice, all'Agenzia europea spetta il compito di coordinare e gestire il sistema di farmacovigilanza attraverso vari strumenti quali le audizioni pubbliche, l'utilizzo del database "EudraVigilance" e l'elaborazione ed aggiornamento del manuale del sistema di farmacovigilanza. Sull'intreccio di competenze regolamentari dei diversi soggetti istituzionali coinvolti, tra cui le autorità deputate al rilascio dell'AIC e alla farmacovigilanza, ossia l'EMA a livello europeo e l'AIFA a livello nazionale italiano, si sofferma M. COLANGELO, *Il caso Avastin-Lucentis: violazione antitrust o regulatory failure?*, in *Riv. dir. ind.*, 2016, n. 2, pp. 218 ss., evidenziando le possibili dispute in tema di farmacovigilanza, e in specie sulla equivalenza dei prodotti e sulla sicurezza dell'impiego *off-label* di taluno di essi.

<sup>7</sup> G. MASSARI, *La sicurezza dei farmaci in Italia, tra vincoli sopranazionali e riparto interno di competenze*, in *Ist. fed.*, 2015, n. 1, p. 141.

<sup>8</sup> M. SIRACUSA, *Il diritto "informato" ed economicamente condizionato di accesso al farmaco: l'AIFA e la farmacovigilanza*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2015, n. 1, p. 56, la quale ricorda come tra i protagonisti attivi dell'informazione sugli effetti avversi del farmaco vi siano i sanitari, le autorità regolatorie, le aziende farmaceutiche e, in forma indiretta, i pazienti.

<sup>9</sup> È stato anche rilevato che «il sistema si configura come un'imponente matrioska, ove la "madre" è rappresentata dal *network* internazionale retto dall'OMS, contenente la rete dell'Unione europea gestita dall'EMA e, ancora all'interno, la rete nazionale guidata dall'AIFA. I sistemi di farmacovigilanza instaurati dalle diverse aziende farmaceutiche titolari in Europa di autorizzazioni all'immissione in commercio, invece, non possono propriamente iscriversi nella rete nazionale (e costituire, dentro a questa, ulteriori piccole bambole), risultando il loro dialogo con l'Agenzia europea non mediato da interventi dell'AIFA: essi sono, quindi, nuclei autonomi, vincolati nondimeno a rendere minuziose informative sia all'autorità centrale sia a quella nazionale. Tenute distinte, per tale ragione, le imprese produttrici, allorché si tenti di aumentare il grado di dettaglio entro i confini dello Stato, alla metafora della matrioska va affiancata l'immagine di un imbuto rovesciato, il cui collo è dato dall'Agenzia italiana del farmaco e, in parallelo, dalla Rete nazionale di farmacovigilanza» (G. MASSARI, *op. cit.*, p. 159).

Se, in particolare, la sicurezza di un farmaco deve essere determinata per lo più sulla base del rapporto rischi/benefici<sup>10</sup>, sulla carta il sapere tecnico-scientifico non è di esclusivo monopolio statale: sicché anche organi regionali potrebbero concorrere all'esercizio dell'attività di farmacovigilanza, peraltro possibile in termini di concretezza ed effettività soltanto a seguito dell'avvio della quarta fase del ciclo di sperimentazione del farmaco stesso.

Ebbene, in un contesto imperniato sull'Agenzia Italiana del Farmaco<sup>11</sup>, il ruolo delle Regioni a prima vista non appare secondario o marginale, spettando ad esse il compito di sensibilizzare il personale sanitario, monitorare i consumi dei medicinali sul territorio e supportare la stessa Aifa nella gestione della farmacovigilanza, in specie attraverso la raccolta ed analisi delle informazioni trasmesse dalle aziende farmaceutiche<sup>12</sup>.

La collaborazione da parte delle Regioni si esplica, sul piano operativo, attraverso appositi centri, seppur istituiti ed implementati in modo non uniforme sul territorio nazionale<sup>13</sup>.

Tuttavia, nell'approfondire l'analisi ci si accorge come un'impostazione Aifa-centrica non lasci in realtà molti spazi all'autonomia regionale nel sistema di governo reticolare della farmacovigilanza. Esigenze di unitarietà ed uniformità di trattamento dinanzi a minacce incombenti in egual misura sulla comunità nazionale impongono l'attribuzione di poteri esclusivi ed inderogabili ad un organismo accentrato che si conformi ai principi fondamentali spettanti in materia di tutela della salute allo Stato ed operi evitando quel frazionamento o dispersione di competenze sul territorio capace di pregiudicare il pieno soddisfacimento del diritto fondamentale alla salute dei cittadini.

---

<sup>10</sup> Nel senso che le valutazioni chimico farmaceutiche, biologiche, farmaco-tossicologiche e cliniche – volte ad assicurare la collettività in merito ai requisiti di qualità, sicurezza ed efficacia di tutti i medicinali prima che ne venga autorizzata l'immissione in commercio – sono necessarie anche dopo che il farmaco sia stato immesso, attraverso la c.d. *farmacovigilanza*, cioè il monitoraggio continuo dei dati derivati dal suo uso terapeutico per quanto riguarda la sicurezza e l'efficacia, intesa come rapporto beneficio/rischio, in modo da registrare gli effetti nocivi e non voluti conseguenti all'uso di un medicinale, ma anche da errore terapeutico, abuso, uso *off-label*, ed esposizione professionale, ai sensi della Dir. 2010/84/UE, R. BIN, *op. cit.*, p. 2, il quale fa notare come queste funzioni siano «svolte in genere da organismi pubblici – in Italia dall'Agenzia del farmaco (AIFA) – e sono regolate da norme nazionali oltre che da criteri e linee guida emanati dalle stesse Agenzie. Per di più la normativa nazionale è collegata a discipline derivanti dall'Unione europea (cfr. da ultimo il Reg. UE 536/2014), in cui opera l'Agenzia Europea del Farmaco (EMA); riferendosi poi a prodotti immessi in un mercato internazionalizzato, deve fare i conti anche con le normative, le prassi amministrative e gli organismi tecnici istituiti negli altri paesi».

<sup>11</sup> Com'è noto, l'Aifa garantisce l'uniformità nazionale dell'assistenza farmaceutica e l'accesso ai farmaci innovativi e per la cura delle malattie rare, incentivandone la sperimentazione, presiedendo e vigilando sull'intero ciclo di vita del farmaco.

<sup>12</sup> Sul punto rileva, più in dettaglio, G. MASSARI, *op. cit.*, p. 163, che le Regioni «fungono altresì da coordinatori operativi di tutte le attività di farmacovigilanza del territorio, coadiuvano i responsabili di farmacovigilanza delle strutture sanitarie locali per l'inserimento delle segnalazioni di sospette reazioni avverse nella Rete nazionale (inserimento che, se opportuno, valideranno e codificheranno con l'apposita terminologia), affiancano l'AIFA nell'analisi periodica dei dati della segnalazione spontanea, organizzano ed eseguono progetti di farmacovigilanza attiva e predispongono e inviano *feedback* ai segnalatori, per mantenere intatto il loro coinvolgimento sino alla fine del percorso».

<sup>13</sup> In proposito cfr., ancora, G. MASSARI, *op. cit.*, pp. 164 ss.

Convergono su quest'ordine di conclusioni la giurisprudenza, sia costituzionale<sup>14</sup> che amministrativa<sup>15</sup>, e la dottrina, incline a riconoscere che – fintantoché non sarà realizzata una riforma in senso federalista che allenti il legame forte dell'Aifa con il Ministero della Salute – «le Regioni non godono di alcuna autonomia nel far fronte alle emergenze di farmacovigilanza, nemmeno se l'intento è rafforzare il livello di sicurezza dei propri abitanti»<sup>16</sup>. Non va, infine, dimenticato che l'attività di farmacovigilanza – i cui obblighi sono precisamente definiti sul piano normativo<sup>17</sup> – presenta, del resto, rilevanti e delicati risvolti anche sul piano della responsabilità nel caso sia riscontrabile il carattere ingannevole delle relative informazioni: il che esige un accertamento scrupoloso circa la violazione dei doveri di correttezza informativa di cui alla normativa sulla farmacovigilanza<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Il complesso delle disposizioni legislative in materia rimette all'Aifa competenze che sono state in più occasioni e con formula inequivoca qualificate come esclusive della stessa autorità statale sia dalla giurisprudenza amministrativa che da quella costituzionale. Grazie agli interventi di quest'ultima (cfr. Corte cost. 29 maggio 2014 n. 151, 12 gennaio 2011 n. 8, 11 febbraio 2010 n. 44 e 26 maggio 1998 n. 185) è possibile affermare, ad es., che l'Aifa, quale organo “tecnico-scientifico della sanità”, detiene «il ruolo e le responsabilità che competono allo Stato, con riguardo alla sperimentazione e alla certificazione d'efficacia, e di non nocività, delle sostanze farmaceutiche e del loro impiego terapeutico a tutela della salute pubblica» (sent. n. 185/1998, cit.) o che alle Regioni è fatto assoluto divieto di sostituire i propri apprezzamenti, espressi dalle Commissioni regionali del farmaco, alle valutazioni dell'Aifa, risultando altrimenti eluso il ruolo che la legislazione statale attribuisce all'Agenzia in materia (sent. n. 8/2011, cit.).

<sup>15</sup> Il potere di farmacovigilanza è “unico e accentrato” e compete all'Aifa, chiamata a svolgere un compito insostituibile e “insurrogabile”, come chiarito da Cons. St., sez. III, 13 aprile 2018 n. 2229. In senso analogo, Cons. St., sez. III, 8 settembre 2014 n. 4538; sez. V, 7 ottobre 2008 n. 4900.

<sup>16</sup> Così G. MASSARI, *op. cit.*, 171 s., per la quale la scarsa incidenza del ruolo regionale è attestata anche dal fatto che esse partecipano, attraverso la Conferenza permanente, solo ai procedimenti di designazione dei vertici dell'Agenzia ma non anche alla definizione dei suoi indirizzi da cui risultano fatalmente estromesse.

<sup>17</sup> Sugli obblighi normativi di farmacovigilanza v. artt. 16 e 17, Reg. CE n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'agenzia europea per i medicinali, ove si prevedono gli obblighi per il titolare dell'AIC di comunicare i dati di sicurezza relativi all'uso del medicinale nonché la responsabilità per l'esattezza dei dati forniti. In dottrina, sul sistema di farmacovigilanza in generale di cui agli artt. 21 ss., Reg. CE n. 726/2004, cit., coordinati con gli artt. 101 ss., Dir. 2001/83/CE, V. MARINI, V. ZACCARA, P. MINGHETTI, *Le nuove disposizioni legislative nazionali riguardanti la farmacovigilanza*, in *Ragiufarm*, 2016, n. 155, p. 50, ove cenni sulla implementazione dello strumento in parola nell'ordinamento italiano.

<sup>18</sup> Sui caratteri del giudizio di ingannevolezza delle informazioni divulgate, cfr. B. CALABRESE, *Medicinali off-label, informazioni di farmacovigilanza e nuove frontiere della concorrenza basata sui meriti*, in *Giur. comm.*, 2019, n. 5, pp. 979 ss., ove viene esplorato il concetto di informazione di farmacovigilanza ingannevole, tale da comportare l'anticorrenzialità per oggetto della condotta tenuta dal responsabile, tenuto conto che gli obblighi di farmacovigilanza incombono essenzialmente sul titolare dell'AIC, per cui la concertazione tra due imprese a tal fine è già un indizio del perseguimento di obiettivi estranei alla farmacovigilanza stessa e, pertanto, anticorrenziali.

## 2. Le ulteriori forme di autonomia richieste dalle regioni: trasferimento di funzioni vs. decentramento sostenibile

Si passa ora ad esaminare i contenuti delle intese intercorse, in particolare, con le Regioni Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna<sup>19</sup>, relativamente al settore farmaceutico, per poterne desumere se le misure ivi previste siano suscettibili di produrre effetti dirompenti per la tenuta dei principi supremi del nostro ordinamento democratico quali l'unità repubblicana, l'uguaglianza dei cittadini, l'equità, la parità di accesso ai servizi, l'universalismo, l'uniformità territoriale e l'unitarietà procedimentale<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> L'attuazione della norma costituzionale in questione ha avuto avvio, sul piano procedurale, con l'indizione dei referendum consultivi celebratisi il 22 ottobre 2017 in Lombardia e in Veneto (cfr., in merito al quadro delle iniziative regionali in *subiecta materia* dopo la sentenza 25 giugno 2015 n. 118 della Corte costituzionale, L. VIOLINI, *op. cit.*, pp. 320 ss.; F.G. CUTTAIA, *Il referendum consultivo regionale sulla maggiore autonomia del Veneto e il problema della sua eventuale concomitanza con il referendum confermativo nazionale sulle riforme costituzionali*, in *Federalismi.it*, 2016, n. 16). Sempre nella parte conclusiva della XVII legislatura sono stati intrapresi i negoziati fra il Governo e le regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna. Di conseguenza, il 28 febbraio 2018 si è giunti alla definizione di tre distinti accordi preliminari con cui le parti hanno inteso dare rilievo al percorso intrapreso e alla convergenza su principi generali, metodologie e l'individuazione delle materie ritenute indispensabili per l'attribuzione dell'autonomia differenziata. Nel primo scorcio della legislatura successiva si è potuto riscontrare una certa continuità anche grazie al fatto che nel programma di governo era espressamente prevista l'attuazione del regionalismo differenziato, che ha costituito anche una delle principali linee di intervento dell'esecutivo di cui si è dato conto nella nota di aggiornamento al Def 2018. È stata altresì coinvolta la Conferenza delle regioni e delle province autonome che, nella seduta del 18 ottobre 2018, ha approvato il documento "Le Regioni e le nuove sfide del regionalismo" con cui si è preso atto della necessità di garantire una differenziazione efficiente e sostenibile destinando risorse alle regioni che beneficeranno di maggiore autonomia, secondo la correlazione con le ulteriori funzioni che saranno ad esse riconosciute. Le successive bozze di intesa, rappresentanti allo stato l'ultima tappa del percorso, sono state approvate distintamente dal Governo con le tre regioni in data 15 maggio 2019. Come è stato notato in dottrina, grazie soprattutto all'attivismo delle regioni Lombardia e Veneto, dopo circa un decennio di interesse sopito sia presso la comunità degli studiosi che da parte del mondo politico, il tema del regionalismo differenziato è rientrato nell'agenda di Governo e, in prospettiva, del Parlamento (cfr. R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 2, pp. 1 ss.). Sebbene la via referendaria non sia esplicitamente prevista in questa fattispecie dalla Costituzione, la Corte costituzionale (sent. n. 118/2015, cit.) l'ha ritenuta ammissibile e non contrastante con i principi costituzionali, a condizione che il quesito referendario si limiti a chiedere ai votanti se siano favorevoli o meno all'attivazione della procedura per ottenere una maggiore autonomia senza perseguire, direttamente o indirettamente, altre finalità. Giova, altresì, ricordare come il processo evolutivo finalizzato a dare concreta attuazione all'art. 116 co. 3 Cost. si sia bruscamente interrotto a seguito della crisi di Governo apertasi nell'agosto 2019 per riprendere, comunque, nell'ultimo scorcio dell'anno. Al riguardo possono evidenziarsi tre momenti significativi, rappresentanti, rispettivamente, dalla audizione del Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie, svoltasi il due ottobre presso la Commissione parlamentare per le questioni regionali; dalla relazione semestrale sull'attuazione della legge delega 5 maggio 2009, n. 42 sul federalismo fiscale approvata il 24 ottobre dalla Commissione bicamerale per l'attuazione del federalismo fiscale; dalla approvazione, il 28 novembre da parte della Conferenza delle Regioni della bozza di legge quadro per l'autonomia differenziata predisposta dal Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie, su alcuni aspetti della quale v. *supra*, § 1.

<sup>20</sup> Non si è mancato di precisare che l'autonomia deve svolgersi nella direzione del miglior perseguimento dell'eguaglianza sostanziale, nell'ottica della formazione di un ordinamento che, in particolare, «si pretende costituzionale e sociale» (L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 250). Rischi di divaricazione tra regioni ricche e regioni meno ricche, tali da far intravedere ipotesi "secessionistiche", sono ad ogni modo paventati da A. PIRAINO, *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica*, cit., pp. 9 ss. e da M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 6, pp. 7 ss. Per l'opportunità di ricondurre l'autonomia differenziata all'interno di una previsione che intenda privilegiare l'efficiente gestione delle

Partendo dalla regione Emilia-Romagna, ai nostri fini risalta innanzitutto la richiesta di “determinare politiche del farmaco in ordine alla sua distribuzione e all’equivalenza terapeutica, coerenti con le esigenze del territorio” (Titolo V “Salute” – art. 1 “Oggetto e finalità”).

Il successivo art. 6, rubricato “Politiche del farmaco” così recita: “1) Ferme restando le funzioni attribuite all’Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), alla Regione è attribuita autonomia amministrativa in ordine alle decisioni sull’equivalenza terapeutica tra medicinali contenenti differenti principi attivi, qualora AIFA non intervenga con motivate e documentate valutazioni in attuazione della normativa vigente; 2. Ferme restando le funzioni attribuite all’Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) dalla normativa vigente, alla Regione è attribuita autonomia legislativa e amministrativa in ordine alla definizione qualitativa e quantitativa delle forme di distribuzione, anche diretta, dei farmaci, tenuto conto dei differenti regimi assistenziali”.

In altre parti del proposto articolato sono, poi, previste: a) le modalità operative concernenti le valutazioni discrezionali tecnico-scientifiche per l’accertamento dell’equivalenza terapeutica tra farmaci diversi, fondate su un meccanismo sostitutivo che consente alla regione di utilizzare le proprie determinazioni ove su queste ultime l’organo statale cui sono state sottoposte non si sia pronunciato motivatamente con un parere obbligatorio e vincolante sull’intero territorio nazionale<sup>21</sup>; b) la continuità assistenziale quale obiettivo e criterio guida per le direttive regionali sulla cui base il farmaco viene fornito direttamente dalla struttura pubblica<sup>22</sup>, tenuto conto che nell’esercizio della competenza e nel monitoraggio dell’uso corretto dei farmaci, la regione si avvale delle farmacie di comunità<sup>23</sup>.

---

risorse in coerenza con i principi costituzionali, E. BALBONI, *Per scongiurare la “secessione dei ricchi” basterebbe la buona amministrazione*, in *www.forumcostituzionale.it*, 28 febbraio 2019, pp. 1 ss.; R. BIN, *La “secessione dei ricchi” è una fake news*, in *www.lacostituzione.info*, 16 febbraio 2019, pp. 1 ss.

<sup>21</sup> Art. 5: “1. La Regione, nell’adottare eventuali decisioni basate sull’equivalenza terapeutica tra medicinali contenenti differenti principi attivi, qualora l’Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) non intervenga con motivate e documentate valutazioni, ai sensi dell’art. 15, comma 11-ter del Decreto-legge 6 luglio 2012 n. 95, convertito con modificazioni dalla Legge 7 agosto 2012 n. 135, può sottoporre all’AIFA un documento recante valutazioni tecnico-scientifiche concernente l’equivalenza terapeutica tra diversi farmaci; 2. L’AIFA entro 180 giorni dal ricevimento del documento si pronuncia motivatamente nel merito adottando un parere obbligatorio e vincolante sull’intero territorio nazionale. In caso contrario la Regione utilizza il documento presentato per assumere le determinazioni basate sull’equivalenza terapeutica”.

<sup>22</sup> Art. 6-bis: “Ferme restando le funzioni istituzionali che le vigenti disposizioni attribuiscono all’Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), la Regione: 1) definisce qualitativamente e quantitativamente le forme della distribuzione diretta dei farmaci destinati alla cura dei pazienti che richiedono un controllo ricorrente, anche tramite il coinvolgimento delle farmacie di comunità con le quali condivide opportuni strumenti di monitoraggio dell’appropriatezza nell’uso dei farmaci; 2) assicura l’erogazione diretta da parte delle Aziende sanitarie dei medicinali necessari al trattamento dei pazienti in assistenza domiciliare, residenziale e semiresidenziale; 3) dispone, al fine di garantire la continuità assistenziale, che la struttura pubblica fornisca direttamente i farmaci, sulla base di direttive regionali, per il periodo immediatamente successivo alla dimissione dal ricovero ospedaliero o alla visita specialistica ambulatoriale”.

<sup>23</sup> Le farmacie di comunità sono organizzate nella “Rete delle farmacie di comunità della Romagna” e svolgono un ruolo di rilievo nella rete di cura e assistenza per i pazienti oncologici ed onco-ematologici. Cfr. Senato della Repubblica – Servizio studi, *Verso un regionalismo differenziato: le Regioni che hanno sottoscritto accordi preliminari con il Governo*, Dossier n. 16 del 2018.

A quest'ultimo riguardo, la regione Emilia-Romagna – che ha rivolto una particolare attenzione alle politiche del farmaco<sup>24</sup> – aspirerebbe al riconoscimento della competenza a definire, sotto un profilo qualitativo e quantitativo, le forme di distribuzione diretta dei farmaci per la cura dei pazienti soggetti a controlli ricorrenti.

Il quadro delle richieste si completa con la possibilità, da un lato, di esercitare le funzioni in tema di farmacovigilanza e, dall'altro, di rendere più flessibile la capacità di gestione dei vari capitoli di spesa non prevedendo vincoli specifici sulle singole macro-voci, fra cui la spesa sul personale o sui farmaci: sul presupposto che il sistema dei vincoli attuali non agevola quella gestione razionale ed ottimale delle funzioni che postula la facoltà di porre in essere politiche attive di tutela della salute dei propri cittadini nelle forme ritenute più efficaci dall'ente territoriale<sup>25</sup>.

Sembra, in definitiva, che il nodo principale, potenziale fonte di frizioni con l'assetto costituzionale, sia la sufficienza ed adeguatezza – in termini di garanzia delle istanze unitarie – possa essere la clausola di salvaguardia delle funzioni istituzionali attribuite all'Aifa dalla normativa vigente.

Passando alla regione Lombardia, nell'art. 24, rubricato “Tutela della salute”, viene in rilievo una articolata richiesta di competenza avente ad oggetto, in particolare: a) la definizione dell'utilizzo delle risorse finanziarie da impiegare per il personale, per l'acquisto di beni e servizi, di farmaci, dispositivi medici; b) la definizione di modalità erogative dei farmaci e dei dispositivi e di indirizzi di appropriatezza terapeutica e prescrittiva; c) la definizione, in esercizio di poteri sostitutivi, dell'equivalenza terapeutica per principi attivi uguali e delle regole in materia di *payback*; d) la definizione delle modalità di integrazione dei data base dei registri di monitoraggio Aifa con i sistemi informativi regionali.

La competenza ad assumere valutazioni tecnico-scientifiche relative all'equivalenza terapeutica risulta declinata, nel dettaglio, attraverso la previsione di un duplice sbocco allo scadere dei centottanta giorni dal ricevimento delle determinazioni regionali da parte dell'AIFA: a quest'ultima è rimessa, in alternativa, la scelta se adottare un parere motivato e obbligatorio *erga omnes* ai sensi dell'art. 15, comma 11-ter, d.l. n. 95/2012, cit. o legittimare, con la sua inerzia, il potere sostitutivo da parte della stessa regione istante.

---

<sup>24</sup> In particolare: a) è stato costituito il Gruppo regionale sul rischio clinico dei farmaci con il compito di: elaborare proposte di recepimento delle raccomandazioni nazionali e regionali; realizzare progetti di miglioramento della sicurezza nell'uso dei farmaci; monitorare le attività di settore presso le aziende sanitarie regionali; b) sono state adottate Linee di indirizzo per la gestione clinica dei farmaci rivolte alle strutture del Servizio sanitario regionale; c) tra le raccomandazioni regionali adottate, rilevano le seguenti: 1) sulla corretta gestione delle forme farmaceutiche orali, che fornisce indicazioni per i casi in cui sia necessario procedere ad alterazione di forme farmaceutiche orali per facilitarne l'assunzione in pazienti con problematiche specifiche; 2) sul processo di ricognizione e di riconciliazione farmacologica per una prescrizione corretta e sicura; d) con l.r. n. 2/2016 sono state disciplinate l'organizzazione degli esercizi farmaceutici e le prenotazioni di prestazioni specialistiche ambulatoriali, nell'ottica della valorizzazione del servizio farmaceutico quale presidio sanitario sul territorio. Cfr. Senato della Repubblica – Servizio studi, Dossier n. 16 del 2018, cit.

<sup>25</sup> Senato della Repubblica – Servizio Studi, *Il processo di attuazione del regionalismo differenziato*, Dossier n. 104 del 11 febbraio 2019.

Se per le voci *sub a)* e *sub d)* occorre verificare la compatibilità della richiesta regionale, rispettivamente con i principi fondamentali in materia di “coordinamento della finanza pubblica” e con le disposizioni statali in tema di “coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell’amministrazione statale, regionale e locale”, gli elementi di novità sono rappresentati dal riferimento agli “indirizzi di appropriatezza terapeutica e prescrittiva” e alle “regole sul *payback*” di cui, rispettivamente, alle voci *sub b)* e *sub c)*.

Qualche dubbio di sostenibilità è lecito nutrire, in proposito. Quanto al vincolo normativo sulla appropriatezza terapeutica e prescrittiva, non va dimenticato che spetta pur sempre al medico la libertà di somministrazione in concreto del farmaco, in una con la speculare ed esclusiva responsabilità terapeutica<sup>26</sup>; quanto, invece, al complesso meccanismo che va sotto il nome di *payback*, esempi tratti dalla più recente regolamentazione della materia mostrano come sia difficile, sotto una pluralità di angolature riconducibili di fatto alla equità di accesso e alla sostenibilità del sistema, sottrarre al decisore politico centrale la programmazione e gestione unitaria delle procedure terapeutiche e finanziarie<sup>27</sup>.

Soffermando, infine, l’attenzione sulla regione Veneto, la trama delle relative richieste ricomprende, in buona sostanza, i punti precedentemente esaminati con riguardo alle prime due regioni.

Con l’art. 4, dedicato alla materia farmaceutica, si propone che la regione possa, in specie: a) fornire indirizzi su appropriatezza terapeutica e prescrittiva nonché sulle modalità erogative ritenute più efficienti; b) integrare i data base dei registri di monitoraggio AIFA ed i sistemi informativi adottati a livello regionale mediante lo scambio codificato di informazioni telematiche; c) esercitare i poteri sostitutivi nel caso in cui AIFA non adotti le decisioni sull’equivalenza terapeutica e in materia di *payback*; d) definire l’utilizzo delle risorse finanziarie da impiegare anche in deroga ai limiti di spesa previsti a livello nazionale per l’acquisto di farmaci, dispositivi medici.

Anche in questo caso, merita segnalazione il preteso riconoscimento della potestà di intervenire con propri atti nel caso in cui organi, organismi o enti non esercitino competenze

<sup>26</sup> Nel senso che un regolamento regionale non può obbligare il medico ospedaliero all’indicazione del solo principio attivo del farmaco da erogare, precludendogli di specificarne il nome commerciale, Cons. St., sez. III, 27 ottobre 2011 n. 5790. Analogamente, Id., sez. III, 29 settembre 2017 n. 4546, secondo cui le Regioni non possono limitare i livelli essenziali di assistenza, nemmeno “raccomandando” ai medici l’utilizzo di alcuni farmaci rispetto ad altri, valutati come meno convenienti nel rapporto costi/benefici: tali livelli essenziali, infatti, devono restare uniformi sul territorio nazionale per la essenziale garanzia del diritto alla salute (art. 32 Cost.) il che rende, pertanto, illegittime le raccomandazioni della Regione Veneto con le quali è stato sconsigliato ai medici operanti nelle strutture ospedaliere pubbliche l’utilizzo di alcuni farmaci oncologici, regolarmente autorizzati dall’AIFA, rientranti tra i LEA. Opera, tuttavia, un distinguo fra l’assistenza farmaceutica territoriale e quella ospedaliera, Id., sez. V, 7 ottobre 2008 n. 4899. In dottrina, cfr. V. GRILLO, *Appropriatezza della prescrizione farmaceutica: strumenti per realizzarla e criticità*, in *Sanità pubblica e privata*, 2017, n. 4, pp. 11 ss.

<sup>27</sup> M. PUTIGNANO, S. SELLETTI, *La nuova “governance” della spesa farmaceutica. Una prima lettura “a caldo” della legge n. 145/2018*, in *Rass. dir. farm.*, 2019, n. 2, pp. 251 ss.

loro attribuite dalla legge statale e ciò produca effetti negativi sul funzionamento del sistema socio sanitario regionale<sup>28</sup>.

A conclusione di questa carrellata è possibile svolgere qualche altra riflessione di portata generale.

L'esigenza di strumenti di tenuta unitaria del sistema, necessari per adempiere all'obbligazione costituzionale di protezione della salute quale diritto fondamentale della persona e interesse della collettività, è una chiave di lettura essenziale e non scontata della regionalizzazione della sanità italiana, prevista già nel testo originario della Costituzione repubblicana pre-revisione costituzionale del 2001: da un lato, conferma quanto la differenziazione tra territori sia un dato di partenza del sistema e tenda, ove non governata, ad espandersi, con effetti negativi in termini di eguaglianza nel godimento del diritto stesso; dall'altro, tuttavia, legittima una lettura "forte" della regionalizzazione del Ssn. Ciascuna Regione, infatti, dispone di strumenti incisivi per partecipare attivamente e secondo il proprio autonomo indirizzo di governo alla determinazione delle modalità di protezione del diritto alla salute, potendo caratterizzare il proprio "modello" di tutela del diritto a partire dalle scelte di organizzazione del servizio sanitario regionale, sebbene nel quadro del servizio sanitario nazionale capace di esprimere principi generali applicabili, anche implicitamente, alla totalità delle regioni italiane.

«Questa concezione della differenziazione, che presuppone una cornice comune di principi fondamentali, potrebbe costituire – come è stato rilevato – la base di partenza corretta per dare attuazione all'art. 116, comma 3, Cost., poiché invita, prima, a verificare quali siano gli oggetti sui quali la singola Regione nel governo del proprio servizio sanitario ha saputo operare con efficacia (nella direzione di una maggiore protezione del diritto) ed efficienza (nella direzione di un migliore impiego delle risorse, non solo finanziarie) e, poi, a individuare di conseguenza sia le innovazioni positive da disseminare nell'intero sistema, sia le forme di autonomia che possono consentire alla singola Regione di sviluppare ulteriormente questi stessi spazi di differenziazione. Laddove, il criterio-limite di questa maggiore autonomia non può che essere la conferma della sottintesa logica "win-win" tra interesse regionale e nazionale»<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> La norma indicata nel testo, prevede, testualmente che "ferme restando le funzioni istituzionali che le vigenti disposizioni attribuiscono al Ministero della salute, all'Agenzia italiana del farmaco (AIFA) e all'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (AGENAS) e all'Istituto Superiore della Sanità, nel caso in cui i medesimi organismi ed enti statali non adottino atti o provvedimenti previsti da disposizioni statali, la Regione del Veneto è competente a sottoporre ai suddetti organismi ed enti una proposta di provvedimento valevole per il proprio territorio. Entro 180 giorni dal ricevimento della proposta di provvedimento, l'organismo od ente statale si pronuncia motivatamente, accogliendo la proposta di provvedimento o respingendola. In caso di accoglimento della proposta, ovvero in caso di mancata pronuncia nel termine di cui al periodo precedente, la proposta di provvedimento regionale acquista efficacia nel territorio della Regione del Veneto e i suoi effetti cessano a decorrere dalla data di adozione del provvedimento dell'organismo o ente statale competente in via ordinaria".

<sup>29</sup> R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, cit., pp. 9 ss., i quali osservano esemplificativamente che «la farmacovigilanza, sulla quale peculiarmente si soffermano l'accordo preliminare e la bozza di intesa relative all'Emilia-Romagna, costituisce un caso esemplare: la maggiore capacità di controllo e gestione del farmaco

In merito alla richiesta delle Regioni di avere voce in capitolo nella valutazione della appropriatezza terapeutica e prescrittiva di farmaci e dispositivi medici, nelle decisioni di equivalenza tra principi attivi oltre che nelle modalità di erogazione dei farmaci in ospedale e sul territorio, altra parte della dottrina ha fatto notare che, se prendessero piede queste funzioni, i prontuari dei farmaci e delle prestazioni che si avvalgono di dispositivi medici potrebbero arrivare a differenziarsi notevolmente da Regione a Regione; e, inoltre, l'obiettivo di inserire nei Lea regionali prestazioni innovative, salvavita e ad alto costo, sarebbe difficilmente sostenibile e non insostenibile su scala nazionale secondo una altrettanto rapida attuazione<sup>30</sup>.

Altri ancora mette in guardia dal rischio, insito nei contenuti delle bozze di intese raggiunte nel 2018, che una spiccata autonomia regionale sulle modalità di erogazione dei farmaci, ma anche sulla valutazione della loro appropriatezza, possa comportare fatali ricadute sulle possibilità di cura, accentuandone ancor più la difformità territoriale<sup>31</sup>.

---

da parte di una Regione va a vantaggio diretto della sua popolazione e indiretto della collettività nazionale, si muove nell'ambito dei principi statali sul sistema del farmaco, individua un modello virtuoso anche per altre realtà regionali, può precludere a maggiori spazi di autonomia nella organizzazione e gestione della distribuzione, anche al di là del modello che la legislazione statale indica alla generalità delle regioni. In una situazione di questo tipo, la differenziazione ex art. 116, comma 3, può consentire ad una Regione di far evolvere gli schemi imposti dalla legislazione statale e superarli a beneficio di un proprio modello organizzativo, ma sempre restando nell'ambito dei principi che fondano il Ssn e contribuendo, anzi, al loro dinamico rafforzamento».

<sup>30</sup> Al riguardo, N. SALERNO, *Brevi commenti su sanità e federalismo differenziato, a margine del seminario di Astrid*, in *www.astrid-online.it*, 5, il quale muove dalla constatazione per cui già adesso la gestione dei registri per i farmaci ad alto costo e del cosiddetto file "F" presenta molte differenze da Regione a Regione, facendo registrare la tendenza a regolare con delibere regionali l'erogazione di trattamenti farmacologici ad alto costo a pazienti residenti in altra Regione, al fine di limitare il rischio che, anche dopo le compensazioni per mobilità, una parte dei costi resti a carico della Regione erogante. In definitiva, sinora la regolazione regionale non si è per fortuna spinta sino a violare il diritto costituzionale di accedere alle prestazioni dappertutto sul territorio nazionale, ma negli ultimi anni si è registrata una crescente diffidenza tra Regioni, soprattutto in merito all'erogazione di trattamenti innovativi e ad alto costo.

<sup>31</sup> Così F. ANGELINI, *Autonomia differenziata e tutela della salute: autonomia competitiva dei Sistemi sanitari regionali vs universalismo solidale del Sistema sanitario nazionale*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 15, spec. 18 ss., dopo aver ricordato che le politiche di *spending review* hanno determinato, fra l'altro, la razionalizzazione della spesa farmaceutica e la riduzione del tasso di ospedalizzazione. Come, del resto, sottolinea N. SALERNO, *op. loc. cit.*, le Regioni non sono attrezzate per la maggior parte di tali funzioni aventi natura complessa e profonde fondamenta scientifiche e che, proprio per questo, dovrebbero essere affrontate ispirandosi il più possibile al *consensus* e alle *best practice* emerse all'interno della comunità specialistica internazionale convogliate dal Ministero della salute e dall'Aifa. Ancor più allarmistiche le previsioni di N. CARTABELLOTTA, *Così il «regionalismo differenziato» mette a rischio l'universalismo del Ssn*, in *www.sanita24.ilsole24ore.it*, 28 settembre 2018, per il quale, a fronte di ventuno differenti sistemi sanitari già caratterizzati da notevoli disuguaglianze in relazione a molteplici aspetti quali, gli adempimenti dei LEA, le performance ospedaliere, le dimensioni delle aziende sanitarie ospedaliere, le disponibilità dei farmaci innovativi e l'uso di farmaci equivalenti, la *governance* della libero professione, la giungla dei *ticket*, le eccellenze ospedaliere del nord e la desertificazione dei servizi territoriali del sud, la mobilità sanitaria ecc., le ulteriori autonomie concesse dal regionalismo differenziato da un lato indeboliranno le capacità di indirizzo e verifica dello Stato sulle regioni, dall'altro accentueranno iniquità e disuguaglianze disgregando definitivamente l'universalismo del Ssn.

### 3. Gli anticorpi del sistema rispetto ad un possibile attentato all'unità nazionale e al principio costituzionale di uguaglianza

Al centro delle dispute intorno alla sostenibilità della differenziazione si situa, pressoché costantemente, il tema delle valutazioni tecnico-discrezionali da affidare ad organi di provata qualificazione ed indipendenza: tema che rimanda alla possibilità che alle funzioni svolte dalle autorità di regolazione nazionale possano essere associati analoghi compiti rimessi ad apparati di livello regionale.

La questione, che implica la ricerca di soluzioni nuove a problemi antichi quale l'inerzia degli organi tecnico-amministrativi, continua a suscitare interesse, unitamente al plauso di chi saluta con favore un modello di stimolo e d'impulso proteso, grazie alle documentate valutazioni che la Regione sottopone all'Aifa, alla tempestiva formulazione di decisioni basate sull'equivalenza terapeutica fra medicinali contenenti differenti principi attivi: in questa ipotesi la differenziazione valorizzerebbe le esperienze più attive che possono costituire uno strumento d'incentivazione per molte altre realtà<sup>32</sup>.

Ogni ulteriore considerazione sul tema non può prescindere dal richiamo ai consolidati orientamenti giurisprudenziali volti a ribadire, in ogni occasione, il vincolo immanente all'operato svolto dalle autorità statali, legislative ed amministrative, pur senza con ciò sminuire il ruolo collaborativo delle regioni: la Corte costituzionale ha, ad es., affermato che «l'esercizio da parte della regione del potere di escludere in tutto o in parte la rimborsabilità dei farmaci è configurato dal legislatore statale come il punto di arrivo di uno speciale procedimento amministrativo, in particolare caratterizzato dal determinante ruolo valutativo di un apposito organo tecnico nazionale sulla base dei criteri determinati dal legislatore statale»<sup>33</sup>.

Similmente, è stato puntualizzato che l'erogazione di farmaci rientra nei livelli essenziali di assistenza il cui godimento è assicurato a tutti in condizioni di eguaglianza sul territorio

---

<sup>32</sup> E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116 comma 3 Cost.: profili procedurali di dubbia legittimità e possibile violazione dei diritti*, in *Ossevatoriosullefonti.it*, 2018, n. 2, p. 9. Prende atto che le Regioni potranno utilmente attivare la procedura Aifa per il riconoscimento dell'equivalenza terapeutica tra farmaci, L. VIOLINI, *op. cit.*, p. 348.

<sup>33</sup> Corte cost., 11 luglio 2008 n. 271, ove testualmente: «La legislazione statale non esclude che, nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza, che pure hanno una generale finalizzazione di tipo egualitario, una Regione possa differenziare per il suo territorio il livello di rimborsabilità dei farmaci purché la determinazione amministrativa regionale sia preceduta dal procedimento individuato dall'art. 6 del d.l. 347 del 2001 e la Regione operi al fine del contenimento della spesa farmaceutica». L'art. 6 precitato dispone quanto segue: «1. Nell'ambito della ridefinizione dei Livelli essenziali di assistenza (LEA), entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, la Commissione unica del farmaco, con proprio provvedimento, individua i farmaci che, in relazione al loro ruolo non essenziale, alla presenza fra i medicinali concedibili di prodotti aventi attività terapeutica sovrapponibile ed un migliore rapporto tra costi e benefici, possono essere totalmente o parzialmente esclusi dalla rimborsabilità. 2. La totale o parziale esclusione dalla rimborsabilità dei farmaci di cui al comma 1 è disposta, anche con provvedimento amministrativo della regione, tenuto conto dell'andamento della propria spesa farmaceutica rispetto al tetto di spesa programmato».

nazionale: sicché, vertendosi in una materia riservata in via esclusiva al legislatore statale, «le Regioni non possono derogare né alle procedure, né alle forme prescritte dal legislatore nazionale»<sup>34</sup>.

Anche in sede giurisdizionale amministrativa è stato precisato, concordemente, che «il complesso delle disposizioni legislative dedicate a regolare la materia affida esclusivamente all'AIFA – l'Agenzia Italiano del Farmaco – le funzioni relative al rilascio dell'autorizzazione all'immissione in commercio dei medicinali, alla loro classificazione, alle relative indicazioni terapeutiche, ai criteri delle pertinenti prestazioni, alla determinazione dei prezzi, al regime di rimborsabilità e al monitoraggio del loro consumo. Tali competenze sono state ripetutamente ed univocamente qualificate come esclusive, nel senso che le suddette funzioni – legislative ed amministrative – spettano solo all'autorità statale, sia dalla giurisprudenza costituzionale – v. *ex plurimis*, Corte cost., 29 maggio 2014, n. 151 e 12 gennaio 2011, n. 8 – sia da quella amministrativa – v., oltre alla richiamata sentenza n. 490 del 2015, anche Cons. St., sez. III, 8 settembre 2014, n. 4538 – laddove hanno precisato che resta preclusa alle Regioni la previsione, sia in via legislativa che amministrativa, di un regime di utilizzabilità e di rimborsabilità contrastante e incompatibile con quello stabilito, in via generale e sulla base dei pareri emessi dalla competente Commissione consultiva tecnico-scientifica – dall'AIFA a livello nazionale»<sup>35</sup>.

Ancora, va segnalato l'indirizzo espresso dalla Corte costituzionale che, dopo aver sottolineato come le disposizioni di legge statale subordinino il ricorso ai farmaci fuori scheda tecnica a condizioni eccezionali e ad ipotesi previamente individuate, ha giudicato illegittima una normativa regionale recante regole specifiche e derogatorie circa la prescrivibilità di farmaci *off label* a carico del S.S.N.: rimessa la definizione dei criteri direttivi alla Commissione regionale del farmaco, si era determinata una indebita sostituzione dell'organismo regionale all'AIFA nell'esercizio delle funzioni istituzionali attribuita a quest'ultima dalla legislazione statale. Chiariva la Corte, nella circostanza, che è precluso alle regioni introdurre, in sede di aggiornamento del PTR (prontuario terapeutico regionale)<sup>36</sup>, nuove ipotesi di utilizzo dei farmaci *off label* nemmeno quando tale estensione possa consentire, a parità di efficacia e di sicurezza rispetto ai farmaci già autorizzati, una significativa riduzione della spesa farmaceutica a carico del Ssn, incrementando al contempo la libertà di scelta terapeutica.

<sup>34</sup> Corte cost., 11 febbraio 2010 n. 44.

<sup>35</sup> Cons. St., sez. III, n. 4546/2017, cit.

<sup>36</sup> Il prontuario è un atto deliberativo a contenuto generale contenente valutazioni non di natura politica ma di carattere tecnico nell'esercizio di discrezionalità amministrativa, e avente la funzione di garantire l'uniformità dei percorsi terapeutico-assistenziali ospedale-territorio, la razionalizzazione delle risorse disponibili, dei consumi e della spesa farmaceutica nel perseguimento di obiettivi di appropriatezza ed efficacia. Il riferimento è a Corte cost., 12 gennaio 2011, n. 8, cit. In dottrina, M. GIGANTE, *Esigenze unitarie della politica farmaceutica: l'uso off label dei farmaci tra principi fondamentali e riserva all'Aifa*, in *Giur. it.*, 2011, pp. 2493 ss.

Intuibile la *ratio* di un tale responso: esigenze di uniformità territoriale ed unitarietà procedimentale hanno indotto il legislatore statale ad affidare in via esclusiva a un organo centrale (in un primo tempo la Commissione Unica per il Farmaco, oggi l'Aifa) il potere di compilazione, aggiornamento e modifica dell'elenco dei farmaci autorizzati in via straordinaria all'utilizzo fuori etichetta, per finalità terapeutiche differenti da quelle riportate nel foglietto illustrativo o RCP (riassunto caratteristiche del prodotto). La riserva allo Stato della valutazione e autorizzazione dei medicinali si spiega con la necessità di evitare la frammentazione delle competenze tecnico-specialistiche e il proliferare di organismi (a livello regionale e sub-regionale) che accrescerebbero il grado di confusione ed incertezza privando gli operatori del riferimento certo ed autorevole costituito dalle valutazioni dell'AIFA in termini di efficacia ed appropriatezza prescrittiva, di sicurezza degli standard di fabbricazione e delle modalità di somministrazione, conformemente alle comprovate evidenze di sperimentazioni cliniche accreditate<sup>37</sup>.

Nel caso da ultimo affrontato dalla Corte, viene in esame il ruolo dell'analisi costo-efficacia di misure e parametri come quelli della valida alternativa terapeutica che non sono disancorati da qualsiasi valutazione economica, pur dovendo essere confrontati, in un'opera di bilanciamento, con gli altri valori ed interessi in gioco.

Interessante, e meritevole di menzione, nel predetto giudizio di costituzionalità appaiono le argomentazioni svolte dalla difesa dello Stato, secondo cui nella fattispecie il legislatore regionale avrebbe travalicato le proprie competenze incidendo sui livelli essenziali di assistenza la cui determinazione spetta al solo legislatore statale: a sostegno di tale assunto vengono richiamati alcuni precedenti della stessa Corte con i quali essa ha espressamente affermato che l'erogazione dei farmaci rientra nei Livelli Essenziali di Assistenza<sup>38</sup>.

L'esempio riportato concorre a smorzare le preoccupazioni circa l'eventuale portata dirompente di un trasferimento di funzioni come quello di cui qui si discute: avendo il sistema

---

<sup>37</sup> La somministrazione di un farmaco al di là delle indicazioni registrate – opportuna, in linea di principio, per colmare l'inevitabile iato temporale fra i progressi scientifici acquisiti e l'espletamento delle procedure di registrazione ed autorizzazione, si da approntare una soluzione curativa efficace per patologie prive di una valida alternativa terapeutica – non può che essere circondata da particolari cautele, attesa la sua delicatezza e l'esigenza di prevenire abusi attraverso adeguati e rigorosi controlli. La posizione della sentenza n. 8/2011 replica quello già validato, più in generale, dalla stessa Corte a proposito della autorizzazione in commercio dei farmaci – A.I.C. La determinazione del confine tra terapie ammesse e non ammesse, assunta sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, costituisce principio fondamentale della materia “tutela della salute” (C. cost., 26 giugno 2002 n. 282). È precluso al legislatore regionale incidere direttamente sul merito delle scelte terapeutiche praticabili in assenza di, o in difformità da, determinazioni assunte a livello nazionale da istituzioni tecnico-specialistiche, pena l'inammissibile introduzione di una disciplina differenziata nei singoli territori regionali: *«scelte legislative dirette a limitare o vietare il ricorso a determinate terapie – la cui adozione ricade in linea di principio nell'ambito dell'autonomia e della responsabilità dei medici, tenuti ad operare col consenso informato del paziente e basandosi sullo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche a disposizione – non sono ammissibili ove nascano da pure valutazioni di discrezionalità politica, e non prevedano “l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati”, né costituiscano il risultato di una siffatta verifica»* (C. cost., 14 novembre 2003 n. 338).

<sup>38</sup> C. cost., n. 271/2008, cit. e n. 44/2010, cit.

sviluppato anticorpi idonei a neutralizzare eventuali tentativi di rottura del principio di unità ed uguaglianza nella dispensazione dei servizi sociali sul territorio nazionale.

Le superiori esigenze di unitarietà ed uniformità territoriale hanno costantemente ispirato la giurisprudenza chiamata a circoscrivere gli spazi di autonoma regolamentazione della materia da parte delle regioni<sup>39</sup>.

In questa cornice, è assai difficile ipotizzare che un atto regionale potrà mai soppiantare le valutazioni tecniche circa la appropriatezza, la prescrivibilità e la rimborsabilità di un farmaco che spetta all'autorità statale compiere nel rispetto dei principi egualitari e solidaristici che informano il nostro ordinamento costituzionale condizionando il riparto delle competenze fra centro e territori.

In altre parole, e in attesa dei futuri e decisivi sviluppi che registreremo sul piano politico e giuridico, va riconosciuto che fin qui i fondamenti del sistema sono apparsi rivelatori di un assetto regionalista governato con una buona dose di razionalità e equilibrio, avendo le disposizioni costituzionali agito da argine efficace rispetto a possibili iniziative disgregatrici, in un ambito in cui la stella polare di ogni iniziativa riformatrice non è e non potrà che essere l'unità del Servizio sanitario nazionale con le sue funzioni inestricabilmente connesse all'identità comune a tutti i cittadini e alla stessa dignità umana.

In chiusura, qualche parola sul problema del *pay-back*.

Come ci insegna la Corte costituzionale, i principi contabili di cui al d.lgs. n. 118 del 2011 si pongono al centro di un «intreccio polidirezionale delle competenze statali e regionali in una sequenza dinamica e mutevole della legislazione»<sup>40</sup> afferente ai parametri costituzionali posti a presidio degli interessi finanziari, cosicché il d.lgs. n. 118 del 2011 non contiene disposizioni ispirate soltanto all'armonizzazione dei bilanci. Dette disposizioni riguardano anche altri parametri quali, nel caso di specie, il principio dell'equilibrio di bilancio di cui all'art. 81 Cost. Dunque, l'armonizzazione si colloca contemporaneamente in posizione autonoma e strumentale rispetto al principio dell'equilibrio del bilancio *ex* art. 81 Cost.<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Le regioni possono disciplinare i profili organizzativi del servizio (ad es., definire orari e turni degli esercizi farmaceutici ma non determinarne il numero modificando il *quorum*, regolare la distribuzione per conto ma ne rispetto degli equilibri di bilancio, disporre del file H e della rete ospedale-territorio), possono stabilire le compartecipazioni ai costi delle prestazioni spesa ma ad invarianza di spesa, mentre non possono modificare i LEA né sostituirsi all'AIFA nelle valutazioni tecniche né comprimere la libertà prescrittiva del medico né escludere dai lotti farmaci di marca che assicurano la continuità assistenziale nel percorso di cura volto alla tutela della salute del paziente. Cfr. Corte cost., 31 ottobre 2013 n. 255; Cons. St., sez. III, 19 settembre 2013 n. 4667; Cons. St., sez. III, 26 marzo 2012 n. 1714; Corte cost., 7 aprile 2017 n. 66 (in cui si rimarca che i principi fondamentali in materia di tutela della salute sono finalizzati a garantire che sia mantenuto un elevato e uniforme livello di qualità dei servizi in tutto il territorio, a tutela di un bene, quale la salute della persona, che per sua natura non si presterebbe a essere protetto diversamente alla stregua di valutazioni differenziate, rimesse alla discrezionalità dei legislatori regionali).

<sup>40</sup> Corte cost., 20 luglio 2016 n. 184.

<sup>41</sup> Corte cost., 11 gennaio 2017 n. 6.

In tale contesto, il *pay-back* rappresenta un elemento da contabilizzare nei bilanci regionali tra le voci di entrata e di spesa, a seconda dei casi<sup>42</sup>.

Proiettato il tema sul terreno della unitarietà/differenziazione, appare tuttavia evidente come non possa che spettare al legislatore statale la disciplina costitutiva del precetto giuridico, intesa come regola del fatto generatore dell'obbligo di pagamento in favore della Regione da parte dell'azienda che, nella vendita del prodotto, abbia superato il valore di fatturato a tal fine prestabilito: con l'effetto consequenziale che la determinazione di tale tetto non può essere lasciata alla pura discrezionalità di ogni amministrazione regionale, pena la lesione delle istanze sottese al potere di coordinamento della finanza pubblica che presidia l'unità economico-finanziaria della Repubblica<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Corte cost., 28 marzo 2013 n. 51. In materia è intervenuta la stessa Corte costituzionale (sent. 7 aprile 2017 n. 70) dinanzi alla quale era stato censurato l'art. 1, comma 1, L. 29 novembre 2007 n. 222, nella parte in cui pone l'obbligo di ripianare il superamento del tetto della spesa farmaceutica imputabile al fondo aggiuntivo per l'acquisto di farmaci innovativi a carico delle aziende titolari di AIC in proporzione ai rispettivi fatturati relativi ai medicinali non innovativi coperti da brevetto. Ebbene la Consulta ha ritenuto non irragionevole l'imposizione dell'obbligo di ripianamento seppur rapportato al fatturato per una tipologia di farmaci (quelli non innovativi coperti da brevetto), diversa da quella il cui acquisto ha dato luogo al superamento (i farmaci innovativi), a prescindere da qualsiasi comportamento negligente imputabile alle suddette aziende: la *ratio* di tale disposizione coincide con la finalità di favorire lo sviluppo e la disponibilità dei farmaci innovativi, in un contesto di risorse limitate, attraverso l'allocazione dell'onere di ripianare una parte della spesa farmaceutica per farmaci innovativi a carico delle aziende titolari di AIC per farmaci non innovativi coperti da brevetto. Poste le esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica, gli oneri imposti agli operatori economici del medesimo comparto si inseriscono, nel contesto di un complesso disegno economico volto all'acquisizione di nuove risorse che consentano di realizzare l'effettività e l'universalità del diritto alla salute, al fine di consentire l'accesso, nella misura più ampia possibile, a terapie farmacologiche innovative costose e tuttavia rimborsabili dal Servizio sanitario nazionale. Il bilanciamento tra le esigenze di diffusione e promozione dell'innovazione farmaceutica – e quindi di tutela della salute pubblica – e quelle di contenimento della spesa sanitaria è legittimamente operato mediante la compressione dei margini ricavabili dalle aziende produttrici di farmaci non innovativi coperti da brevetto. Per un commento a quest'ultima decisione della Corte, L. PACE, *I vincoli di spesa e le esigenze di bilancio nelle dinamiche della spesa farmaceutica. Profili di costituzionalità*, in *Dir. soc.*, 2017, pp. 121 ss.

<sup>43</sup> Sulla qualificazione del *pay-back* farmaceutico come riduzione *ex lege* dei prezzi applicati, v. L. 27 dicembre 2017 n. 205 (legge di bilancio 2018). In argomento ha assunto altresì rilevanza la riforma della *governance* della spesa farmaceutica attuata dalla L. 30 dicembre 2018 n. 145 (legge di bilancio 2019) attraverso la fissazione di nuovi presupposti e modalità di determinazione degli importi da restituire cui le aziende farmaceutiche sono assoggettate in caso di superamento del tetto stabilito di spesa. Come evidenziato in sede dottrinale (M. PUTIGNANO, S. SELLETTI, *La nuova "governance" della spesa farmaceutica. Una prima lettura "a caldo" della legge n. 145/2018*, in *Rass. dir. farm.*, 2019, n. 2, pp. 251 ss.), la novella ha investito un triplice ordine di versanti: a) il ripiano degli sfondamenti dei tetti nazionali di spesa; b) l'individuazione degli strumenti funzionali a garantire un maggiore efficienza ed efficacia della *governance* stessa; c) le misure finanziarie "di rientro" dei mancati ripiani per le annualità precedenti.



# La libera professione intramuraria nella prospettiva del regionalismo differenziato\*

Francesco Gallarati\*\*

**SOMMARIO:** 1. Sull'ammissibilità in astratto delle richieste di autonomia differenziata in materia di attività *intramoenia*. – 2. Sulle potenzialità in concreto della devoluzione di competenze in questo settore. – 3. Sui singoli ambiti di intervento: a) la facoltà di scelta tra rapporto di lavoro esclusivo e non esclusivo. – 4. b) La predisposizione degli spazi per l'esercizio dell'attività professionale. – 5. c) Il rapporto tra attività libero-professionale e attività istituzionale. – 6. d) Il profilo soggettivo dell'attività *intramoenia*. – 7. Brevi considerazioni finali.

**ABSTRACT:**

Le richieste di Lombardia e Veneto volte ad ottenere maggiore autonomia in materia di regolamentazione dell'attività libero-professionale intramuraria offrono alcuni spunti di riflessione in merito alle potenzialità, nonché soprattutto ai limiti e alle contraddizioni del regionalismo differenziato in materia sanitaria. Benché infatti in tale ambito siano in astratto ammissibili richieste di attribuzione di forme ulteriori di autonomia, il presente contributo mostra come, in concreto, i margini di manovra a disposizione delle Regioni siano piuttosto limitati, sia per la necessità di preservare una disciplina uniforme della materia su tutto il territorio nazionale, sia a causa della formulazione letterale delle clausole contenute nelle bozze di intesa.

---

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Il testo costituisce una rielaborazione dell'intervento svolto nell'ambito del XVII Convegno nazionale di diritto sanitario "La salute alla carta: il Ssn di fronte alle sfide del regionalismo differenziato", organizzato a Roma l'8 novembre 2019 dalla Società italiana di Diritto sanitario in collaborazione con l'ALTEMS dell'Università Cattolica del Sacro Cuore e il CEIMS dell'Università del Piemonte Orientale.

\*\* Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato nell'Università di Genova, francesco.gallarati@edu.unige.it.

*The requests of Lombardy and Veneto aimed at obtaining greater autonomy in the regulation of intramoenia professional activity offer an interesting point of reflection for the assessment of the potential, as well as of the limits and contradictions of asymmetric regionalism in health matters. Although in this area, in theory, requests for the attribution of further forms of autonomy are admissible, this contribution shows how, in practice, the margins of manoeuvre available to the Regions are rather limited, both for the need to preserve a uniform discipline of the subject throughout the country, and because of the literal formulation of the clauses contained in the draft agreements.*

## 1. Sull'ammissibilità in astratto delle richieste di autonomia differenziata in materia di attività intramoenia

Il presente contributo intende concentrarsi su un aspetto di dettaglio, nell'ambito della più ampia riflessione sulle sfide che l'attuazione del regionalismo differenziato pone di fronte al Servizio sanitario nazionale. Ci si soffermerà, in particolare, sulla disciplina dell'esercizio dell'attività libero-professionale intramuraria nella prospettiva dell'art. 116, comma 3 Cost. Si tratta di un profilo specifico, che tuttavia offre interessanti spunti di riflessione sulle potenzialità, nonché sui limiti e sulle contraddizioni del processo di attuazione del regionalismo differenziato in materia sanitaria.

Delle tre Regioni che per prime hanno avviato il percorso per l'attuazione dell'art. 116, comma 3 Cost., due hanno inserito, tra le richieste riguardanti la materia sanitaria, la possibilità di godere di maggiore autonomia nella regolamentazione dell'attività libero-professionale del personale medico e della dirigenza sanitaria.

Nello specifico, in base a quanto si apprende dalle bozze non ufficiali disponibili su internet<sup>1</sup>, la Regione Veneto e la Regione Lombardia hanno chiesto di potere ottenere la competenza a legiferare «sull'attività libero-professionale dei dirigenti medici e sanitari del servizio sanitario regionale, nel rispetto delle disposizioni statali in materia di ordinamento civile e di quanto previsto dalla contrattazione collettiva nazionale»<sup>2</sup>.

Delle restanti Regioni che hanno avviato il procedimento volto ad ottenere ulteriori forme di autonomia, inoltre, per quanto è stato possibile accertare, risulta che tale materia sia stata oggetto di una specifica richiesta da parte della Regione Toscana<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Ai fini del presente contributo, si farà riferimento alle bozze di intesa pubblicate sul sito Roars.it, datate 15 maggio 2019.

<sup>2</sup> V. l'art. 29, lett. d) della bozza di intesa della Regione Veneto e l'art. 25, lett. d) della bozza di intesa della Regione Lombardia.

<sup>3</sup> Si fa riferimento alla delibera approvata dalla Giunta regionale della Toscana nel maggio 2018, contenente le richieste di autonomia differenziata, allegata al Dossier del Servizio Studi del Senato n. 45 del luglio 2018, intitolato "Verso un regionalismo differenziato: le Regioni che non hanno sottoscritto accordi preliminari con il Governo". In tale delibera la Regione Toscana chiede tra l'altro la «possibilità di regolamentare la libera professione intramoenia, prevedendo nel

Dato questo quadro, una prima questione da porsi è se questa richiesta sia ammissibile, se cioè la disciplina della libera professione intramuraria rientri tra le materie nelle quali, in base all'art. 116, comma 3 Cost., le Regioni possono ottenere ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia.

In linea di principio, la risposta deve essere affermativa. La Corte costituzionale, infatti, a partire dalla sentenza n. 181 del 2006<sup>4</sup> ha riconosciuto che la disciplina dell'*intramoenia*, sebbene incida contestualmente su una pluralità di materie (segnatamente sulla materia "ordinamento civile" e sull'"organizzazione di enti non statali e non nazionali"), vada ascritta alla materia "tutela della salute", secondo il criterio di prevalenza<sup>5</sup>. Ciò in quanto, come ripetutamente affermato dalla Corte, le norme dettate in questo ambito presentano una stretta inerenza «*con l'organizzazione servizio sanitario nazionale e, in definitiva, con le condizioni per la fruizione delle prestazioni rese all'utenza, essendo queste ultime condizionate, sotto molteplici aspetti, dalla capacità, dalla professionalità e dall'impegno di tutti i sanitari addetti ai servizi, e segnatamente di coloro che rivestono una posizione apicale*»<sup>6</sup>.

In altre parole, la disciplina dell'attività libero-professionale del personale medico e sanitario, pur incidendo su una pluralità di ambiti materiali, in parte riconducibili alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (come nel caso dell'"ordinamento civile"), ed in parte alla competenza residuale delle Regioni (come nel caso della "organizzazione di enti non statali e non nazionali"), deve essere ascritta con prevalenza alla materia di potestà legislativa concorrente della "tutela della salute", con la conseguenza che essa è, in linea di principio, suscettibile di essere interessata dalla devoluzione di competenze *ex art. 116, comma 3, Cost.*

## 2. Sulle potenzialità in concreto della devoluzione di competenze in questo settore

Ciò detto in astratto, bisogna chiedersi in concreto in cosa possa consistere l'attribuzione di ulteriori forme di autonomia in questo settore; ovvero di quali maggiori margini di

---

*contempo strumenti da finanziare con risorse aggiuntive per assicurare la possibilità di attrarre nel sistema elevatissime competenze professionali in un regime di esclusività del rapporto.*

<sup>4</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 181 del 2006, con commento di M. BELLETTI, *Il difficile rapporto tra "tutela della salute" ed "assistenza ed organizzazione sanitaria". Percorsi di una prevalenza che diviene cedevole*, in *Le Regioni*, 2006, n. 5, pp. 1776 ss.

<sup>5</sup> Sul criterio di prevalenza nel riparto di competenze tra Stato e Regioni, v. *ex multis*, F. BENELLI, R. BIN, *Prevalenza e "ri-materializzazione delle materie": scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni*, 2009, n. 6, pp. 1185 ss.

<sup>6</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 181 del 2006. In senso conforme, v. altresì le sentenze n. 54 del 2015, n. 301 del 2013, n. 50 del 2007 e n. 371 del 2008.

manovra potrebbero disporre le Regioni qualora le loro richieste venissero effettivamente soddisfatte.

Per rispondere a questa domanda, occorre muovere da una considerazione, forse banale, che tuttavia appare indispensabile per inquadrare correttamente i termini della questione. Come evidenziato in più occasioni dalla giurisprudenza costituzionale<sup>7</sup>, e come ribadito ancora di recente dalla dottrina<sup>8</sup>, nella materia sanitaria (e non solo) la disciplina delle modalità di organizzazione del servizio intrattiene un rapporto di diretta strumentalità rispetto alla tutela del diritto fondamentale alla salute. Sicché in questo ambito la – pur legittima e, per certi versi, auspicabile – attribuzione di forme differenziate di autonomia alle Regioni non può prescindere dalla necessità di preservare l'unitarietà del sistema sanitario nazionale e la sua capacità di garantire in maniera coerente ed efficace la tutela della salute su tutto il territorio nazionale.

Se questo è vero, ne consegue che il riconoscimento di ulteriori forme di autonomia nel settore della libera professione intramuraria incontra un limite nell'esigenza di garantire una tendenziale uniformità tra le diverse legislazioni ed i sistemi sanitari delle Regioni in ordine a quei profili della materia che si pongono in rapporto di stretta inerenza con la tutela del diritto costituzionale alla salute<sup>9</sup>.

Beninteso, dalle considerazioni sopra esposte non deriva l'illegittimità costituzionale di clausole – come quelle contenute nelle bozze di intesa tra il Governo e le Regioni Veneto e Lombardia – attributive della potestà legislativa in materia di attività *intramoenia*.

Diversamente, il necessario rispetto del principio di unitarietà dovrebbe invece tradursi nell'obbligo, per le Regioni beneficiarie di condizioni di autonomia differenziata, di esercitare la potestà legislativa loro attribuita nel rispetto di quei principi organizzativi che, afferendo direttamente alla tutela del diritto costituzionale alla salute, devono essere osservati in maniera uniforme a livello nazionale.

D'altra parte, l'esigenza di salvaguardare l'unitarietà della disciplina in materia di tutela della salute non è estranea alle bozze di intesa stipulate dal Governo con le Regioni Lombardia e Veneto, dove infatti viene affermato che le condizioni di autonomia ulteriori at-

<sup>7</sup> In materia di libera professione intramuraria, si veda per tutte la sentenza n. 371 del 2008, con commento di C. MAINARDIS, *Qualche osservazione a Corte cost. n. 371/2008 (tra poteri sostitutivi statali ordinari e straordinari, interpretazione conforme e assetto dei rapporti Stato – Regioni)*, in *Le Regioni*, 2009, n. 1.

<sup>8</sup> Cfr. R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 2, p. 8, i quali affermano che «Il concreto funzionamento del riparto di competenze legislative e amministrative tra Stato e Regioni in sanità riflette la stretta implicazione tra protezione del diritto alla salute e organizzazione dei servizi connaturata ad un tale sistema. Questo rapporto di reciproco condizionamento trova una conferma evidente nella possibilità che la stessa determinazione dei livelli essenziali di assistenza e delle loro specificazioni possa comportare la posizione di standard organizzativi». A questo proposito, proprio con riferimento alla libera professione intramuraria, gli A. aggiungono: «Si pensi al caso della c.d. libera professione intramuraria 22, le cui regole di fondo costituiscono principi fondamentali ai sensi dell'art. 117, comma 3, in quanto posti a presidio di un delicato bilanciamento tra funzioni pubbliche e attività economica privata, programmazione e concorrenza, interesse pubblico all'esclusività del rapporto di lavoro e interesse pubblico alla qualità professionale dei medici dipendenti dal Ssn, e così via».

<sup>9</sup> Cfr. in questo senso la sentenza della Corte costituzionale n. 371 del 2008.

tribuite alle Regioni in tale ambito devono essere esercitate *«nell'ambito della legislazione concorrente di cui all'art. 117, comma 3, della Costituzione e nel rispetto dei principi che, in attuazione dell'art. 32 della Costituzione, fondano il Servizio sanitario nazionale»*<sup>10</sup>.

Fatte queste premesse, è ora possibile verificare di quali spazi di autonomia potrebbero in concreto beneficiare le Regioni richiedenti, ove fosse effettivamente portata a compimento la devoluzione di competenze legislative in questo settore.

A tal fine, si prenderanno in esame i temi rispetto ai quali negli ultimi anni si sono verificati i principali scostamenti tra la disciplina statale e quella regionale; ovvero quegli aspetti della disciplina dell'*intramoenia* rispetto ai quali si sono registrati i maggiori contrasti tra lo Stato e le Regioni, i quali sono sfociati nel contenzioso costituzionale.

### 3. Sui singoli ambiti di intervento: a) la facoltà di scelta tra rapporto di lavoro esclusivo e non esclusivo

Un primo aspetto riguarda la facoltà per i dirigenti medici e sanitari di scegliere tra il regime di lavoro esclusivo, che comporta il diritto di esercitare l'attività professionale intramuraria, e il regime di lavoro non esclusivo, con facoltà di esercitare attività professionale extramuraria.

Questa facoltà di scelta, prevista attualmente dall'art. 15-*quater*, D.lgs. 502/1992<sup>11</sup>, potrebbe essere messa in discussione dalle Regioni a seguito del conferimento di ulteriore spazio di autonomia?

A questo proposito, occorre ricordare che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 50 del 2007, ha affermato che la disciplina del rapporto di lavoro dei dirigenti sanitari, ed in particolare del loro rapporto di esclusività con l'amministrazione sanitaria da cui dipendono, rappresenta *«un elemento dei più caratterizzanti nella disciplina del rapporto tra personale sanitario ed utenti del servizio sanitario, nonché della stessa organizzazione sanitaria»*, data la stretta inerenza tra la disciplina del rapporto di lavoro dei dirigenti medici con l'organizzazione del SSR e quindi, indirettamente, con l'effettiva erogazione delle prestazioni in favore dell'utenza<sup>12</sup>.

In quest'ottica, la Corte ha in più occasioni riconosciuto che la facoltà di scelta tra i due regimi di lavoro rappresenta espressione di un principio fondamentale della materia, essendo diretto *«a garantire una tendenziale uniformità tra le diverse legislazioni ed i si-*

---

<sup>10</sup> Così la parte iniziale del primo comma dell'art. 29, della bozza di intesa della Regione Veneto e dell'art. 25 della bozza di intesa della Regione Lombardia

<sup>11</sup> Il 4° comma dell'art. 15-*quater* prevede infatti la possibilità per i dirigenti medici con rapporto di lavoro esclusivo di optare per il rapporto di lavoro non esclusivo.

<sup>12</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 50 del 2007. V. in senso analogo anche la sentenza n. 181/2006.

*stemi sanitari delle Regioni e Province autonome in ordine ad un profilo qualificante del rapporto tra sanità ed utenti*<sup>13</sup>.

Dato questo contesto, è lecito dubitare che, anche in caso di attuazione del regionalismo differenziato, alle Regioni beneficiarie di ulteriori forme di autonomia possa essere consentito, nell'esercizio delle maggiori competenze loro attribuite, di derogare al sistema delineato dal legislatore nazionale, imperniato sulla facoltà di scelta tra il regime di lavoro esclusivo e quello non esclusivo.

L'adozione di discipline differenziate in questo settore, infatti, potrebbe innescare una migrazione di professionisti verso le Regioni in cui vi siano condizioni più vantaggiose per l'esercizio dell'attività professionale, con conseguente alterazione delle condizioni di fruizione del servizio tra i cittadini residenti nelle diverse Regioni<sup>14</sup>.

Una simile disciplina, dunque, oltre ad incontrare il limite implicito rappresentato dall'esigenza di garantire una tutela uniforme del diritto alla salute su tutto il territorio nazionale, si porrebbe altresì in contrasto con il limite sancito esplicitamente dalle bozze di intesa, in base al quale la potestà legislativa regionale in materia di salute deve esercitarsi nel rispetto dei principi che, in attuazione dell'art. 32 Cost., fondano il Servizio sanitario nazionale. Ciò detto, non sembrerebbe invece da escludere a priori la possibilità per le Regioni titolari di forme particolari di autonomia di dettare una disciplina di maggiore favore per il rapporto di lavoro esclusivo, ad esempio introducendo delle misure incentivanti per indurre il personale medico e sanitario a prediligere l'esercizio della professione intramuraria rispetto a quella extramuraria, o disciplinando in maniera più restrittiva la possibilità per il personale con rapporto di lavoro non esclusivo di assumere o mantenere la direzione di strutture sanitarie semplici e complesse<sup>15</sup>.

A ben vedere, tuttavia, un siffatto margine di autonomia potrebbe essere già riconosciuto a tutte le Regioni ordinarie nell'attuale assetto delle competenze legislative definito dall'art. 117, comma 3 Cost., ove si operasse un'equilibrata distinzione tra i principi fondamentali della materia, espressione della potestà unificatrice dello Stato (nella specie, il principio della facoltà di scelta tra regime di esclusività e di non esclusività), da un lato, e, la disciplina di dettaglio di competenza regionale, dall'altro.

<sup>13</sup> In questi termini si esprime la Corte nella sentenza n. 50 del 2007, ripresa in seguito dalle sentenze n. 86 del 2008, n. 371 del 2008 e 54 del 2015.

<sup>14</sup> Cfr. in questo senso R. BALDUZZI, *Quasi un editoriale. Dopo 40 anni, verso una destrutturazione del Ssn?*, in *Corti supreme e salute*, 2018, n. 3, p. 474, il quale indica nell'adozione di «regole "ammorbidite" quanto all'attività libero-professionale intramuraria» uno dei fattori che potrebbero contribuire ad una decostruzione del Ssn e alla contestuale «costruzione di un sistema "a doppio pilastro" assai squilibrato, nel quale la qualità dei servizi e delle prestazioni rese dalla componente pubblica sarebbe inevitabilmente recessiva rispetto a quella realizzabile all'interno del settore privato».

<sup>15</sup> Sul punto, infatti, bisogna ricordare che attualmente l'art. 15-quater, comma 4, prevede che «la non esclusività del rapporto di lavoro non preclude la direzione di strutture semplici e complesse».

## 4. b) La predisposizione degli spazi per l'esercizio dell'attività professionale

Un secondo aspetto, direttamente collegato a quello sopra esaminato, riguarda la messa a disposizione degli spazi e delle strutture per l'esercizio dell'attività libero-professionale *intramoenia*. Come noto, si tratta di una delle questioni più controverse, su cui si sono concentrati numerosi interventi legislativi adottati negli anni recenti, tra cui in particolare la legge n. 120/2007<sup>16</sup>.

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sul riparto di competenze legislative in materia, ha chiarito che, dal momento che il diritto dei dirigenti sanitari che optino per il rapporto esclusivo di esercitare la libera professione intramuraria rappresenta un principio fondamentale della materia "tutela della salute", deve parimenti considerarsi un principio fondamentale anche la previsione dell'obbligo per le strutture sanitarie di dotarsi di spazi adeguati per l'esercizio di tale attività<sup>17</sup>.

La ragione di tale affermazione è chiara: poiché la predisposizione degli spazi costituisce una condizione necessaria per l'esercizio dell'attività libero professionale in regime *intramoenia*, se le Regioni potessero discostarsi dalla legislazione statale nella parte in cui prevede l'obbligo per le strutture sanitarie di dotarsi di spazi adeguati, verrebbe vanificato l'obiettivo sotteso all'affermazione del principio fondamentale della facoltà di scelta tra libera professione intramuraria ed extramuraria.

Pertanto, se si conviene che le Regioni, anche a seguito di un'eventuale attuazione del regionalismo differenziato, dovrebbero comunque rispettare il principio per cui il personale medico con rapporto di lavoro esclusivo ha diritto di esercitare attività *intramoenia*, in quanto questo rappresenta un elemento qualificante del Servizio sanitario nazionale, le stesse conclusioni devono essere necessariamente estese anche alla previsione dell'obbligo per le strutture sanitarie di dotarsi di spazi adeguati per l'esercizio di tale attività.

L'attribuzione di competenze regionali in materia pertanto è limitata alla sola determinazione delle modalità attraverso cui dare concreta attuazione al suddetto principio, stabilendo ad esempio se e in che modo le aziende sanitarie si possano avvalere di strutture esterne, di studi professionali, ecc.

Ma, anche in questo caso, si tratta di un margine di intervento che rientra già nella disponibilità delle Regioni ai sensi dell'art. 117, comma 3 Cost. In questo senso, è possibile citare

<sup>16</sup> V. l'art. 1 della Legge 3 agosto 2007, n. 120, come modificata dal Decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, in Legge 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. Decreto Balduzzi).

<sup>17</sup> V. in questo senso la sentenza n. 371 del 2008, che muovendo dall'affermazione contenuta nella sentenza n. 50 del 2007, secondo cui la facoltà di scelta tra i due regimi di lavoro dei dirigenti sanitari (esclusivo e non esclusivo) è espressione di un principio fondamentale della materia, afferma che «è destinata a partecipare di questo stesso carattere di normativa di principio anche quella volta ad assicurare che non resti priva di conseguenze, in termini di concrete possibilità di svolgimento dell'attività libero-professionale intramuraria, l'opzione compiuta dal sanitario in favore del rapporto di lavoro esclusivo».

la sentenza n. 371 del 2008, con cui la Corte costituzionale ha riconosciuto in capo alle Regioni «la potestà di disciplinare aspetti relativi alle modalità di organizzazione dell'esercizio della libera professione intra moenia da parte dei sanitari che abbiano optato per il tempo pieno»<sup>18</sup>.

## 5. c) Il rapporto tra attività libero-professionale e attività istituzionale

Un altro profilo che potrebbe in astratto formare oggetto di attribuzione di maggiori spazi di autonomia in favore delle Regioni riguarda la disciplina del rapporto tra attività libero-professionale e attività istituzionale per i medici che abbiano optato per il regime di lavoro esclusivo.

La legge statale infatti prevede come principio fondamentale che il volume complessivo di prestazioni erogate in regime di *intramoenia* non possa essere superiore a quello assicurato per i compiti istituzionali. Essa quindi rimette alla contrattazione collettiva nazionale il compito di definire il corretto equilibrio tra l'attività istituzionale e l'attività libero-professionale, nel rispetto del principio di prevalenza della prima sulla seconda<sup>19</sup>.

Sul punto, non sono mancate proposte per derogare a livello regionale all'equilibrio fissato dal legislatore statale, talvolta in senso restrittivo al fine di ridurre le liste di attesa, talaltra in senso estensivo nel tentativo di rendere attrattiva la sanità pubblica per i professionisti più qualificati. In particolare, nel 2018 ha fatto discutere la proposta del Presidente della Regione Toscana di introdurre un limite settimanale di dieci ore per le attività *intramoenia*. Tale proposta ha provocato la reazione dei sindacati di categoria che hanno, tra l'altro, rilevato l'illegittimità costituzionale di una simile misura, in quanto ritenuta lesiva dei principi fondamentali della materia stabiliti dalla legge statale<sup>20</sup>.

Occorre dunque domandarsi se l'attuazione dell'art. 116, comma 3 Cost. possa, in prospettiva, comportare l'attribuzione alle Regioni della potestà di derogare alla disciplina statale in materia di rapporto tra attività istituzionale e attività libero-professionale del personale in regime esclusivo.

Anche in questo caso, la risposta parrebbe dover essere negativa. Da un lato, infatti, si ripropone anche qui il problema di uniformità già evidenziato in precedenza, in quanto la

<sup>18</sup> La Corte ha quindi dichiarato costituzionalmente illegittima diverse parti della disposizione censurata, in quanto ponevano delle prescrizioni che, lungi dall'essere espressive di un principio fondamentale, regolavano «in modo dettagliato ed autoapplicativo l'attività di reperimento dei locali in questione», concretando una lesione della potestà delle Regioni «di disciplinare aspetti relativi alle modalità di organizzazione dell'esercizio della libera professione intra moenia da parte dei sanitari che abbiano optato per il tempo pieno».

<sup>19</sup> Così l'art. 15-*quinquies*, comma 3, D.lgs. 502/1992.

<sup>20</sup> Il riferimento è alla notizia apparsa il 5 novembre 2018, tra l'altro, sul sito [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), in cui il Presidente della Regione Toscana Enrico Rossi espone alcune proposte di riforma della libera professione intramuraria.

possibilità di adottare legislazioni regionali differenziate in questo ambito rischierebbe di innescare un circolo vizioso di competizione tra le Regioni che, per attrarre i professionisti più qualificati, sarebbero indotte a “offrire” condizioni più vantaggiose per lo svolgimento dell’attività professionale.

Dall’altro lato, tale prospettiva di ampliamento delle competenze regionali non sembra trovare riscontro nelle stesse clausole attributive della competenza contenute nelle bozze di intesa. Queste infatti, come detto, attribuiscono alle Regioni Lombardia e Veneto la competenza di legiferare in materia di attività libero-professionale dei dirigenti medici e sanitari del servizio sanitario regionale, fermo restando però in ogni caso il «rispetto delle disposizioni statali in materia di ordinamento civile e di quanto previsto dalla contrattazione collettiva nazionale»<sup>21</sup>.

Ebbene, se si considera che, in attuazione della legge statale, è la contrattazione collettiva nazionale a definire le condizioni di equilibrio tra l’attività istituzionale e l’attività libero-professionale<sup>22</sup>, la previsione del necessario rispetto da parte del legislatore regionale delle disposizioni statali in materia di ordinamento civile e di quanto previsto dal CCNL, di fatto ha l’effetto di precludere ogni intervento delle Regioni in questo ambito.

## 6. d) Il profilo soggettivo dell’attività *intramoenia*

Infine, un ultimo aspetto da esaminare riguarda il profilo soggettivo dell’attività *intramoenia*, ovvero l’individuazione dei soggetti abilitati all’esercizio dell’attività libero-professionale intramuraria.

Come noto, la legislazione statale in questo ambito ha da sempre riguardato specificamente il personale medico e il personale della dirigenza del ruolo sanitario, mentre nulla è stato previsto in merito all’attività libero-professionale del personale sanitario non medico<sup>23</sup>. In questi ultimi anni, quindi, la carenza di operatori delle professioni sanitarie non mediche ha portato alcune Regioni ad estendere anche a questi ultimi la possibilità, prevista dalla legge nazionale per il solo personale medico, di esercitare attività libero-professionale *intramoenia*.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 54 del 2015, ha censurato una legge della Regione Liguria che aveva operato tale estensione, perché ha ritenuto che anche la disciplina del profilo soggettivo dell’attività *intramoenia* rivestisse la natura di principio fondamentale della materia, «in quanto volta a definire uno degli aspetti più qualificanti della organizzazione sanitaria, overosia quella della individuazione dei soggetti legittimati a svolgere

<sup>21</sup> V. l’art. 29, lett. d) della bozza di intesa della Regione Veneto e l’art. 25, lett. d) della bozza di intesa della Regione Lombardia.

<sup>22</sup> Cfr. art. 15-*quinquies*, comma 3, D.lgs. 502/1992.

<sup>23</sup> Per una ricostruzione dell’evoluzione normativa su questo punto v. la sentenza n. 54 del 2015 della Corte costituzionale.

*la libera professione all'interno della struttura sanitaria, il quale richiede una disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale»<sup>24</sup>.*

Si tratta di una decisione discutibile, che appare invero il frutto di un'interpretazione eccessivamente restrittiva degli ambiti di competenza regionale<sup>25</sup>.

Ad ogni modo, l'ostacolo derivante dalla qualificazione del profilo soggettivo dell'attività *intramoenia* come un principio fondamentale della materia potrebbe probabilmente essere superato qualora, in sede di attuazione dell'art. 116, comma 3 Cost., venissero conferite alle Regioni particolari condizioni di autonomia in questo ambito.

Senonché, anche in questo caso, la formulazione letterale della clausola attributiva della competenza contenuta nelle bozze di intesa non sembra prefigurare tale scenario.

Nelle bozze di intesa, infatti, si fa specifico riferimento alla disciplina dell'attività libero-professionale «*dei dirigenti medici e sanitari del servizio sanitario regionale*», ovvero dei medesimi soggetti già contemplati dalla legge statale. Così facendo, quindi, lungi dall'estendere il margine di intervento a disposizione del legislatore regionale, le bozze di intesa finiscono per consolidare, attraverso una fonte rinforzata, l'attuale assetto sancito dalla legge statale vigente.

## 7. Brevi considerazioni finali

In conclusione, l'analisi della specifica richiesta di autonomia differenziata riguardante la libera professione intramuraria consente di trarre alcune considerazioni di ordine generale, circa l'impatto che l'attuazione del regionalismo differenziato è destinato ad avere sulla materia sanitaria.

Innanzitutto, si è detto che se – come appare doveroso – si interpreta il processo di attuazione dell'art. 116, comma 3 Cost. alla luce dell'esigenza di salvaguardare l'unitarietà di quegli aspetti dell'organizzazione sanitaria che incidono indirettamente sulla tutela del diritto alla salute, la capacità devolutiva della legge di differenziazione viene sensibilmente ridimensionata, riducendosi a poco più che un regolamento di confini tra competenze statali e regionali all'interno di un ambito materiale che è comunque destinato a restare incardinato nella potestà legislativa concorrente.

<sup>24</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 54 del 2015, con commento di P. DE ANGELIS, *L'attività professionale sanitaria intramuraria: per molti ma non per tutti. Commento a prima lettura di Corte costituzionale, 31 marzo 2015, n. 54*, in *Amministrazione@mente*, 2015, nn. 5-6, pp. 3 ss.; A. ROVAGNATI, *Regolazione dell'attività professionale intramuraria del personale sanitario non medico e principi fondamentali in materia di tutela della salute*, in *Le Regioni*, 2015, n. 4, pp. 972 ss.

<sup>25</sup> Si potrebbe infatti argomentare che la disciplina delle attività sanitarie non mediche non presenti una connessione tale con il diritto alla salute da richiedere una disciplina uniforme a livello nazionale, oppure che l'estensione dell'attività libero-professionale per il personale sanitario non comporti i medesimi rischi che si sono evidenziati in precedenza in relazione al personale medico.

Inoltre, l'esame delle clausole delle bozze di intesa riguardanti il settore dell'*intramoenia* è indicativo della scarsa portata innovativa che connota alcune delle richieste regionali, in questo ambito così come in molti altri settori. Per un verso, infatti, si è visto come le bozze di intesa si fondino sul quadro normativo statale vigente, contribuendo a cristallizzare lo *status quo ante* e a renderne più difficile il superamento. Per altro verso, in molti casi le bozze di intesa producono degli effetti che, probabilmente, potrebbero essere raggiunti anche attraverso un'interpretazione più calibrata degli spazi di intervento statale e regionale nell'ambito dell'art. 117, terzo comma, Cost.

D'altra parte, proprio l'incertezza del riparto di competenze definito dall'art. 117 Cost., nonché la volontà di prevenire ulteriori interpretazioni riduttive degli ambiti di competenza delle Regioni da parte della Corte costituzionale, sembrano essere alla base di molte delle richieste di autonomia avanzate dalle Regioni. Senonché lo strumento individuato nelle bozze di intesa – ovvero l'elencazione puntuale delle funzioni di competenza regionale – rischia di riprodurre le medesime questioni definitorie che si sono poste in relazione alle materie enumerate dall'art. 117 Cost., contribuendo così ad incrementare quella stessa incertezza che le Regioni si propongono di contrastare<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Sul punto, sia consentito di rinviare a F. GALLARATI, *Le conseguenze dell'attuazione del regionalismo differenziato sul riparto di competenze legislative tra differenziazione e sussidiarietà*, in *Diritti regionali*, 2020, n. 1, pp. 185-186.



# Una differenziazione davvero necessaria?

## Qualche osservazione (e molte perplessità) su Lea, organizzazione sanitaria e tutela della salute nell'ottica dell'art. 116, u.c., Cost\*

Donatella Morana\*\*

**SOMMARIO:** 1. Premessa: un approccio differenziato alla differenziazione. – 2. Livelli essenziali di assistenza, regioni speciali e art. 116, u.c., Cost. – 3. Organizzazione sanitaria e tutela della salute nel sistema delle materie dell'art. 117 Cost. – 4. Il carattere bidirezionale del rapporto tra livelli essenziali di assistenza e organizzazione sanitaria.

### 1. Premessa: un approccio differenziato alla differenziazione

Devo anzitutto confessare una resistenza personale, una sorta di diffidenza, a parlare di regionalismo differenziato in sanità, per due ordini di ragioni.

La prima, che mi limiterò ad accennare, riguarda in termini generali il meccanismo dell'art. 116, u.c. La previsione di un regionalismo (iper)differenziato all'italiana, che si aggiunge in forma disordinata al paradigma della specialità “tradizionale”, infatti, mi è sempre

---

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Il testo costituisce una rielaborazione dell'intervento presentato alla Tavola rotonda su “Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato” nell'ambito del XVII Convegno nazionale di diritto sanitario “La salute alla carta: il Ssn di fronte alle sfide del regionalismo differenziato”, organizzato a Roma l'8 novembre 2019 dalla Società italiana di Diritto sanitario in collaborazione con l'ALTEMS dell'Università Cattolica del Sacro Cuore e il CEIMS dell'Università del Piemonte Orientale.

\*\* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Roma Tor Vergata, morana@uniroma2.it.

apparsa problematica<sup>1</sup>. In linea teorica, argomenti a favore di una virtuosa competizione tra le regioni non mancano. Tuttavia, la strada indicata dall'art. 116, u.c., non pare essere quella più adeguata per centrare questo obiettivo: piuttosto, credo contribuisca a mettere sotto stress la solidarietà e ad indebolire la capacità delle istanze centrali di assicurare i meccanismi di protezione della cittadinanza sociale<sup>2</sup>. La verità è che la differenziazione non può connotarsi positivamente se non vengono prima sciolti alcuni nodi irrisolti del nostro regionalismo, a partire dalle questioni della perequazione e del suo legame con il principio solidaristico, che dovrebbero offrire le coordinate – a mio parere – di qualunque intervento di riassetto delle competenze<sup>3</sup>.

La seconda ragione che solleva un interrogativo di fondo sull'auspicabilità della differenziazione – o di talune delle sue “facce”, cui allude il titolo di questa Tavola rotonda – è incentrata proprio sulla specifica declinazione in ambito sanitario della clausola di asimmetria contenuta nell'art. 116, u.c.

Innanzitutto – e ragionando in termini di opportunità – sono portata a pensare che il Servizio sanitario nazionale, quale sistema di servizi sanitari regionali (e, dunque, nel disegno normativo che si definisce a partire dalle riforme degli anni Novanta del secolo scorso),

<sup>1</sup> In dottrina sono stati diffusamente segnalati gli aspetti critici della previsione di cui all'art. 116, u.c., Cost., anche con riguardo alle modalità e agli sviluppi procedurali del suo recente utilizzo relativamente alle regioni Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto: sul punto cfr., tra i molti, S. MANGIAMELI, *L'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna* (novembre 2017), in *www.issirfa.cnr.it*; M. CAMMELLI, *Regionalismo differenziato oggi: risultati incerti, rischi sicuri*, in *Astrid Rassegna*, 10/2018; P. GIANGASPERO, *Ancora sul processo di differenziazione dell'autonomia regionale ordinaria: le prospettive di applicazione dell'art. 116, comma 3, Cost. tra principio negoziale, vincoli procedurali ed impatto nel sistema delle fonti del diritto*, in *Le Regioni*, 2018, 163 ss.; R. BIN, *L'insostenibile leggerezza dell'autonomia “differenziata”: allegria verso l'eversione*, in *Forum di Quad. Cost.*, 16 marzo 2019; A. MORELLI, *Regionalismo differenziato e autonomia speciale: un quadro complesso*, in *Diritti regionali*, 2019, n. 3, nonché gli scritti raccolti in AA.VV., *Regionalismo differenziato: un percorso difficile* (Atti del convegno su “Regionalismo differenziato: opportunità e criticità”, Milano 8 ottobre 2019), in *www.csfederalismo.it*.

<sup>2</sup> Sulla necessità ineludibile di una connessione dell'art. 116 u.c. con “il principio solidaristico che deve improntare non solo la perequazione ma, complessivamente, la vita politica, economica e sociale del Paese”, v. ad es. L. VANDELLI, *Prospettive di differenziazione regionale: dalle autonomie speciali alle ulteriori forme e condizioni di autonomia ex art. 116 della Costituzione*, in *Astrid Rassegna*, 2017, n. 13, p. 11. Per l'osservazione che “ogni autonomia differenziata incide inevitabilmente, anzi si potrebbe dire ontologicamente, sul principio d'eguaglianza”, v. E. CATELANI, *La tutela dei diritti sociali fra Europa, Stato e Autonome locali. I rischi della differenziazione*, in *federalismi.it*, 2018, n. 5, 46, alla quale si rinvia anche per specifiche notazioni critiche sui contenuti degli accordi preliminari che concernono la tutela della salute.

<sup>3</sup> Osserva, condivisibilmente, E. GIANFRANCESCO, *Dimensione garantistica e dimensione collaborativa nel disegno costituzionale dei rapporti tra Stato e regioni*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 3, p. 202, che il regionalismo differenziato può essere un'opportunità e non un rischio solo all'interno di un “quadro generale di garanzia costituzionale per le Regioni “altre” rispetto a quelle interessate dai processi di differenziazione ed, in particolare, per quelle in condizioni di maggiore debolezza socio-economica”. Per considerazioni in parte analoghe v. V. BALDINI, *Il regionalismo differenziato: un pericolo per l'unità dello Stato? Profili teoretici e di diritto positivo*, in *dirittifondamentali.it*, 2019, n. 2, pp. 1 ss., spec. p. 16, secondo cui “il regionalismo differenziato, se non fa venire meno l'obbligo costituzionale di ogni Regione di partecipazione alla formazione del fondo perequativo (art. 119, c. 3, Cost.) che opera come strumento essenziale per assicurare la solidarietà nazionale e l'erogazione dei servizi sociali, entro il parametro dei ‘livelli minimi essenziali’ delle prestazioni uniformi sul territorio, lascia tuttavia maturare immanabilmente una concezione minima dello Stato che varrebbe a ridurre il senso della sua necessità come fenomeno sociale”.

già consenta ampi spazi di differenziazione, quantomeno sul versante dell'organizzazione sanitaria. La riforma del Titolo V, da questo punto di vista, non ha innovato ma anzi ha consolidato una simile prospettiva. In punto di *diritto*, vorrei dire, la differenziazione è nelle possibilità consentite dal quadro normativo vigente. Il problema, semmai, sta nella concreta differenziazione: occorre cioè valutare in *fatto* se e quanto le regioni abbiano cavalcato la possibilità di differenziazione o si siano invece adagate su modelli organizzativi pregressi, eludendo la logica della sperimentazione virtuosa di soluzioni innovative. E ciò – sia detto per inciso – senza tralasciare la responsabilità “uniformante” del legislatore statale, non sempre attento a contenere i propri interventi legislativi nell'alveo dei principi fondamentali, come richiesto in modo ancor più deciso dalla novella costituzionale del 2001<sup>4</sup>.

Per altro verso, tuttavia, la differenziazione già percorsa e sperimentata non ha risparmiato una preoccupante deriva sul piano dell'uguaglianza sostanziale: essa si è mostrata, insomma, nel suo volto patologico, cioè come volano di un divario sostanziale tra servizi sanitari regionali nel soddisfacimento del diritto alla salute sui rispettivi territori<sup>5</sup>.

Questi rilievi – e altri ancora se ne potrebbero indicare – richiedono, allora, che il cammino segnato dall'art. 116 u.c. vada affrontato con molta cautela e soprattutto valorizzando tutte le necessarie distinzioni che impongono le diverse funzioni e le diverse esigenze in gioco, individuando gli specifici ambiti nei quali rafforzare l'autonomia regionale e quelli che invece reclamano, insieme alla garanzia del diritto alla salute, una invariata permanenza nel regime attuale delle competenze, all'interno della cornice unitaria caratterizzante il Ssn.

In altre parole, la differenziazione cui allude l'art. 116, u.c., impone un approccio differenziato, in grado di evidenziare le sue facce auspicabili e quelle che non sono tali (parfrasando ancora una volta il titolo di questa sessione pomeridiana), sollecita un'opera di rifinitura dell'assetto competenziale (molto distante dalle ambigue formule e dagli ampi

<sup>4</sup> In dottrina, del resto, i tentativi di differenziazione sono stati interpretati anche come una forma di “reazione” alle “dinamiche di ricentralizzazione”, allo scopo di “ridurre i limiti alla legislazione regionale venutisi negli anni ad implementare”: così M. BELLETTI, *La differenziazione in Emilia-Romagna tra rispetto dell'equilibrio di bilancio e tenuta dei livelli essenziali concernenti i diritti civili e sociali su base nazionale. Per una lettura senza pregiudizi dei profili finanziari*, in AA.VV., *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, cit., p. 41.

<sup>5</sup> A proposito del rapporto tra livello “sostenibile” di differenziazione e sufficiente protezione del diritto alla salute v. le osservazioni di C. PINELLI, *La revisione costituzionale del 2001 e le sue ricadute in campo sanitario*, in *Corti supreme e salute*, 2018, n. 3, pp. 659 ss., spec. p. 663, che esattamente osserva: “il punto costituzionalmente più critico del sistema è che le differenziazioni fra modelli vanificano quell'eguaglianza fra cittadini nel godimento del diritto alla salute che costituisce l'orgoglio del nostro servizio sanitario. Più aumentano le differenziazioni, maggiori diventano le disparità fra Regioni in termini di efficienza e quindi di qualità del servizio reso”.

elenchi contenuti nelle bozze di intesa)<sup>6</sup>, esige una “valutazione di ragionevolezza e di proporzionalità” che in ambito sanitario pare quanto mai necessaria<sup>7</sup>.

## 2. Livelli essenziali di assistenza, regioni speciali e art. 116, u.c., Cost.

Come è stato evidenziato in altri contributi a questo numero della *Rivista*, gli accordi preliminari, dapprima, e le bozze di intesa, successivamente, investono anche numerosi profili riconducibili all'organizzazione sanitaria. Ciò pone anzitutto un interrogativo sul titolo competenziale coinvolto e sui limiti costituzionali della differenziazione in sanità derivanti dalla competenza finalistica statale sui LEA prevista dall'art.117, c. 2, lett. m), Cost., e dal riconoscimento del diritto alla salute nella conformazione derivante dall'art. 32 Cost.

A tale riguardo, è d'obbligo un accenno al rapporto tra LEA, competenze in tema di tutela della salute e organizzazione sanitaria nell'attuazione del Titolo V.

Per quanto concerne i LEA, mi limito a ricordare che la corrispondente competenza finalistica statale si impone anche alle regioni ad autonomia speciale. L'applicazione della clausola di equiparazione (o clausola di maggior favore) di cui all'art. 10 della l. cost. 3/2001, infatti, comporta l'estensione alle regioni speciali dei “limiti” che circoscrivono la potestà legislativa delle regioni ordinarie, inclusi quelli derivanti dall'esercizio della competenza finalistica statale della richiamata lettera m)<sup>8</sup>.

Ciò vale anche – e soprattutto, direi – in materia di “tutela della salute”. Proprio con riferimento a tale ambito, la giurisprudenza costituzionale ha avuto occasione di affermare che l'operatività del citato art. 10, e quindi la riconduzione delle attribuzioni in materia sanitaria delle regioni speciali (e province autonome) all'art. 117, c. 3, implica l'assoggettamento di queste ultime “ai limiti, espressi o impliciti, contenuti nel nuovo Titolo V e, in partico-

<sup>6</sup> Per un'analisi critica dei contenuti delle recenti bozze di intesa v., da ultimo, F. PALLANTE, *Ancora nel merito del regionalismo differenziato: le nuove bozze di intesa tra Stato e Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna*, in *federalismi.it*, 2019, n. 20, nonché, con particolare riguardo all'ambito della tutela della salute, F. ANGIOLINI, *Autonomia differenziata e tutela della salute: autonomia competitiva dei Sistemi sanitari regionali vs universalismo solidale del Sistema sanitario nazionale*, ivi, 2019, n. 15.

<sup>7</sup> V. in questo senso R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato in materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 2, p. 14, i quali sottolineano, tra l'altro, l'importanza di sottoporre le richieste di ulteriore differenziazione ad un “test di proporzionalità” che tenga conto del modo più o meno virtuoso in cui la regione richiedente ha esercitato lo spazio di autonomia di cui già costituzionalmente dispone.

<sup>8</sup> Sul punto v. A. D'ATENA, *Diritto regionale*, III ed., Torino, 2019, p. 277, il quale, nel sottolineare come la clausola dell'art. 10 non giustifichi “incrementi delle competenze regionali speciali che vadano al di là di quanto il titolo V riconosce alle Regioni ordinarie”, evidenzia come “gli ambiti (e, in certi casi, i poteri) ulteriori ottenuti dagli enti ad autonomia differenziata per effetto della clausola di equiparazione non sono attratti nel regime statutario speciale, ma debbono sottostare al trattamento loro riservato dal titolo V Cost.”.

lare, all'esercizio della competenza esclusiva dello Stato in ordine alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni"<sup>9</sup>, oltre che ai principi fondamentali della materia<sup>10</sup>.

Tali argomentazioni hanno trovato significato sviluppo, ad esempio, nella sent. n. 187/2012 della Corte costituzionale in tema di ticket sanitari. In tale pronuncia si ribadisce che la misura della compartecipazione alla spesa sanitaria deve essere omogenea su tutto il territorio nazionale, "giacché non sarebbe ammissibile che l'offerta concreta di una prestazione sanitaria rientrante nei LEA si presenti in modo diverso nelle varie Regioni", considerato che "dell'offerta concreta fanno parte non solo la qualità e quantità delle prestazioni che devono essere assicurate sul territorio, ma anche le soglie di accesso, dal punto di vista economico, dei cittadini alla loro fruizione" (così già nella sentenza n. 203 del 2008). Queste conclusioni devono valere – ha aggiunto la Corte – anche per le regioni a statuto speciale che sostengono il costo dell'assistenza sanitaria nei rispettivi territori, in quanto "la natura stessa dei cosiddetti LEA, che riflettono tutele necessariamente uniformi del bene della salute, impone di riferirne la disciplina normativa anche ai soggetti ad autonomia speciale"<sup>11</sup>.

Ora, le argomentazioni richiamate non paiono prive di conseguenze per le ipotesi di regionalismo differenziato ai sensi dell'art. 116, u.c. Senza entrare nel controverso terreno della loro configurabilità come "nuove specialità" (o malintese specialità)<sup>12</sup>, è evidente che la competenza finalistica statale sui LEA si imporrebbe (continuerebbe ad imporsi) anche per le dotazioni competenziali differenziate in materia di tutela della salute incluse nei "pacchetti" oggetto delle bozze di intesa<sup>13</sup>.

Da questo punto di vista, dunque, i livelli essenziali *sembrerebbero* in grado di continuare a svolgere la loro naturale funzione di garanzia del diritto alla salute sull'intero territorio nazionale e dunque anche negli ambiti territoriali aspiranti alle ulteriori forme di autonomia.

<sup>9</sup> Cfr. Corte cost., sentt. nn. 134/2006 e 162/2007. Più in generale, sull'idoneità dei LEA di vincolare anche le regioni speciali, v. M. COSULICH, *Le sanità regionali «speciali»*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Diritto alla salute e servizi sanitari tra consolidamento e indebolimento*, Bologna, 2017, pp. 49 ss., nonché R. BALDUZZI, D. PARIS, *La specialità che c'è ma non si vede. La sanità nelle Regioni a Statuto speciale*, in *Corti supreme e salute*, 2018, n. 1, p. 171.

<sup>10</sup> Per tale profilo v. Corte cost., sent. n. 108/2010.

<sup>11</sup> V. anche Corte cost., sent. 79/2018 (in tema di vincoli di finalizzazione alla spesa sanitaria regionale), nella quale la Corte incidentalmente osserva che la Regione autonoma della Sardegna è tenuta a rispettare, al pari di tutte le altre regioni, i livelli essenziali di assistenza applicabili in modo uniforme su tutto il territorio nazionale.

<sup>12</sup> Nega decisamente la possibilità che, attraverso il meccanismo dell'art. 116, u.c., le regioni ordinarie possano raggiungere uno status di autonomia assimilabile a quello delle regioni speciali, M. COSULICH, *Il regionalismo differenziato ex art. 116, co. 3 Cost., dall'angolo visuale della specialità regionale*, in *www.aisre.it*, atti della XXXIX Conferenza italiana di scienze regionali (settembre 2018), p. 3.

<sup>13</sup> Sulla possibilità di riconoscere nella competenza statale in tema di LEA una delle clausole di salvaguardia contro le eventuali derive asimmetriche del processo attuativo dell'art. 116, u.c., v. E. GIANFRANCESCO, *L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. tra nodi problematici e prospettive evolutive del regionalismo italiano*, in *Consulta OnLine*, 2020, pp. 34 ss., spec. pp. 46 ss.

E tuttavia, come si accennerà successivamente, il particolare rapporto tra LEA e organizzazione sanitaria rende problematica l'effettiva tenuta di quella garanzia.

### 3. Organizzazione sanitaria e tutela della salute nel sistema delle materie dell'art. 117 Cost.

In questo contesto, qualche considerazione ulteriore deve essere svolta sulla “collocazione” dell'organizzazione sanitaria nel sistema delle materie tratteggiato con la riforma del Titolo V.

Com'è noto, infatti, la revisione del 2001, nel prevedere la “tutela della salute” tra le materie di legislazione concorrente, non ha menzionato in maniera espresa l'ambito dell'organizzazione. Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale ha tempestivamente chiarito, sia pure con accenti diversi, che i profili relativi all'organizzazione sanitaria, lungi dal ricadere tra le materie residuali ai sensi dell'art. 117, c. 4, Cost., devono essere inclusi nella materia “tutela della salute” e continuano, pertanto, ad essere sottoposti, anche dopo la riforma del Titolo V, alla disciplina di principio posta dal legislatore statale. Ne consegue, pertanto, che l'autonomia regionale in tema di organizzazione dei servizi sanitari ed ospedalieri deve muoversi entro il perimetro disegnato dalla legge dello Stato e dunque all'interno delle coordinate organizzative che caratterizzano il Ssn.

Tale orientamento giurisprudenziale, sostanzialmente abbozzato già nella sent. n. 510 del 2002<sup>14</sup>, ha ricevuto una più netta ed esplicita definizione nella sentenza n. 371/2008, dove la Corte, nell'escludere che la disciplina dell'esercizio della professione sanitaria intramuraria possa essere ricondotta alla materia dell'organizzazione sanitaria rientrante nella competenza residuale delle regioni (art. 117, c. 4, Cost.), ha espressamente chiarito che tale ambito «neppure può essere invocato come “materia” a sé stante, agli effetti del novellato art. 117 Cost., in quanto l'organizzazione sanitaria è parte integrante della “materia” costituita dalla “tutela della salute” di cui al terzo comma del citato art. 117 Cost.». Tale posizione è stata poi ulteriormente argomentata nella sent. n. 207/2010, in cui la Corte evidenzia (sviluppando quanto accennato nella sent. n. 181/2006), in particolare, come “le norme che disciplinano gli aspetti organizzativi dell'attività sanitaria vanno anch'esse ricondotte alla materia della tutela della salute, quando sono idonee ad incidere sulla salute dei cittadini, costituendo le modalità di organizzazione del servizio sanitario la cornice funzionale ed operativa che garantisce la qualità e l'adeguatezza delle prestazioni erogate”.

<sup>14</sup> In quel giudizio (conclusosi, però, con una pronuncia di inammissibilità) le regioni ricorrenti avevano tentato di sostenere la riconducibilità alla competenza regionale residuale della materia ordinamento e organizzazione amministrativa dell'assistenza sanitaria ed ospedaliera; sulla tesi sostenuta dalle regioni in quel frangente v., criticamente, B. PEZZINI, *Il disegno di legge costituzionale n. 1187 del Senato e l'attivazione di competenza legislativa esclusiva regionale in materia di assistenza e organizzazione sanitaria*, in R. BALDUZZI (a cura di), *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Milano, 2004, pp. 334 ss.

Infine, l'indirizzo è stato ribadito nella sent. n. 54/2015, sempre in tema di attività professionale intramuraria. In questa occasione, la Corte costituzionale ha precisato che la disciplina del profilo soggettivo dell'attività intra moenia riveste la natura di principio fondamentale della materia tutela della salute, coinvolgendo “uno degli aspetti più qualificanti della organizzazione sanitaria, ovverosia quello della individuazione dei soggetti legittimati a svolgere la libera professione all'interno della struttura sanitaria, il quale richiede una disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale”.

È interessante segnalare, infine, come la giurisprudenza costituzionale abbia simmetricamente incluso nella tutela della salute anche i risvolti relativi all'organizzazione del servizio farmaceutico. Si tratta di un chiarimento che merita una peculiare attenzione dal momento che, in questo caso, gli aspetti organizzativi dell'attività di rivendita dei farmaci avrebbero potuto ricadere, almeno astrattamente, nell'orbita della materia “innominata” (e quindi residuale) del commercio. La Corte, invece, ha escluso tale ipotesi, rilevando che la complessa regolamentazione pubblicitica del servizio farmaceutico è preordinata ad “assicurare e controllare l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute, restando solo marginale, sotto questo profilo, sia il carattere professionale sia l'indubbia natura commerciale dell'attività del farmacista”<sup>15</sup>.

Da questi brevi accenni può comunque cogliersi un dato: per la giurisprudenza costituzionale, la materia tutela della salute è in grado di esprimere una irresistibile *vis* attrattiva nei confronti di tutti quei “frammenti materiali” che intersecano in qualche modo il diritto alla salute, anche qualora siano direttamente rivolti solo alla dimensione organizzativa dei servizi finalizzati a garantire tale diritto.

#### 4. Il carattere bidirezionale del rapporto tra livelli essenziali di assistenza e organizzazione sanitaria

Sulla base delle considerazioni che precedono, può a questo punto accennarsi al cuore del problema relativo al rapporto tra LEA e organizzazione sanitaria.

In estrema sintesi, la questione si pone nei seguenti termini: tale rapporto ha carattere unidirezionale, posto che i LEA incidono “a senso unico” sull'organizzazione sanitaria “conformandola” verso il raggiungimento degli obiettivi “prestazionali” sul territorio, in una logica di uniformità? Oppure in tale rapporto deve cogliersi una natura bidirezionale, in virtù della quale la conformazione dell'organizzazione sanitaria retroagisce, a sua volta, sull'effettiva implementazione dei LEA e quindi, inevitabilmente, sulla tutela del diritto alla salute?

<sup>15</sup> Cfr. Corte cost., sentt. nn. 87/2006, 430/2007, 150/2011.

La questione non è meramente teorica, avendo delle ricadute pratiche evidenti. Nel primo caso, qualsiasi (ulteriore) differenziazione dell'organizzazione sanitaria a livello regionale verrebbe compensata o bilanciata dalla leva dell'uniformità statale rappresentata, appunto, dall'esercizio della competenza finalistica della lettera m). Nel secondo caso, invece, lo scenario sarebbe più complesso e meno rassicurante, dal punto di vista delle garanzie costituzionali del diritto alla salute, poiché ogni determinazione in ordine alla organizzazione sanitaria potrebbe potenzialmente rifluire sulla tenuta e sull'effettiva fruibilità dei LEA.

Il dubbio va con più probabilità sciolto proprio in questo secondo, e più complesso, significato, riconoscendo quindi il reciproco condizionamento esistente tra i LEA e la dimensione organizzativa dei servizi sanitari; con la conseguenza che la determinazione dei livelli essenziali non può ragionevolmente considerarsi un atto a senso unico attraverso il quale lo Stato viene posto in condizioni di "plasmare" l'organizzazione regionale.

Si deve alla dottrina più avvertita l'aver messo in luce questo reciproco condizionamento, anche in relazione agli accordi preliminari relativi all'art. 116, u.c., segnalando la "stretta implicazione" tra la protezione del diritto alla salute (e quindi la garanzia dei LEA) e l'organizzazione dei servizi connaturata al sistema sanitario regionale<sup>16</sup>.

Insomma, i LEA incidono sull'organizzazione sanitaria ma le scelte di organizzazione, rimesse, sia pure solo in parte, alle regioni, ridondano sull'effettività dei LEA<sup>17</sup>.

Questa consapevolezza, d'altra parte, era già emersa nel dibattito in relazione alla proposta di revisione costituzionale poi bocciata dal referendum del 2006, nella quale si introduceva una sorta di "doppia esclusività" con riguardo alle "norme generali sulla tutela della salute" (spettanti al legislatore statale), da un lato, e quelle sull'assistenza e organizzazione sanitaria (attribuite alle regioni), dall'altro.

In quell'occasione venne segnalato in dottrina, ad esempio, come non solo la consolidata interpretazione della materia "tutela della salute" fosse comprensiva anche degli aspetti assistenziali ed organizzativi (pur nella mutevolezza dei confini del riparto tra principi e dettaglio), ma si richiamò l'attenzione sul condizionamento - forse addirittura logicamente necessitato - che le scelte organizzative determinano sul soddisfacimento del diritto alla salute come diritto a prestazioni<sup>18</sup>, il quale è riconducibile senz'altro all'ambito della "tutela

<sup>16</sup> V. ad esempio R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato in materia sanitaria*, cit., p. 8, i quali evidenziano che il "rapporto di reciproco condizionamento trova una conferma evidente nella possibilità che la stessa determinazione dei livelli essenziali di assistenza e delle loro specificazioni possa comportare la posizione di standard organizzativi".

<sup>17</sup> Come rilevato da A. PAPA, *Regionalismo differenziato e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso paradigmatico della tutela del diritto alla salute*, in AA.VV., *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, cit., p. 66, "il decentramento organizzativo, seppure in presenza di livelli essenziali di assistenza (LEA) erogati su tutto il territorio nazionale, ha tuttavia evidenziato, ed in parte prodotto, una talvolta sensibile differenziazione nella tutela della salute nei diversi territori, con il determinarsi di una mobilità interna, a carico del sistema regionale di partenza del paziente, che non agevola la riduzione di queste disuguaglianze".

<sup>18</sup> Cfr. ad esempio (con riferimento alle prime due Bozze di riforma dell'art. 117 Cost. formulate nella XIV legislatura) le considerazioni svolte da B. PEZZINI, *Il disegno di legge costituzionale n. 1187 del Senato e l'attivazione di competenza legislativa esclusiva regionale in materia di assistenza e organizzazione sanitaria*, cit., p. 337, a sostegno della "voca-

della salute”. Ignorare questa connessione, a conti fatti, equivaleva (ed equivale) a porre le condizioni per una (inconsapevole?) destrutturazione del Ssn.

Peraltro, alle stesse conclusioni deve giungersi se si osserva la questione dal punto di vista della natura trasversale della competenza di cui all’art. 117, c. 2, lett. m), Cost. Non può non condividersi, infatti, il rilievo secondo cui nella determinazione dei LEA sono necessariamente coinvolti anche profili generali di organizzazione del modello di erogazione delle stesse<sup>19</sup>, soprattutto se si tiene conto che quei livelli “non sono soltanto paradigmi quantitativi, ma anche prescrizioni di idonee strutture organizzative di garanzia”<sup>20</sup>.

Può non essere inutile notare, in aggiunta, che la stessa esperienza dei c.d. piani di rientro ha mostrato chiaramente lo stretto collegamento bidirezionale intercorrente tra LEA e organizzazione sanitaria. Gravi inefficienze nell’erogazione delle prestazioni, frutto di una carente cultura organizzativa, unitamente ad una scarsa manutenzione della legislazione regionale sul punto, hanno parimenti concorso a mettere in crisi la concreta fruibilità dei LEA: ed è in fondo tale condizionamento reciproco ad aver fornito una delle basi giustificative per l’intervento sostitutivo statale ai sensi dell’art. 120, c. 2, Cost.

La stretta connessione tra LEA e fattore organizzativo è stata ampiamente valorizzata, del resto, anche nella più recente giurisprudenza costituzionale. Tra le diverse pronunce vale la pena di segnalare, per chiarezza ed ampiezza dell’argomentazione, la sentenza n. 231/2017, con la quale la Corte, tra l’altro, ha valutato la legittimità costituzionale di alcune norme della legge di stabilità 2016 (l. n. 208/2015) conseguenti alla rimodulazione degli orari di lavoro del personale sanitario imposta da prescrizioni eurounitarie.

Nel ricostruire il composito quadro delle competenze, la Corte, ponendosi in linea di continuità con la sua precedente giurisprudenza, chiarisce ancora meglio che la competenza statale di cui all’art. 117, c. 2, lett. m), Cost. “può comprendere, oltre alla determinazione dei livelli quantitativi e qualitativi delle singole prestazioni sanitarie, anche le procedure strumentali indispensabili ad assicurare che gli enti del servizio sanitario siano in condizione di garantire l’erogazione delle stesse”. Tra tali procedure vengono espressamente menzionate pure quelle che si traducono nel coinvolgimento di organi *ad hoc* per assicurare attività di verifica e monitoraggio sull’effettiva erogazione dei LEA.

Ora, è evidente che gli assetti organizzativi coinvolti sono anzitutto quelli di livello statale; tuttavia, è altrettanto evidente che lo scopo ultimo della previsione è quello di assicurare

---

zione” necessariamente “nazionale” del settore sanitario, radicata nella garanzia accordata dall’art. 32 Cost. al diritto alla salute.

<sup>19</sup> In particolare, con riferimento al rapporto tra l’art. 117, c. 2, lett. m), e la competenza concorrente in materia di tutela della salute ex art. 117, c. 3, Cost., v. già, all’indomani della revisione costituzionale del 2001, R. BALDUZZI, *Titolo V e tutela della salute*, in *Quad. reg.*, 2002, pp. 65 ss., spec. p. 74, per il quale “la previsione di livelli essenziali e uniformi di assistenza quale oggetto di competenza esclusiva statale implica conseguenze importanti anche sull’organizzazione dei servizi sanitari” che, in questa prospettiva, deve necessariamente trascendere la dimensione regionale.

<sup>20</sup> Il rilievo, sia pure riferito alla giurisprudenza costituzionale in materia di istruzione, si deve a M. LUCIANI, *L’autonomia legislativa*, in *Le Regioni*, 2004, p. 360.

una tendenziale coerenza tra la fissazione dei LEA e la dimensione organizzativa (anche e soprattutto regionale) che dovrà supportare il raggiungimento degli obiettivi di erogazione delle prestazioni. E tale rilievo emerge altresì, a ben guardare, dal passaggio della decisione in cui la Corte sottolinea come la legittimità dell'intervento statale si rafforzi anche alla luce delle «eccezionali “imperiose necessità sociali” [...], determinate dalle ricadute organizzative conseguenti alla necessità di rimodulare gli orari di lavoro in ambito sanitario, in ossequio ai vincoli derivanti dall'Unione europea».

D'altra parte, il legislatore statale si è mosso lungo la stessa direttrice nel momento in cui ha provveduto a differenziare le procedure di aggiornamento dei LEA per quel che concerne il grado di coinvolgimento regionale, prevedendo un mero parere della Conferenza Stato-regioni (anziché l'intesa) nelle ipotesi in cui la proposta, in assenza di ulteriori oneri a carico della finanza pubblica, introduca “misure volte ad incrementare l'appropriatezza” dell'erogazione delle prestazioni, senza modificare gli elenchi di queste ultime: in altre parole, quando si incida su aspetti propriamente organizzativi<sup>21</sup>.

In conclusione, con riferimento all'attuazione dell'art. 116, u.c., Cost., sembra ottimistico ritenere che la permanenza dei LEA in funzione di limite “generale” alla differenziazione sia da sola sufficiente a garantire i medesimi livelli su tutto il territorio nazionale, come se il nuovo assetto regionale differenziato delle competenze in tema di organizzazione sanitaria fosse, a riguardo, ininfluenza. Non basta, insomma, trincerarsi dietro il persistere della competenza finalistica statale per considerare “neutre” le richieste regionali di maggiore autonomia nel settore sanitario.

---

<sup>21</sup> La procedura “semplificata” di aggiornamento dei LEA è quella prevista dall'art. 1, c. 559, della l. n. 208/2015 (legge di stabilità 2016).

# Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato: i presidi non rinunciabili della solidarietà e i gravi rischi della competizione\*

Maria Alessandra Sandulli\*\*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. L'abdicazione del potere legislativo statale e la sostanziale esautorazione del Parlamento. – 3. La “competizione” tra le Regioni.

## 1. Premessa

Il tema della differenziazione regionale in materia di prestazioni sanitarie, non rappresenta, come noto, una novità, ma è oggetto di dibattito dagli anni '90, accentuato dalla riforma costituzionale del 2001. Il dibattito si è peraltro riaperto, riassumendo massima attualità,

---

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Lo scritto riproduce, senza aggiornamenti, il testo dell'intervento svolto alla tavola rotonda “Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato”, nell'ambito del XVII Convegno nazionale di diritto sanitario “La salute alla carta: il Ssn di fronte alle sfide del regionalismo differenziato”, organizzato a Roma l'8 novembre 2019 dalla Società italiana di Diritto sanitario in collaborazione con l'ALTEMS dell'Università Cattolica del Sacro Cuore e il CEIMS dell'Università del Piemonte Orientale. Esso dunque non tiene e non dà conto delle successive evoluzioni del tema, tanto sul piano delle proposte normative, quanto, e soprattutto, in relazione alla drammatica congiuntura determinata dalla pandemia Covid-19. Non si può tuttavia non rappresentare, in apertura, che la questione della differenziazione regionale, in assoluto e soprattutto in ordine alle prestazioni sanitarie, non potrà non essere sottoposta a serie e profonde riflessioni, che esulano evidentemente dai confini di questo breve scritto, proprio alla luce dell'esperienza determinata da tale gravissima emergenza.

\*\* Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli studi Roma Tre, maria.sandulli@uniroma3.it.

in ragione delle forti istanze di alcune Regioni in merito al regionalismo differenziato, proposte in applicazione dell'art. 116, comma 3, della Costituzione<sup>1</sup>.

È importante però che il tema sia affrontato alla luce dell'intero Titolo V della Costituzione, considerando cioè, in una con le spinte di differenziazione e autonomia (che riflettono peraltro una tendenza più generale, comune anche ad altri paesi europei<sup>2</sup>), l'imprescindibile esigenza di salvaguardare i valori unitari e gli strumenti per la loro tutela: i livelli essenziali delle prestazioni, la perequazione e la solidarietà del sistema finanziario, i principi fondamentali nelle materie concorrenti, la leale collaborazione<sup>3</sup>.

Fin dalla nota sentenza n. 303 del 2003, la Corte costituzionale ha sottolineato che il modello di sussidiarietà-autonomia tracciato dagli artt. 117 e 118 Cost. si caratterizza per il riconoscimento alle comunità territoriali sub-statali della capacità di rappresentare i loro interessi non solo in via diretta, ma anche mediante la partecipazione alle decisioni dei livelli superiori in termini di leale collaborazione. In anni più recenti, lo stesso Giudice delle leggi ha osservato che *“in caso di coinvolgimento, sovrapposizione o interferenza tra competenze e interessi di diversi livelli”* le parti devono *“tenere un comportamento collaborativo volto al perseguimento di un'intesa”* (sentt. 239 del 2013 e 7 del 2016). Nella stessa linea si orientano del resto le fonti normative fondamentali dell'Unione europea (così l'art. 4.6 della Carta europea delle autonomie locali, l'art. 4, c. 3 del TUE e l'art. 5 dello stesso Trattato: *“ogni azione politica che attenga a materie differenti rispetto a quelle oggetto di*

<sup>1</sup> Ai sensi del quale *“Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s), possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata”*. Si v. in particolare le proposte di Lombardia, Emilia Romagna e Veneto. Sebbene parziali e provvisorie, le bozze degli accordi ad oggi formalmente o informalmente rese note, contengono *inter alia* previsioni di maggiore autonomia in materia di tutela della salute. Tuttavia, si tratta prevalentemente di richieste di maggiore autonomia in merito a profili organizzativi, che, ovviamente, incidono sulle prestazioni sanitarie. Complessivamente, le tre Regioni istanti richiedono una maggiore autonomia finalizzata a rimuovere specifici vincoli di spesa in materia di personale stabiliti dalla normativa statale, nonché una maggiore autonomia in materia di accesso alle scuole di specializzazione e nella definizione del sistema di *governance* delle aziende e degli enti del Servizio. Inoltre, le bozze delle intese prevedono una maggiore autonomia nello svolgimento delle funzioni relative al sistema tariffario, di rimborso, di remunerazione e di compartecipazione, limitatamente agli assistiti residenti nella Regione, nel rispetto, ovviamente, dei LEA e dei vincoli di bilancio e dell'equilibrio economico-finanziario.

Il Veneto richiede anche una maggiore autonomia in materia di gestione del personale del Ssn, inclusa la regolamentazione dell'attività libero-professionale.

In tema di distribuzione ed erogazione dei farmaci, l'Emilia-Romagna, invece, richiede maggiore competenza a definire, sotto profili qualitativi e quantitativi, le forme di distribuzione diretta dei farmaci.

<sup>2</sup> In una lezione tenuta nell'ambito del corso del Diritto regionale del Seminario di studi e ricerche parlamentari Silvano Tosi in data 27 marzo 2019 su *“Il regionalismo differenziato”*, di cui ha personalmente corretto la sbobinatura inviandola per la pubblicazione nei Quaderni del Seminario (e anticipatamente pubblicata sulla *Rivista AIC*, 2019, n. 3), Luciano VANDELLI scriveva lucidamente a tale proposito che *“Certo è un dato che, almeno in Europa, nessuno crede più nell'uniformismo, nessuno crede più che l'uniformismo sia sufficiente a garantire l'eguaglianza sostanziale tra i cittadini. Il problema diventa allora quello di adeguare le istituzioni, le politiche, le azioni pubbliche alle diverse esigenze, alle diverse caratteristiche, alle diverse istanze espresse dai territori”*.

<sup>3</sup> F. GALLO, *Dal federalismo al regionalismo differenziato*, in *Riv. Corte dei conti*, 2019, n. 5.

*competenza esclusiva dell'Unione deve essere effettuata al livello di governo più adeguato al raggiungimento degli obiettivi e, quindi, attraverso una stretta cooperazione tra l'Unione e i livelli di governo locali*)”).

È in quest'ottica solidaristica e collaborativa, ad oggi scarsamente attuata, che deve dunque muoversi il nuovo “regionalismo differenziato”, per evitare il rischio che esso, in un sistema finanziariamente impreparato, aumenti le diseguaglianze nella garanzia di diritti primari, come quelli all'istruzione e, prima ancora, alla salute, con inevitabili conflitti istituzionali e conseguente complessivo indebolimento del Paese.

Non si possono in altri termini non condividere le preoccupazioni di chi autorevolmente dubita della “compatibilità tra un futuro sistema di finanziamento differenziato (specie) dei servizi essenziali e le attuali ancora incerte e frammentarie regole perequative a livello nazionale, anche se un giorno il sistema fosse basato su fabbisogni standard e sulla capacità fiscale”<sup>4</sup>. È stato peraltro lucidamente osservato che la distribuzione e la differenziazione territoriale delle decisioni sulle entrate e sulle spese non si porrebbe *ex se* in contrasto con il principio di uguaglianza, né con i valori universalistici che vi sono insiti<sup>5</sup>. Muovendo dal concetto di bene comune e di contributo solidaristico del singolo *ex art. 2 Cost.*, se ne trae invero, da un lato, l'idea di un limite al diritto sociale alla prestazione sanitaria, dall'altro, l'esigenza di una visione del diritto alla salute che lo ponga a confronto con i doveri solidaristici del singolo e quindi con altri valori costituzionali che ne esigono il contenimento: contenimento inevitabile per evitare che, come osservato dalla Corte costituzionale, uno dei diritti costituzionalmente garantiti divenga “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche riconosciute e protette che esprimono, nel loro insieme, la dignità della persona<sup>6</sup>.

La Nota di aggiornamento al DEF 2019<sup>7</sup> ha confermato l'impegno del Governo a proseguire il processo di attuazione del regionalismo differenziato. Le linee programmatiche enunciate nella Nota sottolineano comunque che il processo di autonomia differenziata si svolgerà:

i) nel rispetto del “principio di coesione nazionale e di solidarietà”;

---

<sup>4</sup> F. GALLO, *op. cit.*; C. MARZUOLI, *Uniformità e differenziazione: modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M.C. GRISOLIA (a cura di) *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione, modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 4).

<sup>5</sup> M. LUCIANI, *A mò di conclusione: le prospettive del federalismo in Italia*, in A. PACE (a cura di), *Quale, dei tanti federalismi*, Padova, Cedam, 1997, spec. pp. 253 ss.; Id. *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M.C. GRISOLIA, *op. cit.*, p. 10.

<sup>6</sup> Il riferimento è alla nota sentenza n. 85 del 2013, recentemente richiamata nella *Relazione su “La tutela del diritto alla salute nella dialettica tra G.A. e A.G.O.”*, svolta da G. CORAGGIO a un convegno tenutosi presso il TAR Campania il 9 maggio 2019 (leggibile sul sito istituzionale della giustizia amministrativa).

<sup>7</sup> Deliberata il 30 settembre 2019. Il disegno di legge che il Governo si appresta a presentare alle Camere è stato inserito, nella Nota di aggiornamento al DEF 2019, fra i provvedimenti collegati alla decisione di bilancio.

ii) nell'ambito di un quadro di definizione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (LEP). Tutto ciò anche al precipuo fine di evitare “di aggravare il divario tra il Nord e il Sud del paese”.

La Nota dedica specifica attenzione al sistema sanitario, osservando che la “sfida” che il Ssn sarà chiamato ad affrontare nei prossimi anni è la “sostenibilità”, ovvero *“la capacità di assicurare il mantenimento del principio di universalità del sistema, nel rispetto dei livelli essenziali di assistenza (LEA) coniugando allo stesso tempo equità, appropriatezza, qualità ed efficienza delle cure, governo dell'innovazione, salvaguardando gli equilibri economico-finanziari”*. Si osservava infatti che il Ssn, *“pur avendo garantito un sostanziale universalismo, non ha adeguatamente risposto a importanti aspettative, prima tra tutte quella della riduzione delle disparità territoriali e delle disuguaglianze”*. Tra le “sfide” indicate dal documento, per quanto vorrei evidenziare in questo intervento, emergono quelle di

- *“ attenuare le disuguaglianze presenti in termini di accesso ai servizi e di variabilità regionale degli stessi garantendo l'erogazione dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) in modo uniforme su tutto il territorio nazionale;*
- *prepararsi ai cambiamenti derivanti dal progresso scientifico e tecnologico rafforzando i processi di governo dell'innovazione;*
- *porsi in maniera trasversale su interventi di policy intersettoriale, con particolare riguardo alla sicurezza sul lavoro e ai risvolti sanitari delle grandi sfide ambientali e del cambiamento climatico”*.

Nella linea di garanzia dell'uguaglianza, la Nota sottolinea poi che *“Sempre nella direzione di una manutenzione evolutiva dell'attuale forma di governance si rende inoltre necessaria una progressiva rivisitazione dell'attuale sistema di compartecipazione sulla base delle condizioni economiche reddituali, finalizzato a rendere il sistema più omogeneo ed equo. In particolare, tale fenomeno di discriminazione nell'accesso ai servizi è stato aggravato dall'introduzione del superticket che, pertanto, occorre progressivamente superare. Tenendo conto di quanto sarà previsto nel Patto per la Salute 2019-2021, da concordare con le Regioni, proseguiranno inoltre i processi di assunzione e stabilizzazione del personale anche attraverso l'utilizzazione delle graduatorie in corso di validità per coprire le carenze di personale maturate in questi anni”*.

Nel corso dell'audizione sulle linee programmatiche del 17 ottobre 2019 presso le Commissioni I e V della Camera, il Ministro per gli affari regionali ha evidenziato l'intenzione del Governo di ripartire dal lavoro svolto sinora. Ha al contempo preannunciato la presentazione in Parlamento di un'iniziativa legislativa volta a definire una cornice normativa unitaria in cui potranno definirsi gli interventi di attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost., tenendo conto delle previsioni costituzionali e del modello di perequazione delle regioni a statuto ordinario definito dalla legge 42/2009 e dal d.lgs. 68/2011.

Come anticipato, bisogna però evitare che seguendo la strada della differenziazione si perdano i caratteri di universalità ed essenzialità che costituiscono garanzia dei diritti fondamentali nell'unità e indivisibilità della Repubblica.

Il caos che regna sul tema è palpabile nelle dichiarazioni che giornalmente si leggono sui quotidiani, in cui gli stessi rappresentanti delle Regioni evidenziano che *“le richieste di autonomia differenziata di numerose Regioni rappresentano la risposta a mancate soluzioni da parte dello Stato su tematiche di grande rilievo ed urgenza per il Ssn”* portando anche gli Ordini di numerose professioni sanitarie ad insorgere a tutela del Ssn.

Si possono portare due esempi abbastanza noti sui problemi di disparità regionale e mancato coordinamento centrale: la definizione e l’aggiornamento dei LEA e la diffusione del fascicolo sanitario elettronico.

Sul primo aspetto, si rimarca che, sebbene il D.P.C.M. del 2001 (sostituito a distanza di ben 16 anni dal D.P.C.M. 12 gennaio 2017, contenente l’aggiornamento dei LEA, ormai bisognosi di attenta revisione, anche in relazione ai nuovi vincoli di bilancio<sup>8</sup>) abbia rappresentato per oltre un quindicennio il riferimento normativo in materia, in assenza dell’opportuno controllo di uniformità dello Stato si è assistito ad una vera e propria frammentazione delle fonti, sicché i LEA sono stati progressivamente disciplinati principalmente da piani nazionali e regionali, atti amministrativi, programmi, nomenclatori nazionali e regionali e DRG. Tali strumenti hanno consentito senz’altro di adeguare l’offerta alle mutevoli esigenze degli utenti del servizio (e all’evoluzione della scienza), individuando nel concreto le prestazioni da riconoscere, ma la fluidità degli stessi, unitamente all’estrema parcellizzazione degli atti cui fare riferimento, ha dato origine a una situazione di incertezza e disomogeneità, contraria al principio di uniformità cui è votato il d.lgs. n. 502/1992

In un panorama composito e frammentario di esigenze e principi, la presenza dei livelli essenziali uniformi rimane fondamentale per temperare le deviazioni cui potrebbe condurre un eccesso di regionalismo competitivo. È stato, del resto, condivisibilmente affermato dal nostro autorevole *chairman* che proprio l’individuazione dei LEA ha determinato che, nel confronto tra le esigenze di differenziazione (implicitamente accolte nella riforma del 2001) e le spinte all’uniformità legate alla tutela di un diritto “fondamentale”, siano prevalse le seconde<sup>9</sup>.

Da ciò la necessità che, prima di procedere alle intese con le Regioni che chiedono di avvalersi del modello *“differenziato”* di autonomia, si provveda a individuare con legge i livelli essenziali delle prestazioni, come prescritto dall’art. 117, co 2, lett. *m*, e ribadito dall’art. 120, c. 2, Cost., che significativamente prevede un potere sostitutivo del Governo *“quando lo richiedono la tutela dell’unità giuridica o dell’unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali”*.

<sup>8</sup> Sui nuovi LEA, cfr. M. BERGO, *Nuovi livelli essenziali di assistenza. Al crocevia fra la tutela della salute e l’equilibrio di bilancio*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 2, pp. 1-25; M. ATRIPALDI, *Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza (LEA)*, in *Federalismi.it, Osservatorio di diritto sanitario*, 15 novembre 2017, pp. 1 ss.

<sup>9</sup> R. BALDUZZI, *Salute e federalismo fiscale*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M.C. GRISOLIA, *op. cit.*, p. 151.

Una rilevante disparità nell'accesso degli utenti alla documentazione sanitaria tra le Regioni riguarda la diffusione del fascicolo sanitario elettronico, previsto dal d.l. n. 179/2012 e affidato alla responsabilità regionale e che trova la propria disciplina nel d.p.c.m. 29 settembre 2015, n. 178. L'attuazione difforme verificatasi sul territorio nazionale ha di fatto generato una disparità tra utenti in un momento particolarmente delicato della prestazione, quale quello dell'accesso alle risultanze e ai documenti medici. Se ormai le Regioni inadempienti sono rimaste poche (Campania, Calabria e Sicilia, cui si aggiunge la Provincia autonoma di Bolzano), solo di recente sono stati implementati i sistemi di molti FSE regionali e in più di metà delle nostre Regioni le percentuali di cittadini che hanno attivato il proprio fascicolo sanitario sono alquanto scoraggianti, prossime allo 0%.

## 2. L'abdicazione del potere legislativo statale e la sostanziale esautorazione del Parlamento

L'avvio oggi, per le regioni Veneto, Lombardia e Emilia-Romagna, del procedimento di attuazione del regionalismo differenziato previsto dall'art. 116, comma 3, Cost. – cui si sono aggiunte le iniziative di altre regioni – mostra un significativo allontanamento dallo Stato. Il regionalismo differenziato, infatti, permettendo teoricamente il trasferimento dell'intera materia 'tutela della salute' alla potestà legislativa esclusiva delle regioni richiedenti, lascia, di fatto, allo Stato solo la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie, mentre le nuove regioni ad autonomia differenziata potranno sostanzialmente legiferare persino sui principi generali in materia di tutela della salute e quindi rivedere i fondamenti sui quali fu istituito, con la l. n. 833 del 1978, il Ssn.

Le bozze di intesa concluse nel febbraio 2019 fra le tre regioni interessate e Governo, pur non interessando i principi generali, introducono novità importanti, che, se sembrano in linea astratta e teorica valorizzare il principio di leale collaborazione, segnano di fatto un deciso arretramento in termini di garanzie di partecipazione del Parlamento, a fronte dell'intensificazione di forme di concertazione esclusivamente fra Governo e regione interessata.

Le nuove bozze di intese, infatti, affidano la determinazione dei contenuti sostanziali relativi alla definizione delle materie e del finanziamento del regionalismo differenziato ad una Commissione paritetica Governo-regione di 18 membri, nominata con d.p.c.m.<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Si v. ad esempio l'art. 3 della bozza di Intesa 25 febbraio 2019, Intesa sottoscritta tra il Presidente del Consiglio dei Ministri Giuseppe Conte e il Presidente della Regione Veneto Luca Zaia: "1. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di approvazione della presente intesa, è istituita una commissione paritetica Stato Regione Veneto, di seguito commissione paritetica, composta da nove rappresentanti designati dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie, su indicazione dei Ministeri competenti, e nove rappresentanti designati dalla Giunta della Regione Veneto. 2. La commissione paritetica, entro centoventi giorni dalla sua istituzione, determina, avvalendosi della collaborazione di tutte le amministrazioni statali coinvolte, le risorse

L'elevato carattere di "sperimentalismo" di tale procedura appare evidente; la previsione di fasi successive all'approvazione parlamentare delle intese, che si configurano a questo punto in forma di "intese quadro", rimette la sostanza della decisione sul loro effettivo contenuto e finanziamento a una sub-procedura e a una fonte, il d.p.c.m., che di fatto sfuggono al controllo del Parlamento, delle altre regioni (la prima) e della Corte costituzionale (la seconda).

Le bozze di intese elaborate nel 2018, riconoscono alle regioni autonomia sulle modalità di erogazione dei farmaci, ma anche sulla valutazione della loro appropriatezza, con ricadute evidenti sulle possibilità di cura, che non sarebbero più uniformi. Infine, tra tutte le richieste, quella che colpisce maggiormente, anche per le sue conseguenze problematiche, appare l'autonomia nei percorsi formativi, nel reclutamento e nella retribuzione delle professioni sanitarie, che avrebbe conseguenze addirittura "antisolidali" nel suo spingere logiche di "accaparramento" delle migliori professionalità dalle altre regioni.

Ugualmente critica si rivela la procedura individuata, sempre in base alle nuove bozze di intese, per il trasferimento delle "competenze legislative e amministrative attribuite alle Regioni", da effettuarsi sempre con uno o più d.p.c.m., ma con la previsione, in questo caso, dell'acquisizione dei "pareri" della Conferenza Unificata e delle commissioni parlamentari competenti per materia sugli schemi dei decreti. La procedura sembrerebbe recuperare la dimensione collaborativa, salvo che i "pareri" sono previsti come obbligatori, ma non vincolanti.

Occorre a tale proposito ricordare che, affidando la tutela del diritto alla salute alla "Repubblica", e non già a uno specifico livello di governo, la Costituzione sottende un paradigma collaborativo nell'attuazione di tale diritto<sup>11</sup>, già presente nella volontà dei Costituenti e potenziato dalla riforma del 2001, che, come noto, ha incluso la "tutela della salute" tra le materie di competenza legislativa concorrente.

Si tratta di un tema particolarmente delicato, rispetto al quale il surrichiamato dibattito sulla compatibilità tra federalismo e uguaglianza riveste massima attualità e rilevanza, fermo restando che la pluralità dei pubblici poteri è costituzionalmente necessaria non soltanto in forza degli artt. 5 e 114 Cost., ma anche e soprattutto perché la differenziazione, come dimostra l'art. 3, comma 2 Cost., è essa stessa essenziale a una effettiva attuazione del principio di uguaglianza.

Ricordiamo che, con riferimento alla spesa sanitaria, si è passati da un sistema di devoluzione di risorse alle Regioni per consentire loro l'"amministrazione" del relativo comparto

---

*finanziarie, umane e strumentali nonché le forme di raccordo con le amministrazioni centrali, necessarie all'esercizio delle funzioni di cui al Titolo II*".

<sup>11</sup> R. BALDUZZI, *A mo' di introduzione: su alcune vere o presunte criticità del servizio sanitario nazionale e sulle sue possibili evoluzioni*, cit., in ID. (a cura di), *Trent'anni di servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 12.

(il SSR costituisce più dell'80% dei bilanci regionali<sup>12</sup>) al sistema delle Conferenze, diretto a realizzare una collettivizzazione delle scelte regionali, stemperandone l'autonomia<sup>13</sup>, e, più recentemente, all'assoggettamento delle Regioni a un controllo centralizzato *ex post*, con applicazione del commissariamento in caso di violazione degli obiettivi minimi di contenimento della spesa pubblica<sup>14</sup>, con conseguente riduzione dell'autonomia delle Regioni meno virtuose<sup>15</sup>. Questo meccanismo ha determinato una notevole differenziazione tra i medesimi enti: le Regioni più virtuose (prevalentemente quelle del settentrione e del centro-nord) sono state in grado di contenere i livelli di spesa nei margini di sicurezza concordati, accrescendone gli standard qualitativi, le altre hanno invece abbondantemente superato tali margini, con una concomitante riduzione dei livelli di qualità<sup>16</sup>.

### 3. La “competizione” tra le Regioni

Un ulteriore effetto della differenziazione – e allo stesso tempo una causa della stessa – è costituito dalla “competizione” che inevitabilmente viene a crearsi tra le Regioni per attrarre mercato e, in un sistema che si autoalimenta, risorse (economiche e umane), a svantaggio di altre.

Si delinea così, anche sulla scorta dell'art. 116, co. 3 Cost., laddove rimette a una legge statale ordinaria la previsione “*su iniziativa della Regione interessata*” di “*ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia*” nell'ambito di alcune delle materie riservate alla potestà legislativa statale, uno scenario – di “regionalismo asimetrico” – in cui le Regioni competono tra loro per acquisire attribuzioni sempre maggiori e migliorare la propria efficienza per attrarre capitali e investimenti<sup>17</sup>.

Ed è su questo fronte, e in particolare sul confine tra prestazioni essenziali e aggiuntive, che si gioca la partita dell'equilibrio tra differenziazione e uguaglianza.

Nonostante quanto previsto dall'art. 5 delle stesse bozze di intesa, con la classica formula di stile di invarianza finanziaria (“*dall'applicazione della presente intesa non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica*”), il “regionalismo asimetrico” non può non avere ricadute economiche e finanziarie per le regioni più povere, che

<sup>12</sup> B. CARAVITA DI TORITTO, *Salute e federalismo fiscale*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M.C. GRISOLIA (a cura di) *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, cit., p. 76.

<sup>13</sup> Cfr. M. DI FOLCO, *Le funzioni amministrative*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 170; L. VIOLINI, *Differenziare per accordo: una formula per rispondere alla crisi?*, in *Le Regioni*, 2009, pp. 197 ss.

<sup>14</sup> G. PITRUZZELLA, *Sanità e Regioni*, in *Le Regioni*, 2009, pp. 1177 ss.

<sup>15</sup> F. CINTIOLI, *Diritto alla salute, interessi pubblici e ruolo delle regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, cit., p. 36.

<sup>16</sup> G. PITRUZZELLA, *op. cit.*

<sup>17</sup> M. LUCIANI, *op. loc. cit.*

non si potranno ad esempio permettere meccanismi di defiscalizzazione, con conseguente sperequazione tra le popolazioni residenti nei diversi territori (e magari di quelle “nate” nel relativo ambito).

E ciò senza considerare il rischio di una minore contribuzione generale delle tre regioni più ricche d'Italia, o di una loro uscita dalla quantificazione del Fondo Sanitario Nazionale, con inevitabili ricadute sul principio di solidarietà verso “territori con minore capacità fiscale per abitante” (art. 119, comma 3, Cost.).

La mobilità sanitaria, a tutti i livelli (interregionale, intraregionale e internazionale, all'interno e all'esterno dell'Unione) richiede un'adeguata disciplina e accurati sistemi di controllo della domanda interna di prestazioni sanitarie da parte delle realtà territoriali, in una con la predisposizione di strumenti diretti a incentivare la mobilità attiva, riducendo quella passiva (e i relativi, inevitabili, costi).

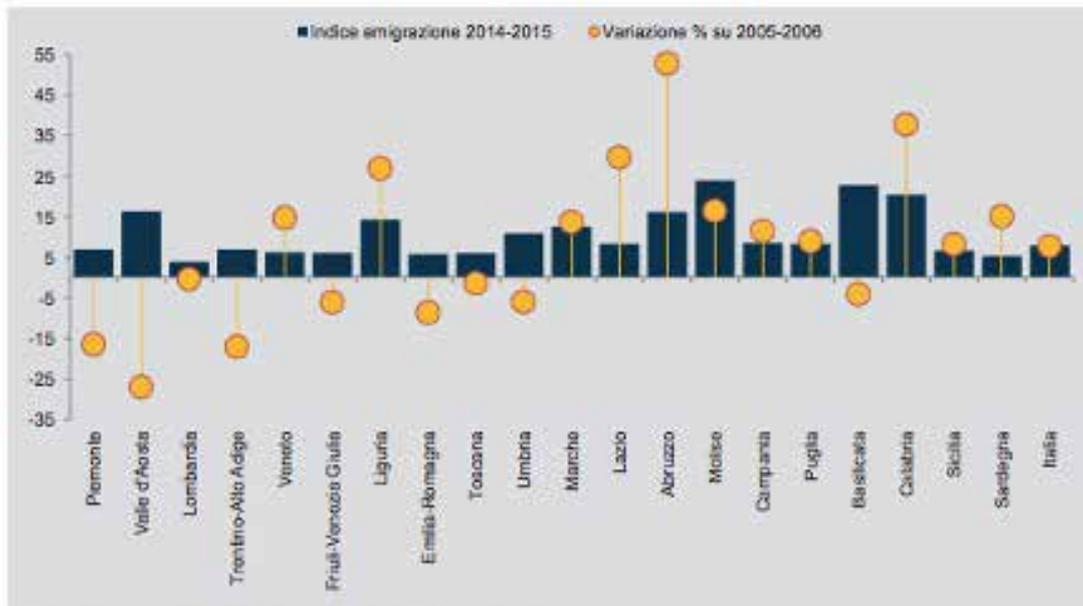
Un rapporto ISTAT pubblicato il 24 settembre 2019 su “*La salute nelle regioni italiane – Bilancio di un decennio (2005-2015)*” offre dati interessanti sul tema della mobilità sanitaria. L'arco temporale considerato è indicativo, perché copre di un periodo importante, in cui la crisi economica e le trasformazioni sociali da essa indotte hanno imposto importanti sfide alle politiche pubbliche, anche in presenza di un quadro demografico critico per l'invecchiamento della popolazione e i forti flussi migratori: elementi indubbiamente rilevanti nella differenziazione regionale, anche se, come ben evidenziato anche nella richiamata bozza di Patto per la salute 2019-2021, non si deve confondere la mobilità “reale”, espressamente considerata come un “fenomeno da ridurre”<sup>18</sup>, con quella “fisiologica” (legata all'ordinaria stabilizzazione dei cittadini extra-regione).

La mobilità ospedaliera, ovvero la scelta di usufruire delle cure di un SSR diverso da quello della propria regione di residenza, è un fenomeno complesso, spesso legato a fattori eterogenei quali la vicinanza dei presidi ospedalieri, la qualità delle prestazioni erogate, la presenza di strutture residenziali per i parenti, la gradevolezza dell'area in cui è localizzata la struttura, la casualità associata agli spostamenti temporanei della popolazione, ecc.

L'ISTAT analizza la mobilità ospedaliera utilizzando tra l'altro attraverso l'indice di emigrazione, calcolato come rapporto percentuale fra il numero di dimissioni ospedaliere avvenute fuori regione e il totale delle dimissioni dei residenti nella regione. Il fenomeno della mobilità ospedaliera interregionale, che nel biennio 2014-2015 interessa in media quasi 8 dimissioni ospedaliere su 100, è notevolmente vario. Il Molise è la regione in cui i residenti hanno la propensione più elevata alla fruizione di cure presso strutture ubicate fuori regione che riguarda circa 24 su 100, seguita dalla Basilicata, con quasi 23 dimissioni su 100, dalla Calabria, con 20,5 per cento e dalla Valle d'Aosta con 16,5 per cento (l'unica dell'area settentrionale a usufruire dei presidi extraregionali).

---

<sup>18</sup> Cfr. bozza art. 6, “Mobilità”.



Fonte: Elaborazioni sulle Schede di dimissione ospedaliera, Ministero della salute

Indice di emigrazione ospedaliera in regime ordinario per regione. Biennio 2014-2015 e variazione percentuale su 2005-2006 (grafico tratto dal Rapporto ISTAT “La salute nelle regioni italiane - Bilancio di un decennio (2005-2015)”)

Per contro la regione con una maggiore inclinazione alla stanzialità, intesa come complemento a 100 dell’indice di emigrazione, è la Lombardia, che mostra un livello di ricoveri fuori regione che non raggiunge il 4%. È seguita dalla Sardegna, verosimilmente a causa della maggiore difficoltà degli spostamenti dovuta all’insularità del territorio, con un indice emigrazione del 5,3%, e, a poco distanza, da Emilia Romagna (con indice 5,8%) e da Friuli Venezia Giulia (con indice 6,1). Rispetto al biennio 2005-2006 la mobilità regionale globale è in media lievemente più alta (del 7,7%): si registrano incrementi più elevati nelle regioni Abruzzo e Calabria (rispettivamente +52,8 e +37,8 per cento), seguite da Lazio e Liguria il cui aumento supera il 25 %. In molte regioni del Centro Nord si osserva invece una riduzione del ricorso alle cure ospedaliere fuori regione: al primo posto la Valle d’Aosta (-27,1 %), seguita dal Trentino Alto Adige (-17,2%) e dal Piemonte (-16,6 %).

Un importante elemento di attrazione verso alcune regioni e di potenziale disequaglianza tra i cittadini è costituito dalle innovazioni terapeutiche e tecnologiche: la concentrazione in alcune aree delle avanguardie terapeutiche e tecnologiche apre la strada a gravissime disuguaglianze, inevitabilmente condizionando l’accessibilità alle cure alle possibilità, non soltanto economiche, ma anche logistiche e sociali, degli individui.

Significativamente, una recente ricerca commissionata dall’Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali e dal Ministero della Salute sull’utilizzo della piattaforma robotica Da Vinci, evidenzia una forte differenziazione regionale nella disponibilità della tecnologia (19 la Lombardia, 11 la Toscana, 1 la Calabria, 1 la Sicilia, 0 il Molise). Sorprendentemen-

te, dai risultati della ricerca emerge la mancanza di implementazione delle azioni minime necessarie ad assicurare la diffusione su base nazionale della tecnologia innovativa: rafforzamento della programmazione dell'utilizzo dei macchinari e dei meccanismi di monitoraggio su processi, costi ed esiti (funzionali alla verifica della gestione della tecnologia sanitaria robotica, del suo impatto finanziario e dunque, in ultima analisi, della relativa appropriatezza), uniformità della regolazione dei requisiti organizzativi e di formazione del personale addetto (frammentariamente affidati a linee guida e protocolli interni alle singole Asl a scapito di una regolazione unitaria, che favorirebbe un equo accesso alla tecnologia robotica, all'insegna del principio di uguaglianza nell'attuazione del diritto alla salute).

Prima di chiudere queste brevissime considerazioni, desidero perciò ancora una volta richiamare il pensiero di Luciano Vandelli, che giustamente rappresentava l'esigenza di incentivare *“un ampliamento tendente a introdurre innovazioni, razionalizzazioni, semplificazioni che – una volta che la singola esperienza abbia prodotto risultati positivi – possono valere come sperimentazioni idonee ad essere riprodotte in altre esperienze e, magari, essere diffuse come soluzione generalizzata (ad esempio, riunificando in capo alla Regione interventi e passaggi procedurali suddivisi tra diverse autorità, regionali e statali). Su entrambi questi versanti, se utilizzate (e, magari, combinate) adeguatamente, le ‘ulteriori forme e condizioni particolari’ di autonomia possono dare un positivo e rilevante contributo al superamento di tendenze centralistiche e uniformanti ed al rilancio di un effettivo regionalismo e autonomismo. Al di là di ogni chiusura e solipsismo territoriale”*<sup>19</sup>.

Per una effettiva garanzia del principio di uguaglianza nella tutela di un diritto assolutamente primario – imposto dal carattere unico e indivisibile della nostra Repubblica e dei suoi cittadini – i LEA devono seguire le innovazioni. Gli organi competenti al loro aggiornamento – *in primis*, il c.d. Comitato LEA – dovranno darsene specificamente carico, attraverso un opportuno *upgrade* dei livelli *aggiuntivi* rivelatisi efficaci in livelli *essenziali*. Il Ssn dovrà quindi fare ogni sforzo per garantire, anche nelle Regioni con minori disponibilità, livelli di assistenza e di qualità del servizio sanitario tali da evitare discriminazioni territoriali e conseguenti tensioni sociali.

---

<sup>19</sup> L. VANDELLI, *Prospettive di differenziazione regionale: dalle autonomie speciali alle ulteriori forme e condizioni di autonomia ex art. 116 della Costituzione*, Rassegna Astrid, 2017, n. 13, p. 11.



# Dibattiti

La sezione *Dibattiti* di questo numero ospita gli atti del Convegno dedicato a “I primi due anni della rivista Corti Supreme e Salute”, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell’Università Cattolica del Sacro Cuore, in collaborazione con la Società italiana di Diritto sanitario, il 29 gennaio 2020 a Milano.



## Gioco d'azzardo e salute, tra ricerca scientifica e politiche pubbliche: l'importanza di un efficace dialogo interdisciplinare\*

Maurizio Fiasco\*\*

Fondata nell'aprile dell'anno 2000 con lo scopo di promuovere lo studio del gioco d'azzardo e dei comportamenti a rischio di analogo profilo, Alea è un'associazione scientifica che può ormai riassumere, nelle biografie professionali dei suoi aderenti, lo "stato dell'arte" sulla questione. Si è iniziato a seguire da così lungo tempo lo sviluppo di un fenomeno mentre via via perveniva ad esiti paradossali nelle condizioni italiane. Quel che fino a un recente passato era infatti posizionato in una "nicchia", nel novero dei motivi d'interesse di studio, si è poi mutato in presenza ingombrante, sempre più intrusiva della vita quotidiana nella società, nelle istituzioni e nel senso comune di larga parte della popolazione.

La compagine di studio che presiedo *pro tempore* non svolge direttamente attività di presa in carico terapeutica, ma di analisi e valutazione delle buone prassi, quali attendono quotidianamente di essere sviluppate con onestà scientifica e trasparenza.

Rilevo con soddisfazione che in tale itinerario di ricerca teorico-pratica, proprio il mondo dei giuristi si sia impegnato in parallelo con altrettanta convinzione, ponendo a disposizione punti

---

\* Contributo referato dalla Direzione della Rivista. Il testo riprende la relazione introduttiva della sessione dedicata al tema dei rapporti tra gioco d'azzardo e salute svolta durante il convegno "I primi due anni della rivista Corti Supreme e Salute", organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, in collaborazione con la Società italiana di Diritto sanitario, il 29 gennaio 2020 a Milano.

\*\* Sociologo, Presidente di Alea – Associazione per lo studio del gioco d'azzardo e dei comportamenti a rischio, maurizio.fiasco@gmail.com.

di vista ed elaborazioni preziosi. Non altrettanto è invece accaduto ad altre professionalità, sia accademiche sia *in action*, dalle quali pur ci si sarebbe aspettati una loro autoconvocazione. Penso al mondo degli economisti, per lo più silenti di fronte ad un fenomeno macro, eppure che esibisce numeri difficili da non cogliere. Lo scorso anno, per esempio, si è segnato un incremento ulteriore del volume del conto economico del mercato del gioco d'azzardo. Ecco i conti essenziali: da un consumo lordo pari a 106,8 miliardi di euro, registrato nel 2018, si è pervenuti alla cifra di 110,4. E tutto questo è accaduto nonostante provvedimenti rilevanti, come il “taglio” del 30 per cento del numero di slot machine (da 375mila a 262.500 a partire dal maggio del 2018), e la vigenza di oltre 600 regolamenti comunali “limitativi” della commercializzazione, anche in applicazione di norme di numerose leggi regionali che hanno parzialmente modificato le regole.

Ebbene, i numeri del denaro significano un impegno superiore al 10 per cento del valore complessivo del budget dei consumi delle famiglie<sup>1</sup>, e comportano l'impegno che sfiora i 5 punti di PIL. E tutto questo mentre il Paese attraversa il dodicesimo anno della Grande crisi, contrassegnata – dopo la fase di più acuta recessione – dalla perdurante stagnazione: quale l'Italia dal dopoguerra non aveva mai conosciuto. Il combinarsi di un fenomeno interveniente (*boom* dei consumi di giochi d'azzardo) e crisi ultradecennale di capacità produttive nazionali pare non aver suscitato grandi sforzi di approfondimento sugli scenari macroeconomici, oltre che microeconomici (strettamente correlati). E ancora oggi, nonostante i passi in avanti per recuperare il *gap* con l'anno 2008 (dal quale data la crisi), siamo a circa 3,1 punti percentuali in meno rispetto al prodotto interno lordo del 2008, quando “l'onda” arrivata da oltreoceano si è infranta sulla vecchia Europa.

Per i consumi delle famiglie, la riduzione del valore risulta ancora più netta, giacché per l'effetto combinato della caduta dei redditi e del declino occupazionale

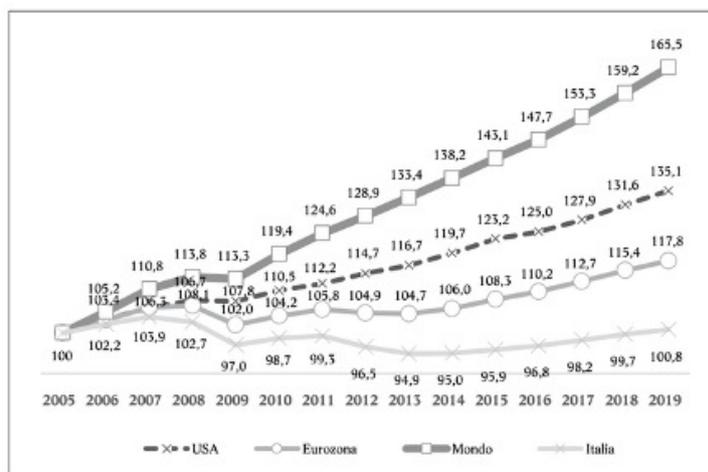


Fig. 1 – Indice del PIL a prezzi costanti (2005=100)

Fonte: Elaborazioni su dati IMF, *World Economic Outlook* (Apr. 2018; 2017 stime, 2018-19 proiezioni)

<sup>1</sup> Si tratta ovviamente dei livelli riscontrati prima dello shock della pandemia per il Covid-19.

C'è un problema da risolvere: l'asimmetria di approccio scientifico interdisciplinare *tra il mondo del progetto industriale del gioco d'azzardo e la sfera che deve curare l'interesse pubblico*, o il bene comune, che lo stesso *set* di approfondimenti scientifici ancora non ha a disposizione. Il primo ambiente che ha recuperato velocemente questa asimmetria è quello dei giuristi.

Dal canto suo, il *marketing* strategico del progetto industriale aveva già inquadrato – uso la metafora di un prisma dalle 12 facce – un lessico da imporre per far costruire una concettualizzazione, indicando persino un ruolo da assegnare a tutta la gamma principale delle professionalità o delle rappresentanze degli interessi che effettivamente ha via via attratto. Con tale disegno raffinato si era precostituito il successo di un'avventura industriale le cui dimensioni, dal 1992, sono passate da quelle di un mercato di nicchia da 10 miliardi di euro di gioco d'azzardo “consumato” a 107 (sempre di miliardi di euro) nel 2018 e infine, come accennato, a ben oltre 110 nell'ultimo anno intero, il 2019.

Quindi, un progetto industriale che ha modificato il profilo delle abitudini degli italiani, ha anticipato nella sua architettura quanto era stato concepito – e attuato – già negli Stati Uniti d'America a partire dagli anni Settanta del secolo scorso. Qui va segnalato un paradosso, nell'accostare il caso italiano con quello di Oltreoceano. Negli USA il boom dell'azzardo è stato meno estremo poiché il regime liberistico dell'esercizio d'impresa prevede che tutte le attività economiche siano consentite, ma resta ferma la risarcibilità e la esigibilità dei costi e dei danni arrecati ad un terzo. Cosicché il volume del gioco praticato negli USA è alla fin fine più modesto del nostro Paese, ove l'azzardo immesso in commercio è regolato in regime di monopolio dello Stato.

Nel tessuto delle città americane, per esempio, il gioco d'azzardo non è consentito, salvo che nei centri commerciali distanti dai luoghi della quotidianità. Una regola in vigore fin dall'Anteguerra. Per arrivare eventualmente a decidere di superarla fu effettuato, negli anni Settanta, un esperimento che prevedeva il trasferimento dell'accesso alle porte del gioco d'azzardo nel tessuto urbano di Atlantic City, città in pieno declino economico e occupazionale. Tirando poi le somme, l'impatto del trasferimento in città del gioco fu inizialmente di rivitalizzazione sia economica che occupazionale, cui però, progressivamente seguì un effetto depressivo che portò un nuovo inedito fattore di declino: crollo dei valori immobiliari, concentrazione degli effetti di marginalità sociale che si traducevano in degrado della città, segnato da un aumento dell'insicurezza, con maggiore concentrazione di reati lungo le vie adduttrici dei consumatori ai poli dell'azzardo<sup>2</sup>.

Questo ha portato ad un ripensamento sulla decisione iniziale, con due conseguenze: una nefasta, concernente l'ubicazione dei casinò nelle Riserve Navajo, con il rischio di trasmissione del contagio a discapito delle minoranze etniche aborigene; l'altra è stata quella di

<sup>2</sup> Cfr. J. FRIEDMAN, S. HAKIM, J. WEINBLATT, *Casino gambling as a “growth pole” strategy and its effect on crime*, in *Journal of Regional Science*, vol. 29, 1989, n. 4, pp. 615-623.

non consentire negli altri Stati la polarizzazione dei distretti del gioco d'azzardo e altre presenze, a eccezione dello stato del Nevada. Con riflessi anche per le modalità virtuali o "senza territorio", poiché, a esempio, oggi negli Stati Uniti lo stesso gioco d'azzardo *online* è vietato: salvo per l'appunto che nello stato del Nevada.

Quanto a un proposto paradigma, quello del "gioco responsabile", va ricordato un aspetto paradossale, e cioè il fatto che la sua definizione venne elaborata da tre illustri clinici della dipendenza dal gioco, in un simposio che prevedeva sponsorizzazioni che invece in Italia il Ministero della Salute, per quanto riguarda le società farmaceutiche, ha inibito da circa 20 anni. E così è stato offerto agli ambienti dei clinici, alle industrie del settore e ai decisori pubblici un modello di *Responsible gambling* che altro non è, ad appena una notazione sulla semantica, che un ossimoro: l'azzardo come condotta temeraria "responsabile". Il gioco con soldi e per soldi con tale "dispositivo" di comunicazione diviene nel senso comune una delle tante ordinarie forme di "rischio", da accettare nel novero di quei rischi quotidiani, che sono connaturati alle continue singole decisioni razionali umane prese in condizioni d'incertezza: sulle quali è possibile calcolare il valore tollerabile e la percentuale minima dove si configura il passaggio, per l'appunto dal "rischio" al "pericolo".

L'azzardo sia nel lessico e sia nella effettualità è tale perché riguarda una condotta temeraria che mette a repentaglio *valori rilevanti* nell'economia, nella salute e nei rapporti sociali. Per questo motivo associare "*responsible*" a "*gambling*" è un'operazione semantica abbastanza difficile da sostenere.

Si arriva così procedendo, infatti, alla definizione di un gioco che può essere responsabile in quanto riconducibile ai confini della sopportabilità, indi per cui questa informazione viene data ai consumatori, all'industria e ai decisori pubblici. Tuttavia, rileva un dettaglio, ovvero la "vendetta postuma" della legge di Pareto, la quale statuisce che "in ogni realtà, il 20 per cento delle variabili che la compongono concentra l'80 per cento del volume – o dei fattori – che connotano questa realtà".

Nel campo del gioco d'azzardo lo si riscontra, da ultimo, con gli stessi dati forniti dall'Istituto Superiore di Sanità sul finire del 2018<sup>3</sup>: giocano 18 milioni e mezzo di persone, di cui 5,1 milioni sono abitudinari e all'interno di questi c'è una frazione di un milione e mezzo di giocatori ritenuti "problematici"<sup>4</sup>. In calcoli economici, la progressione che dai 10 miliardi di euro del 1992 passa ai 109,4 del 2019, poggia sulla fidelizzazione di consumatori che esattamente come i tabagisti e gli alcolisti, "fumano senza il piacere di fumare" e "bevono

<sup>3</sup> *Il gioco d'azzardo in Italia*, Ricerca realizzata nell'ambito dell'Accordo di Collaborazione tra Agenzia delle Dogane e Monopoli (ADM) e Istituto Superiore di Sanità (ISS). Ancora non pubblicata, ma presentata a Roma il 18 ottobre 2018 per alcuni dati riassuntivi, come quelli citati.

<sup>4</sup> La traduzione in italiano di "problem gambling" con "gioco problematico" e quindi condotta del "giocatore problematico" in verità fa smarrire la pregnanza di significati che ha la locuzione nella clinica delle dipendenze: "Problem gambling is an urge to gamble continuously despite harmful negative consequences or a desire to stop. Problem gambling is often defined by whether harm is experienced by the gambler or others, rather than by the gambler's behaviour" (2013, *DSM5 Diagnostic Criteria: Gambling Disorder*).

senza sete”, cioè sono dipendenti, impossibilitati a condizioni invariate a recedere da una situazione di consumo.

Una cosa curiosa a proposito dell'assunto che pur essendo nel regno della fortuna - dunque all'interno di quello spazio che qualcuno definì “il più democratico che l'uomo possa inventare”, poiché non esistono fattori che possano ostacolare anche l'ultimo della piramide sociale a raggiungere le performance di chi sta al vertice della stessa - il determinismo integrale è applicato all'interno di questo settore economico, che si estende dall'impianto giuridico al modello econometrico, alla definizione del tema verso i clinici per portarli dentro ad una tollerabilità di un'esposizione a rischio di una massa così ingente di popolazione.

C'è anche una non casualità persino nei dettagli nell'architettura tecnologica degli apparecchi con cui si gioca: degli illustri studiosi (Goldberg, Whiting, Howell<sup>5</sup>) avevano individuato negli Stati Uniti la correlazione tra le note ricorrenti in una delle sinfonie beethoveniane – composta in uno stato d'ansia e di forte turbamento a seguito dello scoppio della guerra tra Francia e Austria e dell'aritmia cardiaca di cui soffriva – e lo stato d'ansia e concitazione, nonché di forte compulsione.

È quanto avviene nell'esperienza del giocatore “problematico” o del giocatore *tout court*, il cui battito cardiaco presenta frequenze traducibili in note musicali (il Si bemolle e il Mi bemolle) che sono le stesse dei *jingle* delle slot machine. Da ciò discende che il giocatore vive l'alternanza di frustrazione e gratificazione, mentre in tale esperienza ha il suo apparato cardiaco in consonanza con i ritmi e i suoni utilizzati dagli apparecchi.

La tecnologia a fini commerciali e la necessità di lavorare sulla sfera neurologica delle persone, del resto, non è appannaggio solo dell'industria del gioco d'azzardo. Però – mi permetto di dire – si apre un profilo di indagine conoscitiva all'interno di un progetto di regolazione istituzionale: è lecito utilizzare forme di manipolazione che si spingono fino a questo livello di sofisticazione? È consentito, inoltre, utilizzare degli algoritmi – molto simili alla sequenziazione della dopamina – che amministrano le fasi di ricompensa e frustrazione nell'erogazione dei premi in denaro nel gioco d'azzardo?

Di là della *vexata quaestio* del *Responsible Gambling*, una definizione chiara (e suscettibile di essere utilizzata per sviluppi scientifici) della dipendenza dall'azzardare per denaro, ci è consegnata da uno dei pionieri dello studio di tale materia, l'austro-statunitense Edmund Bergler. Nel 1957 egli sosteneva il paradigma secondo cui “nella nostra civiltà chiunque è potenzialmente un giocatore, della varietà innocua o di quella pericolosa. In alcune personalità questa tendenza latente può ridestarsi e da allora il giocatore si mette effettivamente a giocare; affermazione che può risultare inquietante tanto che molti preferirebbero con-

<sup>5</sup> Il rapporto tra suoni e aritmie cardiache è illustrato nella ricerca di Z.D. GOLDBERGER, S.M. WHITING, J.D. HOWELL, *The Heartfelt Music of Ludwig van Beethoven*, in *Perspectives in Biology and Medicine*, vol. 57, 2014, n. 2 (spring 2014), pp. 285–294.

testarla, ma la si potrà rifiutare solo chiudendo gli occhi di fronte a prove scientifiche in senso contrario”<sup>6</sup>. Come si ridesta la latenza?

Si può ritenere legittima l’attività commerciale che spinge affinché questa latenza si evolva, fino dunque alla manifestazione di uno stato o di un comportamento “a rischio”? Giacché, se accettiamo il paradigma di Bergler, ne deduciamo che non c’è una predisposizione “assoluta”, ma più verosimilmente che sussistono delle condizioni che differenziano gli individui e che “disturbano” lo stato di latenza su una popolazione molto ampia.

Ancora con degli artifici linguistici, il paradigma di Bergler è stato stravolto e dunque ridotto ad una banalizzazione: affermando che “La maggior parte di coloro che si dedicano al gioco d’azzardo lo pratica come forma di passatempo”; siamo passati dal prestare attenzione ai fattori della latenza al concettualizzare il gioco d’azzardo, ontologicamente, qual stato di divertimento “tradizionale” e non invece qual insieme di produzioni industriale. E perciò, un siffatto spontaneo fenomeno sociale “come tale, non può essere demonizzato”<sup>7</sup>. Proseguendo lungo tale argomentazione, si può tranquillamente scrivere che “Tuttavia, in certi casi, alcuni individui sviluppano un’ossessione e un atteggiamento morboso, arrivando ad instaurare una vera e propria forma di dipendenza” ...

La stessa ricerca esplorativa dell’Istituto Superiore di Sanità ci conferma che l’area non è di “alcuni” e “a certe condizioni”. E quando con espressioni superficiali (il “passatempo”) si evocano concetti indefiniti quali “la maggior parte” e la “minoranza” dei giocatori d’azzardo, occorre ricordare che vanno fissate, con rigoroso fondamento, le proporzioni. E poi si sfugge al tema del tempo, ingenuamente assunto come un bene “non scarso”, e perciò ampiamente disponibile. Qui accenniamo appena a un tema importante.

Quando misuriamo il gioco d’azzardo, di solito ne pesiamo i valori monetari, il denaro che si punta e quello dei premi e delle perdite. Ma le somme monetarie devono essere convertite in quantità di tempo sociale di vita. Ovvio che le risorse “bruciate” dal gioco d’azzardo rappresentano denaro (bene scarso) e tempo sociale di vita (bene ancora più scarso). È evidente che attraverso un lessico, la tendenziosa enunciazione del tema, si apre uno spazio per riequilibrare il *set* di conoscenze scientifiche che sono state incorporate dall’industria dell’azzardo. E a questo fine converrà ricorrere a un ricco ventaglio di discipline e di conoscenze, da “incorporare” in un progetto che miri a riequilibrare interamente la “partita” (questa volta è il caso di dirlo) per il bene comune e all’insegna dell’interesse pubblico.

<sup>6</sup> E. BERGLER, *The Psychology of Gambling*, Hill and Wang, New York, 1957, trad.it. *Psicologia del giocatore*, Newton Compton, 1974.

<sup>7</sup> Così, ad esempio, F. CALADO, M.D. GRIFFITHS, *Problem gambling worldwide: An update and systematic review of empirical research (2000–2015)*, in *Journal of Behavioral Addiction*, vol. 5, 2016, n. 4, pp. 592-613 (pubblicato on line il 26 ottobre 2016).

# Gioco d'azzardo, poteri amministrativi e tutela della salute: l'evoluzione della normativa e della giurisprudenza\*

Marco Lipari\*\*

**SOMMARIO:** 1. Diritto e salute incontrano il gioco d'azzardo. Gli spunti della Letteratura. – 2. L'attenzione verso il giocatore: la tutela del contraente debole e il diritto alla salute. La *ludopatia* e la prevenzione del “*gioco d'azzardo patologico*” (GAP). – 3. La legislazione italiana e la creazione del sistema di contrasto al GAP. – 4. L'interesse pubblico alla tutela della salute e la conformazione dei poteri amministrativi incidenti sul gioco d'azzardo. La questione del riparto di competenze tra Stato e Regioni. – 5. L'esercizio del gioco d'azzardo come attività economica. I limiti alla concorrenza nella prospettiva del diritto comunitario. – 6. La giurisprudenza amministrativa. Il rilievo centrale dell'interesse alla salute e il principio di proporzionalità. – 7. La localizzazione delle sale da gioco nei luoghi sensibili, gli orari di apertura e l'accertamento concreto dell'incidenza sulla prevenzione del GAP. – 8. Conclusioni. Le prospettive future.

**ABSTRACT:**

Il contributo descrive l'attuale assetto della disciplina giuridica del gioco d'azzardo, nella parte in cui assegna rilievo centrale alla cura e prevenzione della salute. I poteri amministrativi nel settore del gioco sono ora definiti dalla legislazione statale e regionale, sia con riguardo al riparto di competenze, sia con riferimento ai loro contenuti, tenendo conto dei molteplici interessi coinvolti. Le attività economiche legate al gioco vanno regolate considerando l'esigenza primaria di assicurare un efficace contrasto al gioco d'azzardo patologico (GAP). Anche la giurisprudenza amministrativa, insieme a quella civile, penale, costituzionale e comunitaria, condivide questa impostazione, come è testimoniato dalle pronunce relative alla disciplina della localizzazione delle case da gioco private e alla limitazione degli orari di apertura.

\* Contributo referato dalla Direzione della Rivista. Il testo riproduce, con integrazioni e aggiornamenti, la relazione svolta nella sessione dedicata al tema dei rapporti tra gioco d'azzardo e salute nell'ambito del convegno “I primi due anni della rivista *Corti Supreme e Salute*”, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, in collaborazione con la Società italiana di Diritto sanitario, il 29 gennaio 2020 a Milano.

\*\* Presidente di Sezione del Consiglio di Stato, m.lipari@giustizia-amministrativa.it.

*The work describes the current Italian legal system of gambling, in the part in which it assigns central importance to the prevention of the health. Administrative powers in the gambling sector are now defined by legislation of the State and of the Regions, both with regard to the division of competences and with reference to their contents, taking into account the multiple interests involved. Economic activities must be regulated considering the primary need to ensure effective contrast to pathological gambling (GAP). Even the administrative jurisprudence, together with the civil, criminal, constitutional and European, shares this approach, as evidenced by the judgments relating to the regulation of the location of private gambling houses and the limitation of opening hours.*

## 1. Diritto e salute incontrano il gioco d'azzardo. Gli spunti della Letteratura

Il profondo intreccio tra gioco d'azzardo, protezione della salute e regolamentazione giuridica è un dato ormai acquisito. Talmente radicato da essere spesso descritto anche nella comune Letteratura, che riscuote, oggi, i maggiori consensi di critica e di pubblico.

Nel bellissimo ultimo romanzo di Sandro Veronesi, *Il colibrì*, considerato il *libro dell'anno 2019*, uno dei fili conduttori dello snodo narrativo, ruotante intorno alla vita del protagonista e della sua famiglia, riguarda la passione per il gioco. Sullo sfondo della complessa vicenda interiore di *Marco Carrera*, ad un certo punto, il tema gioco si incontra con il diritto e con la salute.

Così, a pagina 276, nel descrivere la *bisca tenebrosa e selvaggia* della villa di Vico Alto, dove si muove il *demone* del gioco e *l'odore della rovina*, l'Autore passa in rassegna i *dannati* con cui Carrera condivide la sua attrazione: *“Poi c'era il notaio Maranghi, che non giocava ma assicurava il pronto intervento della civiltà giuridica nei passaggi di proprietà di beni mobili e immobili che di tanto in tanto si rendevano necessari; e un medico, Zorro, che invece giocava, ma assicurava anche il primo soccorso in occasione di infarti, coccoloni e mancamenti”*.

Evidentemente, la letteratura e il cinema offrono un panorama sterminato di esempi in cui il gioco d'azzardo è al centro della storia, con infinite sfumature, che ogni tanto delineano alcuni profili giuridici o sanitari del tema. Piace ricordare, in questo senso, l'esempio del racconto *La lotteria a Babilonia*, di Jorge Luis Borges: l'intera esistenza degli abitanti di quella remota e immaginaria repubblica è determinata da una gigantesca e continua lotteria, dove *il numero dei sorteggi è infinito* e arriva a decretare persino la morte degli individui estratti e a scegliere coloro che saranno incaricati di eseguire le condanne capitali. Nella metafora delineata da Borges (forse le nostre esistenze, in fin dei conti, sono conseguenze di scelte casuali determinate dai biglietti che ci riserva la sorte?) l'ordinamento giuridico di Babilonia è completamente subordinato allo svolgimento di un gioco d'azzardo collettivo, peraltro condiviso, o subito, da tutti i cittadini, evidentemente soggiogati dall'idea di consegnare le proprie intere vite all'alea della lotteria permanente.

Nel libro di Veronesi, invece, il diritto viene in evidenza essenzialmente per regolare i rapporti civilistici tra i partecipanti, determinando le modalità adeguate a definire i debiti e i crediti tra perdenti e vincitori. Certamente, il notaio Zorro dovrà districarsi nella difficile applicazione del

principio, di antica tradizione romanistica della *soluti retentio*, di cui all'art. 1933 del codice civile: “*Non compete azione per il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa, anche se si tratta di giuoco o di scommessa non proibiti. Il perdente tuttavia non può ripetere quanto abbia spontaneamente pagato dopo l'esito di un giuoco o di una scommessa in cui non vi sia stata alcuna frode. La ripetizione è ammessa in ogni caso se il perdente è un incapace*”<sup>1</sup>.

Il Colibrì non fa espresso riferimento alla dipendenza patologica dal gioco. Anche se il medico Zorro, chiamato a soccorrere i giocatori colpiti da emozioni traumatiche, testimonia quanto il coinvolgimento psicofisico del gioco compulsivo possa risultare devastante. Né può trascurarsi il successivo passaggio del romanzo, nel quale Marco Carrera smette finalmente di giocare ed è come se si liberasse di un peso che ne frenava l'esistenza.

Senza trascurare la regolamentazione civilistica del fenomeno, peraltro, la parte più consistente, della disciplina del gioco, in continua espansione, è di stampo pubblicitario e comprende, oltre a disposizioni di carattere penale e sanzionatorio, molteplici regole di natura tributaria e amministrativa, le quali definiscono i poteri assegnati alle diverse amministrazioni coinvolte, destinati ad incidere sul fenomeno. Ed è in questa cornice che si colloca il crescente rilievo dell'interesse pubblico alla tutela della salute, comportante la previsione di regole organizzative e di nuove funzioni, finalizzate alla cura dei soggetti affetti da patologie e alla individuazione di efficaci strumenti di prevenzione.

Negli ultimi anni, il settore del gioco d'azzardo ha formato oggetto di numerosi e significativi interventi normativi, provenienti da fonti disparate. Il fitto intreccio delle regole ora vigenti, non sempre ben coordinate, riflette la massiccia diffusione del fenomeno e la complessità degli interessi coinvolti<sup>2</sup>.

L'evoluzione della disciplina presenta aspetti in qualche misura contraddittori, perché sono compresenti da un lato fortissime spinte verso una espansione del gioco d'azzardo, sia pure in forme moderne e tecnologiche, che superano quelle più tradizionali, insieme, dall'altro, ad una diffusa consapevolezza dei molteplici rischi che l'attività può comportare. I cambiamenti culturali e sociali in atto richiederebbero un'analisi attenta ed accurata<sup>3</sup>. Ma è sufficiente osservare come questi incidano sulle politiche e sui mutevoli atteggiamenti assunti dai Governi nazionali nei confronti del fenomeno del gioco<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Sul tema, si veda il saggio di Marco Rizzuti, *Debiti di gioco e obbligazioni naturali: spunti per una revisione critica*, in questa Rivista, 2019, 3, 579. Cfr. anche Tagliasacchi, *La disciplina delle misure dirette a contrastare il fenomeno della ludopatia dopo il Decreto Dignità: sistema a tutele crescenti o occasione perduta?*, in questa Rivista, 2018, 2, pp. 450 ss.

<sup>2</sup> Si vedano i riferimenti di M. TIMO, *Le limitazioni all'esercizio delle sale giochi nella recente giurisprudenza del giudice amministrativo*, in questa Rivista, 2019, n. 3, p. 599. Si confronti anche M. TIMO, *La tutela della concorrenza e della salute nella disciplina del gioco lecito*, in *Dir. amm.*, 2019, n. 2, pp. 413 ss., nonché G. MAROTTA, *Gli interventi di contrasto del disturbo da gioco d'azzardo (DGA): analisi della normativa e della giurisprudenza*, in questa Rivista, 2019, n. 1, pp. 159 ss.

<sup>3</sup> In questo senso, offre molteplici spunti di interesse il saggio di M. FIASCO, *La complessa sociologia del gioco d'azzardo contemporaneo*, in questa Rivista, 2019, n. 3, p. 487.

<sup>4</sup> Per interessanti approfondimenti sul versante comparatistico si veda: A. CANEPA, *Profili normativi del contrasto al gioco patologico nella disciplina del gioco d'azzardo in alcuni ordinamenti europei (Portogallo, Spagna, Francia, Belgio, Svizzera)*, in questa Rivista, 2019, n. 3, p. 531.

Molto si è detto sul “rito collettivo” del Lotto, storicamente monopolizzato dallo Stato, per palesi interessi di carattere fiscale, ma anche per controllare lo svolgimento di un gioco ritenuto di per sé meritevole di tutela. Il Lotto aveva avuto la capacità di coinvolgere intere collettività e di costituire una sorta di “ammortizzatore sociale”, offrendo a tutti la possibilità di realizzare piccole o grandi vincite, stimolando la cultura popolare della Smorfia e del significato dei sogni. Non meno interessanti sono state le considerazioni sviluppate intorno al Totocalcio, che, nato nel Secondo Dopoguerra, continuerà, per decenni, a coinvolgere milioni e milioni di famiglie, quasi a rappresentare l’ottimistica speranza del riscatto economico individuale, conseguibile attraverso l’acquisto di una economica schedina.

In una fase storica successiva, la posizione degli ordinamenti europei e di quello italiano muta sensibilmente, sotto molteplici profili: tecnici, scientifici, sociali, culturali e giuridici. L’idea che inizia ad affermarsi è quella secondo cui l’organizzazione del gioco d’azzardo è un’attività imprenditoriale, capace di generare ricchezza e di sostenere anche altre filiere produttive, con particolare riguardo a quelle del turismo e dei servizi. Dovrebbe quindi uscire dal monopolio statale per collocarsi nel campo della concorrenza tra operatori privati. Comincia a diffondersi anche l’opinione secondo la quale il gioco d’azzardo, anche nelle sue nuove modalità, è una forma di svago e di impiego del tempo libero, che, in sé considerata, non va affatto scoraggiata.

La trasformazione sociale del gioco d’azzardo è peraltro palese: il Lotto declina vertiginosamente e la gente scopre le lotterie istantanee e il *Gratta e Vinci*. Sparisce il Totocalcio e si diffondono le scommesse sulle singole partite di calcio. Queste modalità di sfidare la sorte sembrano più divertenti, più facili. Però, in questo modo, la dimensione “sociale” del gioco si attenua. Il gioco d’azzardo è sempre più un fatto individuale, con rilevanti conseguenze sull’atteggiamento psicologico del giocatore: la sua crescente solitudine, lo rende ancora più vulnerabile e indifeso.

Al tempo stesso, però, questa poderosa spinta verso una maggiore diffusione del gioco, e verso una massiccia apertura al settore privato, fa emergere e dilatare nuove e complesse problematiche.

Per un verso, si prospetta il rischio di una possibile permeabilità delle imprese private alle infiltrazioni della criminalità organizzata, molto spesso interessata al controllo dei notevoli introiti economici derivanti dall’attività del gioco, la cui organizzazione è relativamente semplice e, soprattutto, presenta pochi rischi imprenditoriali. La scelta legislativa di contingentare il numero delle concessioni delle case da gioco private se risponde all’esigenza di svolgere penetranti controlli sugli operatori, determina una situazione di monopolio di fatto, solo in parte bilanciata dalla “concorrenza in ingresso”, realizzata attraverso le procedure di gara<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Sul tema specifico delle concessioni, si veda A. MEALE, *La disciplina degli appalti pubblici e le concessioni nel settore dei giochi e scommesse*, in *Giur. It.*, 2016, 12, pp. 2714 ss.

## 2. L'attenzione verso il giocatore: la tutela del contraente debole e il diritto alla salute. La *ludopatia* e la prevenzione del "gioco d'azzardo patologico" (GAP)

Sotto altro profilo, si inizia a considerare in modo più attento la posizione del giocatore "vittima" della sua passione incontrollata. Si considera anzitutto il profilo economico: il giocatore è un "consumatore" debole, il quale è esposto al rischio di subire perdite devastanti. Occorre individuare un freno al potere negoziale del soggetto privato, tutelandolo dai possibili pregiudizi patrimoniali derivanti da atti di disposizione svantaggiosi.

In base a questa prospettiva, il giocatore è visto come un consumatore<sup>6</sup>, il quale si rapporta all'impresa che organizza il gioco: contraente debole che deve proteggersi dall'imprenditore forte. Questa logica traspare, in modo nitido, dagli interventi delle istituzioni europee, in cui, peraltro, l'armonizzazione delle discipline nazionali incidenti sulla materia risulta essere ancora molto lontana<sup>7</sup>. Queste innovazioni normative hanno avuto il merito di riconoscere la vulnerabilità del giocatore, non solo per la sua intrinseca inferiorità rispetto al professionista, ma anche per le connotazioni tipiche del fenomeno del gioco d'azzardo. Ma viene in luce anche un aspetto che, in passato, era sempre rimasto in ombra: la *dipendenza dal gioco* va qualificata come autentica patologia, che mina la condizione psicofisica dell'individuo. Come tale va prevenuta e curata. Non solo: se il gioco d'azzardo è suscettibile di determinare gravi effetti negativi sulla salute delle persone, è l'intera disciplina del suo esercizio che va profondamente rivista e adeguata a questa esigenza. Il diritto alla

<sup>6</sup> Corte giustizia UE, 30 giugno 2011, nella causa C-212/08, secondo cui "gli obiettivi perseguiti dalle normative nazionali adottate nell'ambito dei giochi e delle scommesse si ricollegano, di regola, alla tutela dei destinatari dei servizi interessati e dei consumatori, nonché alla tutela dell'ordine sociale; siffatti obiettivi rientrano nel novero dei motivi imperativi di interesse generale che possono giustificare limitazioni alla libera prestazione dei servizi".

<sup>7</sup> Si può considerare un primo importante passo la Raccomandazione della Commissione del 14 luglio 2014 n. 478 sui principi per la tutela dei consumatori e degli utenti dei servizi di gioco d'azzardo on line e per la prevenzione dell'accesso dei minori ai giochi d'azzardo on line.

In particolare, vale la pena riportare i punti 7 ed 8 dei Considerando:

"(7) La tutela dei consumatori e della salute sono i principali obiettivi di interesse generale degli Stati membri nel contesto dei rispettivi quadri nazionali per il gioco d'azzardo intesi a promuovere la prevenzione di problematiche legate al gioco d'azzardo e la tutela dei minori.

(8) Le norme e le politiche introdotte dagli Stati membri per perseguire obiettivi di interesse pubblico variano in misura considerevole. L'intervento a livello UE incoraggia gli Stati membri a garantire un elevato livello di protezione in tutta l'UE, in particolare alla luce dei rischi associati al gioco d'azzardo che comprendono lo sviluppo di patologie legate al gioco d'azzardo o altre conseguenze negative sul piano personale e sociale".

Ancora più importante è il punto 12:

"(12) Alcune persone dedite al gioco d'azzardo possono avere problemi dovuti al loro comportamento, arrivando al punto di compromettere i rapporti personali o familiari, mentre altre possono subire danni molto gravi causati dal gioco d'azzardo patologico. Si stima che una percentuale compresa tra lo 0,1 % e lo 0,8 % della popolazione adulta generale soffra di una patologia legata al gioco d'azzardo e che un'ulteriore percentuale compresa tra lo 0,1 % e il 2,2 % presenti un coinvolgimento nel gioco d'azzardo potenzialmente problematico. Pertanto, sono necessarie misure preventive per garantire che i servizi di gioco d'azzardo on line siano offerti e promossi in modo socialmente responsabile, in particolare affinché il gioco d'azzardo resti una fonte di divertimento e di attività ricreativa".

salute, di rango costituzionale è un valore che deve restare al centro della regolazione delle attività economiche e sociali riguardanti il gioco<sup>8</sup>.

La dialettica tra le due spinte contrapposte, l'una tendente a favorire la massima diffusione del gioco, l'altra molto più prudente, potrebbe spiegare la persistente contraddittorietà della disciplina attuale e le difficoltà talvolta incontrate dalla giurisprudenza per definire un soddisfacente punto di equilibrio.

In questa prospettiva, allora, potrebbe essere utile svolgere qualche considerazione sugli indirizzi più rilevanti della giurisprudenza in materia, soffermandosi sulle pronunce che hanno meglio evidenziato il rilievo della tutela della salute quale asse portante della normativa ed elemento giustificativo delle concrete determinazioni adottate dalle amministrazioni locali e regionali.

Come è noto, in un primo tempo si è parlato di *ludopatia*, con l'intenzione di evidenziare la sussistenza della connessione tra il gioco d'azzardo incontrollato e compulsivo e la *malattia* che colpisce il giocatore.

In un secondo momento, poi, molto opportunamente, i giuristi che si sono occupati del tema hanno preferito utilizzare espressioni più appropriate e precise. Infatti, non si può escludere, forse, che vi siano altre patologie legate ai tanti e diversi tipi di gioco, né che siano ipotizzabili dipendenze dall'attività ludica. Però, il tema riguarda, al momento, un fenomeno specifico, correttamente qualificato come "*gioco d'azzardo patologico*" (GAP). Tale formula è poi penetrata nella legislazione statale e regionale ed è largamente utilizzata dalla giurisprudenza.

La riconosciuta esistenza del tema del GAP comporta conseguenze relevantissime sul sistema giuridico e sull'atteggiamento della giurisprudenza.

Come si è detto, da tempo il diritto pubblico si è interessato del fenomeno del gioco d'azzardo, ma, tradizionalmente, aveva seguito, in prevalenza, una prospettiva incentrata essenzialmente su due aspetti: *in primis* quello tributario, giacché l'attività del gioco è una fonte straordinaria di trasferimenti e di formazione di redditi. Da ciò discendeva il monopolio statale, o comunque pubblico, di determinate attività: basterebbe pensare alla gestione del *Lotto* e dei *Casino* municipali.

In secondo luogo, il diritto, una volta superato, sia pure timidamente, il monopolio statale, ha regolato l'attività del gioco d'azzardo esercitata da imprenditori privati, imponendo una

---

<sup>8</sup> Per T.a.r. Lombardia, sez. I, 17 novembre 2015, n. 2412, la propensione al gioco d'azzardo patologico è un disturbo del comportamento assimilabile, quanto ad effetti e a modalità di estrinsecazione, alla tossicodipendenza, e, come tale, incide direttamente sulla salute psichica del soggetto che ne risulta affetto, sicché il g.a.p. (impropriamente definito come «ludopatia») rientra a pieno titolo tra le patologie che mettono a rischio la salute intesa come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, la cui tutela è affidata dalla carta costituzionale alla repubblica ai sensi dell'art. 32 di essa, con potestà legislativa esercitabile in via concorrente da Stato e regione in virtù del successivo disposto di cui all'art. 117, 3° comma. La materia in cui si colloca l'eventuale regolamentazione del g.a.p. pare dunque, in via prioritaria, quella della tutela della salute e non quella del governo del territorio, che solo in via eventuale, oltre che nei limiti imposti dalla normativa regionale, può essere utilizzata dagli enti locali per disciplinare un fenomeno prettamente connesso alla salute psichica dei soggetti che ne risultano afflitti.

incisiva valutazione in termini di ordine pubblico. I controlli sui soggetti e sulle attività è particolarmente intenso, perché si ritiene che il mondo che ruota attorno ad alcuni aspetti del gioco d'azzardo sia destinato a subire contatti non graditi con la malavita e le organizzazioni criminali.

### 3. La legislazione italiana e la creazione del sistema di contrasto al GAP

Sono state le legislazioni nazionali di vari ordinamenti, compreso quello italiano, che, negli ultimi anni, hanno invece compiuto la svolta. Gli interventi normativi sono collegati essenzialmente al “decreto Balduzzi” (d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito dalla l. 8 novembre 2012, n. 189), poiché è in quella fase storica che vengono in rilievo le nuove impostazioni, correlate alla necessità di un intervento normativo destinato a disciplinare il fenomeno del gioco d'azzardo anche in relazione ai suoi possibili riflessi negativi sulla salute degli individui, determinando conseguenze patologiche.

La disciplina, con specifico riguardo ai profili sanitari, prevede l'aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza (LEA) con riferimento alle prestazioni di prevenzione, cura e riabilitazione rivolte alle persone affette da ludopatia (art. 5, comma 2). In attuazione di tale disposizione, è stato approvato il Piano d'azione nazionale.

Per contenere i messaggi pubblicitari si vieta l'inserimento di messaggi pubblicitari di giochi con vincite in denaro nelle trasmissioni televisive e radiofoniche nonché durante le rappresentazioni teatrali o cinematografiche non vietate ai minori. Sono inoltre proibiti i messaggi pubblicitari di giochi con vincite in denaro su giornali, riviste, pubblicazioni, durante trasmissioni televisive e radiofoniche, rappresentazioni cinematografiche e teatrali, nonché via internet, che incitano al gioco ovvero ne esaltano la sua pratica, ovvero che hanno al loro interno dei minori, o che non avvertono del rischio di dipendenza dalla pratica del gioco.

Gli avvertimenti sul rischio di dipendenza dalla pratica di giochi con vincite in denaro e sulle relative probabilità di vincita devono essere riportati su schedine e tagliandi dei giochi, nonché sugli apparecchi di gioco.

Si stabilisce l'intensificazione dei controlli sul rispetto della normativa (art. 7, comma 9) e una “progressiva ricollocazione” dei punti della rete fisica di raccolta dei punti gioco per tener conto della presenza nel territorio di scuole, strutture sanitarie e ospedaliere, luoghi di culto, centri socio-ricreativi e sportivi (art. 7, comma 10). Va subito evidenziato che, benché non sia stato emanato il decreto ministeriale che avrebbe dovuto indicare i criteri

e indirizzi, le amministrazioni regionali e locali hanno adottato legittimamente, in assenza di una normativa di coordinamento di ambito statale, propri regolamenti in materia<sup>9</sup>.

In base al *decreto Balduzzi*, poi, è stato istituito anche un Osservatorio per valutare le misure più efficaci per contrastare la diffusione del gioco d'azzardo e il fenomeno della dipendenza grave. L'Osservatorio, inizialmente istituito presso l'Agenzia delle dogane e dei monopoli, è stato successivamente trasferito al Ministero della salute ai sensi della legge n. 190 del 2014, che ne ha modificato anche la composizione, per assicurare la presenza di esperti e di rappresentanti delle regioni, degli enti locali e delle associazioni operanti in materia.

Non va trascurato, poi, che la stessa legge (art. 1, comma 133) destina annualmente, a decorrere dal 2015, una quota di 50 milioni di euro, nell'ambito delle risorse destinate al finanziamento del Servizio Sanitario Nazionale, per la cura delle patologie connesse alla dipendenza da gioco d'azzardo.

Il rilievo della protezione della salute, quindi, riguarda moltissimi aspetti del fenomeno del gioco d'azzardo.

Viene in evidenza, anzitutto, il profilo organizzativo delle attività correlate alla cura e prevenzione dei disturbi connessi al gioco patologico. La creazione di "osservatori" o di centri di coordinamento viene spesso sottovalutata. Ha invece un grande impatto di tipo sistematico, sia perché codifica il rilievo di uno specifico interesse pubblico, sia perché rappresenta, in ogni caso, la sede idonea a promuovere le iniziative normative e le azioni amministrative reputate necessarie per intervenire sul fenomeno.

L'assioma fondamentale di tale principio è che nell'ipotesi di un rischio potenziale correlato all'attività del gioco è d'obbligo predisporre tutte le misure per minimizzare (o azzerare, ove possibile) il rischio preso in considerazione, pur sempre nel rispetto del principio di proporzionalità e di contemperamento degli interessi coinvolti.

Gli ulteriori sviluppi dell'ordinamento hanno rafforzato questa impostazione, tesa a riconoscere il ruolo centrale dell'interesse alla salute, quale corretta giustificazione delle determinazioni amministrative incidenti sul gioco d'azzardo. La giurisprudenza, dopo alcune

<sup>9</sup> Si deve aggiungere, peraltro, che la disciplina statale in materia di lotta alla ludopatia è ora posta dalla L. 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità per il 2016) che, all'art. 1, comma 936, ha previsto che:

"Entro il 30 aprile 2016, in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del D.Lgs. 28 agosto 1997, n. 281, sono definite le caratteristiche dei punti di vendita ove si raccoglie gioco pubblico, nonché i criteri per la loro distribuzione e concentrazione territoriale, al fine di garantire i migliori livelli di sicurezza per la tutela della salute, dell'ordine pubblico e della pubblica fede dei giocatori e di prevenire il rischio di accesso dei minori di età. Le intese raggiunte in sede di Conferenza unificata sono recepite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentite le Commissioni parlamentari competenti", così elevando le scelte assunte in sede di Conferenza unificata a principi generali della materia (sul punto, ma quanto al diverso profilo delle distanze dei c.d. luoghi sensibili, si è espressa Corte Cost. 11 maggio 2017, n. 108).

La Conferenza unificata ha concluso i suoi lavori con l'intesa sancita nella seduta del 7 settembre 2017: nell'ambito delle "scelte in via di attuazione e da fare" viene richiamata la possibilità di "Riconoscere agli Enti locali la facoltà di stabilire per le tipologie di gioco delle fasce orarie fino a 6 ore complessive di interruzione quotidiana di gioco". Rileva anche la seguente clausola: "Le disposizioni specifiche in materia, previste in ogni Regione o Provincia autonoma, se prevedono una tutela maggiore, continueranno comunque ad esplicare la loro efficacia".

iniziali oscillazioni ha avallato tale orientamento e sembra ormai sufficientemente omogenea in questa direzione. Gli esiti concreti del contenzioso possono ovviamente variare, riconoscendo, o meno, la legittimità dei provvedimenti di volta in volta contestati: ma il rilievo dell'interesse alla salute è costantemente valutato come elemento centrale della disciplina.

#### 4. L'interesse pubblico alla tutela della salute e la conformazione dei poteri amministrativi incidenti sul gioco d'azzardo. La questione del riparto di competenze tra Stato e Regioni

Quali sono i punti che meritano di essere maggiormente sottolineati?

In linea generale, il riferimento alla tutela e alla prevenzione della salute ha costituito la base per riconoscere ampi poteri di intervento amministrativo, sia programmatico e generale, che concreto, sulla regolamentazione dell'attività di gioco svolta dai soggetti privati. In tale ottica sono stati affrontati due grandi questioni di fondo: l'esatto riparto di competenze, normative e amministrative, tra i diversi soggetti pubblici; il contenuto delle determinazioni adottabili dalle singole amministrazioni, anche in rapporto al controllo di ragionevolezza esercitato dal giudice.

Il primo aspetto riguarda gli effetti che questa impostazione può determinare sul piano delle competenze dirette a regolare l'attività del gioco d'azzardo.

Nella prospettiva più risalente, gli interventi amministrativi riguardanti il gioco possono giustificarsi solo se perseguono l'interesse alla tutela dell'ordine pubblico. Ne consegue che i poteri sono concentrati in capo agli organi statali, mentre le amministrazioni locali non sono abilitate a intervenire nel settore.

Si può citare un esempio delle ultime pronunce condizionate da questa vecchia ricostruzione complessiva del sistema: TAR Piemonte, 20 maggio 2011 n. 513. Questa sentenza è collegata al vecchio quadro di riferimento, ovvero quello secondo cui la disciplina del gioco d'azzardo non persegue particolari finalità, se non quelle della tutela dell'ordine pubblico: da qui l'illegittimità dei provvedimenti comunali destinati ad incidere sulla materia<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> La previsione di un orario di «disattivazione» degli apparecchi da gioco mediante regolamento comunale non trova sostegno in alcuna disposizione legislativa ma, anzi, si svela integrare un'invasione delle competenze rimesse allo stato; la questione è stata affrontata dalla corte costituzionale (sent. n. 237 del 2006, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di una legge della provincia di Trento) che ha statuito che i profili relativi all'installazione degli apparecchi e congegni automatici da trattenimento o da gioco presso esercizi aperti al pubblico, sale giochi e circoli privati, peraltro compiutamente disciplinati dall'art. 110 r.d. n. 773 del 1931, afferiscono alla materia «ordine pubblico e sicurezza» che l'art. 117, 2° comma, lett. h), cost. riserva alla competenza esclusiva dello stato; si tratta – ha precisato la corte – di una materia che si riferisce alla prevenzione dei reati ed al mantenimento dell'ordine pubblico, come tale comprendente non solo la disciplina dei giochi d'azzardo ma anche quella dei giochi consentiti che presentano elementi aleatori e che si caratterizzano per la distribuzione di vincite: ciò, per la conseguente forte capacità di attrazione e di

Questo orientamento viene superato da una serie di decisioni successive delle diverse Corti, le quali si pronunciano sul nuovo quadro normativo, seguendo una linea coerente, che riconosce con larghezza la legittimità di interventi degli enti locali e delle amministrazioni regionali finalizzati alla tutela e alla prevenzione della salute.

Può essere utile partire dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale ha creato, ormai, un vero e proprio filone (Corte Costituzionale, 10 novembre 2011 n. 300; 18 luglio 2014 n. 220; 11 maggio 2017 n. 108; 27 marzo 2019 n.27)<sup>11</sup>. Tutte queste pronunce hanno un filo conduttore comune: quello secondo cui la materia del gioco d'azzardo – se si può definire materia a sé stante – comprende nel proprio ambito anche la tutela della salute, e ciò comporta la risposta ad una serie di questioni pregiudiziali di costituzionalità che erano proprio incentrate su questa idea, ovvero quella della mancanza di un potere delle Regioni di legiferare, o della mancanza a valle di un potere delle amministrazioni comunali di intervenire sul settore. Le pronunce utilizzano terminologie diverse: in alcuni casi si fa riferimento alla patologia in senso stretto, in altri casi si parla di intervento socio-sanitario, ed è questa l'idea di dilatazione del concetto di salute, consolidata in relazione ad altre pronunce<sup>12</sup>.

In particolare, con la sentenza 18 luglio 2014, n. 220, la Corte costituzionale ha riconosciuto nella riduzione degli orari delle sale da gioco una legittima misura di contrasto alla ludopatia.

Affrontando la questione della legittimità costituzionale dell'art. 50, comma 7, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, nella parte in cui non prevede che i poteri di coordinamento e riorganizzazione degli orari degli esercizi commerciali possano essere esercitati con finalità di contrasto del fenomeno del gioco di azzardo patologico (g.a.p.), la Corte ha chiarito che: “...il giudice a quo omette di considerare che l'evoluzione della giurisprudenza ammini-

---

concentrazione di utenti e per l'elevata probabilità di usi illegali degli apparecchi; connesso al profilo dell'incompetenza è, peraltro, anche quello della mancanza di una legge di copertura, tale da consentire al comune di incidere negativamente su situazioni soggettive dei privati connesse alla libertà di iniziativa economica; non può essere ritenuta tale la disposizione di legge di cui all'art. 50, 7° comma, d.l. n. 267 del 2000, la quale consente bensì al sindaco di esercitare il potere di fissare gli orari degli esercizi pubblici, ma unicamente «al fine di armonizzare l'espletamento dei servizi con le esigenze complessive e generali degli utenti» e non anche per finalità inerenti alla sicurezza pubblica, di competenza dello stato.

<sup>11</sup> C. Cost. 11 maggio 2017, n. 108, con nota di R. CHIEPPA, *Gioco d'azzardo: rischi e pericoli, ritardi e timidezza dello Stato e competenza delle Regioni e Comuni nelle azioni di contrasto alle dilaganti patologie (ludopatia o gap)*, in *Giur. cost.*, 2017, n. 3, pp. 1118 ss.

<sup>12</sup> La Corte costituzionale, in diverse pronunce, ha esattamente identificato l'interesse tutelato da dette misure (in primo luogo, nella sentenza 10 novembre 2011, n. 300, in cui era in discussione la legittimità costituzionale della legge della Provincia autonoma di Bolzano 22 novembre 2010, n. 13, e poi nella sentenza 11 maggio 2017, n. 108 relativa alla l. reg. Puglia 13 dicembre 2013, n. 43, ed infine, nella sentenza 27 marzo 2019, n. 27 relativa alla l. reg. Abruzzo 29 ottobre 2013, n. 40); la Corte costituzionale ha affermato che siffatte misure perseguono in via preminente “finalità di carattere socio-sanitario”, in quanto “sono dichiaratamente finalizzate a tutelare soggetti ritenuti maggiormente vulnerabili, o per la giovane età o perché bisognosi di cure di tipo sanitario o socio-assistenziale, e a prevenire forme di gioco cosiddetto compulsivo, nonché ad evitare effetti pregiudizievoli per il contesto urbano, la viabilità e la quiete pubblica”, esse, pertanto, “si preoccupano delle conseguenze sociali dell'offerta dei giochi su fasce di consumatori psicologicamente più deboli, nonché dell'impatto sul territorio dell'afflusso a detti giochi degli utenti”.

strativa, sia di legittimità, sia di merito, ha elaborato un'interpretazione dell'art. 50, comma 7, del D.Lgs. n. 267 del 2000, compatibile con i principi costituzionali evocati, nel senso di ritenere che la stessa disposizione censurata fornisca un fondamento legislativo al potere sindacale in questione. In particolare, è stato riconosciuto che – in forza della generale previsione dell'art. 50, comma 7, del D.Lgs. n. 267 del 2000 – il sindaco può disciplinare gli orari delle sale giochi e degli esercizi nei quali siano installate apparecchiature per il gioco e che ciò può fare per esigenze di tutela della salute, della quiete pubblica, ovvero della circolazione stradale”.

Si è quindi ritenuto che “rispondendo la lotta alla ludopatia a finalità di tutela della salute non è più dubitabile, alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale, che la riduzione degli orari delle sale gioco sia strumento idoneo a contrastare il fenomeno della ludopatia; quel che resta da considerare è, per ciascuna misura, la sua incidenza sugli interessi privati coinvolti” (Consiglio di Stato 4 dicembre 2019, n.8298).

Va ricordato che, con riguardo al riparto delle competenze, si è anche ventilato il dubbio che gli interventi regionali in materia di gioco d'azzardo non solo possano invadere le competenze statali, ma anche, in direzione opposta, comprimere l'autonomia degli enti locali. A tale proposito, però, il Consiglio di Stato, con la decisione della Sez. V, 8 agosto 2018, n.4867, ha confermato la piena legittimità dei poteri normativi e amministrativi delle Regioni.

Secondo tale pronuncia, per costante giurisprudenza della Corte Costituzionale, ai fini dell'individuazione della materia nella quale si colloca una disposizione, si deve tener conto dell'oggetto, della ratio e della finalità della disciplina da essa stabilita, “tralasciando gli aspetti marginali e gli effetti riflessi, così da identificare correttamente e compiutamente anche l'interesse tutelato” (*ex plurimis*, sentenze n. 108 del 2017; 140 del 2015, n. 167 del 2014; analogamente, sentenze n. 175 del 2016 e n. 245 del 2015). In applicazione delle predette coordinate ermeneutiche, va escluso che a carico della norma regionale (nella specie, della regione Piemonte) possa ravvisarsi la lamenta lesione dei principi di sussidiarietà e autonomia discendenti dagli artt. 5 e 118 Cost., come consacrati nell'art. 3, comma 2, T.U.E.L. (“Il comune è l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo”), nonché i principi di uguaglianza e ragionevolezza di cui agli artt. 3 e 97 Cost., attesa la finalità socio-sanitaria della legislazione regionale, che investe la materia “tutela della salute” di cui alla legislazione concorrente *ex art.* 117, terzo comma, Cost., nella quale le regioni possono legiferare nel rispetto dei principi fondamentali della legislazione statale (Corte Cost., n. 108 del 2017, cit., in tema di distanze delle sale da gioco dai c.d. luoghi sensibili), condizione che nella specie, per tutto quanto riferito al precedente punto 3.2., risulta pienamente rispettata.

## 5. L'esercizio del gioco d'azzardo come attività economica. I limiti alla concorrenza nella prospettiva del diritto comunitario

Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea afferma una serie di principi che, in partenza – sullo sfondo c'è il tema della libertà di concorrenza e di stabilimento – non erano affatto scontati. Ebbene la Corte, pur riconoscendo che questo è un settore non armonizzato, nel quale mancano disposizioni specifiche, ravvisa il potere dei singoli ordinamenti di disciplinare con disposizioni derogatorie rispetto a quelle che sarebbero i principi generali del Trattato in relazione all'attività economica, proprio per l'esistenza di molteplici interessi, compreso quello della tutela della salute, che da adesso entra in gioco in maniera preponderante.

La Corte, con la decisione 11 giugno 2015, n. 98/14 ha ben chiarito che le restrizioni alla libera prestazione dei servizi che possono derivare da normative nazionali, come quelle in questione nel procedimento principale, possono essere giustificate da motivi imperativi d'interesse generale solo se e in quanto il giudice nazionale, in esito a una valutazione globale delle circostanze che hanno accompagnato l'adozione e l'esecuzione di tali normative, concluda nel senso che: esse perseguono, anzitutto, effettivamente obiettivi relativi alla tutela dei consumatori contro la dipendenza dal gioco e alla lotta contro le attività criminali e fraudolente collegate al gioco. Infatti, la mera circostanza che una restrizione delle attività di gioco d'azzardo vada accessoriamente a beneficio, tramite un incremento degli introiti fiscali, del bilancio dello stato membro interessato non osta a che si possa ritenere che tale restrizione persegue anzitutto effettivamente siffatti obiettivi; esse perseguono questi stessi obiettivi in modo coerente e sistematico, e esse soddisfano gli obblighi derivanti dai principi generali del diritto dell'Unione, in particolare dai principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, nonché dal diritto di proprietà.

Con la sentenza della Sez. VI, 28 febbraio 2018, n. 3, nella causa C-3/17, la Corte ha ribadito che l'articolo 56 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta, in linea di principio, ad un sistema dualistico di organizzazione del mercato dei giochi d'azzardo nel quale alcuni tipi di questi giochi rientrano nel sistema del monopolio statale, mentre altri sono sottoposti al sistema delle concessioni e delle autorizzazioni per l'organizzazione di giochi d'azzardo, qualora il giudice del rinvio accerti che la normativa restrittiva della libera prestazione dei servizi persegue effettivamente, in modo coerente e sistematico, gli obiettivi fatti valere dallo Stato membro interessato.

Nello stesso ordine di idee si pone la recente decisione delle Sezioni Unite della Cassazione (29 maggio 2019, n. 14697), che, in una vicenda peculiare, affronta *funditus* il tema del rapporto tra legislazione nazionale e principi del Trattato, riconoscendo la piena legittimità delle disposizioni dell'impianto complessivo del nostro sistema, anche in relazione a questa apparente anomalia del regime concessorio non di un servizio pubblico, che ci farebbe preoccupare, ma giustificato dall'esigenza di effettuare un controllo penetrante sull'attività.

Secondo la Cassazione, i principi elaborati dalla corte di giustizia dell'Unione europea in materia di libertà di stabilimento non escludono una disciplina nazionale restrittiva del gioco lecito, fondata sui principi di proporzionalità e su ragioni imperative d'interesse generale o di ordine pubblico. Sono pertanto compatibili con il diritto dell'Unione le restrizioni del legislatore italiano all'attività d'impresa esercente il gioco lecito mediante apparecchi e congegni elettronici, necessariamente connessi alla rete telematica pubblica, di cui è previsto l'affidamento in concessione ai sensi dell'articolo 14-*bis*, 4° comma, d.p.r. n. 640 del 1972. Infatti, tali restrizioni sono giustificate dalla necessità, per un verso, di tutelare l'ordine pubblico, scongiurando, con un sistema di accesso e controllo pubblico capillare, il fiorire del gioco d'azzardo illecito e, per l'altro, di salvaguardare l'interesse generale al contrasto della ludopatia, consentendo all'autorità statale, per il tramite del rapporto concessorio, di conservare la titolarità e il controllo del denaro riscosso, secondo le regole generali relative al maneggio di denaro pubblico, nel pieno rispetto anche del principio della proporzionalità, trattandosi di controllo periodico, che non intralcia la gestione dell'attività di gioco lecito ed, anzi, è facilitato dalla rete telematica.

La Cassazione affronta il tema delle ricadute applicative della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 6 novembre 2003 (caso C-243), meglio conosciuta come sentenza *Gambelli*, nella quale si chiarisce che non è possibile addurre finalità fiscali o l'esigenza di finanziare attività sociali per giustificare l'adozione di politiche restrittive della libertà d'impresa. Secondo la Corte del Lussemburgo la gestione dei giochi di sorte o d'azzardo è un'attività economica, la riserva di Stato si giustifica solo in funzione di ragioni di ordine pubblico e di contrasto alla criminalità organizzata<sup>13</sup>.

La Cassazione ribadisce che i principi, direttamente applicabili negli ordinamenti degli Stati membri, elaborati dalla Corte di giustizia proprio in relazione alla libertà di stabilimento (art. 49 T.F.U.E.) comparata alle legislazioni nazionale in tema di gioco lecito, non esclude una regolamentazione restrittiva ove fondata su principi di proporzionalità, su ragioni imperative d'interesse generali o di ordine pubblico. Al riguardo si richiamano i principi non soltanto della sentenza *Gambelli* (CGCE 6 novembre 2003 C-243/01) ma anche quelli analoghi contenuti nelle sentenze *Placanica* (6/3/2007 C-338/04; C-359-360/04) e *Costa Cifone* (16/2/2012 C-72/2010; C-77/2010).

Pur non essendovi una normativa comunitaria specifica sul gioco d'azzardo, il Parlamento europeo ha approvato il 10 settembre 2013 una risoluzione nella quale si afferma la legittimità degli interventi degli Stati membri a protezione dei giocatori, pur se tali interventi dovessero comprimere alcuni principi cardine dell'ordinamento comunitario come, ad esempio, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi. Secondo il Parlamento europeo, il gioco d'azzardo non è un'attività economica ordinaria, poiché, dati i

<sup>13</sup> Per un'analisi approfondita di questi temi si rinvia a E. MAURI, *Motivi imperativi di carattere generale quali ostacoli alla libera circolazione nell'Unione europea e strumenti di tutela della salute*, in questa Rivista, 2019, n. 3, p. 563.

suoi possibili effettivi negativi per la salute e a livello sociale, quali il gioco compulsivo (che potrebbe determinare conseguenze dai cui costi difficili da stimare), la criminalità organizzata, il riciclaggio di denaro e la manipolazione degli incontri sportivi. È pertanto necessario contrastare i possibili effetti negativi del gioco d'azzardo per la salute e a livello sociale, tenuto anche conto dell'enorme diffusione del gioco d'azzardo e del fenomeno delle frodi, oltre che svolgere un'azione di lotta alla criminalità.

Parimenti, la Commissione europea nel 2014 è intervenuta sul tema con la raccomandazione 14 luglio 2014 sul gioco d'azzardo (anche se on line), stabilendo i principi che gli Stati membri sono invitati a osservare al fine di tutelare i consumatori, con particolare attenzione ai minori e ai soggetti più deboli<sup>14</sup>.

Come attentamente osservato in dottrina, la stessa “direttiva servizi” (Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006) al considerato n. 25, ritiene opportuno escludere dal suo campo d'applicazione i giochi in denaro, ivi comprese lotterie e scommesse.<sup>15</sup>

## 6. La giurisprudenza amministrativa. Il rilievo centrale dell'interesse alla salute e il principio di proporzionalità

In questo quadro si è sviluppata una ricca giurisprudenza del giudice amministrativo. Quali sono i temi del contenzioso? Molte regioni e le due provincie autonome hanno dettato articolate disposizioni in materia, con una serie di misure organizzative e regolatorie. In presenza di questa disciplina o anche nei casi in cui quest'ultima non è stata adottata, numerosi comuni hanno abbracciato assetti di vario tipo, che hanno inciso sulla disciplina degli orari di apertura e sulle distanze tra i luoghi in cui si pratica gioco d'azzardo e i cosiddetti luoghi “sensibili” – si è parlato di “distanziometro”<sup>16</sup>. Ebbene, il contenzioso che ne è scaturito è stato particolarmente ampio; anche qui, la questione che si è quasi sempre posta ha riguardato la competenza stessa degli enti locali nell'adozione di provvedimenti di questo tipo e, più a monte, la competenza regionale a dettare disposizioni in questa materia.

Senza entrare troppo nel dettaglio, il Consiglio di Stato (6 settembre 2018 n. 5237, 8 agosto 2018 n. 4867, 27 luglio 2018 n. 4604) ha ripetutamente affrontato – e risolto – la questione sulla base della riconduzione degli interventi comunali e regionali alla essenziale finalità di protezione, anche preventiva, della salute del cittadino. Questo principio ha costituito

<sup>14</sup> Cfr. anche Corte di Giustizia, sentenza 22 gennaio 2015, c. 463-2013, Stanley International Betting Ltd c. Ministero dell'Economia e delle Finanze, in relazione alla libera prestazione di servizi – giochi d'azzardo.

<sup>15</sup> TIMO, *op. cit.*, nota 14.

<sup>16</sup> M. COSULICH, “Fatti più in là / così vicino mi fai turbar”. La distanza delle sale scommesse dai luoghi sensibili in alcune recenti pronunzie del Consiglio di Stato, in questa *Rivista*, 2018, n. 1, pp. 6 ss.

l'asse portante che ha permesso di risolvere una serie di questioni riguardanti le limitazioni stabilite dalle Regioni e dai comuni<sup>17</sup>.

La pronuncia n. 5237/2018 riconosce la sussistenza di poteri di intervento delle amministrazioni pubbliche, strettamente correlati alla protezione dei giocatori, pur senza considerare esplicitamente l'aspetto patologico: le restrizioni alle attività di gioco d'azzardo possono essere giustificate da ragioni imperative di interesse generale, quali la tutela dei consumatori e la prevenzione della frode e dell'incitamento dei cittadini ad una spesa eccessiva legata al gioco.

In senso analogo, anche T.a.r. Sardegna, sez. I, 2 agosto 2018, n. 721 afferma il principio in forza del quale la libertà di iniziativa economica può essere limitata per l'esigenza di tutelare valori di rilievo generale, tra cui il contrasto degli effetti distorsivi del gioco d'azzardo; il potere del sindaco di regolare gli orari degli esercizi commerciali si estende alla regolazione degli orari delle sale da gioco.

La decisione del Consiglio di Stato n. 4604/2018 chiarisce che, ai fini del rilascio della licenza *ex art. 88 tulps* per l'esercizio di sale scommesse e di altri giochi leciti, le questure devono verificare, oltre ai requisiti richiesti dalla legislazione di pubblica sicurezza, anche il rispetto delle normative, regionali o comunali, in materia di distanze minime di tali attività commerciali da luoghi considerati «sensibili», cioè da tutti quei luoghi (primariamente gli istituti scolastici) nei quali si presume la presenza di soggetti appartenenti alle categorie più vulnerabili (primariamente i giovani) rispetto alla tentazione del gioco d'azzardo ed all'illusione di poter conseguire attraverso di esso facili guadagni. Si tratta di un principio molto importante: la tutela della salute, in chiave preventiva, non soltanto giustifica i poteri di intervento delle amministrazioni competenti in materia, ma condiziona anche le funzioni delle amministrazioni statali che curano precipuamente la protezione dell'ordine pubblico.

La sentenza n. 4867/2018 sottolinea che dal composito e complesso quadro giuridico europeo e nazionale emerge non solo e non tanto la legittimazione, ma l'esistenza di un vero e proprio obbligo a porre in essere da parte dell'amministrazione, nel caso di specie quella comunale, interventi limitativi nella regolamentazione delle attività di gioco, ispirati per un verso alla tutela della salute, che rischia di essere gravemente compromessa per i cittadini che siano giocatori e quindi clienti delle sale gioco, per altro verso al principio di precauzione, citato nell'art. 191 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il cui scopo è garantire un alto livello di protezione dell'ambiente grazie a precise prese di posizione preventive in caso di rischio, ma il cui campo di applicazione è molto più vasto e si estende anche alla politica dei consumatori, alla legislazione europea sugli alimenti, alla salute umana, animale e vegetale.

<sup>17</sup> Cons. Stato, sez. IV, 27 novembre 2018, n. 6714; V, 6 settembre 2018, n. 5237; 8 agosto 2018, n. 4867; V, 23 luglio 2018, n. 4439; V, 11 luglio 2018, n. 4224; V 13 giugno 2016, n. 2519; sez. V, 28 marzo 2018, n. 1933; V, 22 ottobre 2015, n. 4861; sez. V, 20 ottobre 2015, n. 4794; sez. V, 30 giugno 2014, n. 3271.

La pronuncia afferma espressamente che il gioco d'azzardo non è un'attività economica ordinaria, dati i suoi possibili effetti negativi per la salute e a livello sociale, quali il gioco compulsivo, la criminalità organizzata, il riciclaggio di denaro e la manipolazione degli incontri sportivi: pertanto è necessario contrastarne i possibili effetti negativi per la salute e a livello sociale, tenuto anche conto della sua enorme diffusione e del fenomeno delle frodi, oltre che svolgere un'azione di lotta alla criminalità.

In questo senso, anche Cons Stato, sez. V, 20 ottobre 2015, n. 4794 evidenzia che la normativa in materia di gioco d'azzardo, con riguardo alle conseguenze sociali dell'offerta dei giochi su fasce di consumatori psicologicamente più deboli, nonché dell'impatto sul territorio dell'afflusso ai giochi degli utenti, non è riferibile alla competenza statale esclusiva in materia di ordine pubblico e sicurezza di cui all'art. 117, 2° comma, lett. h), cost., ma alla tutela del benessere psicofisico dei soggetti maggiormente vulnerabili e della quiete pubblica, tutela che rientra nelle attribuzioni del comune *ex art. 3 e 5 d.l. 18 agosto 2000 n. 267*. La disciplina degli orari delle sale da gioco è infatti volta a tutelare in via primaria non l'ordine pubblico, ma la salute ed il benessere psichico e socio economico dei cittadini, compresi nelle attribuzioni del comune ai sensi di dette norme; pertanto, il potere esercitato dal sindaco nel definire gli orari di apertura delle sale da gioco non interferisce con quello degli organi statali preposti alla tutela dell'ordine e della sicurezza, atteso che la competenza di questi ha ad oggetto rilevanti aspetti di pubblica sicurezza, mentre quella del sindaco concerne in senso lato gli interessi della comunità locale, con la conseguenza che le rispettive competenze operano su piani diversi e non è configurabile alcuna violazione dell'art. 117, 2° comma, lett. h), cost.

Secondo Cons Stato, sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4861, in ogni caso, le sale giochi e gli esercizi dotati di apparecchiature da gioco, seguendo l'elencazione contenuta nell'art. 50, 7° comma, d.leg. n. 267 del 2000, sono qualificabili come pubblici esercizi, di talché il sindaco può esercitare la potestà regolatoria, tra cui rientrano le attività riguardanti l'esercizio del gioco d'azzardo, quando essa è funzionale ad esigenze di tutela della salute e della quiete pubblica.

Merita di essere ricordata anche la decisione del Cons. di Stato, sez. IV, 16 giugno 2017, n. 2956, che ha affermato la legittimità del complesso sistema dei controlli amministrativi sull'attività del gioco d'azzardo. In questo senso, l'attività di raccolta di gioco lecito mediante apparecchi VLT è sottoposta ad un duplice vaglio da parte della p.a. atteso che, per poter essere legittimamente esercitata, deve essere preceduta dall'autorizzazione del questore *ex art. 88 tulps* e dalla relativa scia; tale disciplina è conforme ai principi dell'Ue, come chiarito dalla corte di giustizia, secondo la quale gli artt. 43 e 49 del trattato Ce non ostano a una normativa nazionale che imponga alle società, interessate a esercitare attività collegate ai giochi d'azzardo, l'obbligo di ottenere un'autorizzazione di polizia, in aggiunta a una concessione rilasciata dallo stato al fine di esercitare simili attività, e che limiti il rilascio di una siffatta autorizzazione segnatamente ai richiedenti che già sono in possesso di una simile concessione; si tratta di titoli che, evidentemente sono preordinati al soddisfacimento di interessi diversi, atteso mentre l'autorizzazione di polizia mira al contrasto dei fenomeni di criminalità legati al mondo delle scommesse, la scia consente di verificare

il rispetto di quegli altri interessi che devono essere tutelati nell'esercizio dell'attività commerciale in questione, tra i quali spicca quello della tutela del consumatore rispetto alla cd. ludopatia.

## 7. La localizzazione delle sale da gioco nei luoghi sensibili, gli orari di apertura e l'accertamento concreto dell'incidenza sulla prevenzione del GAP

Più di recente, una decisione del Consiglio di Stato (4 dicembre 2019 n. 8298) ha riassunto la giurisprudenza dello stesso giudice amministrativo e delle altre Corti, ma ha introdotto alcuni elementi ulteriori.

Il primo riguarda la necessità – o meno – di un accertamento concreto sulla idoneità della localizzazione degli esercizi del gioco d'azzardo ad incidere sulla salute della persona. Il ragionamento nasce da questa prospettazione delle parti ricorrenti: come si fa a stabilire che la distanza di 500 metri sia effettivamente utile per prevenire o contrastare il fenomeno del gioco d'azzardo patologico? Occorre un accertamento specifico? Qui la giurisprudenza ha ritenuto, in primo luogo, che l'istruttoria non richieda uno svolgimento di indagini particolarmente intenso, poiché è sufficiente acquisire rapporti informativi delle strutture sanitarie locali, ma in alcuni casi si è andato oltre, affermando che possa essere considerato *fatto notorio* l'attitudine della forte offerta di gioco ad incidere sulla propensione allo stesso.

Secondo la citata decisione del Consiglio di Stato n. 4867/2018, “non può invero sottacersi la innegabile notorietà del fenomeno della diffusione della ludopatia (si considerino, al riguardo, i dati considerati nella sentenza appellata e, ulteriormente quanto già rilevato al precedente punto 3.2.), anche in mancanza di più specifici dati statistici epidemiologici relativi alle singole parti del territorio nazionale, tenuto anche conto del fatto che, come già rilevato dalla Sezione nell'ambito dei precedenti sopra citati, molti dei soggetti coinvolti o ancora non si sono rivolti ai presidi sanitari ovvero neppure sono consapevoli della loro patologia”.

Il secondo elemento che emerge da questa pronuncia è l'affermazione secondo cui c'è un limite insuperabile al quale è necessario attenersi, ovvero quello di non introdurre limitazioni attraverso le distanze o attraverso la pianificazione urbanistica, che impedisca *funditus* lo svolgimento dell'attività nell'ambito del territorio comunale: è questo un aspetto che ha condotto, ad un caso, a ritenere illegittime le determinazioni di un'amministrazione comunale altoatesina che aveva adottato una regolamentazione considerata eccessivamente severa in relazione a questo presupposto (Consiglio di Stato, sez. VI, 19 marzo 2019, n. 1806).

Va aggiunto che il relativo accertamento postula una verifica accurata, se necessario sostenuta da un'approfondita verifica, idonea a verificare se l'applicazione delle disposizioni comunali renda o meno impossibile lo svolgimento dell'attività.

Credo si possa, al momento, ritenere che l'inquadramento della disciplina del gioco d'azzardo, nell'ambito delle possibili forme di prevenzione e tutela rispetto ai disturbi e alle patologie allo stesso connesse, sia ormai acquisito. C'è da chiedersi ormai quali potrebbero essere gli ulteriori sviluppi sul piano complessivo dell'ordinamento giuridico: di recente c'è stata una pronuncia del Tribunale ordinario in sede monocratica di Milano (sez. X, 29 dicembre 2019), la quale ha affrontato la richiesta di inibitoria proposta da un'associazione di consumatori, che lamentava l'amministrazione comunale di non aver dato seguito ad un proprio provvedimento riguardante l'orario di apertura di una casa da gioco privata<sup>18</sup>. Secondo la decisione cautelare, ai fini dell'inibitoria volta alla tutela del diritto alla salute dei cittadini e consumatori è necessario provare che la riduzione dell'orario di funzionamento degli apparecchi da gioco limiti effettivamente il fenomeno. Correlativamente, occorre accertare che il mancato rispetto dell'orario sia tale da compromettere effettivamente la salute dei cittadini o dei consumatori.

Il giudice ha quindi respinto la domanda cautelare, ritenendo che, nella specie, non fosse stata concretamente dimostrata la correlazione tra la limitazione dell'orario di funzionamento degli apparecchi da gioco lecito disposta con ordinanza sindacale e l'incidenza sul fenomeno della ludopatia.

La soluzione non pare convincente, poiché, al contrario, costituisce, allo stato, un dato acquisito che la lunghezza eccessiva degli orari di apertura, ampliando l'offerta del gioco è certamente una concausa della ludopatia.

## 8. Conclusioni. Le prospettive future

Il settore del gioco d'azzardo è in rapida e continua evoluzione. I fattori economici, sociale e culturali che lo influenzano risultano assai mutevoli.

In questo quadro, insieme ad elementi di instabilità, vi sono, però alcune certezze, che si sono radicate grazie alle decise scelte del legislatore statale (in particolare nel 2012) e agli interventi normativi delle Regioni più sensibili alla necessità di esercitare un efficace controllo regolatorio sul fenomeno.

Ciò ha favorito una complessiva coerenza della giurisprudenza, non solo amministrativa. Schematizzando, i punti che sembrano acquisiti sono i seguenti.

- A) L'organizzazione e la gestione del gioco d'azzardo costituiscono senz'altro attività economiche, come tali meritevoli di tutela.

---

<sup>18</sup> Va ricordato che, per la giurisprudenza amministrativa, sono ammessi interventi dell'amministrazione comunale diretti a limitare l'orario di apertura delle case da gioco o di funzionamento di apparecchi per il gioco d'azzardo. Ad esempio, per T.a.r. Veneto, sez. III, 06-11-2017, n. 982, è legittima l'ordinanza, basata sull'art. 50, 1° comma, testo unico, che ha ridotto l'orario del funzionamento degli apparecchi e congegni di gioco dalle ore 10 alle 13 e dalle 17 alle 22; la sentenza ha ritenuto che l'ordinanza era adeguatamente motivata in relazione alla finalità di contrastare il fenomeno del gioco d'azzardo patologico (GAP).

- B) Sono, tuttavia, attività imprenditoriali che si intersecano con interessi e valori di rango non inferiore. La libertà di iniziativa economica può quindi essere legittimamente limitata, purché correlata, secondo un principio di proporzionalità, alla protezione di tali interessi.
- C) I controlli sull'attività del gioco d'azzardo possono essere svolti dalle diverse amministrazioni competenti alla cura degli specifici interessi coinvolti.
- D) I rischi correlati alla dipendenza patologica dal gioco d'azzardo, ponendo in evidenza i diritti della persona e l'interesse collettivo alla prevenzione e alla tutela della salute, assumono un ruolo centrale nella definizione dei poteri delle singole amministrazioni.
- E) Il giudice amministrativo esercita un sindacato pieno sulla legittimità dei provvedimenti adottati dalle amministrazioni. Senza sostituirsi alle valutazioni discrezionali riservate ai soggetti pubblici, il giudice ha pieno accesso al fatto e alle valutazioni tecniche costituenti il presupposto delle determinazioni amministrative.
- F) Senza abdicare alla pienezza della giurisdizione, con riguardo alla verifica dei fatti rilevanti, il giudice amministrativo, in coerenza con i principi generali, può ritenere accertati i fatti che costituiscono nozione di comune esperienza. Tra questi va considerata la correlazione tra il gioco d'azzardo patologico e la diffusione e collocazione degli esercizi in determinati ambiti territoriali o lo svolgimento della loro attività in particolari orari.

Ora, è ragionevole prevedere (e auspicare) che, nel prossimo futuro, il legislatore (europeo, nazionale e regionale) proseguirà la propria opera di razionalizzazione del sistema, definendo con maggiore chiarezza le regole di contemperamento tra le attività economiche riguardanti il gioco d'azzardo e la salvaguardia degli altri interessi coinvolti.

Ci si potrebbe domandare, intanto, se sia possibile individuare, già nell'attuale contesto, altre possibili conseguenze derivanti dalla affermata correlazione tra la tutela della salute e provvedimenti regolatori del gioco d'azzardo?

Senz'altro gli aspetti da approfondire sono molteplici. Basterebbe domandarsi, ad esempio, se l'attività di chi non adotti misure idonee a impedire che una persona sia indotta al gioco d'azzardo patologico possa determinare la lesione del diritto alla salute, con tutte le relative conseguenze civilistiche o penalistiche.

Dunque, non mancano i profili del gioco d'azzardo meritevoli di ulteriore approfondimento. Allo stato, peraltro, va considerato positivamente, nel suo insieme, l'assetto normativo derivante dalla legislazione nazionale e da quelle regionali, che finora, nel suo nucleo centrale, ha resistito ai tanti dubbi di costituzionalità di volta in volta proposti.



# Dignità sociale *versus* dignità individuale: la fine della vita non può essere solo un fatto personale\*

Antonio D'Andrea\*\*

**SOMMARIO:** 1. Obblighi di intervento dello Stato-apparato e dignità individuale. – 2. La richiesta di “aiuto” ai pubblici poteri per morire dignitosamente: una questione complessa oltre la volontà individuale. – 3. La legge e la maturazione di un bisogno sociale: qualche coordinata costituzionale.

## 1. Obblighi di intervento dello Stato-apparato e dignità individuale

L'autodeterminazione degli individui resa possibile dal riconoscimento della libertà personale (senza la quale non può esservi alcuna possibilità di autodeterminazione) può nei fatti spingersi sino a cercare di realizzare e anche ottenere particolari “risultati esistenziali”, che arrivano a contemplare scelte che non sono propriamente diritti tra le quali potrebbe trovare posto quella estrema di togliersi la vita. Ciò in ragione di insondabili valutazioni personali e di situazioni di sofferenza e disagio, non solo fisico, che possono avere a che fare con la propria dignità o, meglio, con ciò che corrisponde alla propria sensibilità, da

\* Contributo sottoposto a referaggio da parte della Direzione. L'articolo riprende l'intervento svolto dall'Autore durante il convegno Due anni della rivista Corti Supreme e Salute, all'interno della sessione dedicata a “Fine vita, sanità, salute”, organizzato dall'Università Cattolica del Sacro Cuore, in collaborazione con la Società italiana di Diritto sanitario, il 29 gennaio 2020 a Milano.

\*\* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Brescia, antonio.dandrea@unibs.it.

non considerare dunque alla stregua né della sensibilità altrui e neppure di quella comunitaria, vale a dire di quella maggiormente diffusa in quel tempo e in quel luogo.

È evidente come sia del tutto illusorio pensare che l'esistenza di ciascun individuo possa svolgersi libera da qualsiasi condizionamento, prima che sociale ed economico, di natura giuridica solo perché a livello costituzionale viene affermato il c.d. "principio personalista" che, in effetti, non può essere declinato in termini di libertà assoluta quanto all'uso di mezzi e strumenti per assecondare inclinazioni e obiettivi personali nello spazio comune "messo a disposizione" dall'autorità statale. Neppure il principio personalista può convertirsi in una "pretesa" di non subire interferenze negative per quel che attiene alla propria autodeterminazione. Nessuna prospettiva solipsistica può accompagnare la vicenda umana di ognuno allorché questa si concretizzi all'interno di un ordinamento giuridico che pure possa dirsi democratico, rispettoso della libertà e volto a promuovere il "riequilibrio sociale" fra le varie categorie di cittadini.

È perciò poco produttivo pensare come negli ordinamenti democratici possa essere riconosciuta una zona franca dell'agire umano (coincidente con i convincimenti etico-morali di ciascuno, quali che siano i presupposti che li giustificano) legittimamente sottratta a qualsiasi forma di limitazione giuridica. È noto come l'obiezione di coscienza, ove non contemplata dalle norme vigenti, comporti pur sempre conseguenze sfavorevoli per l'obiettore che faccia o non faccia quanto richiesto dal comando legittimamente operante.

La "pretesa" di raggiungere un determinato obiettivo considerato essenziale per la propria dignità – quella che si ritiene essere tale –, pur potendo avere a che fare con il coincidente interesse pubblico (si pensi al successo nel campo della istruzione superiore, che dovrebbe arridere ai capaci e meritevoli per esplicita indicazione costituzionale), non concretizza un diritto alla salvaguardia della dignità individuale così come concepita dal diretto interessato (si potrebbe, pur desiderandolo fortemente e anche impegnandosi allo spasimo, non cogliere i successi professionali a cui ardentemente si aspira). Per la stessa ragione non può essere ipotizzato un obbligo in capo alla pubblica autorità affinché quella "pretesa" coesistente per il proprio soddisfacimento esistenziale e spirituale, che non si riesce a concretizzare, venga assicurata grazie all'intervento *ad adiuvandum* del soggetto pubblico. La dignità individuale – cosicché ciascuno ne ha una sua propria – non coincide con la assoluta libertà di fare o non fare quel che l'impulso interiore considera necessario, né tantomeno costituisce una base giuridica di livello costituzionale per pretendere il suo soddisfacimento.

L'autodeterminazione che, come è noto, presuppone il riconoscimento della libertà e dei diritti individuali e che sicuramente può essere indirizzata dai convincimenti interiori e spirituali del soggetto, si realizza tuttavia, per quel che ci riguarda, all'interno di una cornice ordinamentale nella quale, accanto ai limiti previsti al fine di garantire una convivenza pacifica e ordinata, assume un rilievo preponderante la "dignità sociale" della persona, inserita cioè all'interno di una relazione comunitaria che, pur proteggendo e garantendo il singolo – i diritti individuali – non lo isola dal contesto nel quale egli è collocato, persino a prescindere dalla sua volontà.

Più che il rilievo personale – la percezione individuale – che ciascuno è disposto a riconoscere ai propri diritti e a quelle pretese che non sono diritti o che non lo sono ancora, la Costituzione, in primo luogo, e la legge quando, positivizzandoli, definiscono i diritti delle persone lo fanno, in linea di principio, con lo sguardo rivolto alla comunità politico-sociale di riferimento e, per i diritti fondamentali (riconosciuti ben oltre la dimensione nazionale degli ordinamenti), al genere umano nella sua pienezza. E ciò pure se i presupposti che hanno reso necessario un intervento normativo possono talvolta ricollegarsi a vicende specifiche nelle quali è emersa l'assenza di tutela nei confronti di taluno (la storia dei diritti sociali va in questa direzione ed è evidente che il diritto ad una prestazione pubblica ha alle spalle tante condizioni di difficoltà individuale non fronteggiate in un modo appagante, almeno per molto tempo e divenute comunque oggetto di “lotta comune”, infine “vinta”). La “dignità personale” è certo collegata al riconoscimento della libertà, ma potrebbe indurre a scelte individuali che non corrispondono alla sensibilità e cultura altrui e neppure a quella maggiormente diffusa nel contesto ordinamentale: non dà luogo tuttavia ad un diritto autonomo, è piuttosto “obiettivo esistenziale” a cui ciascuno può mirare una volta che fossero garantiti i diritti di base.

Diversamente, la “dignità sociale” viene prevista nell'ordinamento costituzionale come obiettivo collettivo da salvaguardare, anche laddove al singolo manchi la libertà e la possibilità di autodeterminarsi rispetto a situazioni nelle quali si trova (si parla di “rispetto della persona umana” – art. 32 con riguardo ai limiti inviolabili laddove la legge imponga un trattamento sanitario; del divieto di “ogni violenza fisica o morale” – art. 13, con riguardo ai provvedimenti restrittivi della libertà personale assunti dall'autorità procedente; di “senso di umanità” – art. 27, con riferimento alla espiazione di pene detentive; di “esistenza libera e dignitosa” – art. 36, con riguardo alla retribuzione per le attività di lavoro subordinato; di non recare “danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana” – art. 41, rispetto alla libertà di iniziativa economica). In tutti i casi nei quali il dettato costituzionale individua il limite che non può essere oltrepassato da un soggetto, pubblico o privato che sia, affinché sia preservata la “dignità” degli individui in stato di soggezione – da intendersi nella sua accezione “sociale” non già individuale –, si incardina un obbligo di intervento attuativo del legislatore per rendere concreto quel limite. Naturalmente, laddove non sia giustificabile l'assenza di regolamentazione legislativa, anche il vuoto normativo finisce per essere espressione di un'illegittimità costituzionale che, come è noto, potrà essere affrontata e risolta dalla Corte con varie modalità. A maggior ragione, se si riconoscono diritti fondamentali, questi vanno assicurati e presuppongono l'attivazione non già l'inertezza dei pubblici poteri.

## 2. La richiesta di “aiuto” ai pubblici poteri per morire dignitosamente: una questione complessa oltre la volontà individuale

La domanda allora da porsi è la seguente: si riscontra a livello costituzionale la presenza di un diritto individuale ad ottenere, attraverso l'autorità pubblica competente in materia di assistenza sanitaria, la cessazione della propria vita, qualora si versi in condizioni di infermità fisica e psichica – correttamente accertate sul piano medico – che non vengono ritenute accettabili dal diretto interessato?

In altri termini, una volta esclusa la possibilità di curarsi per mantenere una condizione psico-fisica ritenuta sopportabile dal soggetto, l'autodeterminazione connessa ad una precisa concezione della dignità intesa in senso soggettivo si spinge sino ad ottenere una “prestazione” della pubblica autorità che inveri il diritto costituzionale di poter morire “istantaneamente” o, comunque, “rapidamente”?

Se davvero esistesse un tale diritto lo si potrebbe rivendicare – sempre che si sia in condizioni di poter agire – non solo qualora maturassero certe condizioni, ma anche in anticipo dunque “ora per allora”, cioè in anticipo rispetto a quando potrebbero maturare i presupposti normativi: il che significa che non potrebbe mancare un'attività normativa di rango legislativo per dare necessaria attuazione al precetto costituzionale fonte di tale diritto personalissimo, diritto che quindi non dovrebbe potersi prestare all'esercizio da parte di nessun altro fiduciario.

A me non pare tuttavia di rinvenire in Costituzione una così accentuatamente individualistica concezione della persona (per certi versi potrebbe dirsi egoistica) dalla quale desumere la protezione costituzionale del “diritto ad ottenere la morte”, giustificata o, se si vuole, assecondata da una inclinazione fortemente soggettivistica della dignità che accompagna il vivere di ciascuno. Piuttosto, se si resta al dettato costituzionale, l'interesse prevalente della collettività è rappresentato dalla tutela della salute del singolo, pur con dei limiti per i trattamenti “imposti”, nonché dalla stessa attenzione per ridurre – non già per indurre – l'intervento afflittivo del potere pubblico nei riguardi di coloro i quali si trovino in uno stato di menomazione, cosicché non mi pare imposto al legislatore il rendere effettivo il diritto a morire di chi non ritiene più dignitoso, in linea generale, vivere.

Morire rapidamente attraverso mezzi utilizzati dalle autorità sanitarie (o anche presso strutture pubbliche idonee) – pur essendo un modo considerabile in grado di preservare la dignità del soggetto “sofferente” che, per libera e consapevole scelta, desidera tale fatale evento (non direttamente raggiungibile con la sua condotta e/o con quella di chi gli è affettivamente vicino, a seguito dei divieti previsti) – non sembra essere un diritto garantito sul piano costituzionale; se così è, il vuoto normativo che in questo campo si riscontra nell'ordinamento non è, di per sé, un'inerzia costituzionalmente illegittima da correggere, ma eventualmente un campo materiale aperto all'intervento del legislatore. Ovviamente la regolamentazione legislativa in questa materia potrebbe essere suggerita proprio dall'evoluzione del costume sociale e dalla pressione dal basso sul potere politico di provve-

dere a fronteggiare con una procedura definita il bisogno avvertito come incombente di aiutare a concludere “rapidamente” esistenze considerate inaccettabili, sia pure una volta accertata l'estrema compromissione della salute del “richiedente” (allorché sia possibile risalire alla volontà di un “richiedente”), nonché verificate la sofferenza e la difficoltà che si producono anche con riguardo ad altri soggetti coinvolti affettivamente nella gestione della non-vita della persona “gravemente ammalata” (già solo dovendo precisare quelli che potrebbero essere i presupposti dell'intervento in vista della conclusione della vita di un soggetto “gravemente ammalato” mi accorgo della necessità di assicurare una maggiore precisione terminologica sul piano medico-scientifico, così da giungere alla definizione di norme giuridiche meno potenzialmente equivoche, il che più che risolvere il problema lo aggraverebbe). Tuttavia l'intervento regolativo – ove indotto dalla coscienza sociale di cui si farebbe interprete il potere politico – dovrebbe sempre muovere da un piano diverso, lasciandosi cioè alle spalle l'impostazione semplicistica non ricavabile a livello costituzionale: dignità individuale-autodeterminazione-diritto di morire nelle condizioni valutate individualmente e insindacabilmente dal diretto interessato.

### 3. La legge e la maturazione di un bisogno sociale: qualche coordinata costituzionale

Il tema diventa allora per il legislatore come sia possibile, nel tempo presente, sostenere la persona, inserita nel contesto affettivo che la ricomprende e dal quale non si dovrebbe poter prescindere (se naturalmente questo contesto esiste), nella determinazione di porre eventualmente fine alla propria esistenza, con modalità considerate socialmente congrue, allorché questa versi in una situazione nella quale non c'è né si intravede la cura per il regresso dello stato patologico in cui l'individuo si trova (altro scenario si apre ove una cura ci fosse e la decisione di non utilizzarla finisse per essere assunta non già dal diretto interessato, che non si trova nella condizione di poter agire, ma da chi fa valere in sua vece una volontà contraria) e neppure l'ambito familiare-affettivo sia in grado di fronteggiare – a cominciare dal piano emotivo, per giungere sino al piano logistico – la irreversibilità della condizione patologica del congiunto. In questo senso credo si possa dire che nella società italiana e nell'ordinamento si sia da tempo manifestata la necessità di giungere ad una regolamentazione del c.d. fine vita, partendo da richieste specifiche rivolte all'autorità giudiziaria dai diretti interessati, ma anche dai loro prossimi congiunti, di disporre l'interruzione di trattamenti di “assistenza meccanica” in grado di tenere in vita persone che avrebbero desiderato porre fine alle sofferenze derivanti dallo stato patologico nel quale versavano, peraltro assicurato da quei trattamenti “vitali”, ma considerati insopportabili ai fini della dignità di chi vi era sottoposto.

In ogni caso è innegabile come la regolamentazione legislativa sia in effetti la strada maestra per disciplinare una materia giunta ad un giusto grado di maturazione, sempre ammesso che si possa, quando si tratta del c.d. fine vita e del proposito di sottoporsi ad

eutanasia, cogliere esigenze che si fanno strada nella coscienza collettiva di una comunità politica. Questo mi sembra essere anche il punto di arrivo della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che, come è noto, ritiene di rinvenire nell'art. 8 della CEDU non l'*obbligo* ma solo la *possibilità* per gli Stati aderenti di disciplinare il diritto a morire per le persone. Certamente la legge n. 219/2017 sul consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento (DAT) rappresenta la conferma del tentativo di realizzare un metodo concertativo volto a promuovere forme di alleanza terapeutica tra paziente e autorità sanitaria finalizzata all'interruzione di (oramai) inutili "resistenze terapeutiche" rispetto al prossimo sopravvento naturale della morte del paziente, lucido e in forte sofferenza psico-fisica (al di là del contenimento del dolore attraverso le cure c.d. palliative).

Quello che mi pare indiscutibile, pur dopo il pressante richiamo del giudice costituzionale prima con l'ordinanza n. 207/2018 e poi con la sentenza n. 242/2019, è che le modalità regolative di cui dovrebbe farsi carico il legislatore potranno essere considerate legittime, tanto più se si dovesse arrivare a disciplinare l'eutanasia, solo in quanto in grado di rispettare la "curvatura comunitaria" nella quale si è svolta e si svolge la vita di chiunque e perciò anche di chi ritiene di doverla fare cessare "istantaneamente" sebbene a seguito del sopraggiungere di una grave patologica condizione personale: la ritrosia del legislatore, almeno in questo campo, trova, a mio avviso, una qualche comprensibile giustificazione nel tema particolarmente complesso da affrontare.

La complessità della quale parlo è essenzialmente quella di natura giuridica, proprio perché le disposizioni costituzionali da considerare da parte del legislatore ordinario non si esauriscono nel rispetto della dignità personale del "soggetto passivo", sia esso il diretto interessato, sia esso qualcuno a lui vicino affettivamente, ove il primo sia impossibilitato a forme di autodeterminazione. Nessuno può nascondere il fatto che una regolamentazione legislativa sarebbe assai utile per sgombrare il campo dalla valutazione illecita di quelle condotte sino ad ora vietate dalla normativa penale che, pur non inducendo e neppure rafforzando propositi suicidari in soggetti deboli e comunque incapaci di compiuto discernimento, facilitano, quando non rendono possibile, la messa in pratica dell'intento suicida di un soggetto non in grado di fare da solo e che richiede "aiuto" per realizzare quell'evento sicuramente drammatico (drammatico nel senso sia di provocare la fine della vita di una persona che lo richiede, sia di restare inerte e non attivarsi nella direzione richiesta da chi con forza reclama un ausilio per finire di vivere con estrema sofferenza).

Si potrebbe allora dire che a fronte di una regolamentazione che sia in grado di stabilire con quali modalità e a quali condizioni potrebbe essere fatta cessare legittimamente la vita di un soggetto che reclama quell'esito, non troverebbe più ragion d'essere la discussione intorno alla liceità dell'attività meramente logistico-esecutiva di chi aiuta, spesso per umanità e con grande dolore, il soggetto a raggiungere lo scopo voluto e che non può più farlo per ragioni direttamente legate ad impedimenti fisici. E tuttavia, proprio con riferimento alla liceità di condotte come quelle poste in essere in occasione del c.d. caso Cappato da cui è originata la sentenza richiamata del 2019 (con la quale in pratica il giudice costituzionale ha finito per "scarnificare" la disposizione penale in virtù della quale si sarebbe dovuto condannare l'on. Cappato per l'aiuto prestato alla conclusione della vita del suo

amico avvenuta con somministrazione di sostanze letali in una clinica svizzera) resta sempre aperta la strada del “caso per caso”.

Forse non potrebbe essere diversamente con riguardo a tematiche bio-giuridiche (ad altissimo potenziale etico) e potrebbe perciò avere ragione quel filone dottrinale che da tempo constata l’apertura della scienza costituzionale verso nuovi orizzonti esegetici che sono destinati a riprodurre dinamiche tipiche dei sistemi di common law. L’importante, a mio modo di vedere, è che le tematiche bio-giuridiche vengano sempre collocate dentro un contesto costituzionale generale nel quale la dimensione comunitaria conservi una sua inevitabile e non derogabile priorità, rispetto ad esigenze individuali destinate ad impattare con azioni e scelte che comunque coinvolgono altri soggetti (a partire dalla comunità affettiva della persona che desidererebbe “andarsene”).



# Fine vita, sanità, salute nel caso Cappato/Antoniani: la sequenza decisionale ordinanza 207/2018 – sentenza 242/2019

Barbara Pezzini

**SOMMARIO:** 1. Il caso Cappato/Antoniani e la sequenza decisionale ordinanza 207/2018 – sentenza 242/2019. – 2. La novità dello strumento decisionale. – 2.1. L'accertamento dell'incostituzionalità nell'ordinanza monitoria di rinvio. – 2.2. Gli effetti della declaratoria di incostituzionalità nella sentenza (*pars destruens* e *pars construens*). – 3. I contenuti della (sequenza decisionale e) della disciplina provvisoria. – 4. Di alcuni profili critici.

## 1. Il caso Cappato/Antoniani e la sequenza decisionale ordinanza 207/2018 – sentenza 242/2019

Del tema del fine vita nel contesto del sistema della sanità e del diritto fondamentale alla salute si è già molto discusso dopo la legge 219/2017, anche, e soprattutto, intorno alla vicenda processuale di Marco Cappato<sup>1</sup>, o, meglio, intorno al *caso Cappato/Antoniani*<sup>2</sup>; l'inevitabile ingresso nel giudizio di costituzionalità della peculiare vicenda della persona il cui suicidio è stato agevolato da Cappato ha, infatti, finito per acquistare rilievo deter-

---

<sup>1</sup> Troppo nota per essere qui ripercorsa nei suoi sviluppi; si menziona la sola conclusione, in data 23 dicembre 2019, con la sentenza n. 8/19 della Corte d'assise di Milano che ha assolto Marco Cappato dal reato di aiuto al suicidio perché «il fatto non sussiste», a seguito del positivo riscontro, nel caso del suicidio di Fabiano Antoniani, della sussistenza delle condizioni di non punibilità previste sentenza costituzionale 242/2019 e dell'avvenuto accertamento del rispetto dei requisiti procedurali complessivamente definiti dalla medesima pronuncia (secondo modalità ritenute equivalenti, trattandosi di fatti anteriori alla pubblicazione della sentenza in Gazzetta Ufficiale).

<sup>2</sup> B. PEZZINI, *Dal caso Cappato al caso Fabiano Antoniani e ritorno: i vincoli di coerenza imposti dalla ordinanza 207/2018*, in *Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, goWare, Firenze, 2019, p. 87.

minante nella questione di costituzionalità sollevata dalla Corte d'assise di Milano, nella misura in cui proprio la particolare condizione di Fabiano Antoniani ha veicolato il confronto di talune specifiche situazioni riconducibili alla sfera applicativa dell'art. 580 c.p. – e influenzate, secondo la giurisprudenza costituzionale, «dagli sviluppi della scienza medica e tecnologica» – con quelle disciplinate dalla legge 219/2017.

La vicenda ha suscitato un vasto dibattito, come è naturale e necessario, cui ha partecipato anche la rivista *Corti supreme e salute*<sup>3</sup>: del resto gli interrogativi di fondo che il tema del fine vita ci obbliga ad affrontare sono tanti e tali che, per quanto ci possa sembrare che tutto sia stato detto e sia impossibile aggiungere alcunché di nuovo, ogni occasione di tornare sulla vicenda sollecita anche a cogliere altri profili, sfumature, complessità, in precedenza rimasti sotto traccia.

Un confronto sul tema, nel contesto attuale<sup>4</sup>, non può fare a meno di mettere al centro la novità giurisprudenziale rappresentata dalla sequenza decisionale *ordinanza 207/2018* – *sentenza 242/2019* della Corte costituzionale, che si intende qui esaminare riflettendo sinteticamente sulla novità dello strumento e sui contenuti della disciplina attuale dell'aiuto medico al suicidio che ne costituiscono il frutto, per evidenziare alcuni profili critici<sup>5</sup>, relativi in particolare alla ricostruzione della «*libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze*» che la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto «*scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.*».

## 2. La novità dello strumento decisionale

La novità del nuovo modulo monitorio<sup>6</sup> sperimentato per la prima volta dalla Corte costituzionale nella vicenda costituisce un elemento di per sé estremamente interessante nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale: si tratta di una sequenza decisionale inedita, costituita da un'ordinanza di rinvio con accertamento dell'incostituzionalità e monito al legislatore, che prefigura un seguito a data certa (la data del rinvio), costituito dalla decisione “in via definitiva”, cioè che definisce, ai sensi dell'art. 18 l. 87/1953, il giudizio sottoposto (nel caso specifico con la struttura di una sentenza additiva di regola cedevole).

<sup>3</sup> Con contributi in tutti i numeri a partire dal 3/2018.

<sup>4</sup> Questo scritto riprende e integra la relazione presentata nell'ambito del convegno dedicato a *Corti supreme e salute. I primi due anni della rivista*, svolto all'università Cattolica di Milano il 29 gennaio 2020.

<sup>5</sup> Fra i tanti che potrebbero considerare, tra i quali anche i rapporti tra corte costituzionale e legislatore, l'estensibilità dello strumento fuori dall'ambito penale, ecc.

<sup>6</sup> R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2020, p. 343.

La combinazione delle due pronunce costituisce, in realtà, *una (sola) decisione in due tempi e due atti*<sup>7</sup>, che sostituisce, per precisa scelta, la tipologia nota come *doppia pronuncia*, già in precedenza utilizzata ed esplicitamente richiamata dalla stessa Corte costituzionale nella motivazione dell'ordinanza 207/2018<sup>8</sup>, trasformando in una sequenza necessaria quella che, invece, sarebbe rimasta solo eventuale nell'ipotesi delle due decisioni ricostruibili solo a posteriori come collegate tra loro in una doppia pronuncia (cioè in una sequenza costituita da una prima dichiarazione di inammissibilità della questione per rispetto della discrezionalità del legislatore, con monito al legislatore, seguita eventualmente nel tempo, di fronte al protrarsi dell'inerzia legislativa e a una nuova rimessione, da una sentenza di accoglimento).

La sentenza 242/2019 ha, infatti, confermato la necessaria coerenza tra i due tempi e due atti della sequenza decisionale già prefigurabile in base all'ordinanza 207/2018, superando i dubbi avanzati in proposito da alcuni commentatori<sup>9</sup>, negando all'ordinanza 207/2018 qualsiasi effetto sostanziale diverso dalla mera disposizione del rinvio di udienza. La sentenza 242 ha mostrato inequivocabilmente che il «*vulnus costituzionale*» riscontrato nell'ordinanza 207 aveva già trovato in quella sede un compiuto accertamento, pur essendo stato rinviato il momento in cui, dovendo della norma incostituzionale cessare l'applicazione, si sarebbe materialmente prodotto il vuoto normativo conseguente alla dichiarazione di incostituzionalità e, di conseguenza, alla seconda e definitiva pronuncia adottata in sede di rinvio sarebbe stata affidata la funzione di occuparsi degli effetti di tale accertamento, tenuti in sospenso dalla prima pronuncia.

### 2.1. L'accertamento dell'incostituzionalità nell'ordinanza monitoria di rinvio

L'accertamento dell'incostituzionalità nell'ordinanza 207/2018 non ha prodotto immediatamente una sentenza di accoglimento perché in essa la Corte ha riconosciuto e puntualmente individuato anche il rilievo di interessi costituzionalmente rilevanti che sarebbero stati messi a rischio dal vuoto normativo determinato dalla dichiarazione dell'incostituzio-

<sup>7</sup> B. PEZZINI, *Dal caso Cappato al caso Fabiano Antoniani e ritorno* cit., p. 92.

<sup>8</sup> Così nel par. 11 CID: «*In situazioni analoghe a quella in esame, questa Corte ha, sino ad oggi, dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il vulnus costituzionale riscontrato: pronuncia alla quale, nel caso in cui il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di illegittimità costituzionale (ad esempio: sentenza n. 23 del 2013 e successiva sentenza n. 45 del 2015).*»; la sentenza 242 riprende tale prospettiva al par. 2.5 CID e al par. 4 afferma chiaramente che il rinvio disposto nell'ordinanza risponde «*con diversa tecnica, alla stessa logica che ispira, nella giurisprudenza di questa Corte, il collaudato meccanismo della "doppia pronuncia"*».

<sup>9</sup> In tal senso tra gli altri: E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 2019, p. 558 ss.; M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, p. 16 e P. VERONESI, *Aiuto al suicidio e fine vita del malato sofferente: quali possibili risposte della Consulta alla quaestio Cappato-DJ Fabo?*, p. 60, entrambi in A. MORRONE (a cura di), *Il «caso Cappato» davanti alla Corte costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.*, 12 ottobre 2018.

nalità<sup>10</sup>, rilevando nel contempo, nell'ambito interessato, una sfera di discrezionalità del legislatore; la regolazione della materia deve essere primariamente rimessa a quest'ultimo, circoscrivendone, però, dal punto di vista temporale, la discrezionalità, da esercitarsi entro il termine dell'udienza di rinvio. Il termine stabilito dalla Corte costituzionale non è rivolto in modo diretto e immediato a disciplinare l'esercizio della propria funzione da parte del legislatore, cosa che risulterebbe incompatibile con la natura della funzione legislativa; esso va inteso piuttosto come prefigurazione dello spazio temporale considerato ragionevole perché il legislatore possa predisporre opzioni consapevoli<sup>11</sup>, che possano consentire alla Corte di restare entro i confini del suo ruolo fisiologico: «*il compito naturale di questa Corte essendo quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore*»<sup>12</sup>. La dislocazione temporale della dichiarazione dell'incostituzionalità rispetto all'accertamento dipende dall'ordine costituzionale delle competenze da rispettare, per quanto non indefinitamente, ma solo fino a che possa ritenersi ragionevole attendere l'attivarsi del legislatore. Il rinvio a udienza successiva prefigura uno scenario alternativo in cui, in mancanza dell'invocato intervento del legislatore, la Corte costituzionale avrebbe fatto seguire la declaratoria di incostituzionalità con i suoi effetti tipici, mentre, in caso di intervento del legislatore – come non è accaduto in questa prima sperimentazione del nuovo modello decisionale –, avrebbe rimesso la questione al giudice *a quo* perché ne rivalutasse la rilevanza alla luce dello *ius superveniens* (avendo, nel caso, la possibilità di anticipare in quella sede qualche considerazione sul modo in cui il legislatore è intervenuto, per quanto l'evidente delicatezza suggerisca il massimo di *self restraint*, per evitare di alterare la logica dell'incidentalità<sup>13</sup>).

Appare, dunque, coerente che la sostanza dell'accertamento della incostituzionalità parziale dell'art. 580 c.p., così come la individuazione dei valori meritevoli di protezione costituzionale, siano stati anticipati nella ordinanza: infatti, essi devono essere, innanzitutto, “prospettati”<sup>14</sup> al legislatore<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> È noto che l'ordinanza 207/2018 presenta formalmente la struttura tipica di una sentenza, compiutamente motivata nonché articolata in paragrafi separati nella prima parte di *Ritenuto in fatto* e nella seconda parte di *Considerato in diritto*; in quest'ultima afferma, in particolare: che l'adozione di una pronuncia di inammissibilità per discrezionalità del legislatore una simile soluzione avrebbe, infatti, generato il pericolo di lesione di altri valori costituzionalmente protetti, lasciando «*del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi*» (CID 2.4); e che «i vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischiano di risolversi a loro volta – come nel caso di specie – in una menomata protezione di diritti fondamentali (suscettibile anch'essa di protrarsi nel tempo, nel perdurare dell'inerzia legislativa)» (CID 4).

<sup>11</sup> Anche se, naturalmente, sull'effettiva adeguatezza di tale lasso temporale si può discutere ...

<sup>12</sup> Così l'ord. 207, par. 10 CID.

<sup>13</sup> Sulla quale, da ultimo, v. G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, Napoli, 2017, p. 21.

<sup>14</sup> Di una «incostituzionalità prospettata» nell'ord. 207/2018 ha testualmente parlato il Presidente Lattanzi nella *Relazione annuale* sull'attività del 2018, a p. 12.

<sup>15</sup> Di ordinanza delega parla C. TRIPODINA, *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto d'altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull'ord. 207/2018*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2018, p. 2476.

## 2.2. Gli effetti della declaratoria di incostituzionalità nella sentenza (*pars destruens e pars construens*)

La sentenza che segue «si salda, in consecuzione logica»<sup>16</sup> con il precedente accertamento, occupandosi degli effetti che ne derivano. Questo ci costringe a leggere le due pronunce tenendo conto del fatto che le argomentazioni della prima (l'ord. 207/2017) si intrecciano a quelle della seconda (la sent. 242/2018)<sup>17</sup>: le prime servono a chiarire il quadro e individuare un'area di incostituzionalità prospettata (accertata ma non ancora dichiarata) e si indirizzano principalmente al legislatore, sollecitato a intervenire; le seconde – una volta preso atto che l'intervento del legislatore non c'è stato – determinano il perimetro degli effetti dell'incostituzionalità in precedenza accertata.

La sentenza presenta una configurazione complessa, con una parte ablativa e una costruttiva: da un lato (*pars destruens*), rimuove l'incostituzionalità accertata dichiarandola in dispositivo e, dall'altro (*pars construens*), previene l'incostituzionalità che potrebbe derivare dalla mera rimozione della norma incostituzionale introducendo una disciplina provvisoria per il tramite di una sentenza manipolativa additiva cedevole, che regola «*specifiche esigenze di disciplina che, pur suscettibili di risposte differenziate da parte del legislatore, non possono comunque sia essere disattese*» (CID 4).

Nella *pars construens* la sentenza ricava «*dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento (in questo senso, sentenze n. 40 del 2019, n. 233 e 222 del 2018 e n. 236 del 2016)*».

Ma proprio l'intertestualità delle due pronunce ne rende anche particolarmente complessa la lettura, accrescendo la difficoltà di ricavarne i contenuti della disciplina creata dalla sentenza additiva cedevole; una disciplina che, in ogni caso, sarà in vigore sino a un intervento del legislatore che, pur venendo fortemente auspicato (nel par. 9), resta un avvenimento non solo futuro, ma anche meramente ipotetico, incerto nell'*an* come nel quando.

<sup>16</sup> Sent. 242/2019, par. 2 CID.

<sup>17</sup> In senso contrario rilevano le differenze tra l'ordinanza 207 e la sentenza 242: A. NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019, p. 213 (parlando di un ripensamento sulla dignità soggettivizzata) e C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio*, *ivi*, p. 224 (sottolineando «"non detti" ... molto significativi».

### 3. I contenuti della (sequenza decisionale e) della disciplina provvisoria

I contenuti della complessa e articolata decisione costituzionale diventano anche i contenuti della disciplina in vigore dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza (avvenuta il 27 novembre 2019) e fino all'intervento del legislatore<sup>18</sup>.

Attraverso il confronto specifico con la disciplina di cui alla l. 219/2017, la Corte costituzionale ravvisa, in primo luogo, un parallelo tra l'interruzione di trattamenti di sostegno vitale e l'aiuto che sottrae a un più lento decorso soggettivamente intollerabile<sup>19</sup>, individuando così un'area circoscritta di non conformità a costituzione della fattispecie di cui all'art. 580 c.p. in presenza di quattro condizioni: quando, cioè, la persona verso cui si rivolga la condotta agevolatrice del suicidio sia «una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli».

Ma la legge 219 diventa anche il «preciso “punto di riferimento”»<sup>20</sup> già presente nell'ordinamento e utilizzabile nelle more dell'intervento del legislatore, sia per quanto riguarda le modalità di verifica dei presupposti (art. 1, 5 per la capacità del paziente; art. 1,4 per le forme di espressione del consenso, la cui retrattabilità resta garantita dallo stesso tipo di atto di cui si parla: perché possa aversi “suicidio” è indispensabile che il soggetto conservi il dominio sull'atto finale che innesca la morte); sia per la connessione con l'accesso alle cure palliative (art. 2), che diventa vera propria condizione preliminare<sup>21</sup>; sia, più in generale, perché implica l'inerenza della materia alla relazione medico-paziente (art. 1,5: anche

<sup>18</sup> Altra rilevante questione problematica, che qui non affrontiamo, è individuare la linea di confine della “cedevolezza” e quindi lo spazio del legislatore: R. BALDUZZI, *L'alleanza terapeutica può includere l'aiuto a morire?*, in *Corti supreme e salute*, 1/2019, p. 182; C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità* cit., p. 226. Altra ancora è ipotizzare se e in che termini la nuova disciplina possa diventare a sua volta *tertium comparationis*: L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte costituzionale 242/2019. A prima lettura*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019, p. 196, nega spazi per letture estensive in sede applicativa e anche per ulteriori rimessioni; a me pare che forse proprio la “cedevolezza”, almeno per il momento, lo escluda, per lo meno sino a che non fosse trascorso un lasso di tempo significativo nell'inerzia del legislatore.

<sup>19</sup> Sul punto v. le osservazioni critiche già formulate in B. PEZZINI, *Oltre il perimetro della rilevanza della questione affrontata dall'ordinanza 207/2019: ancora nel solco dell'autodeterminazione in materia di salute?* in *Forum di Quad. cost.*, 22 giugno 2019; *Il diritto alla salute a quarant'anni dall'istituzione del servizio sanitario nazionale: le criticità strutturali di un diritto sociale*, in *Riv. biodiritto – BioLaw Journal*, 2/2019, p. 22 ss.

<sup>20</sup> Che la Corte evoca nel par. 5 CID richiamando anche il precedente della sent. 236/2016. Richiamando la giurisprudenza costituzionale che impone al giudice di ricercare nel sistema la soluzione più corretta (sent. 105/2018), indica la l. 219/2017 come ambiente normativo di riferimento G. REPETTO, *La Corte, il caso Cappato e la “parola che squadra da ogni lato”*, in *Forum di Quad. cost.*, 24 giugno 2019, p. 6.

<sup>21</sup> Par. 5 CID: «l'art. 2 della legge n. 219 del 2017 prevede che debba essere sempre garantita al paziente un'appropriate terapia del dolore e l'erogazione delle cure palliative previste dalla legge n. 38 del 2010 (e da questa incluse, come già ricordato, nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza). Tale disposizione risulta estensibile anch'essa all'ipotesi che qui interessa. L'accesso alle cure palliative, ove idonee a eliminare la sofferenza, spesso si presta, infatti, a rimuovere le cause della volontà del paziente di congedarsi dalla vita».

ai fini del dialogo che prospetta condizioni e alternative; nonché per l'apprezzamento delle sofferenze fisiche o psicologiche)<sup>22</sup>.

La decisione della Corte costituzionale afferma inoltre l'esigenza che siano strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale a verificare le modalità di esecuzione dell'aiuto al suicidio, aggiungendo, sia rispetto ai requisiti previsti dalla l. 219/2017, sia rispetto a quanto già prefigurato nell'ord. 207/2018, il riferimento a un intervento del Comitato etico territorialmente competente: richiamato per «*la delicatezza del valore in gioco*», in quanto «*organo terzo*» in grado di garantire «*la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità*»<sup>23</sup>. La necessità di coinvolgere un organo collegiale terzo munito di adeguate competenze viene fornita, innanzitutto, come indicazione al legislatore; nelle more, la Corte ne affida i compiti direttamente ai Comitati Etici, individuandoli (e qualificandoli) come «*organi terzi e collegiali con adeguate competenze*». L'inserimento del Comitato etico sembra rispondere a una logica piuttosto di tipo procedurale che non sostanziale, senza che il parere<sup>24</sup> che l'organo viene chiamato a esprimere, certamente obbligatorio, diventi un'autorizzazione<sup>25</sup>: non è, infatti, il parere che *costituisce* le condizioni da rispettare, semmai il fatto che il parere del Comitato etico ne attesti il rispetto agevola la prova della loro esistenza. Essendo stato richiesto al fine specifico di tutelare le situazioni di particolare vulnerabilità dovrà poter escludere interferenze indebite sulla volontà della persona interessata.

#### 4. Di alcuni profili critici

Così sinteticamente ricostruiti gli elementi di novità della tecnica decisoria e i contenuti della disciplina attuale dell'aiuto (medico) al suicidio che è derivata dalla sequenza decisoria esaminata, vanno messi in luce alcuni profili critici della decisione.

Nella sentenza 242/2019 torna testualmente il richiamo alla «*libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.*» (par. 2.3 CID) già presente nell'ordinanza 207 /2018, che vuole certamente sottolineare la linea di continuità con quelle ricostruzioni, dottrinali e della stessa giurisprudenza costituzionale, che hanno let-

<sup>22</sup> Par. 5 CID: «*Il riferimento a tale disciplina implica, d'altro canto, l'inerenza anche della materia considerata alla relazione tra medico e paziente*».

<sup>23</sup> Par. 5 CID: l'evocazione della *terzietà* suscita qualche perplessità, non essendo facile comprendere quali siano, per la Corte, le parti contrapposte tra le quali il Comitato etico si porrebbe in ruolo neutrale, e neppure da chi il Comitato etico sia, eventualmente, in grado di proteggere il malato, che è evidentemente il soggetto che potrebbe trovarsi in situazioni di particolare vulnerabilità.

<sup>24</sup> Il dispositivo lo qualifica espressamente come tale e la motivazione, richiamando la legislazione vigente, fa riferimento al possesso di «*funzioni consultive*».

<sup>25</sup> A prescindere dal fatto che taluni pareri resi in ambiti diversi dallo specifico contesto del suicidio medicalmente assistito possano essere configurati nella legislazione vigente come vincolanti: mi pare che debbano superarsi le contrarie opinioni espresse, in proposito, ad es. da L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte costituzionale 242/2019*, cit., p. 197.

to da tempo gli articoli 2, 13 e 32 Cost. nei termini di un positivo combinarsi al servizio dell'autodeterminazione della persona in materia di salute (e in particolare nel cosiddetto consenso informato)<sup>26</sup>. La combinazione normativa *virtuosa* così ricavata dai tre articoli, tuttavia, non sarebbe strettamente necessaria, dal momento che l'art. 32 Cost. risulta sufficiente a fornire fondamento alla pretesa di consenso espresso ad ogni trattamento sanitario: sia nelle condizioni che, al secondo comma, definiscono i limiti entro i quali il soggetto titolare del bene salute e del relativo diritto individuale può essere sottoposto a etero-determinazione relativa alla propria salute (riserva di legge e rispetto della dignità personale), sia per come configura i soggetti indispensabili di ogni relazione terapeutica<sup>27</sup>. La sequenza decisionale che qui discutiamo assume, comunque, come punto di partenza il diritto del paziente di rifiutare un trattamento di sostegno vitale, che presuppone l'esistenza di una relazione terapeutica, come oggi regolata dalla l. 219/2017, per effetto della quale è esplicitamente consentito al malato di *rifiutare* trattamenti salvavita ottenendo la sedazione profonda accompagnata da cure palliative. Il fatto che tale facoltà sia oggi espressamente disciplinata dall'art. 2 della legge non deve farci dimenticare che essa ha corrispondenza e fondamento costituzionale *direttamente* nell'art. 32 Cost., da considerare già di per sé, a prescindere dal richiamo *ad adiuvandum* degli art. 2 e 13 Cost. – e a me questo pare un punto davvero fondamentale – sufficiente a tutelare il diritto del malato ad esprimere in ogni circostanza il proprio consenso o dissenso, adeguatamente consapevole, ad ogni tipo di trattamento.

Nel contesto evocato dalla Corte costituzionale (nei casi in cui, a parità di condizioni di irreversibilità della patologia e di riconosciuta capacità decisionale del paziente, l'espresso rifiuto di trattamenti salvavita produrrebbe effetti vincolanti sulla condotta del medico, indirizzando verso cure palliative e terapia del dolore), quando la valutazione di medico e paziente, maturando ed esprimendosi nel contesto di una relazione terapeutica che ne re-

<sup>26</sup> La sentenza 438/2008 della Corte costituzionale ha reso esplicito il collegamento fra gli articoli 2, 13 e 32 Cost., ponendoli congiuntamente al servizio dell'auto-determinazione della persona per quanto riguarda le scelte relative alla salute e fondando su di essi l'imprescindibile necessità del consenso informato, inteso come *«l'espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico»*: l'art. 2 collega il consenso informato alle radici del personalismo, integrandolo nel tessuto dei diritti fondamentali, l'art. 13 estende la dimensione attiva della *libertà di scegliere* consapevolmente qualsiasi cura alla quale sottoporsi, oltre la dimensione difensiva del rifiuto (*libertà dall'obbligo* di determinati trattamenti sanitari). Di poco successiva, la sentenza 253/2009 propone il consenso informato in *«funzione di sintesi»* tra diritto all'autodeterminazione e diritto alla salute. La stessa qualificazione del consenso come "informato" ne postula il carattere e la dimensione relazionale: R. PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, p. 12. Sulla *«inderogabile esigenza di fornire al singolo un'informazione corretta e comprensibile»* a garanzia della *«effettiva possibilità di uno svolgimento corretto e compiuto del procedimento di formazione della volontà»* di sottoporsi a un trattamento terapeutico v. già B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, p. 42. Sul consenso informato come processo rivolto a consentire una consapevole volizione: F. PIZZOLATO, *Autodeterminazione e relazionalità nella tutela della salute*, in *Corti supreme e salute*, 2018, p. 439.

<sup>27</sup> Sul diritto di rifiutare le cure come direttamente fondato sull'art. 32 Cost., v. B. PEZZINI, *Diritto costituzionale alla salute, trattamento sanitario, cure palliative: spunti di riflessione sulla relazione terapeutica*, in E. STRADELLA (a cura di), *Diritto alla salute e alla vita buona nel confine tra il vivere e il morire. Riflessioni interdisciplinari*, Pisa, 2011, p. 177; la formalizzazione negli istituti della l. 219/2017 lo ha reso certamente più riconoscibile ed efficacemente tutelabile.

sta l'ineliminabile presupposto, dovessero convergere nel riconoscere l'intollerabilità della sofferenza cui resterebbe esposto il malato, i valori della dignità e auto-determinazione, che trovano fondamento negli articoli 2 e 13 Cost., sembrano acquistare, nella visione della Corte costituzionale, un diverso spessore e una funzione che non è più solo *ad adiuvandum*. Il rilievo di «*dignità e autodeterminazione*» cresce fino a rendersi autonomo dalla sfera della tutela della salute in quanto tale e a determinare una discontinuità rispetto al momento dell'accertamento condiviso, che resta – questo sì – radicato nella relazione terapeutica e nell'art. 32 Cost.

La necessità di riconoscere e garantire la dignità della persona esce dalla sfera propria del diritto alla salute e approda nella diversa dimensione del riconoscimento della *libertà del paziente nella dignità del morire*. È questa, infatti, la dimensione in cui, secondo la Corte costituzionale – dal momento che la vulnerabilità dei soggetti particolarmente fragili è stata sufficientemente considerata “a monte”, ancorando l'accertamento delle condizioni di intollerabilità delle sofferenze alla esistenza ed alle forme della relazione terapeutica – alla possibilità di autodeterminazione in ordine al percorso individuale di incontro con l'evento finale e ineluttabile della morte non si contrappone alcun altro interesse costituzionale da tutelare, come afferma con molta nettezza l'ordinanza 207/2018: «*entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive*». Si tratta, infatti, di un passaggio motivazionale che integra e sorregge l'intera prospettiva decisionale, anche se non specificamente ripreso nella sentenza 242/2019, per quel carattere unitario dell'intero modulo decisionale costituito dalle due decisioni<sup>28</sup>.

A me sembra che quanto il paziente chiede al medico e, reciprocamente, il medico può dare al paziente – vale a dire un trattamento che sia diretto «*non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte*» – venga a trovare, in questa ricostruzione, un proprio fondamento costituzionale direttamente negli articoli 2 e 13 Cost.; l'art. 32 Cost. appare solo sullo sfondo, nelle premesse di una situazione che con il diritto alla salute appare ormai collegata solo nella misura in cui ha trovato origine in una relazione terapeutica, nell'ambito della quale sono maturati il rifiuto di trattamenti salvavita e la scelta *condivisa* di trattamenti commisurati alla dignità della singola persona. Detto in altri termini, a venire

<sup>28</sup> In questo senso non convincono le letture che indulgono, invece, a sottolineare le omissioni e le differenze tra le due pronunce: C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità* cit., p. 223.

in gioco è una sfera di libertà costituzionalmente presidiata, direttamente dagli art. 2 e 13 e “in remoto”, a monte, dall’art. 32 Cost.

Un contesto in cui il medico entra spontaneamente con il paziente in una forma di relazione solidale, sapendo di agire, nella misura in cui siano rispettate le condizioni procedurali e sostanziali indicate dalla giurisprudenza costituzionale, in un’area di non punibilità della sua condotta rispetto all’art. 580 c.p., nonché di irrilevanza rispetto al Codice di deontologia medica<sup>29</sup>.

Infatti, una volta che la Corte costituzionale ha ritenuto che la presenza di specifiche condizioni valga ad escludere la *responsabilità penale* del medico che mette a disposizione di un paziente un farmaco letale, a maggior ragione le stesse condizioni debbano valere ad escludere la *responsabilità deontologica*; in una certa misura, sembra averlo riconosciuto anche l’Ordine dei medici, negli indirizzi applicativi dell’art. 17 del codice deontologico<sup>30</sup>, per quanto, prevedendo “sempre” una valutazione caso per caso, tali indirizzi onerino l’aiuto medico al suicidio di un’ulteriore forma di controllo delle procedure in sede deontologica, non prevista dalla Corte costituzionale. A me sembra, invece, che la condotta del medico in aiuto al suicidio – inquadrata come sopra si è indicato – fuoriesca dall’ambito delle attività propriamente mediche presidiate dall’Ordine e appartenga a un ambito di comportamenti spontaneamente solidali irrilevanti rispetto alle competenze dell’Ordine.

In un inquadramento normativo così caratterizzato (dove non si manifesta, a tutti gli effetti, una relazione terapeutica ai sensi dell’art. 32 Cost., ma emerge una sfera di libertà del singolo costituzionalmente presidiata in termini di autodeterminazione, sia pure con un collegamento a una preesistente relazione terapeutica), risulta meno incoerente<sup>31</sup> anche la sbrigativa evocazione dell’obiezione di coscienza<sup>32</sup> nella sent. 242: «*Quanto, infine, al tema dell’obiezione di coscienza del personale sanitario, vale osservare che la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell’aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo*

<sup>29</sup> P.F. BRESCIANI, *Il lungo anno dell’art. 580 cod. pen.: l’art. 17 Codice Deontologia Medica può precludere la partecipazione del medico ai suicidi assistiti?*, in *Forum di Quad. cost.*, 2 maggio 2019; E. PULICE, *Autonomia e responsabilità medica: la scelta deontologicamente (dis)orientata*, in *Riv. biodiritto – BioLaw Journal*, 1/2019, p. 237.

<sup>30</sup> Delibera adottata dal Consiglio nazionale FNOMCeO il 6 febbraio 2020: «*La libera scelta del medico di agevolare, sulla base del principio di autodeterminazione dell’individuo, il proposito di suicidio autonomamente e liberamente formatosi da parte di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale, affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili, che sia pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli (sentenza 242/19 della Corte Costituzionale e relative procedure), va sempre valutata caso per caso e comporta, qualora sussistano tutti gli elementi sopra indicati, la non punibilità del medico da un punto di vista disciplinare*».

<sup>31</sup> Rimarca la contraddizione di una situazione che non garantisce fino in fondo dignità e diritti fondamentali del malato se la sua richiesta non può diventare una pretesa: C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità*, cit., p. 230.

<sup>32</sup> L’obiezione di coscienza era richiamata anche nell’ordinanza 207/2018 come uno degli elementi della discrezionalità legislativa: il legislatore era invitato a considerare – accanto alle modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l’aiuto, alla disciplina del relativo processo medicalizzato e all’eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale – «*la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura*» (par. 10 CID).

*ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato»* (CID 6).

Il richiamo dell'obiezione, significativamente rimasta estranea alla legge 219/2017, rappresenta un ulteriore indicatore del superamento del perimetro costituzionale propriamente definito dall'art. 32 Cost. L'obiezione di coscienza introduce una configurazione oppositiva dei ruoli del paziente e del medico, proposti come portatori originari di posizioni e interessi contrapponibili anziché convergenti, che, a mio avviso, incide sulla possibilità stessa di instaurare una autentica relazione terapeutica nel senso ricostruito sulla base dell'art. 32 Cost., secondo cui il medico assume nella relazione terapeutica un ruolo "strumentale"<sup>33</sup> al formarsi di decisioni di altri sulla propria salute e sulle proprie complessive condizioni di vita (secondo la ampia definizione di salute dell'OMS) e, di conseguenza, al realizzarsi di conseguenti pratiche terapeutiche da altri subite sul proprio corpo.

Muovendo dalla estraneità da considerarsi *strutturale* – come altrove ho cercato di dimostrare<sup>34</sup> – dell'obiezione di coscienza del medico a una ricostruzione della relazione terapeutica propriamente inquadrata nell'art. 32 Cost., emerge ulteriormente la difficoltà di considerare davvero omogenee, come invece fa la Corte costituzionale, le condotte che un paziente può esigere dal medico che lo assiste dopo avere a pieno diritto richiesto l'interruzione di trattamenti salvavita: l'accompagnamento con cure palliative, da un lato (per cui non è prevista l'ipotesi di alcuna obiezione di coscienza), e la somministrazione di un farmaco che determina la morte, dall'altro (per la quale, invece, si lascerebbe aperta la possibilità del medico di sottrarsi a prestazioni doverose).

Un'ultima osservazione, infine, sulla necessità della mediazione legislativa.

Prima della sentenza definitiva avevo ipotizzato che la mediazione legislativa fosse indispensabile per superare il divieto assoluto espresso dall'art. 580 c.p. e i limiti della l. 219/2017 (in particolare il divieto, posto dall'art. 17 del Codice di deontologia medica richiamato dall'art. 1, co. 6, di effettuare o favorire, anche su richiesta del paziente, atti finalizzati a provocarne la morte).

Ritenendo che la Corte costituzionale non disponesse direttamente degli strumenti atti ad evitare con efficacia i «*possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul*

<sup>33</sup> Senza alcuna degradazione del ruolo fondamentale del medico: il medico ha la funzione essenziale di proporre al paziente come curarsi e di somministrare cure e trattamenti entro il quadro di una stretta relazione con il paziente; le sue decisioni implicano una specifica *responsabilità tecnica*, in particolare in ordine alla valutazione dell'efficacia della cura, e gli aspetti relativi alla qualità della cura non possono che essere apprezzati, da parte dello stesso medico, in un rapporto strettissimo e individualizzato con il paziente, la cui soggettività rappresenta addirittura la misura di taluni elementi. L'autodeterminazione del paziente, nel bilanciamento, agisce come forte contrappeso all'autonoma responsabilità di cura propria del medico, fondata sulla protezione della sua autonomia scientifica (art. 33 Cost.): profilo particolarmente oggetto di ampia analisi ricostruttiva da parte di A. CARMINATI, *Libertà di cura e autonomia del medico*, Bari, 2018. In giurisprudenza, la sent. 282/2002 parla di un diritto fondamentale della persona malata "ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica".

<sup>34</sup> B. PEZZINI, *Il diritto alla salute a quarant'anni dall'istituzione del servizio sanitario nazionale: le criticità strutturali di un diritto sociale*, in *Riv. biodiritto – BioLaw Journal*, 2/2019, p. 142 sg.

*piano costituzionale*» – paventando i quali la Corte nell'ordinanza 207/2018, avvalendosi dei propri poteri di gestione del processo costituzionale, aveva disposto un rinvio che consentisse al legislatore di intervenire e che, contemporaneamente, evitasse che la norma incostituzionale potesse «trovare, in parte qua, applicazione medio tempore» – avevo, pertanto, ipotizzato, a garantire l'indispensabile coerenza con la prima fase del processo decisionale, un *dispositivo di accoglimento riduttivo* che riducesse la portata normativa della fattispecie di aiuto al suicidio, escludendone ben determinati casi<sup>35</sup>. L'incostituzionalità *in parte qua* dell'art. 580 c.p. avrebbe prodotto effetti *erga omnes* che avrebbero comunque consentito di evitare la pesante condanna per il reato di aiuto al suicidio di Marco Cappato nel processo *a quo* (come di altri che, in situazioni analoghe, avessero prestato o prestassero aiuto a chi si trovi nelle condizioni descritte); rispetto agli indirizzi del monito formulato nel primo atto della sequenza argomentativa e decisionale, sarebbero rimaste parzialmente insoddisfatte le esigenze costruttive, non potendosi accompagnare la parte ablativa dell'incostituzionalità con una disciplina positiva che regolamenti adeguatamente «la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi». Ritenevo, infatti, che solo un intervento legislativo avrebbe potuto orientare l'accertamento delle situazioni di malati dipendenti da trattamenti salvavita esposti a subire un processo «più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire» e le prestazioni che al medico avrebbero potuto essere richieste e che avrebbe potuto legittimamente erogare; in assenza dell'esercizio della discrezionalità legislativa la questione avrebbe potuto essere affrontata *caso per caso*, escludendo, sulla base del principio di ragionevolezza e uguaglianza, il rilievo penale dell'aiuto prestato alle condizioni determinate dall'accoglimento riduttivo e affidando al singolo giudizio l'apprezzamento in concreto delle quattro condizioni soggettive che rappresentano la generalizzazione dell'esperienza singolare del *caso Cappato/Antoniani* e che, in base alla *ratio decidendi* dell'ordinanza 207, trovano nella disciplina della relazione terapeutica *ex lege* 219/2017 un utile riferimento normativo.

Ma la Corte costituzionale, come abbiamo visto, è andata molto oltre.

E la mediazione legislativa, evocata dall'ordinanza 207/2018 e ancora definita indispensabile nel *Comunicato* del 25 settembre 2019, degrada nella pronuncia finale a un mero *auspicio*, per quanto vigoroso: «Questa Corte non può fare a meno, peraltro, di ribadire con vigore l'auspicio che la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai principi precedentemente enunciati» (par. 9 CID).

<sup>35</sup> B. PEZZINI, *Dal caso Cappato al caso Fabiano Antoniani e ritorno*, cit.

# Elementi di criticità della vicenda Cappato: una ipoteca sul futuro del “diritto a morire”?\*

Lorenza Violini\*\*

1. Prima di entrare nel vivo delle mie riflessioni, vorrei unirmi a chi mi ha preceduto per sottolineare come nel percorso giurisprudenziale sul caso Cappato l'articolo 32 Cost., cioè il diritto alla salute e la relativa tutela, abbia giocato, nei suoi abbrivi, un ruolo del tutto secondario; l'ordinanza di rimessione del giudice *a quo* poggiava infatti – e alquanto malfermamente – su un generico diritto all'autodeterminazione tanto che l'art. 32 Cost., in particolare nel suo secondo comma, veniva ricordato appena tra le argomentazioni esposte nel testo dell'ordinanza per scomparire del tutto nel *petitum*. Così, il diritto alla salute restava estraneo ai parametri addotti a sostegno del quesito, meritandosi l'appellativo di “grande assente” ad opera dei primi commentatori<sup>1</sup>. Sarà poi la Corte costituzionale a richiamare la disposizione incardinando su di essa, in combinato disposto con altre norme costituzionali, l'affermazione dell'incostituzionalità del divieto assoluto di suicidio assistito. Eppure, paradossalmente, proprio l'estromissione del tema salute dall'impianto argomentativo della Corte d'Assise milanese mi pare interessante anche dal punto di vista di chi, come me, non ha visto certo con favore l'intera vicenda: se bene ha fatto la Corte a richiamarlo, allo scopo di apporre limiti alle scelte del legislatore e alla fattispecie di aiuto al suicidio depenalizzato che si andava introducendo nell'ordinamento, le vere intenzioni

---

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Il testo riprende la relazione svolta, all'interno della sessione dedicata al tema “Fine vita, sanità, salute”, durante il convegno “I primi due anni della rivista Corti Supreme e Salute”, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, in collaborazione con la Società italiana di Diritto sanitario, il 29 gennaio 2020 a Milano.

\*\* Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Milano, [lorenza.violini@unimi.it](mailto:lorenza.violini@unimi.it).

<sup>1</sup> Per una lettura critica dell'ordinanza di rimessione si rimanda a A. MORRONE, *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, in *Forumcostituzionale.it*, 2018, pp. 3-13.

dei ricorrenti emergono quando si consideri che esse sono tutte orientate ad affermare non un bene, la salute, ma un mero atto di volontà che, per definizione, non tollera limitazione alcuna. Analoghe intenzioni sono state poi accolte e trasposte in alcune delle proposte di legge presentate in Parlamento dopo l'ordinanza della Corte costituzionale che si sono finanche spinte oltre il recinto di costituzionalità tracciato dalla Corte, estendendosi alla fattispecie dell'omicidio del consenziente di cui all'art. 579 c.p. e seguendo una impostazione di stampo propriamente eutanasi<sup>2</sup>. Tale posizione radicale si riscontra in alcuni tratti della seconda ordinanza, quella relativa alla sospensione del processo, da cui emergono i connotati di una sorta di diritto a morire ad opera di un terzo soggetto, che dà compimento a tale volontà. Essa configura infatti un diritto del tutto particolare, che non tollererebbe neppure la limitazione relativa al "quando" del morire, dell'attesa della morte imminente, essendo legittimata ad affermarsi come volontà di morire subito e senza attesa. Si realizza in questo modo una piena confluenza tra la richiesta a finalità palesemente eutanasi dei ricorrenti e alcuni aspetti dell'ordinanza di rinvio, che – invero – non verranno necessariamente condivise dal collegio nella successiva sentenza ma che restano come elemento non secondario dell'apparato argomentativo, non indifferente ai fini di future operazioni interpretative.

2. Quanto ad altri elementi della controversia (e più in generale della vicenda nel suo insieme) molte sono le perplessità che essi destano nel lettore, a partire dalla scelta processuale inconsueta di una ordinanza di sospensione del processo che è, in realtà, una pronuncia già pressoché completa nel merito e nelle argomentazioni che lo sostengono. Tale ordinanza, del tutto inconsueta, si pone così come un elemento di forte disturbo in una costruzione organica e ben compaginata quale è il processo costituzionale, con le sue regole e le sue logiche, improntate alla massima razionalità. Giustamente, la Prof. ssa Pezzini ha definito l'ordinanza e la sentenza come "due facce della stessa medaglia", sebbene l'ordinanza sia ancora più particolare per gli elementi di novità che introduce. Se è vero che la Corte è padrona del processo, al contempo, le garanzie processuali non sono secondarie rispetto alla legittimazione della decisione, soprattutto ove le decisioni siano di grande portata etica, come quella che qui si commenta. Eppure, in questa vicenda molte sono le alterazioni di alcuni aspetti chiave delle regole processuali che presiedono all'attività del collegio, a partire dalla coerenza tra chiesto e pronunciato<sup>3</sup>. E, infatti, a fronte della richiesta di una pronuncia ablativa da parte della Corte d'Appello, che spingeva per una dichiarazione di incostituzionalità totale o anche solo parziale dell'articolo 580 c.p. nella parte in cui, parificando aiuto ed istigazione, non teneva conto di come, alcune

<sup>2</sup> In questo senso si rimanda, tra le proposte presentate, al d.d.l. Mantero, n. 912 o alla proposta di legge n. 1586.

<sup>3</sup> Così anche G. RAZZANO, *La Corte Costituzionale sul caso Cappato: può una ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare l'aiuto al suicidio*, in *DirittiFondamentali.it*, 2019, n. 1, la quale già segnala in questo sabbio criticità processuali che verranno ricordati in questa sede.

---

volte, l'aiuto fosse funzionale alla realizzazione degli obiettivi del malato (a testimonianza dell'animum dei ricorrenti stessi volto a introdurre per via giurisprudenziale l'eutanasia nel senso più radicale del termine), la risposta della Corte limita la portata dell'articolo 580 c.p., inserendo degli elementi di manipolazione secondo cui è solo in presenza di specifiche circostanze che si crea questa discrepanza costituzionale. E se la scelta ultima, pur problematica, può essere giustificata, la devianza tra la richiesta dei giudici e il risultato ad interim scritto nell'ordinanza resta, segno della consapevolezza che alla richiesta stessa, nella sua intenzione più profonda, non vi era modo di dare coerente risposta.

3. Come risultato di questa dissonanza tra animi, quello dei ricorrenti e quello della Corte nel suo complesso (con l'eccezione forse del giudice estensore del provvedimento sospensivo) la sanzione per l'aiuto al suicidio resta costituzionalmente legittima in forza di un intreccio di interessi meritevoli di tutela che la Corte ripercorre con dovizia di particolari. Questo è di solare evidenza nella prima parte dell'ordinanza (e verrà poi ripreso nella sentenza), ordinanza che poi fa emergere un rovesciamento dell'argomentazione laddove si giunge ad affermare la cedevolezza di questi interessi davanti ad una autodeterminazione, che, concordando con la Prof.ssa Pezzini, non è terapeutica<sup>4</sup>. Infatti, l'assistenza al suicidio non comporta né cure né esercizio di attività medica, benché poi, secondo la Corte, sarà solo il medico il soggetto incaricato di portare a termine l'operazione dando seguito alla richiesta del malato, e solo se costui versa in bene determinate, specifiche condizioni. Resta aperta la questione se il suicidio assistito, pur praticabile alle condizioni dettate dalla Corte, sia un atto medico, come molti medici tendono a negare o un atto di solidarietà, apportatore di quel "bene" che sarebbe la morte e che pure l'ordinamento nel suo insieme, tranne che in presenza di tutte le precise circostanze elencate dal giudice costituzione, nel codificare l'art. 580 c.p., guarda con pieno disfavore, percependone tutti i rischi.

4. Come si legge negli atti del processo, la Corte appare intimamente e convintamente cosciente dei molteplici rischi e dei relativi beni giuridici che hanno portato il legislatore a emanare l'art. 580 c.p. e che suggeriscono anche oggi non solo di mantenere la costituzionalità della penalizzazione dell'aiuto al suicidio, ma anche l'equiparazione dell'aiuto materiale all'istigazione. Ad onta di questi rischi, le due pronunce vanno nella direzione di un cauto superamento della lettera della legge in vigore, e cercano conforto alla loro scelta rifacendosi alla giurisprudenza straniera e sovranazionale; da tale casistica si evincerebbe la necessità di rendere meno assoluta la proibizione, pur senza giungere alla piena affermazione del cd. diritto a morire. Secondo la Corte, anche gli ordinamenti stranieri e quello sovranazionale lasciano infatti qualche spazio ad attenuazioni del divieto, il che è

---

<sup>4</sup> Sulla duplice anima della pronuncia della Corte si veda altresì B. VIMERCATI, *L'ordinanza 207/2019 della Corte costituzionale: convergenze e divergenze in una decisione di cauta (?) apertura*, in *Politeia*, 2019, pp. 142-149.

condivisibile benché, a tratti, l'uso della comparazione non sempre presenta coerenza tra quanto si vuole far dire a questa giurisprudenza e quanto effettivamente essa ci consegna. Cito, a titolo esemplificativo, il caso Gross (sent. 14 maggio 2013, Gross c. Svizzera) poi smentito dalla Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che pure viene citato senza menzionare il *revirement* della Grande Camera, antecedente all'ordinanza n. 207/2018. Lo stesso richiamo al caso Pretty e alla successiva giurisprudenza della corte inglese sono funzionali a sostenere le argomentazioni dell'ordinanza senza che sia chiaro il nesso tra il caso straniero e il caso presente.

5. Fatto cenno a queste problematiche sostanziali, occorre indugiare ancora per un momento su profili processuali che presentano elementi di criticità. Nell'ordinanza di sospensione del processo, ad esempio, la Corte sembra suggerire ai giudici che occorre altresì sospendere l'applicazione dell'articolo 580 c.p. nell'attesa dell'intervento del legislatore, senza che vi sia stata una formale dichiarazione di incostituzionalità. Temo si debba riconoscere che l'identificazione dell'interesse da tutelare tramite questa esclusione di alcuni casi dall'applicazione dell'art. 580 c.p. sia rimasto non chiaro, tanto che la Corte, se nella prima parte non rileva profili di incostituzionalità, nella seconda entra con forza sulla disposizione penalistica pur dentro una cornice da lei stessa ritagliata, prefigurandone una incostituzionalità non dichiarata.

Rispetto poi alla nuova disciplina, che avrebbe dovuto essere emanata nei termini fissati, trattandosi di una ordinanza di sospensione del processo, avrebbe potuto configurarsi un ulteriore elemento calibratore della Corte senza una ulteriore ordinanza di rimessione? Questione rimasta senza risposta visto che, come è noto, l'inerzia del Parlamento si è protratta ben oltre il termine e, probabilmente, continuerà a sussistere. E, infine, il decalogo ivi enunciato, da dove trae la sua ispirazione, quali "rime obbligate" hanno suggerito di esprimere con tanta determinazione le condizioni di validità di un intervento legislativo? Tutte questioni che la dottrina ha messo in luce e che pure non hanno inciso sul corso intrapreso dai successivi passi della vicenda in esame.

6. Tutto quanto ora ricordato contribuisce a rendere assai oscuro il futuro di tutti gli operatori del diritto, a partire da eventuali interventi legislativi, posto che il legislatore decida di prendere sul serio il lavoro di interposizione normativa che gli è richiesto dai giudici costituzionali: può il Parlamento smentire le condizioni enunciate dalla Corte Costituzionale, ad esempio richiamando quando detto in proposito dei beni tutelati dall'articolo impugnato e dei rischi enunciati in nome della prima parte dell'ordinanza e poi nella sentenza? Può fare passi indietro rispetto a quanto affermato dai giudici come limiti al legislatore? E, ancora, quanto ai giudici: quali gli spazi di manovra restano aperti per i giudici ordinari? Infine, riguardo alla Corte stessa, ci si può chiedere se essa possa passare, senza soluzione di continuità, dalla giurisprudenza sull'art. 580 c.p. a quella sull'art. 579 c.p. Le incertezze per il diritto sono dunque assai pronunciate, così come problematica finisce per risultare la posizione della classe medica, avvezza a *curare* i propri pazienti: questa via di uscita che viene proposta come risolutiva delle sofferenze è effettivamente una cura o qualcosa di

---

diverso? Domanda che si fa forse ancora più grave per i medici palliativisti, che agiscono al fine di alleviare la sofferenza e non di provocare la morte, essendo questo un elemento portante della loro deontologia e della loro pratica. Tali domande non possono non emergere soprattutto alla luce dell'interpretazione che questa giurisprudenza offre della legge n. 219/2017, impiegata dalla Corte come *tertium comparationis*, la quale prevede sì un consenso alla sospensione delle terapie (anche salvavita) ma nell'ambito di un contesto ben diverso da quello a cui fa riferimento la Corte costituzionale delineando una fattispecie legittima di aiuto al suicidio pur strettamente configurata, così come emerge dagli atti preparatori e dalla discussione che ha preceduto l'emanazione della legge citata, in cui più volte si è ribadito che la richiesta di sospensione delle cure non tendeva in alcun modo a prefigurare una fattispecie surrettizia di eutanasia<sup>5</sup>.

7. Vorrei concludere queste mie brevi riflessioni con due spunti: innanzitutto, la lettura dei documenti processuali fa emergere il vero convitato di pietra della pronuncia, formalmente assente ma sostanzialmente presente tanto da avermi persuaso di come l'autentico nodo della decisione non fosse la soluzione di una questione relativa al fine vita, quanto la soluzione di un problema fattual-giurisdizionale su cui non si è voluto/potuto arretrare e che era ampiamente condiviso nell'ambito dei giudici della Corte: l'impossibilità di condannare Marco Cappato, la cui azione – al di là dei risvolti politici a cui sicuramente tendeva – pareva avere tutti i connotati di una azione benefica, quasi imposta prima che dalla volontà del malato, dalle sue tragiche condizioni di malattia, condizioni che poi la Corte riprende puntualmente, quasi fosse una fotografia, nelle sue pronunce.

In secondo luogo, ed esulando un poco dal mero ragionamento giuridico, mi pare che anche questa vicenda, analogamente a molte altre che hanno connotato gli ultimi decenni, ci ha mostrato come, nell'inerzia del Parlamento e nella conflittualità tra forze politiche ampiamente differenziate, molte questioni a sfondo fortemente etico si sono riversate sui giudici i quali, a loro volta, si sono trovati a rispondere con gli strumenti a loro disposizione, strumenti limitati e poco adatti a trovare scelte di compromesso che invece sarebbero proprie della politica. Uscendo dunque per un attimo dai nostri recinti, sarebbe invece quanto mai utile abbandonare la dimensione oppositiva che connota l'interpretazione dei diritti fondamentali ad opera delle Corti per andare alla ricerca di elementi di unitarietà, anche di natura antropologica oltre che politica, che possano fungere da nuovo punto di partenza e chiederci, in piena sincerità, che tipo di società si stia costruendo, se davvero attenta a valori di benevolenza e di solidarietà o se invece avviata su altre e più pericolose derive, in cui l'autodeterminazione finisce per essere la vera *Grundnorm* della giurisprudenza sui diritti.

---

<sup>5</sup> Così, specificamente, F. BERTOLINI, *Valore della libertà, valore della vita, diritto a rinunciare alle cure, diritto a morire*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, in corso di pubblicazione.



# L'evoluzione storico-giuridica della responsabilità medica: un quadro di sintesi\*

Giovanni Canzio\*\*

**1.** Solo a partire dal 2012, con l'entrata in vigore della legge «Balduzzi», si è verificato l'auspicato mutamento di paradigma legislativo in materia di colpa professionale e di responsabilità degli operatori sanitari. Si tratta, in verità, di una evoluzione storico-giuridica che avrebbe dovuto essere ispirata nell'opera del legislatore e degli interpreti, ancora molti anni prima, dal dettato dell'art. 32 della Costituzione, dove sono tracciate le linee del fondamentale diritto della persona e del parallelo interesse della collettività alla salute, realizzati mediante l'istituzione del sistema sanitario nazionale e universale.

Al mutamento di paradigma legislativo non è ancora seguito, peraltro, il mutamento culturale dei protagonisti del mondo della sanità: dello stesso legislatore, ancora inadempiente rispetto agli obblighi di attuazione nascenti dalla successiva legge «Gelli-Bianco» del 2017, dei giuristi, degli interpreti, dei medici, degli operatori. Si assiste a un grave ritardo nella comprensione e nella piena realizzazione della rivoluzione copernicana segnata dalle due leggi «Balduzzi» del 2012 e «Gelli-Bianco» del 2017.

**2.** Volendo tracciare un quadro dell'evoluzione storico-giuridica del fenomeno della responsabilità medica, a partire dalla metà del secolo scorso possono delinearsi essenzialmente quattro fasi: la prima negli anni 1950-1970; la seconda nell'ultima parte del vent-

---

\* Contributo referato dalla Direzione della Rivista. Il testo riproduce la relazione introduttiva della sessione dedicata al tema della responsabilità sanitaria svolta durante il convegno "I primi due anni della rivista Corti Supreme e Salute", organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, in collaborazione con la Società italiana di Diritto sanitario, il 29 gennaio 2020 a Milano.

\*\* Presidente emerito della Corte di Cassazione.

simo secolo; la terza nel primo decennio del ventunesimo secolo; la quarta nel secondo decennio del ventunesimo secolo.

**3.** Nella prima fase l'atteggiamento della magistratura e della dottrina nei confronti della classe medica è di larga comprensione, di favore, di indulgenza, restando incontrovertibile l'applicazione generalizzata – tanto nel settore civile quanto in quello penale, in virtù della sentenza n. 166/1973 della Corte Costituzionale – della regola di giudizio fissata dall'art. 2236 c.c. La limitazione della responsabilità per colpa (non grave) da imperizia è giudicata costituzionalmente legittima, non ravvisandosi in essa una ingiustificata disparità di trattamento rispetto alle altre categorie professionali.

**4.** Nell'ultimo ventennio del secolo scorso, si assiste, invece, ad un brusco mutamento della giurisprudenza penale verso un regime di maggior rigore, che tende a definire i confini della responsabilità medica in un alveo più restrittivo. Si sostiene che l'art. 2236 c.c. sia una clausola limitativa della responsabilità che non può essere estesa all'area di rilevanza penale della fattispecie. E ciò nonostante la citata sentenza n. 166/1973 che era intervenuta proprio con riferimento agli artt. 42 e 589 c.p., quindi in tema di colpa e omicidio colposo. Sul terreno penale, inoltre, la Quarta sezione penale della Corte di cassazione sollecita nel giudizio controfattuale l'utilizzo del criterio discretivo delle «*serie e apprezzabili probabilità di successo*» dell'azione doverosa che andava compiuta e risultava per contro omessa: giudizio e criterio probabilistico riservati praticamente alla saggia e prudente valutazione discrezionale del giudice.

Quanto alla responsabilità civile, si apre – con la nota sentenza n. 2144/1988 della Terza sezione civile della Corte di cassazione – la discussione sulla natura della responsabilità civile del medico operante all'interno di una struttura: se essa sia contrattuale, alla stregua delle teorie germaniche del c.d. contatto sociale, oppure extracontrattuale, opzione quest'ultima più favorevole quanto alla ripartizione dell'onere della prova e alla prescrizione. Con la evidente conseguenza che, in quegli anni, il rischio da causa ignota del danno, in forza della citata interpretazione restrittiva della disciplina normativa, viene fatto gravare esclusivamente sul medico.

**5.** Nel primo decennio del XXI secolo si assiste a una profonda ed evidente divaricazione, sia in dottrina che in giurisprudenza, fra le due aree, civile e penale. In sede penale, soprattutto dopo la sentenza delle S.U. “Franzese”, n. 30328 del 2002, in tema di nesso causale, l'esigenza di certezza in ordine ad un elemento costitutivo del reato, quale la causalità, determina di fatto un alleggerimento della responsabilità penale, soprattutto sul piano dell'onere della prova in ordine al rischio da causa ignota. Nel recupero della certezza, l'affermazione di responsabilità si assesta al livello più alto della qualificata probabilità di colpevolezza, prossima alla certezza. Si pretende, insomma, da parte del giudice un ragionamento probatorio più impegnato nelle inferenze logiche e ispirato alla regola aurea dell'«*al di là di ogni ragionevole dubbio*». E però, nell'ambito della responsabilità civile prevale

decisamente la tesi contrattualistica della responsabilità del medico strutturato, a partire dalla importante sentenza n. 589/1999 della Terza sezione civile della Suprema Corte.

Il doppio regime determina così un inasprimento del dibattito perché le Sezioni Unite civili – con le note sentenze del 2008 (a partire dalla n. 576/08) – non si adeguano ai principi della sentenza “Franzese” sulla causalità penale, ma ne rivendicano la diversità rispetto alla causalità civile per struttura, funzione, valori in gioco, regole di prova ecc., mutuando infine dal sistema nordamericano il criterio del «*più probabile che non*», ossia della preponderanza dell'evidenza.

**6.** L'ultima fase è racchiusa nel secondo decennio di questo secolo ed è caratterizzata dal rivoluzionario passaggio concettuale dall'ottica della repressione a quella della prevenzione.

Si riconosce, con l'art. 3, comma 1, della legge «Balduzzi» n. 189 del 2012, che l'evento avverso da errore medico – diagnostico, terapeutico, chirurgico – in parte o in alcuni casi può dipendere dalla cattiva organizzazione del servizio sanitario. Ci si chiede quindi che cosa fare dal punto di vista organizzativo per prevenire l'errore medico attraverso l'analisi e la gestione del rischio, o ancora come e dove allocare il danno nei rapporti fra il medico e la struttura sanitaria. Questa tumultuosa transizione culturale necessita di un solido disciplinamento e l'ancoraggio viene individuato nelle linee guida e nei protocolli elaborati dalla stessa comunità scientifica: regole di perizia accreditate e idonee a offrire una base di razionalità al giudizio postumo di conformità o meno dell'operato del medico alle migliori pratiche professionali. Con il lineare corollario che, se viene accertata *ex post* la conformità dell'opera e si versi solo in colpa lieve, il medico è esente da responsabilità penale, ferma restando la responsabilità civile per il risarcimento dei danni, questa però di natura aquiliana, con le ovvie conseguenze in tema di onere della prova e di prescrizione. Affermazione, quest'ultima, che, determinando uno slittamento della responsabilità del medico strutturato da quella contrattuale verso quella di tipo extracontrattuale, provoca la reazione della giurisprudenza della Terza sezione civile della Corte di cassazione, la quale, seppure con alcuni *obiter dicta*, mostra di non recepire il *novum* normativo.

L'impostazione della legge «Balduzzi» riceve il crisma di legittimità costituzionale con l'ordinanza n. 205/2013 della Corte costituzionale, la quale, raccordandosi con la precedente sentenza n. 166/1973, riconosce la intrinseca razionalità scientifica e perciò la ragionevolezza della soluzione tecnico-giuridica, per cui l'addebito d'imperizia (soltanto) per colpa lieve può giustificare l'esenzione dalla responsabilità penale. Di fronte alla colpa non lieve (quella grave o gravissima o con previsione dell'evento), e cioè a deviazioni significative e immotivate dalle regole di perizia previste da linee guida accreditate, non è viceversa consentita l'indifferenza dell'ordinamento giuridico e l'esenzione da responsabilità, attesa la consistenza costituzionale dei valori in gioco, quali la vita e l'incolumità della persona. Questo è il senso profondo della riforma legislativa di cui all'art. 3, comma 1 della legge n. 189/2012, che mi sembra essere stato colto dalla giurisprudenza penale di legittimità, in punto di definizione delle linee guida, intese come sapere scientifico e tecnologico consolidato non disgiunto dal buonsenso e temperato equamente dalla specificità e concre-

tezza del caso (fra le altre, l'importante sentenza della Quarta sezione penale, "Cantore", n. 16237 del 2013 afferma testualmente: "*Va valutato, questo sapere, nel concreto farsi del trattamento*"). E la stessa sentenza "Cantore", a proposito della distinzione fra colpa lieve e colpa grave, sostiene che ne è legittimo l'affidamento dell'apprezzamento alla discrezionalità tecnica e motivata dei giudici, formatasi nel lento e progressivo fluire dell'esperienza applicativa della giurisprudenza, non potendosi immaginare che sia il legislatore a fissarne una volta per tutte il confine. Ed è proprio lo sforzo ermeneutico della giurisprudenza che, nel determinare il peso lieve o grave della colpa, dovrà di volta in volta misurare il grado di divergenza dell'atteggiarsi della specifica condotta professionale dalle linee guida, valutandone peraltro dal punto di vista soggettivo la concreta esigibilità: un'opera, questa, faticosa ma indeclinabile.

La giurisprudenza di legittimità, in ordine alla legge «Balduzzi», apre all'ipotesi di esclusione della punibilità anche per il difetto di diligenza e di prudenza, oltre quello di perizia, non essendo siffatta interpretazione preclusa dalla lettera della norma di cui all'art. 3, comma 1. E però, relativamente a quei casi per i quali sono le stesse regole di perizia fissate da linee guida accreditate a contenere espliciti riferimenti ad aspetti operativi attinenti alla prudenza o alla diligenza.

7. Resta ancora aperto il cantiere della prevenzione e gestione del rischio. Di qui il rilievo della riforma legislativa intitolata «Gelli-Bianco», la legge n. 24 del 2017, che fa perno, prima ancora che sulle regole della responsabilità civile e penale degli operatori sanitari, sulla portata del rischio professionale. Dalla gestione del *risk management*, nella prevenzione degli eventi avversi, alla corretta allocazione delle risorse all'interno della struttura sanitaria, occorre verificare, caso per caso, se l'errore sia imputabile a colpa del medico oppure (in tutto o in parte) a colpa dell'organizzazione. E così anche con riguardo al costo del danno alla salute cagionato dall'errore. Se sono in gioco interessi sociali e collettivi nell'erogazione delle cure, va di conseguenza rafforzato un sistema di assicurazione obbligatoria della struttura sanitaria, che, ponendosi in condizione – attraverso un efficiente *management* del rischio – di non subire livelli di costo delle polizze troppo elevati, sia in grado di ripartire il rischio soprattutto se da causa ignota. In tal modo si realizza seriamente l'auspicato contrasto alla c.d. medicina difensiva.

I principi ispiratori della riforma sono dunque: la sanità come rete di servizi estesa su tutto il territorio nazionale; la moderna nozione della medicina come scienza biotecnologica; l'elaborazione di un modello razionale di contenimento e di prevenzione del rischio; le linee guida e le buone pratiche accreditate di supporto alle evidenze scientifiche, rispetto alle quali adeguare *ex post* il giudizio di conformità o difformità.

Sul tema della responsabilità penale del medico dopo le riforme «Balduzzi» e «Gelli-Bianco», con particolare riferimento alla portata del novellato art. 590-*sexies* c.p., prendono posizione le Sezioni Unite penali con la sentenza "Mariotti" del 21/12/2017, n. 8770/18. L'art. 6 della «Gelli-Bianco» viene letto e interpretato in termini di rilevanza della sola colpa da imperizia (non, quindi, da negligenza o imprudenza), per difetto di conformità alle linee guida nella fase dell'esecuzione (non della selezione della migliore pratica), e della sola

colpa “lieve”, non anche di quella grave. Le Sezioni Unite richiamano altresì il nucleo forte di razionalità racchiuso nel dettato dell’art. 2236 c.c. come scrutinato per ben due volte dalla Corte costituzionale.

Quanto ai profili della responsabilità civile, si conferma la scelta di fondo della legge «Balduzzi», nel senso che la responsabilità del medico strutturato è definita di natura extracontrattuale, così da alleggerire l’onere probatorio e la prescrizione; mentre quella della struttura sanitaria ha natura contrattuale. Con riguardo infine al sistema assicurativo, si delinea da un lato l’obbligo di assicurazione obbligatoria della struttura sanitaria, mentre dall’altro si contempla l’eventuale azione di rivalsa verso il medico, limitata però ai casi di dolo e colpa grave e in ordine alla misura del *quantum*.

**8.** A proposito della legge «Gelli-Bianco» e della citata sentenza “Mariotti”, vale la pena di chiarire che il limite della colpa da imperizia è stabilito espressamente dal dettato normativo, ma che profili di negligenza o imprudenza potrebbero ragionevolmente rilevare laddove le linee guida o le raccomandazioni scientifiche contengano riferimenti pure indiretti ad aspetti di diligenza e prudenza strettamente connessi alla perizia professionale. Inoltre, quanto alla ritenuta clausola di esclusione della punibilità, anch’essa coerente con la lettera della norma, ne sarebbe certamente auspicabile la conversione in una regola di esclusione addirittura del fatto tipico, nell’ottica di più efficaci e celeri conseguenze procedurali che da essa conseguirebbero.

Dal punto di vista della responsabilità civile del medico vanno segnalate, da ultimo, una serie di sentenze importanti della Terza sezione civile della Suprema Corte che si sono succedute nel novembre 2019 – le c.d. sentenze di San Martino – e che hanno dettato una sorta di decalogo in quel settore. Va richiamata l’importanza della sentenza n. 28987/2019 che, per la prima volta, pur se con riguardo a una fattispecie pre/«Gelli-Bianco», afferma il principio della ripartizione paritaria della responsabilità per danni fra struttura sanitaria e medico strutturato secondo le regole della obbligazione solidale. Come pure merita di essere menzionata la sentenza n. 28991/2019 che – sempre in riferimento a una fattispecie pre/«Gelli-Bianco» – pone decisamente l’onere della prova del nesso di causa a carico del danneggiato che agisce per il risarcimento.



# “Aritmie legislative” e nuovo statuto penale degli esercenti le professioni sanitarie\*

Matteo Caputo\*\*

**SOMMARIO:** 1. Note per una storia recente della politica penale delle professioni sanitarie. – 2. I sostanziosi ritocchi alla disciplina della colpa medica. – 3. La posizione di garanzia dei camici bianchi di fronte alla rinuncia e al rifiuto di cure salvavita. – 4. La prevenzione dell’esercizio abusivo delle professioni sanitarie. – 5. Il contrasto alla violenza contro i professionisti della salute. – 6. Un bilancio, con qualche sorpresa, in tempi di COVID19.

## 1. Note per una storia recente della politica penale delle professioni sanitarie

Si usa dire che un’oncia di storia valga più di una libbra di scienza. C’è del vero in questo adagio, perché il metro della storia aiuta retrospettivamente a dimensionare i fenomeni e a comprendere le reazioni che lo strumento del diritto è motivato ad adottare per governarli. Lo strumento del diritto penale presenta diverse affinità con lo strumento della medicina. Si sforza di prevenire mali, ma quando la patologia dell’illecito si manifesta si fa portatore

---

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. L’articolo riprende l’intervento svolto dall’Autore durante il convegno *I primi due anni della rivista Corti Supreme e Salute*, all’interno della sessione dedicata a “La responsabilità sanitaria”, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell’Università Cattolica del Sacro Cuore, in collaborazione con la Società italiana di Diritto sanitario, il 29 gennaio 2020 a Milano.

\*\* Professore associato di Istituzioni di diritto penale nell’Università Cattolica del Sacro Cuore, [matteo.caputo@unicatt.it](mailto:matteo.caputo@unicatt.it).

di 'cure' dai pesanti effetti collaterali: un'«arma a doppio taglio», il cui impiego ricorda da vicino l'ambivalenza del *pharmacon* (φάρμακον), mescolando insieme rimedio e veleno<sup>1</sup>. Calato nel comparto della tutela della salute, chiamato a occuparsi del corretto dispiegarsi dell'attività dei clinici, il diritto penale ha scoperto un formidabile banco di prova per le proprie categorie fondamentali: consenso, colpa, nesso di causalità, omissione, concorso di persone, pericolo etc.: tutte nozioni care ai penalisti, che si sono viste arricchite dal contatto con una vivace esperienza giurisprudenziale e con la varietà di problematiche, umanamente toccanti, che caratterizzano le scelte e le pratiche connesse alla gestione delle cure, e che hanno profondamente risentito, e continuano a risentire, dei mutamenti sociali intercorsi nei rapporti tra medico e paziente, dal secondo dopoguerra fino al 2012. Fino a quell'anno, a ben vedere, il legislatore non aveva avvertito il bisogno di intervenire sul regime della responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie, affidando al formante giurisprudenziale il compito di ripartire torti e ragioni e di elaborare soluzioni più o meno equilibrate, volte – per ripetere le parole usate dal Guardasigilli nella relazione di accompagnamento al codice civile, a commento dell'art. 2236 – a comporre «due opposte esigenze, quella di non mortificare la iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista» stesso.

Dal 2012 – lo si può ben dire – grazie alla c.d. riforma Balduzzi, qualcosa è radicalmente cambiato, nulla è stato più come prima. È come se fosse crollato un tabù, e si sono susseguiti provvedimenti legislativi, corredati dalle consuete appendici giurisprudenziali, che sollevano più d'un interrogativo sul ruolo attualmente svolto dal diritto penale nella costruzione di un sistema di responsabilità fatalmente incline a incidere sull'identità dei professionisti dell'assistenza sanitaria, poiché ogni novella che tocchi quel regime ridisegna il perimetro di liceità delle manovre consentite sul corpo dei pazienti e produce aggiornamenti e ripensamenti sul piano deontologico.

Nelle pagine che seguono si procederà, in modo assai cursorio, a una ricognizione critica degli aspetti di maggiore impatto introdotti dalle più recenti riforme, per poi provare a stilare un bilancio che, sulla base dei dati raccolti, segnali verso quale orizzonte sembra dirigersi il diritto penale delle professioni sanitarie.

<sup>1</sup> La metafora sanitaria è finemente indagata da G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Raffello Cortina, Milano, 2000, pp. 13 ss. La celebre espressione che riconosce nel diritto penale «un'arma a doppio taglio» si deve a F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 42.

## 2. I sostanziosi ritocchi alla disciplina della colpa medica

Tutto comincia con l'art. 3 del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni nella l. 8 novembre 2012, n. 189 (la c.d. legge Balduzzi)<sup>2</sup>, un autentico sasso scagliato nello stagno della responsabilità da *malpractice* dopo decenni di silenzio, e teso a fornire un contributo, anche dal versante penalistico, al contrasto della medicina difensiva, che aveva ormai assunto dimensioni preoccupanti per la tenuta del sistema sanitario, per la salute dei pazienti e per un esercizio appropriato delle professioni sanitarie<sup>3</sup>.

Due le novità rivoluzionarie: l'ingresso dei saperi scientifici codificati, simboleggiati dalle linee guida accreditate dalla comunità scientifica, sul proscenio della responsabilità penale del medico, e l'irruzione sul medesimo proscenio del concetto di colpa lieve, come argine invalicabile al rimprovero penale<sup>4</sup>.

Tra le pronunce giurisprudenziali che hanno contraddistinto il periodo successivo all'entrata in vigore della novella, svetta la c.d. sentenza Cantore, che contiene alcune fondamentali acquisizioni: a) la mera osservanza o inosservanza di una linea guida nulla dice sulla responsabilità penale dell'esercente le professioni sanitarie, che resta sovrano delle scelte diagnostiche e terapeutiche e non deve veder minata, ma semmai irrobustita, la propria autonomia professionale dal confronto con la medicina basata sulle evidenze; b) il limite della colpa lieve dà vita a una parziale *abolitio criminis*, sicché l'osservanza delle linee guida esonera da responsabilità penale il medico che, nonostante l'osservanza, sia incorso in un caso di colpa lieve; c) la colpa lieve, a onta dell'osservanza delle linee guida (e delle buone pratiche), si verifica in due costellazioni di casi: come 'errore a monte', consistente in uno sbaglio nella selezione di una linea guida che si rivela inconferente con il caso concreto; e come 'errore a valle', qualora il professionista erri nella esecuzione di una linea guida correttamente individuata; d) spetta al giudice di merito, sulla base di un insieme di parametri definiti dalla Corte regolatrice, decidere quando l'errore a monte o

<sup>2</sup> Art. 3 – *Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie*: «L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».

<sup>3</sup> In argomento, per tutti, cfr. G. FORTI - M. CATINO - F. D'ALESSANDRO - C. MAZZUCATO - G. VARRASO, *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, ETS, Pisa, 2010; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 2012.

<sup>4</sup> Impensabile raccogliere in questo scritto l'intera letteratura penalistica sul tema. Sia consentito rinviare alle indicazioni contenute in M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 262 ss.

l'errore a valle superino il grado della *culpa levis* e il comportamento clinico sia passibile di sanzione penale<sup>5</sup>.

Trascorrono solo cinque anni e, sebbene l'art. 3 della legge Balduzzi non abbia dato cattiva prova di sé, l'art. 6 della l. 8 marzo 2017, n. 24 ('Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie') ne decide l'abrogazione e contestualmente, in una immaginaria topografia normativa, la sostituzione con l'art. 590-*sexies* c.p.<sup>6</sup> Tale norma si colloca nel quadro di un ambizioso progetto che prevede, in capo all'Istituto Superiore di Sanità, l'edificazione di un sistema di validazione di linee guida, elaborate dalle società scientifiche, che gli operatori devono seguire se vogliono aspirare all'esenzione da responsabilità penale in caso di addebito colposo.

L'art 590-*sexies* c.p. promette la non punibilità a chi rispetti le linee guida validate dall'Istituto Superiore di Sanità a patto che esse risultino adeguate alle specificità del caso concreto e l'esercente le professioni sanitarie versi in una situazione di imperizia, inibendo l'operatività della disposizione qualora si profili una ipotesi di negligenza o imprudenza. La c.d. legge Gelli-Bianco si fa apprezzare per diversi profili concernenti la sfera penale – si pensi al divieto di utilizzabilità degli *audit* clinici nei procedimenti penali<sup>7</sup>, o anche a una articolata disciplina delle figure peritali<sup>8</sup> – ma la norma dell'art. 590 *sexies* c.p. non brilla per chiarezza e si pone in discontinuità rispetto all'art. 3 della legge Balduzzi perché, pur raffinando il ricorso alle linee guida, mercé una farraginosa fase di *testing*, finalizzata a selezionare solo raccomandazioni di comportamento clinico di comprovata autorevolezza, sopprime inopinatamente il riferimento al grado della colpa.

Non stupisce che, dopo poco tempo dall'entrata in vigore della disposizione, sia stato necessario ascoltare la voce delle Sezioni unite della Corte di Cassazione che, nello sforzo di restituire un significato praticabile al *novum* legislativo, lo hanno condannato a una sorta di sterilizzazione operativa, confinando la non punibilità a casi davvero rari (sono sottratti

<sup>5</sup> Cfr. Cass., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 2985 ss., su cui v., per tutti, F. VIGANÒ, *Linee guida, sapere scientifico e responsabilità del medico in una importante sentenza della Cassazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11 aprile 2013.

<sup>6</sup> Art. 590-*sexies* c.p. – *Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*: «1. Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. 2. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

<sup>7</sup> Art. 16 – *Modifiche alla legge 28 dicembre 2015, n. 208, in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*: «1. All'articolo 1, comma 539, lettera a), della legge 28 dicembre 2015, n. 208, il secondo periodo è sostituito dal seguente: «I verbali e gli atti conseguenti all'attività di gestione del rischio clinico non possono essere acquisiti o utilizzati nell'ambito di procedimenti giudiziari».

<sup>8</sup> Si v. l'art. 15 – *Nomina dei consulenti tecnici d'ufficio e dei periti nei giudizi di responsabilità sanitaria*.

alla sanzione penale i soli errori a valle determinati da imperizia non grave), e riconoscendo in capo al previgente art. 3 lo stemma di norma più favorevole alla classe medica<sup>9</sup>.

Pur con queste notazioni, va osservato che, in uno con l'art. 3, l'art. 590-*sexies* c.p. rappresenta, in epoca di populismo penale, di pan-penalizzazione dell'esistente, uno dei pochi esempi di arretramento del penale o di tentativo di ricorrervi solo come *extrema ratio*<sup>10</sup>. Detto ciò, non può tacersi come il sistema delle linee guida non sia mai decollato, e l'operatività della norma sia appesa a una interpretazione che equipara le linee guida non ancora validate dall'Istituto Superiore di Sanità alle buone pratiche<sup>11</sup>.

Per altro verso, deve ammettersi che l'obiettivo di ridurre la pressione strumentale sul penale, e di riguardare l'errore clinico come un problema di natura organizzativa, prima che giuridica, sembra essere stato centrato. Passati ormai tre anni dal varo della nuova normativa, sono poche le sentenze di condanna del personale sanitario confermate dalla Cassazione e, ancorché faticosamente e in modo non lineare, la risposta alla *malpractice* sta progressivamente (e finalmente!) virando sul civile e sull'assicurativo, impegnando altresì le aziende sanitarie a dotarsi di modelli di gestione del rischio clinico che riducano il numero degli eventi avversi evitabili. Resta da lavorare sul numero delle denunce penali, che rimane alto e che non può dirsi lenito da sentenze assolutorie pervenute a eccessiva distanza di tempo dai fatti di causa<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Ecco le conclusioni cui approda Cass., SU, 22 febbraio 2018, n. 8770: «L'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica: a) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da negligenza o imprudenza; b) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali; c) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto; d) se l'evento si è verificato per colpa "grave" da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico». Per un commento alla pronuncia sia consentito rinviare a M. CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, pp. 345 ss.

<sup>10</sup> Sulla corrente temperie politico-criminale, in chiave fortemente critica, cfr. le acute sollecitazioni di G. FORTI, *La cura delle norme, Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Milano, 2019; e F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, Bologna, 2019.

<sup>11</sup> V., problematicamente, Cass., sez. IV, 27 giugno 2019, n. 28102.

<sup>12</sup> Sul crescente numero delle archiviazioni al termine delle indagini preliminari cfr. l'interessante intervista rilasciata da T. SICILIANO, Procuratore aggiunto presso la Procura di Milano, a I. GITTARDI, e consultabile su [www.dirittopenaleuomo.org](http://www.dirittopenaleuomo.org), 9 ottobre 2019.

### 3. La posizione di garanzia dei camici bianchi di fronte alla rinuncia e al rifiuto di cure salvavita

Sempre nel 2017 una vasta eco ottiene la l. 22 dicembre 2017, n. 219 ('Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento'): una «buona legge buona», com'è stata efficacemente definita<sup>13</sup>.

Essa contiene all'art. 1, comma 6 una significativa rimodulazione della posizione di garanzia del medico, il quale «è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale. Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali».

Si noti come nel rapporto tra medico e paziente la nuova previsione, facendo tesoro di pregresse elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, codifichi e attribuisca espressamente al medico il dovere di fermarsi, meglio: di conformarsi alla volontà del paziente, abbia essa natura di rifiuto o di rinuncia a un trattamento già in corso (compresi la nutrizione e l'idratazione artificiali), e l'adempimento del dovere produce l'effetto di creare una zona franca, un *safe harbour*, un'area di irresponsabilità penale (e civile).

Se ne deduce che il medico, per andare esente da responsabilità penale in caso di *tragic choice*, oltre a 'ben informare' e 'ben curare', deve 'ben rispettare' la volontà del paziente<sup>14</sup>. Sennonché un rispetto profondo passa, come ricorda l'art. 1, comma 5, dall'osservanza di altri doveri, che emergono non appena la rinuncia o il rifiuto abbiano a oggetto, per l'appunto, trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza: il medico deve (non può non) prospettare al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze della decisione di rinuncia o rifiuto e le possibili alternative e deve (non può non) promuovere ogni azione di sostegno, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica<sup>15</sup>.

In altre parole, al medico è chiesto di farsi carico della manifestazione di rinuncia o rifiuto del paziente, sia testando il pieno convincimento in una persona che, in ragione dello stato di grave malattia che la affligge, vive una situazione di speciale fragilità, sia rappresentandole le conseguenze, le alternative e le azioni di sostegno suscettibili di modificare una decisione che altrimenti, se attuata, si profila come destinata a concretizzarsi nell'*exitus* della persona assistita.

<sup>13</sup> Cfr. S. CANESTRARI, *Una buona legge buona*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, pp. 975 ss.

<sup>14</sup> Il rispetto si sostanzia anche dell'obbligo previsto dall'art. 2, comma 2, di astensione da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati.

<sup>15</sup> Sui nodi interpretativi della riforma cfr. L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, pp. 415 ss.

Sempre il comma 6, *ut supra*, precisa che il confine della garanzia che grava sul medico è segnato anche dal divieto per il paziente di esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; richieste che non vincolano il medico e che sembrano fare salvo il ricorso all’obiezione di coscienza.

Non è superfluo rammentare che l’intera materia dei c.d. trattamenti di fine-vita è stata scossa dalla sentenza della Corte cost. 25 settembre 2019, n. 242, che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell’art. 580 c.p., «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»<sup>16</sup>.

In seguito alla pronuncia della Corte, il Consiglio nazionale della Federazione degli Ordini dei Medici e degli Odontoiatri (FNOMCeO) ha approvato, in data 6 febbraio 2020, una rilevante modifica dell’art. 17 del Codice di Deontologia medica, intitolato ‘Atti finalizzati a provocare la morte’, adeguando il testo della norma alla regola stabilita dalla sentenza della Corte costituzionale, attraverso l’aggiunta di un significativo secondo comma:

«1. Il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocarne la morte.

2. La libera scelta del medico di agevolare, sulla base del principio di autodeterminazione dell’individuo, il proposito di suicidio autonomamente e liberamente formatosi da parte di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale, affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili, che sia pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli (sentenza 242/19 della Corte Costituzionale e relative procedure), va sempre valutata caso per caso e comporta, qualora sussistano tutti gli elementi sopra indicati, la non punibilità del medico da un punto di vista disciplinare». Si rileva dunque come alla non punibilità originata dalla scure della Corte costituzionale, che ha dichiarato la parziale illegittimità del delitto di aiuto al suicidio, abbia corrisposto, coerentemente, la delimitazione di un’area di irresponsabilità anche sotto il profilo disciplinare.

<sup>16</sup> Per alcuni penetranti commenti v. M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 8 gennaio 2020; L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in questa *Rivista*, 2019, pp. 193 ss.; A. VALLINI, *Il fine vita come spazio libero dal diritto penale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2020, pp. 208 ss.; G. FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato*, in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it), 3 febbraio 2020; M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 10 febbraio 2020.

## 4. La prevenzione dell'esercizio abusivo delle professioni sanitarie

Il 2018 è caratterizzato invece dall'entrata in vigore della l. 11 gennaio 2018, n. 3 ('Delega al Governo in materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria del Ministero della Salute'), la c.d. legge Lorenzin, che all'art. 12 contiene una corposa riforma della disciplina dell'esercizio abusivo della professione. La norma dell'art. 348 c.p. subisce un sensibile *restyling* e viene sottoposta a un 'processo di sanitarizzazione' perché, pur contemplata a tutela di tutte le professioni c.d. riservate, finisce ora per esibire una evidente curvatura a favore delle professioni sanitarie.

Di seguito, un elenco degli aspetti più rilevanti della novella di interesse ... 'medico-legale'<sup>17</sup>. L'art. 12, comma 1 incide sul primo comma dell'art. 348 c.p., stabilendo la reclusione da sei mesi a tre anni e la multa da 10.000 a 50.000 euro. Si consideri che, nella vigenza della vecchia previsione, il fatto di esercitare abusivamente una professione non costituiva un illecito penale particolarmente grave, dal momento che l'abusivo finiva per rischiare di fatto solo una pena pecuniaria, che non ha mai costituito un deterrente idoneo a scongiurare l'abusivismo (la disciplina previgente comminava la reclusione fino a sei mesi e la multa da 103 a 516 euro).

Sempre l'art. 12, comma 1 introduce pene specifiche e più severe nei confronti del professionista che abbia determinato altri ovvero abbia diretto l'attività delle persone che siano concorse nel delitto di esercizio abusivo (art. 348, comma 3 c.p.). Tali pene, pensate in prima battuta per la figura del direttore sanitario compiacente con l'abusivo, consistono nella reclusione da uno a cinque anni e nella multa da 15.000 a 75.000 euro.

Prevede, inoltre, che la condanna per le fattispecie suddette, di cui all'art. 348, commi 1 e 3 c.p., comporti la pena accessoria della pubblicazione della sentenza e la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e, nel caso in cui il soggetto che abbia commesso il reato eserciti regolarmente una professione o attività, la trasmissione della sentenza al competente ordine, albo o registro, ai fini dell'applicazione dell'interdizione da uno a tre anni dalla professione o attività regolarmente esercitata (art. 348, comma 2 c.p.)<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Per un commento alle novità della riforma cfr. E. LO MONTE, *L'esercizio abusivo di una professione dopo le modifiche introdotte dalla l. n. 3/2018*, Giappichelli, Torino, 2019.

<sup>18</sup> Art. 348 c.p. – *Esercizio abusivo della professione*: «1. Chiunque abusivamente esercita una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 10.000 a euro 50.000. 2. La condanna comporta la pubblicazione della sentenza e la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e, nel caso in cui il soggetto che ha commesso il reato eserciti regolarmente una professione o attività, la trasmissione della sentenza medesima al competente Ordine, albo o registro ai fini dell'applicazione dell'interdizione da uno a tre anni dalla professione o attività regolarmente esercitata. 3. Si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 15.000 a euro 75.000 nei confronti del professionista che

Trattasi di confisca obbligatoria, che si sottrae alla regola generale di cui all’art. 240, comma 1 c.p. in forza della quale, in casi di questo tipo, si prevede generalmente la confisca facoltativa, rimessa invece alla discrezionalità del giudice.

Infine, merita segnalare che i commi 2 e 3 dell’art. 12 inseriscono una circostanza aggravante per i casi in cui i reati di omicidio colposo o di lesioni personali colpose, limitatamente a quelle gravi o gravissime, siano commessi nell’esercizio abusivo di una professione per la quale sia richiesta una speciale abilitazione dello Stato o di un’arte sanitaria (artt. 589, comma 3 e 590, comma 4 c.p.).

Bisogna osservare che ci troviamo al cospetto di un insieme composito di misure che ha fatto raggiungere alla strategia di contrasto penale dell’abusivismo professionale un’intensità ragguardevole e senza precedenti.

La leva dell’intensificazione sanzionatoria va ricercata nella constatazione per cui il bene protetto dalle norme incise dalla riforma non si rinviene solo nella necessità di tutelare «l’interesse generale, di pertinenza della pubblica amministrazione, a che determinate professioni, richiedenti particolari requisiti di probità e competenza tecnica, vengano esercitate soltanto da chi, avendo conseguito una speciale abilitazione amministrativa, risulti in possesso delle qualità morali e culturali richieste dalla legge»<sup>19</sup>, ma si sdoppia e ricomprende, in via mediata, beni primari come la salute individuale e collettiva, messi a repentaglio dall’esercizio di attività sanitarie da parte dei *sine titulis*.

In questa prospettiva, è dunque l’esigenza di preservare il bene finale della salute che giustifica una rinnovata considerazione degli interessi delle corporazioni sanitarie e legittima un ispessimento delle forme di tutela penale della ‘esclusiva professionale’, mercé l’espulsione dal mercato delle professioni dei ‘falsi’ e degli ‘usurpatori’ e l’auspicato ripristino di uno stadio di lealtà concorrenziale<sup>20</sup>.

## 5. Il contrasto alla violenza contro i professionisti della salute

A questa breve rassegna deve aggiungersi un provvedimento non ancora divenuto legge, ma accreditato di superare senza troppi intralci il sindacato parlamentare. Si tratta del d.d.l. Senato 867-A, poi approvato con modifiche dalle Commissioni Affari Sociali e Giustizia della Camera, e atteso dal dibattito in assemblea lo scorso 21 febbraio, prima che l’emergenza COVID19 ribaltasse il calendario dei lavori. Il provvedimento è diretto a contrastare

---

ha determinato altri a commettere il reato di cui al primo comma ovvero ha diretto l’attività delle persone che sono concorse nel reato medesimo».

<sup>19</sup> Cfr. Cass., SU, 23 marzo 2012, n. 11545.

<sup>20</sup> Per altre considerazioni e approfondimenti cfr. M. CAPUTO, *L’esercizio abusivo della professione riformato*, di prossima pubblicazione su [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

il diffuso e deprecabile fenomeno delle violenze perpetrate ai danni degli esercenti le professioni sanitarie, documentato nella recente cronaca da numerosi episodi che hanno visto operatori sanitari e socio-sanitari vittime di reazioni furenti e incontrollate da parte di pazienti e parenti, motivate da presunti addebiti di responsabilità per trattamenti ritenuti inadeguati o tardivi.

Stando a quanto previsto dagli ultimi lavori parlamentari dei quali si dispone, sotto il profilo delle novità di rilievo penale, si prevede di aggiungere un comma all'art. 583-*quater* c.p., relativo alle lesioni gravi arrecate a un pubblico ufficiale, col quale si punta ad applicare le stesse pene anche alle «lesioni personali gravi o gravissime cagionate a personale esercente una professione sanitaria o socio-sanitaria o a incaricati di pubblico servizio, nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio presso strutture sanitarie e socio-sanitarie pubbliche o private». Le pene sono costituite dalla reclusione da quattro a dieci anni per le lesioni gravi e da otto a sedici anni per le lesioni gravissime.

Non solo. Il d.d.l. introduce un'ulteriore - l'ennesima - circostanza aggravante nel catalogo dell'art. 61 c.p., consistente nel «l'aver commesso il fatto con violenza o minaccia in danno degli esercenti le professioni sanitarie nell'esercizio delle loro funzioni», stabilendo che in presenza delle suddette aggravanti scatti il regime della procedibilità d'ufficio.

Dall'analisi del d.d.l. si ricava la scelta di non attribuire a medici e personale sanitario e socio-sanitario la qualifica di pubblico ufficiale, come pure si era congetturato nel corso dei lavori al Senato, ma di conferire loro le medesime tutele che la qualifica di pubblico ufficiale comporta in ipotesi di reati commessi contro soggetti muniti della speciale qualifica, ossia la procedibilità d'ufficio e un consistente aggravio delle pene per chi realizza attacchi ai loro danni. In particolare, la procedibilità d'ufficio scatterebbe in occorrenza dei reati di percosse (art. 581 c.p.) e lesioni (art. 582 c.p.), qualora ricorra la summenzionata aggravante del fatto commesso con violenza o minaccia a carico degli operatori sanitari e socio-sanitari.

Si stabilisce poi che nei procedimenti penali aventi a oggetto le aggressioni nei confronti dei propri operatori sanitari nell'esercizio delle loro funzioni, le Aziende sanitarie avranno l'obbligo di costituirsi parte civile.

Non mancano le sanzioni amministrative. Salvo che il fatto costituisca reato, chiunque terrà condotte violente, ingiuriose, offensive o moleste nei confronti di personale esercente una professione sanitaria o socio-sanitaria o di incaricati di pubblico servizio presso strutture sanitarie e socio-sanitarie pubbliche o private, sarà soggetto alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 500 a euro 5.000.

Come si diceva, complice la pandemia in atto, è al momento difficile pronosticare quando il d.d.l. verrà approvato, ma la velocità impressa ai lavori parlamentari e l'appoggio sostanzialmente *bipartizan* che lo spinge segnalano l'esistenza di una forte volontà politica di 'messa in sicurezza' degli operatori sanitari attraverso, anche in questo caso, il ricorso alle costose risorse dell'inasprimento sanzionatorio.

## 6. Un bilancio, con qualche sorpresa, in tempi di COVID19

Dall'esame dei brani legislativi passati in rapida successione è possibile ricavare due linee di tendenza in atto, che sembrano rispondere a una comune opzione di politica penale delle professioni sanitarie.

La prima linea è ben incarnata dalla l. 189/2012, dalla l. 24/2017 e dalla l. 219/2017, promettenti sprazzi di non punibilità nei confronti degli esercenti le professioni sanitarie: le prime due a favore di coloro i quali osservino le linee guida, la terza a favore di coloro i quali rispettino la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo.

La seconda linea di tendenza è per certi versi opposta alla prima, perché riscopre il penale come meccanismo di protezione delle professioni sanitarie, sia attraverso le modifiche apportate alla disciplina dell'esercizio abusivo, sia attraverso la annunciata legge contro la violenza al personale sanitario<sup>21</sup>. In un certo senso, potrebbe dirsi che gli ultimi due provvedimenti marchino il passaggio dell'attenzione legislativa dalla 'sicurezza delle cure' – insegna caratterizzante la prima fase di interventi, destinati a depotenziare la minaccia della pena rivolta al personale sanitario per prevenirne gli errori – alla 'sicurezza degli esercenti le professioni sanitarie', valore che rappresenta il tratto tipico della seconda e più recente fase.

In sostanza, a voler prospettare un rapido bilancio, è facile ottenere una sintesi per certi versi inaspettata: meno penale a carico dei professionisti della salute, più penale per chi attenta agli interessi dei professionisti della salute, con la bilancia che pende decisamente dalla parte di questi ultimi. Attraverso questi 'quattro provvedimenti e mezzo' il legislatore sembra aver costruito uno scudo robusto a protezione di una categoria professionale che mai come oggi può contare su uno statuto di particolare favore.

Molta acqua è passata sotto i ponti dalla pronuncia della Corte costituzionale 28 novembre 1973, n. 166, che attestava l'esistenza di una sorta di privilegio per la classe medica, esonerata da responsabilità penale nei limiti dell'imperizia lieve. Dopo vari rivolgimenti giurisprudenziali, che avevano condotto parte considerevole della giurisprudenza di merito e di legittimità a rinnegare la posizione assunta dalla giurisprudenza costituzionale, il pendolo della storia scocca un'ora incoraggiante per gli operatori sanitari, i quali – anche grazie alle ultime novelle – possono affrontare con minori timori il rischio professionale, sì da ridurre le pratiche difensivistiche e scoraggiare la fuga dagli atenei e dagli ospedali, a tutto vantaggio della salute dei pazienti e della tenuta del sistema sanitario nazionale.

<sup>21</sup> Cfr. adesso il d.d.l. Camera 2117, 'Disposizioni in materia di sicurezza per gli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie nell'esercizio delle loro funzioni'.

Dopo che per lungo tempo si è negata la specificità delle professioni sanitarie, evocando a ogni pie' sospinto la violazione dell'art. 3 Cost., ecco che oggi, a uno sguardo d'insieme, la categoria pare aver recuperato una considerazione normativa qual è difficile riscontrare per altre professioni. Con una differenza di non poco conto rispetto al passato: mentre nel 1973 il trattamento benevolo sancito dalla pronuncia della Corte costituzionale – incarnato dalla celebre «larghezza di vedute e comprensione», richieste ai giudici nella valutazione della colpa medica<sup>22</sup> – rifletteva un atteggiamento sociale di deferenza nei confronti dell'*auctoritas*, che marcava uno squilibrio di piani alimentato da paternalismo e asimmetrie informative, ai giorni nostri il *favor* normativo sembra potersi spiegare alla luce di un più maturo riconoscimento della speciale utilità sociale rivestita dalle professioni sanitarie in una società complessa come l'attuale, chiamata ad attrezzarsi per governare sfide alla salute sempre crescenti – si pensi alla battaglia contro il c.d. *Coronavirus* – e quindi bisognosa di contare su professionisti qualificati e scevri da preoccupazioni di ordine extra-professionale.

La serenità nell'esercizio della professione, messa a rischio dalle pratiche degli abusivi come dalle ri-vendicazioni di pazienti e familiari amareggiati e delusi, che talvolta trascinano in condotte aggressive, impensabili solo qualche decade fa, sembra la cifra corrente del diritto penale della medicina.

Chiamato a fronteggiare le ritorsioni giudiziarie, la slealtà concorrenziale e gli attacchi personali nei confronti dei professionisti della salute, il diritto penale si è reso disponibile a trasmettere a loro e ai pazienti un messaggio a un tempo rassicurante e fermo, che promette di essere tanto più apprezzato in un'epoca caratterizzata dal sacrificio personale di numerosi operatori della sanità esposti alla pandemia in corso: «*Nessuno tocchi Ippocrate*».

<sup>22</sup> Cass., Sez. IV, 4 febbraio 1972, Del Vecchio, in *Cass. pen.*, 1973, p. 538.