



Francesco Bocchini*

Il ruolo della giurisdizione nell'attuazione delle sentenze additive di prestazione della Corte Costituzionale**

SOMMARIO: 1. Programma della ricerca. - 2. Le sentenze 'additive' di prestazione sanitarie nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale. - 3. L'articolato dibattito dottrinale. - 4. Il ruolo della giurisdizione nell'attuazione delle sentenze 'additive' di prestazione della Corte costituzionale relative al finanziamento effettivo dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie. - 5. Conclusioni.

1. Programma della ricerca.

Il presente studio si propone di analizzare l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di livelli essenziali delle prestazioni sanitarie¹ con particolare attenzione alla attuazione concreta delle sentenze additive² con le quali la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale delle norme di legge nella parte in cui non prevedono la copertura finanziaria dei livelli essenziali delle prestazioni. Infatti mentre sono chiare le conseguenze delle sentenze di mera declaratoria di illegittimità costituzionale perché la giurisdizione civile, amministrati-

* Professore associato Istituzioni di diritto pubblico - Università degli Studi del Molise.

**Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Corte costituzionale, 23 dicembre 2019, n. 285. V., anche, Corte costituzionale del 20 dicembre 2019, n. 277; Corte costituzionale del 10 maggio 2019, n. 116; Corte costituzionale del 5 giugno 2018, n. 148; Corte costituzionale del 16 novembre 2018, n. 208; Corte costituzionale 11 maggio 2017, n. 108; Corte costituzionale del 5 giugno 2013, n. 118; Corte costituzionale del 9 febbraio 2011, n. 35; Corte costituzionale del 10 novembre 2011, n. 300; Corte costituzionale del 22 luglio 2010, n. 274; Corte costituzionale del 4 maggio 2009, n. 129; Corte costituzionale del 25 luglio 2001, n. 290; Corte costituzionale del 7 aprile 1995, n. 115; Corte costituzionale del 3 novembre 1988, n. 1013.

² Per una illuminante ricostruzione delle decisioni della Corte costituzionale v. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, 193 ss.; ID., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, Giuffrè, 2012, 259 ss.

va, penale e contabile non può dichiarare, dal momento di tale declaratoria, né la responsabilità dei cittadini per violazione di norme materiali, poi, dichiarate incostituzionali né la nullità degli atti giuridici posti in essere in contrasto di norme dichiarate incostituzionali, in presenza di sentenze additive di prestazione, l'attuazione pone problemi più complessi perché non ha carattere meramente giuridico, ma impone l'intervento del legislatore per finanziare la prestazione sanitaria non finanziata dalla legge dichiarata incostituzionale.

Individuato il tema, la restrizione da parte della Consulta dell'assoluta discrezionalità del legislatore statale e regionale nella allocazione delle risorse finanziarie assomiglia alla 'bassa marea' quando il mare si ritira lasciando scoperto il fondo marino che non è né mare, né terra ferma. Così, alla contrazione della discrezionalità del legislatore conseguente alla emanazione delle sentenze additive che dichiarano incostituzionali le norme di legge sembra non corrispondere altro che il vuoto, fino a quando il legislatore non decida di intervenire, dal momento che, nel caso di sentenze additive di prestazione, occorre compiere un'attività giuridica in positivo per prevedere il finanziamento integrale delle prestazioni essenziali negate dalla legge dichiarata incostituzionale. Questo problema appare particolarmente rilevante in materia sanitaria, ma concerne, in generale, tutti i diritti civili e sociali fondamentali privi di copertura legislativa³.

Lo studio si propone, allora, di verificare se sia possibile superare la situazione di stallo che si viene a creare quando, a seguito di sentenze additive di prestazione, si verifica una vera e propria inerzia del legislatore.

Invero il problema si pone perché la più recente giurisprudenza costituzionale è tanto ferma nel proclamare la priorità astratta dell'obbligo di finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni, quanto restia a pronunziarsi, probabilmente a ragione, in ordine alle conseguenze giuridiche di tali pronunce, in caso di inerzia del legislatore. Ma se per la Consulta appare ragionevole questa prudenza, sin qui poco esplorata, la ragione di questa lacuna risiede, probabilmente, nel fatto che la dottrina appare divisa in ordine alla stessa legittimità costituzionale delle sentenze additive. E ciò spiega perché è quasi, del tutto, inesplorata, poi, la problematica relativa alla fase di attuazione di siffatte sentenze, anche se, nella giurisprudenza più recente, si riconosce la priorità dell'effettiva erogazione dei livelli essenziali delle prestazioni rispetto alle ragioni finanziarie. Infatti un primo orientamento⁴ nega, alla radice, il pro-

³ F. LANCHSTER, *Il profumo del costituzionalismo*, in *Nomos*, 2-2018, 3 ss. osserva efficacemente che lo Stato di diritto costituzionale individua un ordinamento dove supremi sono i valori costituzionali, non vulnerabili dalle cangianti maggioranze parlamentari, anche se interpretabili in modo diversificato. La sua introduzione, si osserva, ha costituito per l'ambito europeo un progressivo abbandono della teoria della tradizionale supremazia dell'organo legislativo (inteso in senso stretto o complesso) e la costruzione di un ordinamento dove i diritti fondamentali degli individui ed i rapporti tra gli organi costituzionali sono sottoposti a limiti e garanzie di tipo giurisdizionale.

⁴ G. M. SALERNO, *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in *Federalismi*, 10-2015, 4 ss.

blema, perché ritiene che l'equilibrio di bilancio sia un super-valore costituzionale che prevale su ogni altro valore costituzionale perché attiene allo stesso assetto costituzionale della Repubblica. Ed, in ogni caso, il problema del finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie è un problema di competenza del legislatore e non della Consulta.

Un secondo orientamento⁵ approva, invece, i pronunciati della Consulta confermando, in via astratta, la correttezza delle sentenze additive di prestazione esauendo, però, l'analisi nella giustificazione teorica delle stesse. Sembra, allora, porsi la seguente alternativa: o si rinuncia alla pur pregevole giurisprudenza costituzionale rappresentata dalle sentenze additive di prestazione oppure occorre prospettare nuovi itinerari di ricerca. Il problema si pone perché, a ben vedere, la stessa dottrina⁶ ha avvertito che la garanzia dei diritti sociali previsti dalla Costituzione si fonda non solo e non tanto sulla emanazione di pronunce astratte, recanti riconoscimenti teorici di diritti fondamentali, mercè il ricorso da parte della Consulta al criterio della ragionevolezza, anche in una logica di bilanciamento, per ricercare un ragionevole contemperamento tra diversi diritti, principi e valori costituzionali⁷, bensì sulla tutela effettiva e concreta quanto meno di un nucleo essenziale incompressibile dei diritti sociali inderogabili. E, allora, diviene rilevante, anche, la garanzia dell'effettività

⁵ M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid*, 2012, 31 ss.; ID., *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI, (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alla Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1994, 100; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1-2014, 12 ss.; C. PINELLI, *Diritti sociali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1994, 269 ss.; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento negli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, 109 ss.; F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC*, 2-2012, 1 ss.

⁶ A. D'ATENA, *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Lezioni di diritto costituzionale*⁴, Torino, Giappichelli, 2018, 18 ss. osserva che l'avvento dei diritti sociali nelle Carte costituzionali del ventesimo secolo non solo abbia attenuato la relazione costitutiva tra la costituzione e i diritti fondamentali ma abbia modificato la stessa percezione della costituzione. Le norme costituzionali sui diritti sociali, infatti, necessitano di una regolazione di attuazione affinché possano conseguire la piena realizzazione dei rispettivi scopi di tutela. Ne consegue che la Costituzione è percepita «come una disciplina preliminare, non solo dipendente -quanto alla sua efficacia pratica- dalla disciplina attuativa e di svolgimento ma anche aperta ad operazioni di bilanciamento da parte delle giurisdizioni costituzionali». V., sul punto, D. MORANA, *I rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale nella garanzia dei diritti sociali*, in *Amministrazione in cammino*, 2015, 4.

⁷ A. CERRI, *Il «principio» come fattore di orientamento interpretativo e come valore «privilegiato»: spunti ed ipotesi per una distinzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1987, 1806 ss.; ID., *Uguaglianza, (Principio di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXXII, Roma, 1994, 1 ss.; ID., *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXXV, Roma, 1994, 1 ss.; A.A. CERVATI, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e «bilanciamento» fra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale (Atti del Seminario organizzato dalla Corte costituzionale nei giorni 13-14 novembre 1992)*, Milano 1994, 60 ss.; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in AA.VV., *Giornate in onore di Angelo Falzea*, Milano, Giuffrè, 1993, 70 ss.; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento negli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, 9 ss.

dell'esercizio dei diritti sociali al fine di tutelare la dignità della persona umana⁸ e la stessa democraticità dello Stato che dipende in maniera significativa dall'effettiva tutela dei diritti fondamentali con particolare riguardo ai diritti sociali ed al contenuto delle prestazioni ad essi connessi⁹. In tale garanzia, però, la Consulta non è sola perché, all'indomani della nascita della Corte costituzionale, Vezio Crisafulli osservava che il tema andava studiato, avendo ben presente, anche, la funzione della giurisdizione civile, penale, amministrativa e contabile, a valle delle sentenze della Corte costituzionale. E, in quest'ultima prospettiva, lo studio affronta il problema se la giurisdizione dei giudici comuni possa svolgere, a fronte dell'inerzia del legislatore, un ruolo attivo sulla base dell'idea che la tutela dei diritti fondamentali costituisce, come è stato ben osservato, un elemento fondativo e legittimante la comunità ben oltre la soglia della ricostruzione meramente difensiva dei diritti¹⁰.

2. Le sentenze 'additive' di prestazione sanitarie nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale.

Per meglio comprendere l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di prestazioni sanitarie essenziali¹¹ appare opportuno tener presente che questa giurisprudenza può essere divisa in tre orientamenti che, solo, tendenzialmente si succedono l'uno all'altro, anche se nell'ultimo decennio (2010-2020) appare costante l'orientamento più rigoroso a tutela dei diritti fondamentali sempre meno 'finanziariamente condizionati'.

Il primo orientamento della giurisprudenza costituzionale¹² appare caratterizzato dal riconoscimento, a ben vedere, solo astratto del carattere assoluto ed irriducibile

⁸ P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, Giappichelli, 2006, 125 ss.. Sul profilo comparato con l'ordinamento tedesco v. M. PANEbianco, *Bundesverfassungsgericht, dignità umana e diritti fondamentali*, in *Diritto e società*, 2-2002, 173 ss.

⁹ E. CATELANI, *La tutela dei diritti sociali fra Europa, Stato e autonomie locali. I rischi della differenziazione*, in *Federalismi*, 5-2018, 30.

¹⁰ P. RIDOLA, *Stato e costituzione in Germania*, Torino, Giappichelli, 2016, 55 ss.

¹¹ A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 6-2003, 1063 ss.; G. FALCON, *Dieci anni dopo. Un bilancio della riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2-2011, 241 ss.; M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, 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, 9 ss.

¹² In questo orientamento la Corte costituzionale riconosce puramente e semplicemente il diritto alla prestazione sanitaria, senza affrontare il problema della copertura finanziaria della relativa spesa. Si va dalla sentenza del 8 giugno 1987, n. 215 relativa al finanziamento della frequenza nelle scuole superiori che, secondo la Consulta, «deve essere assicurata ai mutilati ed agli invalidi civili» alla sentenza del 22 giugno 1990, n. 307 relativa al finanziamento per risarcimento dei danni conseguenti a vaccinazioni obbligatorie contro la poliomielite, dalla sentenza del 18 aprile 1996, n. 118 relativa alla stessa materia delle vaccinazioni obbligatorie, ma che riguarda i danni subiti prima della legge n. 210 del 25 febbraio 1992 che tale indennizzo ha previsto alla sentenza del 16 luglio 1999, n. 309 relativa all'assistenza sanitaria dei cittadini italiani residenti all'estero, per motivi diversi dai motivi di lavoro e di studio, dalla

del diritto alla salute, nel quadro dei diritti fondamentali previsti e/o riconosciuti dalla Costituzione¹³. Ciò che caratterizza questo primo orientamento è il fatto che la Consulta riconosce, in astratto, il diritto alle prestazioni sanitarie, ma si ha l'impressione che ciò avvenga, senza prendere in considerazione il problema del finanziamento di siffatte prestazioni. Il punto va rimarcato perché questo orientamento si differenzia dagli orientamenti successivi per il fatto che negli altri due orientamenti la Corte costituzionale si rende conto del problema del finanziamento e lo affronta direttamente pervenendo, però, a soluzioni opposte.

In questo primo orientamento la Consulta tutela il diritto alla salute, come diritto soggettivo azionabile *erga omnes* (Corte costituzionale sentenze del 23 luglio 1974, n. 247; del 26 luglio 1979, n. 88; del 18 luglio 1991, n. 356), sia nei confronti dei pubblici poteri, sia nei confronti dei privati (Corte costituzionale sentenze del 26 luglio 1979 n. 88; del 14 luglio 1986, n. 184; del 17 dicembre 1987, n. 557).

La Consulta, in questa prospettiva, considera il diritto alla salute come un bene giuridico costituzionalmente garantito al quale attribuisce un significato, in un certo senso, astratto al diritto sociale della salute in quanto, da un lato, attribuisce al termine salute, il significato naturalistico di integrità fisico-psichica del soggetto offeso ed, in questo caso, il danno alla salute è l'equivalente del danno biologico o del danno fisiologico. E, dall'altro lato, declina il termine 'salute' nella dimensione giuridico-costituzionale, cioè, come un bene giuridico garantito dalla Costituzione come diritto dell'individuo ed interesse della collettività.

sentenza del 22 novembre 2002, n. 467 relativa al finanziamento dell'indennità mensile di frequenza anche ai minori che frequentano l'asilo nido alla sentenza del 26 febbraio 2010, n. 80 relativa alle norme di legge statale con le quali si stabiliva un limite massimo invalicabile restante alle ore di insegnanti di sostegno, con la conseguenza automatica della impossibilità di avvalersi di insegnanti specializzati in presenza nelle classi di stridenti con disabilità grave ed alla sentenza del 24 aprile 2020, n. 72 relativa ad una legge regionale della Regione Puglia, in relazione al godimento di prestazioni sanitarie essenziali, in riferimento ai «solo anziani e soggetti affetti da demenza», escludendo, così, gli altri soggetti non autosufficienti dal godimento delle prestazioni sanitarie essenziali.

¹³ A. D'ATENA, *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 3-4 osserva efficacemente che le costituzioni moderne intrattengono un rapporto costitutivo con i diritti fondamentali traendo proprio dall'esigenza di tutelare questi ultimi la loro profonda ragion d'essere. E dietro questa scelta c'è la dottrina del diritto naturale, improntata dalla convinzione che i diritti non spettano all'uomo perché ad esso concessi da un legislatore positivo, ma per la sua qualità di essere umano. Di qui, la preoccupazione che l'inserimento in Costituzione di una compiuta disciplina dei diritti fondamentali potesse accreditare l'idea che i diritti traggano la propria origine dalla Costituzione e che, peraltro, siano disponibili dal legislatore costituzionale, il quale, come li ha concessi, nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, potrebbe revocarli. Si osserva, allora, che è stata coerente con questa preoccupazione la scelta di non collocare la disciplina dei diritti nella Costituzione, cioè, in un documento che costituisce e, quindi, crea le situazioni giuridiche soggettive da esso contemplate, ma in una 'dichiarazione' provvista di valore ricognitivo, essendo chiamata ad elencare i diritti già esistenti. Per un'attenta analisi della tutela dei diritti dell'uomo v. A. D'ANDREA, *La protezione giuridica dei diritti dell'uomo: alcune osservazioni con particolare riguardo all'ordinamento italiano*, in A. SCIUMÈ (a cura di), *I diritti umani nel processo di consolidamento delle democrazie occidentali*, Brescia, Promodis, 2000.

La dottrina¹⁴ osserva che il collegamento tra l'art. 32 Cost. ed i valori costituzionali, a cominciare dai valori di dignità, eguaglianza e solidarietà, hanno concorso a rafforzare ulteriormente la posizione di spicco del diritto alla salute, nel quadro dei diritti fondamentali della seconda generazione, nel quale trova espressione la dimensione sociale del rapporto di cittadinanza, rendendo, ancora più stringente, la richiesta di realizzazione dell'impegno costituzionale.

Tale orientamento ha trovato nel tempo sostegno, anche, nella giurisprudenza costituzionale¹⁵ la quale, muovendo dalla qualificazione costituzionale del diritto alla salute come diritto 'primario e fondamentale' ha accolto l'istanza di 'piena ed esaustiva tutela' che discende, necessariamente, da un siffatto assetto costituzionale¹⁶.

In tale prospettiva il diritto alla salute assume, alla stregua dei precetti costituzionali che rimettono alla Repubblica il compito di tutela in quanto 'fondamentale diritto dell'individuo e interesse della comunità', una forza analoga a quella delle

¹⁴ R. NANIA, *Il diritto alla salute tra attuazione e sostenibilità*, in R. NANIA, (a cura di), *Attuazione e sostenibilità del diritto alla salute*, Roma, 2013, 15 ss

¹⁵ Corte costituzionale del 18 dicembre 1987, n. 559; Corte costituzionale del 18 febbraio 1988, n. 184, Corte costituzionale del 23 aprile 1993, n. 184.

¹⁶ In particolare, A. D'ATENA, *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 7 ss. ha acutamente osservato che le tecniche giuridiche adottate dal costituzionalismo per garantire i diritti fondamentali sono diverse. La prima tecnica è quella della loro 'copertura organizzativa'. In genere, si parla di copertura finanziaria alludendo al fatto che le leggi debbono indicare i mezzi finanziari per far fronte alle spese che esse prevedono. Infatti, nel contesto del costituzionalismo, è stato ben osservato che le due parti in cui la disciplina costituzionale può essere scomposta, sull'onda della distinzione da parte dei padri della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 tra disciplina dei diritti e divisione dei poteri, (la parte sostanziale della disciplina dei diritti e dei doveri e la parte organizzativa della disciplina del potere sovrano)- non possono essere considerate come variabili indipendenti, combinabili a piacimento. La seconda tecnica che concorre a determinare la qualità della tutela costituzionale dei diritti è rappresentata dall'elemento formale della superiorità della Costituzione. Il terzo punto di forza della tutela dei diritti fondamentali garantita dal primo costituzionalismo va ravvisato nell'efficacia della disciplina normativa che si concreta nell'autosufficienza del riconoscimento costituzionale dei diritti di libertà che produce la totalità degli effetti indipendentemente da qualsiasi intervento attuativo. Onde l'immediatezza, per riprendere l'espressione di Pierfrancesco Grossi, (v., in particolare, P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*², Torino, Giappichelli, 1991, 235 ss.) dei diritti in parola. Ma nella successiva stagione del costituzionalismo si registra un'evoluzione la quale coincide con l'inizio del XX secolo. Esso ha inizio con due eventi che cambiano la storia del mondo: la rivoluzione sovietica del 1917 e la prima guerra mondiale (1914-1918). Tali eventi si riflettono sul costituzionalismo perché conducono all'avvento dei diritti sociali accanto ai cataloghi dei diritti della tradizione settecentesca ed ottocentesca. I diritti sociali, configurandosi come 'diritti a prestazione' attendono dal successivo intervento del legislatore la propria realizzazione (M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, 802 ss. e 804; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Padova, Cedam, 1990, 28). Di qui il problema dell'efficacia delle norme che li riconoscono. L'introduzione nelle costituzioni dei diritti sociali ha prodotto due conseguenze, da un lato, l'attenuazione della relazione costitutiva tra la costituzione e i diritti fondamentali e, dall'altro, la modifica della percezione della costituzione come disciplina preliminare, non solo dipendente, quanto alla sua efficacia pratica, dalla disciplina attuativa ma, anche, aperta ad operazioni di bilanciamento da parte delle giurisdizioni costituzionali. Ma le aberranti esperienze istituzionali maturate nel periodo compreso tra i due conflitti mondiali hanno posto la consapevolezza che, se la tutela dei diritti è affidata esclusivamente allo Stato, la garanzia può essere illusoria perché lo Stato può essere il primo violatore di quei diritti. Di qui l'avvento della stagione dell'internazionalizzazione della garanzia dei diritti fondamentali e l'attenuazione da parte della giurisprudenza costituzionale della distinzione classica del costituzionalismo tra i diritti dell'uomo e i diritti del cittadino. Ma, come è stato efficacemente osservato, non è finita la funzione storica del costituzionalismo, il quale resta un riferimento essenziale e una speranza.

tradizionali libertà individuali. Ciò comporta una rilevanza non solo sotto il profilo negativo, che concerne l'esclusione di ogni intervento invasivo da parte delle pubbliche autorità non previsto dalla legge, ma, anche, sotto il profilo positivo, del diritto a ricevere i livelli essenziali delle prestazioni sanitarie a tutela dell'integrità psico fisico della persona¹⁷.

In questa dimensione la tendenza della Consulta è rivolta a riconoscere ed approfondire, in astratto, la portata del diritto alla salute, anche, come diritto sociale, sulla base del fondamento normativo che risiede nella parte prima della Costituzione come principio fondamentale, senza eccessiva preoccupazione del fatto che il godimento di ogni prestazione abbia un costo 'finanziario'¹⁸.

In sostanza, in questo orientamento cade nel cono dell'ombra il problema del finanziamento delle prestazioni sanitarie, perché la Consulta non considera l'attuazione concreta del diritto alla salute, in positivo, e, cioè, il diritto del cittadino ad ottenere l'erogazione concreta dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie. Questa astrazione della giurisprudenza costituzionale apre le porte e giustifica il secondo orientamento della giurisprudenza.

Per meglio comprendere questo secondo orientamento della Corte costituzionale, giova fermare l'attenzione sulla tipologia delle prestazioni sanitarie essenziali rispetto alle quali la Consulta ha fatto prevalere le ragioni del bilancio dello Stato sul diritto alla salute, qualificato come un diritto finanziariamente condizionato.

Nel caso del Comune di Trento la Corte costituzionale ha ritenuto nella sentenza del 16 ottobre 1990, n. 455 non fondata la questione di legittimità costituzionale di una legge provinciale che non prevedeva l'erogazione delle prestazioni sanitarie a favore di tutte le persone anziani e residenti non autosufficienti, perché il diritto alla salute, secondo la Consulta, non è un diritto soggettivo pieno e incondizionato rispetto alle prestazioni sanitarie che oltrepassino i limiti di erogazione legittimamente previste dalle leggi ordinarie in base alle risorse aggiuntive finanziarie disponibili.

Nel caso Pelizzari la Consulta ha ribadito, nella sentenza del 3 giugno 1992, n. 247, il principio, con riferimento ad un caso di rimborso di spese ospedaliere sostenute all'estero. In particolare, la Corte costituzionale ha affermato che rimane compito del legislatore, nella attuazione positiva degli interessi tutelati, il contenimento del diritto alla salute con gli altri criteri costituzionalmente tutelati, tenuto conto dei

¹⁷ E. CHELI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni. Le ragioni del diritto*, Milano, 1995, 1773 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 2002; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1-1984, 31 ss.; M. LUCIANI, *Diritto alla salute (Dir. Cost)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXVII, Roma, 1991, 2 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, cit., 44.

¹⁸ Sulla protezione dei diritti sociali quale espressione del principio di eguaglianza v. C. PINELLI, "Social card" o del ritorno della carità di Stato, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, Jovene, 2009, 1177; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'eguaglianza sostanziale*, Napoli, Jovene, 1999; 1177; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in AA.VV. *Studi in Onore di Manlio Mazziotti di Celso*, II, Padova, Cedam, 1995, 101; G. RAZZANO, *Lo "Statuto costituzionale dei diritti sociali"*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2- 2013, 3 ss.

limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento.

Nel caso *Mazzone* la Consulta prende posizione, nella sentenza del 15 luglio 1994, n. 304, con riguardo ad un caso in cui un cittadino aveva chiesto il rimborso per le spese sostenute per l'assistenza sanitaria in forma indiretta per le prestazioni riabilitative presso una struttura sanitaria non convenzionata, affermando che la questione di costituzionalità della legge regionale impugnata non è fondata perché la legge regionale non escludeva, del tutto, il ricorso dei cittadini a strutture sanitarie non convenzionate, ma solo il ricorso a prestazioni continuative in strutture non convenzionate.

In particolare, la Corte costituzionale ha affermato che il diritto a ricevere i trattamenti sanitari è condizionato (anche se la Consulta usa un'espressione atipica e parla di un diritto «pieno e incondizionato nei limiti in cui lo stesso legislatore, attraverso una non irragionevole opera di bilanciamento fra i valori costituzionali e di commisurazione degli obiettivi conseguentemente determinati alle risorse esistenti, predisponga adeguate possibilità di fruizione delle prestazioni sanitarie».

Nel caso *Scarpetta* la Corte costituzionale, nella sentenza del 31 marzo 1995, n. 99, ha ritenuto, in riferimento all'entità dei trattamenti pensionistici, che se, da un lato, l'adeguatezza e la proporzionalità dei medesimi trattamenti devono sussistere non solo al momento del collocamento a riposo, ma, anche, in prosieguo, in relazione al mutato potere d'acquisto della moneta, dall'altro lato, va tenuto conto che esiste il limite delle risorse disponibili e che, in sede di manovra finanziaria di fine anno, spetta al Governo ed al Parlamento bilanciare tutti i valori costituzionalmente rilevanti nell'equilibrato esercizio della loro discrezionalità, tenendo conto delle esigenze fondamentali di politica economica.

Nel caso della Regione Emilia Romagna la Consulta, nella sentenza del 28 luglio 1995, n. 416, prende posizione in merito alla legge statale che impone l'obbligo della Regioni di provvedere con risorse proprie al ripiano di eventuali disavanzi di gestione delle Ussl, statuendo l'illegittimità costituzionale di siffatta normativa statale in relazione a scelte esclusive o determinati dello Stato in quanto in contrasto con l'autonomia finanziaria delle regioni.

Nel caso *Boschis* la Consulta, nella sentenza del 17 luglio 1998, n. 267, ribadisce la tesi del diritto alla salute come diritto finanziariamente condizionato in relazione ad una fattispecie nella quale la legge regionale non provava il concorso della Regione nelle spese per l'assistenza indiretta per le prestazioni sanitarie di comprovata gravità ed urgenza.

Una particolare attenzione meritano, nell'ambito di questo secondo orientamento restrittivo, le sentenze 455/1990 e 304/1994.

A partire dalla storica sentenza 455/1990¹⁹, e, poi, nella sentenza 304/1994, la Corte costituzionale, scendendo dall'astrattismo di una tutela teorica alla sua attuazione pratica, 'scopre' che la tutela, anche, dei diritti costituzionali fondamentali, è sempre 'condizionata' dalle disponibilità finanziarie dello Stato²⁰. Analogo principio vale per tutti gli enti territoriali essendo sempre necessaria, per tutti i diritti, anche fondamentali, la copertura finanziaria, perché, con espressione sintetica, si ripete, in questo periodo, che 'i diritti costano'²¹.

Questo principio, affermato per il diritto alla salute, ma comune ad ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, non implica una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione ad una tutela affidata unicamente al legislatore, ma comporta, secondo la Consulta, che l'attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute), avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre per la sua attuazione delle risorse finanziarie necessarie²².

¹⁹ La Corte costituzionale nella sentenza 455/1990 osserva che il rapporto tra la realizzazione dei diritti sociali e l'equilibrio di bilancio vada risolto attraverso la tecnica di una loro concretizzazione «graduale» in relazione alle risorse disponibili dello Stato. Secondo il principio di gradualità, il bilanciamento operato dal legislatore deve tener conto delle condizioni pregresse. Pertanto il diritto alla salute, nella sua accezione di diritto ai trattamenti sanitari doveva ritenersi non solo soggetto al bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, ma anche sostanzialmente condizionato dalla possibilità reale ed obiettiva di disporre delle risorse necessarie. Di qui la soggezione del diritto alla salute, considerato sotto il profilo del diritto al trattamento sanitario, alla «determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione» della relativa tutela da parte del legislatore ordinario (v. Corte costituzionale del 27 luglio 1982, n. 142; Corte costituzionale del 2 luglio 1966, n. 81; Corte costituzionale del 21 maggio 1975, n. 112; Corte costituzionale del 10 novembre 1982, Corte costituzionale del 18 luglio 1983, n. 212; Corte costituzionale del 21 luglio 1983, n. 226; Corte costituzionale del 8 marzo 1988, n. 1011).

²⁰ Sulla categoria dei diritti finanziariamente condizionati v. L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1-1995, 33 ss.; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, Cedam, 1996, 370 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *Trasformazioni costituzionali nel federalizing process europeo*, Napoli, Jovene, 2012; A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, 1-2014, 79 ss.; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2000, 97 ss. Sul costo dei diritti sociali v. C. PINELLI, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.)*, in *Diritto Pubblico*, 3-2002, 892; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1997; L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, in E. CAVASINO-G. SCALA-G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 11 ss.

²¹ A. D'ATENA, *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 7; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, cit., 802; S. HOLMES-C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2000, 166.

²² La Corte costituzionale matura un corposo filone (v., in particolare, sentenze del 23 luglio 1992 n. 356; del 19 maggio 1993, n. 243; del 10 giugno 1994, n. 240) che rileva la necessità di tenere in considerazione i vincoli imposti dalle risorse finanziarie al momento della decisione sui trattamenti da garantire o sui requisiti che subordinano l'accesso alle prestazioni sanitarie. V., in particolare, A. RUGGIERI, *Summum ius summa iniuria ovvero sia quando l'autonomia regionale non riesce a convertirsi in servizio per i diritti fondamentali (a margine di Corte cost. n. 325 del 2011)*, in *Consultaonline*, 2011, 3 ss.

A partire dagli anni novanta, quindi, il limite finanziario rappresenta un fattore di peso rilevante nella garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie e nel finanziamento delle spesa sanitaria²³.

Nasce, così, la teoria dei ‘diritti finanziariamente condizionati’, prima, in dottrina²⁴ e, poi, nella giurisprudenza costituzionale del periodo.

E, così, negli anni ‘90 la crisi finanziaria dello Stato rende sempre più evidente la contrazione del finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie²⁵. Ma, proprio, questo precario equilibrio finanziario dello Stato apre la strada al terzo orientamento di evoluzione della giurisprudenza costituzionale fino ad oggi.

La portata vincolante del nuovo art. 81 Cost. si poteva dedurre, anche, dalla sentenza della Consulta del 10 aprile 2014, n. 88 che aveva affermato che ‘il nuovo

²³ La Corte costituzionale nella sentenza del 27 luglio 2011, n. 248 ha utilizzato, per la prima volta, l’espressione «vincolo finanziariamente vincolato» in relazione alla garanzia delle prestazioni sanitarie. In particolare, la Consulta, nella citata sentenza, sottolinea come il diritto alle prestazioni sanitarie sia condizionato finanziariamente perché «l’esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, 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?».

²⁴ La nozione dei cc.dd. diritti finanziariamente condizionati fu coniata per la prima volta da F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni 80*, in AA.VV., *I servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 30-31 il quale osservava che «i diritti di prestazione» di un servizio pubblico non sono diritti assoluti, come i diritti politici, bensì diritti finanziariamente condizionati. Ne deriva che anche i diritti sociali garantiti dalla Costituzione, ai quali corrisponde una prestazione di un servizio, non sono diritti assoluti, ma relativi. Sul problema del condizionamento finanziario dei diritti sociali v. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XI, Roma, 1989, 31; M. LUCIANI, *Diritto alla salute (dir. cost.)*, cit., 5 ss; M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche, aggiornamento*, V, Roma, 2013, 219. In particolare, i diritti sociali sono intesi dalla dottrina (F. DONATI, *Tutela dei principi costituzionali e rispetto delle decisioni di bilancio*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l’art. 81, n.c., della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1993, 320 ss.) come diritti «condizionati» dalle risorse finanziarie ed, anche, dall’intervento del legislatore in quanto «richiedono un’ulteriore disciplina da parte della legge ordinaria diretta a realizzare l’organizzazione necessaria per fornire la prestazione che forma oggetto del diritto». Ma è stato osservato (S. HOLMES-C.R..SUNSTEIN, *The Cost. of rights. Why liberty depends on faces*, New York, 1999, 250 ss.) che il fatto che i diritti abbiano un costo sia una minaccia alla salvaguardia dei medesimi così come illudersi che i diritti non costino consente di illudersi pure sulla natura inviolabile dei diritti; essere consapevoli del costo dei diritti non può che condurre, al contrario, ad ammettere che in tema di diritti è necessario compiere delle scelte allocative di risorse scarse. Immaginare che la legge sia o possa essere immune dai compromessi tipici della finanza pubblica può solo rendere ciechi di fronte alla realtà politica della tutela dei diritti. Pertanto il fatto che i diritti costano comporta il fatto che il potere politico influenza in misura determinante valore e portata dei nostri diritti. La crisi dello Stato sociale, osserva la dottrina (V. MANZETTI, *La tutela dei diritti sociali nello “stato delle crisi”*, in *Nomos*, 7-2015, 9 ss), generata dalla scarsità delle risorse ed aggravata ulteriormente dalla crisi economica pone il legislatore di fronte alla necessità di operare una serie di scelte che si concretano in un primo bilanciamento all’interno della categoria, vista la moltitudine di essi (sanità, istruzione, ecc.) ed un successivo bilanciamento con le risorse finanziarie disponibili.

²⁵ S. STAIANO, *Diritti e confini nell’Europa della crisi*, in *Federalismi*, 22-2015, 9 ss. osserva che il processo di integrazione europea può essere portato a compimento ponendo programmaticamente il problema dell’universalizzazione dei diritti sociali, cioè, della possibilità stessa di una Costituzione europea, il cui fondamento è nella legittimazione dei giudici perché il diritto da essi prodotto procede dal popolo in quanto gli organi della giurisdizione si possano ritenere democraticamente legittimati; legittimazione indiretta, mediata dalla norma giuridica e dalla soggezione del giudice a essa, quali che siano le modalità della sua formazione. E si osserva acutamente «il diritto giurisprudenziale è l’energia propulsiva che spinge verso la Costituzione».

sistema della finanza pubblica disegnato dalla legge cost. n. 1 del 20 aprile 2012 ha, dunque, una sua interna coerenza e una sua completezza, ed è pertanto solo alla sua stregua che vanno vagliate le questioni di costituzionalità sollevate nei confronti della legge²⁶.

La Consulta assoggettando la tutela dei diritti sociali ai vincoli di bilancio fa prevalere, per la prima volta, un principio costituzionale quale è quello dell'equilibrio di bilancio, in modo prevalente sulle altre norme di valore costituzionale, quali quelle che comportano un diritto all'assistenza sanitaria. E' stato, così, osservato²⁷ che la Corte costituzionale opera un rivoluzione copernicana che la vede protagonista di un bilanciamento non più «ineguale» nei termini in cui era stato prospettato dalla dottrina²⁸ che riteneva prevalente il diritto alla salute, ma che oscilla tra il bilanciamento eguale (nel quale l'equilibrio di bilancio e le esigenze finanziarie non rappresentano più un mero limite esterno al bilanciamento, ma si misurano alla pari con gli altri principi e diritti costituzionali) ed il bilanciamento diseguale in cui prevale l'art. 81 Cost. come nella sentenza della Corte costituzionale del 22 ottobre 2014, n. 238²⁹. In particolare, è stato osservato³⁰ che l'equilibrio finanziario è esso stesso garanzia dei diritti e non può essere visto solo in contrapposizione ad essi perché solo uno Stato con un bilancio sostenibile può dare concreta garanzia di soddisfazione dei diritti e, quindi, anche l'equilibrio di bilancio attiene al complessivo assetto costituzionale del Paese.

Ad un certo punto, però, si fa strada l'idea che i diritti fondamentali non possano mai essere 'finanziariamente condizionati' perché la tutela dei diritti fondamentali costituisce, proprio, il baricentro del nuovo costituzionalismo³¹.

Giova presentare i casi sottoposti allo scrutinio di legittimità costituzionale della Consulta per dare un quadro delle situazioni materiali e reali dei nuclei essenziali incompressibili delle prestazioni sanitarie, secondo la Corte costituzionale.

Nella sentenza del 8 giugno 1987, n. 215 la Consulta afferma che una legge dello Stato è illegittima costituzionalmente quando si limita «a prevedere» la frequenza alle scuole medie superiori ai soggetti portatori di handicap, ossia, affetti da menoma-

²⁶ Sull'impiego dell'art. 81 Cost. come criterio di valutazione dei costi della sentenza v., *ex multis*, Corte costituzionale del 8 giugno 2001, n. 180; Corte costituzionale del 12 luglio 2002, n. 342; Corte costituzionale del 23 gennaio 2004, n. 30.

²⁷ I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *Quaderni Costituzionali*, 4-2015, 3 ss.

²⁸ Sul bilanciamento ineguale v. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 126.

²⁹ S. SCAGLIARINI *La Corte tra Ronim Hood e egialtore "senzatterra"*, in *Consultaonline*, 1-2015, 239.

³⁰ A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1-2014, 12 ss. osserva che i vincoli di bilancio non sono contro la democrazia politica, ma proprio in funzione della conservazione della democrazia e che, pertanto, in un contesto sociale di crescenti disuguaglianze l'effettività del discorso intorno ai diritti si gioca proprio e ancora di più sulle risorse finanziarie disponibili», così che il pareggio di bilancio può rappresentare l'occasione per ridurre le disuguaglianze, anziché accentuarle con misure di riduzione che incidono maggiormente sulle fasce più deboli.

³¹ A. D'ATENA, *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 8 ss.

zioni fisiche, psichiche e sensoriali comportanti sensibili difficoltà di sviluppo, apprendimento e inserimento alla vita sociale, invece, di prevedere che tale frequenza ‘è assicurata’ dalla legge censurata.

Tale principio viene ribadito, in particolare, nella sentenza del 16 luglio 1999, n. 309 relativa alla mancata previsione di forme di assistenza sanitaria gratuita a favore dei cittadini italiani che si trovano temporaneamente all'estero non per ragioni di lavoro o di studio che versano in disagiate condizioni economiche, nella sentenza del 22 novembre 2002, n. 467 relativa all'indennità mensile di frequenza ai minori che frequentano l'asilo nido, nella sentenza del 26 febbraio 2010, n. 80 relativa all'assunzione di insegnanti di sostegno in deroga, in presenza nelle classi di studenti con disabilità grave e, infine, nella sentenza del 29 gennaio 2016, n. 10 relativa alle scelte di bilancio riduttive degli stanziamenti complessivi per l'esercizio di funzioni conferite ad enti territoriali e, cioè, in settori di notevole rilevanza sociale.

E si arriva, così, alla sentenza del 16 dicembre 2016, n. 275 nella quale la Consulta, pur tenendo presente che il godimento del diritto alla salute ha dei costi, che possono incidere sulla gamma delle prestazioni di carattere sanitario, ritiene che esiste un limite invalicabile rappresentato dai livelli essenziali delle prestazioni non materialmente comprimibili perché fondate sul valore inderogabile della dignità umana³². Pertanto per la Consulta non è non è possibile limitare l'erogazione delle prestazioni essenziali indefettibili, ferma restando la discrezionalità politica del legislatore nella determinazione, secondo i canoni di ragionevolezza, del contenuto dei livelli essenziali delle prestazioni.

Il principio personalista, che pone in risalto i diritti fondamentali della persona umana, consente, allora, alla giurisprudenza costituzionale di porre in secondo piano i vincoli economici³³ per riaffermare lo statuto costituzionale dei diritti sociali contro le tendenze alla loro de-costituzionalizzazione³⁴. E, in particolare, la specificazione da parte della Corte costituzionale del ‘nucleo irriducibile’ delle prestazioni sanitarie quale limite alla discrezionalità del legislatore in ordine al finanziamento o meno

³² D. MORANA, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *Rivista AIC*, 4-2013, 11 ss. In particolare, la Corte costituzionale nella sentenza 275/2016 ha affermato che «una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali, è di tutta evidenza che la pretesa violazione dell'art. 81 Cost. è frutto di una visione non corretta del concetto di equilibrio del bilancio, sia con riguardo alla Regione che alla Provincia cofinanziatrice». La dignità umana rappresenta un parametro invalicabile quale «nucleo irriducibile del diritto alla salute», di cui nel bilanciamento il legislatore non può non tener conto, così come confermato, più volte, dal giudice delle leggi (Corte costituzionale del 16 luglio 1999, n. 309; del 20 novembre 2000, n. 509; del 17 luglio 2001, n. 252; del 2 novembre 2005, n. 432; del 31 ottobre, n. 354; del 22 ottobre 2010, n. 299; del 22 luglio 2010, n. 269; del 2 dicembre 2005 n. 432).

³³ L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. ALESSI, (a cura di), *L'amministrazione unitaria*, Atti del Congresso Celebrativo del Centenario delle Leggi amministrative di Unificazione, Vicenza, 1967-1969, 116.

³⁴ L'espressione è di A. LUCARELLI, *Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati*. Nota a Corte cost. n. 275 del 2016, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6-2016, 2343 ss.

delle prestazioni sanitarie, appare evidente nella sentenza del 20 novembre 2000, n. 509 in tema di rimborsabilità delle spese sostenute per prestazioni mediche ricevute presso le strutture non convenzionate.

Questa giurisprudenza comporta, di fatto, una funzione di supplenza della Consulta rispetto alla mancata previsione, da parte del legislatore, di una clausola di elasticità che permetta, in presenza di particolari circostanze, di superare il requisito della formale autorizzazione da parte della pubblica autorità per l'accesso alle forme di assistenza indiretta. Ma la 'supplenza' del giudice costituzionale nei confronti dell'inerzia del legislatore non può mai giungere alla predisposizione della necessaria organizzazione del personale e dei servizi per lo svolgimento delle prestazioni sanitarie essendo tale comito proprio del legislatore.

In conclusione, la parabola storica della giurisprudenza costituzionale partita, negli anni '60, con l'astrattismo delle prime sentenze che riconoscono i diritti fondamentali sulla carta astratti, è proseguita con l'età di mezzo nel quale il diritto alla salute diventa un diritto finanziariamente condizionato ed approda al periodo attuale nel quale i diritti fondamentali prevalgono sulle esigenze di bilancio³⁵.

Come affermano incisivamente le recenti sentenze della Consulta 62/2020 e 72/2020 «una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo [il diritto alla prestazione sociale di natura fondamentale, esso] non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generale (sentenza n. 275 del 2016). E' la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sui bilanci e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione». E' possibile, allora, osservare, con espressioni sintetiche, che dai 'diritti astrattamente garantiti', si è passati ai 'diritti finanziariamente condizionati', per arrivare, poi, ai 'bilanci pubblici costituzionalmente condizionati'.

3. L'articolato dibattito dottrinale.

A fronte dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di sentenze additive concernenti i livelli essenziali delle prestazioni sanitarie, anche la posizione della dottrina è, quanto mai, variegata³⁶.

Sembra possibile ricostruire, sul piano sistematico, tre orientamenti fondamentali della dottrina: a) un orientamento negazionista che nega la stessa legittimità delle

³⁵ P. BILANCIA, *La dimensione europea dei diritti sociali*, in *Federalismi.it*, 4-2018, 5.

³⁶ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., 263 ss.; ID., *Violazione del principio di eguaglianza e di intervento della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1968; L. ELIA, *Sentenze "interpretative" di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, 1715 ss.; C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Il Foro italiano*, 1970, 153 ss.

sentenze additive di prestazione e, conseguentemente, nega il problema della loro attuazione, perché ritiene che la copertura delle sentenze additive non sia un problema della Corte costituzionale, ma del legislatore; b) un orientamento asserzionista che, viceversa, si sforza di dare un fondamento teorico alle sentenze additive di prestazione, senza porsi il problema della loro attuazione in concreto; c) un terzo orientamento che potremmo definire rimediale che si pone il problema di individuare i rimedi giuridici per dare attuazione pratica, nella effettività, alle sentenze additive di prestazione.

Il primo orientamento³⁷, pur avendo varie declinazioni, arriva alla conclusione che, dichiarata l'incostituzionalità delle norme che prevedono diritti sociali senza copertura finanziaria, i diritti sociali sono, di fatto, caducati perché la Corte costituzionale non può 'comandare' al legislatore di dare copertura finanziaria ai diritti sociali. Si osserva che il finanziamento dei diritti sociali e/o dei livelli essenziali delle prestazioni non è un problema della Consulta, ma del legislatore³⁸. In questo orientamento si colloca l'opinione³⁹ di chi rileva che la caducazione della norma che riconosce un diritto fondamentale, ma senza copertura finanziaria, può ammettersi solo ove questa integri un ingiustificato privilegio a favore di una categoria di cittadini rispetto ad altri e, quindi, violi il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e non sulla base della violazione dell'art. 117 Cost. che prevede diritti finanziariamente condizionati. Se, viceversa, il problema è affrontato dalla Consulta non sotto il profilo della violazione del principio di eguaglianza, ma sotto il profilo del 'vuoto di finanza' ex art. 117 Cost., la decisione della Consulta sarebbe inammissibile⁴⁰. Que-

³⁷ V. CAIANIELLO, *Corte costituzionale e finanza pubblica*, in *Giurisprudenza italiana*, 4-1984, 284 ss.

³⁸ F. DONATI, *Sentenze della Corte cost. e vincolo di copertura finanziaria ex art. 81 Cost.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2-1989, 1535 ss.; ID., *Uguaglianza, diritti umani e vincoli di bilancio*, in *Federalismi.it*, 21-2018, 3 ss.

³⁹ D. SORACE- A. TORRICELLI, *La tutela degli interessi tra Corte cost. e Parlamento: le sentenze della Corte che comportano nuove e maggiori spese*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Le istituzioni nella recessione*, Bologna, Il Mulino, 1984, 353 ss.

⁴⁰ In questa direttrice si ipotizza (V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1-1976, 1694 ss.) ipotizza nel bilancio statale la creazione da parte del legislatore di un capitolo di bilancio destinato a coprire le spese derivanti dalle decisioni additive della Consulta. La dottrina (M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte Costituzionale nel giudizio in via incidentale per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2-2019, 649) richiama questa intuizione crisafulliana, che si faceva carico di giustificare interventi della Corte rivolti a colmare omissioni incostituzionali. È la famosa intuizione delle 'rime obbligate', per cui la Corte può direttamente colmare la lacuna, quando la regola da inserire sia direttamente implicata dal testo costituzionale. Si è, così, osservato che, in tal caso, la Corte agirebbe «sotto dettatura» della Costituzione, non essendovi propriamente una «discrezionalità» della Consulta al riguardo. Si osserva, così, che tale artificio retorico, anche se particolarmente brillante, è da impiegare in prospettiva «giustificazionista», per legittimare quella che apparirebbe, altrimenti, come una sorta di invasione della sfera riservata al legislatore. E si è, anche, osservato (A. RIZZO-A. AGRO²-G. DE ROBERTO, *Corte costituzionale e Parlamento*, in AA. VV., *Parlamento, Istituzioni, Democrazia*, Milano, Giuffrè, 1980) che questa tesi del capitolo di bilancio dedicato «ad hoc» potrebbe ridurre la «responsabilizzazione» della Corte costituzionale di fronte all'impatto finanziario delle sue decisioni. Anche se va rilevato che l'ipotizzato capitolo di spesa sarebbe di un importo eccessivo perché la spesa non deriverebbe da un giudizio tra le singole parti, ma da

sto filone di pensiero, anch'esso 'negazionista', arriva alla conclusione che esiste una categoria di decisioni della Consulta che possono essere qualificate come 'sentenze di incompatibilità', sull'esempio della *Unvereinbarkeit* tedesca, nel senso che le sentenze additive sono incompatibili con il sistema costituzionale perché non potrebbero avere effetti caducatori né essere, di per sé, fonte di nuove o maggiori spese pubbliche, perché la Corte costituzionale, per la natura delle sue funzioni, non dispone della possibilità di provvedere all'adempimento dell'onere finanziario dichiarato nelle sue sentenze⁴¹.

Un eventuale potere integrativo della Corte costituzionale, in ordine alla determinazione delle risorse necessarie a far fronte alle spese, finirebbe, infatti, con involgere 'valutazioni comparative, in un quadro di compatibilità economico-finanziarie, il che presupporrebbe un insieme di decisioni di carattere squisitamente politico, precluse alla Corte Costituzionale'⁴². Mancando istituzionalmente la possibilità di obbligare il legislatore ad adempiere all'onere di previsione di copertura finanziaria verrebbe meno, anche, il potere di emanare sentenze additive che comportano spese pubbliche⁴³.

Non sembra diverso il pensiero⁴⁴ di chi ritiene che la competenza ad emanare decisioni additive nascerebbe da un equivoco, perché delle due l'una: o la decisione è inutile se le 'rime' sono davvero obbligate nel senso che non occorre scegliere tra più soluzioni per dare attuazione ai diritti fondamentali o la decisione non è consentita ove le rime non fossero obbligate.

Questo orientamento negazionista non ha trovato il favore di quella parte della dottrina⁴⁵ che ritiene inutile negare la legittimità delle sentenze additive, dal momento che l'effetto giuridico delle stesse è sicuro, in quanto le norme dichiarate illegittime costituzionalmente perdono efficacia dal momento della decisione. Si è, anche, osservato⁴⁶ che l'esperienza giuridica ha mostrato come questa tesi negazionista

un giudizio relativo a prestazioni essenziali per intere categorie di soggetti, per es. per finanziare un piano ospedaliero per tutte le Regioni meridionali.

⁴¹ G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u.c. della Costituzione*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, l'8 e il 9 novembre 1991, Milano, Giuffrè, 1993, 99 ss.

⁴² G. CAIANIELLO, *Decisioni della Corte costituzionale e degli altri giudici in materie interessanti la finanza pubblica*, in S. RISTUCCIA (a cura di), *Il bilancio tra Governo e Parlamento: attuazione e prospettive della riforma del bilancio*, Fondazione Adriano Olivetti, Roma, 1984, 323 ss.

⁴³ Sempre nell'ordinamento rimediabile si osserva (A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., 264) che un rimedio potrebbe essere di prevedere, nella legge finanziaria, alcuni tributi ad aliquota elevabile con atto governativo, per coprire nuove spese o minori entrate che insorgessero per effetto di decisioni giurisdizionali. Tale rimedio responsabilizzerebbe, per la sua trasparenza, la Corte costituzionale ed i giudici, senza precludere la loro funzione interpretativa.

⁴⁴ A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Il Foro italiano*, 5-1980, 123; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milano, Giuffrè, 1994.

⁴⁵ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., 264.

⁴⁶ F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE-E. CHELI-S. GRASSI, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna. Il Mulino, 1982, 44.

trascura i caratteri specifici della nostra storia costituzionale che hanno condotto all'istituzione di una Corte costituzionale per i giudizi nei quali è prevista la possibilità di censurare scelte supreme del potere politico, anche laddove non ci sono 'rime obbligate'. E ciò avviene quando il legislatore non solo omette, ma, omettendo, esclude intere categorie di individui dal godimento dei livelli essenziali di prestazione. Ed, in tal caso, si osserva acutamente⁴⁷, il vuoto non può essere colmato, in via interpretativa, perché, se così fosse, si potrebbe risolvere, anche, in via interpretativa qualsiasi altra questione di costituzionalità pervenendo, per questa via, a negare il senso stesso delle decisioni di illegittimità costituzionale.

Il secondo orientamento seguito dalla dottrina può essere definito asserzionista perché, pur riconoscendo la legittimità delle sentenze additive, si sforza, in buona sostanza, con varie argomentazioni, di giustificare la giurisprudenza costituzionale additiva, senza porsi il problema della attuazione di tali decisioni.

E ciò spiega la ragione per quale in dottrina cominci a prospettarsi il problema della attuazione alle sentenze additive di prestazione. In questo itinerario di ricerca si colloca il terzo orientamento, che abbiamo definito rimediabile, perché affronta il problema dei rimedi, in senso lato, ai quali fare ricorso per dare attuazione alle sentenze additive di spesa. Si comincia con l'osservare che le sentenze additive giacciono in una 'bara' coperta dall' 'oblio' del legislatore.

In questa prospettiva si sono ipotizzati taluni strumenti giuridici. Per esempio, si è ipotizzata⁴⁸ la creazione da parte del legislatore nel bilancio statale di un capitolo di bilancio destinato a coprire le spese derivanti dalle decisioni additive della Consulta. La dottrina⁴⁹ richiama la famosa intuizione crisafulliana delle 'rime obbligate'⁵⁰ che si faceva carico di giustificare gli interventi della Corte costituzionale rivolti a colmare le omissioni incostituzionali, in guisa che la Consulta poteva direttamente colmare la lacuna quando la regola da inserire sia direttamente implicata dal testo costituzionale. Si è, così, osservato che la Corte costituzionale agirebbe 'sotto dettatura' della Costituzione, non essendovi, propriamente, una 'discrezionalità' al riguardo. Un artificio retorico, anche se particolarmente brillante, da impiegare in prospettiva 'giustificazionista', per legittimare quella che apparirebbe, altrimenti, come una sorta di invasione della sfera riservata al legislatore. E si è, anche, osservato⁵¹ che questa tesi del capitolo di bilancio dedicato 'ad hoc' potrebbe ridurre la 'responsabilizzazione' della Corte costituzionale di fronte all'impatto finanziario delle sue decisioni.

⁴⁷ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., 264.

⁴⁸ V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, cit., 1694 ss.

⁴⁹ M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte Costituzionale nel giudizio in via incidentale per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, cit., 649.

⁵⁰ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, *La Corte costituzionale*⁵, Padova, Cedam, 1984, 497.

⁵¹ A. RIZZO-A. AGRO²- G. DE ROBERTO, *Corte costituzionale e Parlamento*, in AA. VV., *Parlamento, Istituzioni, Democrazia*, Milano, Giuffrè, 1980.

Anche se va detto che l'ipotizzato capitolo di spesa sarebbe di un importo troppo elevato, perché la spesa deriverebbe da un giudizio relativo a prestazioni essenziali per intere categorie di soggetti, per es. per finanziare un piano ospedaliero per le Regioni meridionali.

Sempre nell'orientamento rimediabile si osserva autorevolmente⁵² che un rimedio potrebbe essere quello di prevedere, nella legge finanziaria, alcuni tributi ad aliquota elevabile con atto governativo, per coprire nuove spese o minori entrate che insorgessero per effetto di decisioni giurisdizionali. Tale rimedio responsabilizzerebbe, per la sua trasparenza, la Corte costituzionale ed i giudici, senza precludere la loro funzione interpretativa.

A nostro avviso, l'orientamento che abbiamo definito 'rimediabile' merita un particolare approfondimento di carattere sistematico, perché fa emergere il problema sotteso alle sentenze rappresentato dal fatto che la Corte costituzionale non è solo garante del riconoscimento astratto dei diritti fondamentali, ma, anche, dell'attuazione dei medesimi diritti, nell'effettività del 'diritto vivente'.

Questo approfondimento impone un chiarimento preliminare di natura economico-finanziaria.

Secondo i dati ufficiali del Ministero dell'economia e delle finanze pubblicati dalla Ragioneria generale dello Stato negli ultimi anni la spesa per le prestazioni sanitarie del Ministero della salute è pari al 10% delle entrate generali dello Stato. Analogo discorso può essere fatto per tutte le Regioni, anche se non è agevole stimare la spesa sanitaria regionale aggregata.

A questo punto si domanda: una volta individuata la spesa per i livelli essenziali delle prestazioni sanitarie⁵³ che senso ha parlare a tale proposito di 'equilibrio di bilancio' posto che la spesa, prevista per i livelli essenziali delle prestazioni sanitarie, è coperta dalle entrate pubbliche dello Stato perché rappresenta solo il 10% delle entrate? E la Corte costituzionale nella sentenza n. 62 del 2020 ha affermato, con una chiarezza cristallina, che «una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo [il diritto alla prestazione sociale di natura fondamentale, esso] non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generale» perché «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul

⁵² A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., 264.

⁵³ C. PINELLI, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, comma 2, lett. m), Cost.*, cit., 887 ss.; F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, cit., 1 ss.; A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1-2012, 198; D. CABRAS, *Su alcuni rilievi critici al c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC*, 2-2012, 2 ss.; I. CIOLLI, *I diritti sociali*, in F. ANGELINI-M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli, Jovene, 2012, 83 ss.; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 126 ss.; F. SAITTO, *"Costituzione finanziaria" ed effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo "Stato fiscale" allo "Stato debitore"*, in *Rivista AIC*, 1-2017, 17 ss.; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali. Relazione al XXVIII convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, 4-2013, 7 ss.

bilanci e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione» (sentenza n. 275 del 2016).

In altre parole, il problema finanziario potrebbe porsi solo se la spesa sanitaria superasse il tetto dell'intero ammontare delle entrate pubbliche del bilancio dello Stato. Se, invece, come avviene in Italia, la spesa sanitaria pubblica nella sua interezza corrisponde al 10% delle entrate pubbliche, ne consegue che la spesa per i livelli essenziali delle prestazioni non pone mai in pericolo l'equilibrio di bilancio tra entrate ed uscite. È vero, solo, che i livelli essenziali delle prestazioni e, più in generale, il finanziamento dei diritti sociali, collegati con i diritti dei cittadini nei rapporti etico-sociali (artt. 29-35 Cost.), restringe l'area della discrezionalità del legislatore, nell'allocatione delle risorse, rappresentate dalle entrate dello Stato. Siamo, allora, sotto questo profilo, di fronte ad un problema mal posto.

Ma, anche, sotto altro profilo, sul piano economico-finanziario, oggi, il problema dell'equilibrio del bilancio è un falso problema perché, rispetto al tempo del Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la governance nell'Unione economica e monetaria (c.d. Fiscal Compact) ed alla conseguente costituzionalizzazione dell'equilibrio del bilancio, occorre rimarcare il fatto nuovo rappresentato dall'intervento finanziario dell'Unione europea a favore di tutti gli Stati dell'Unione (*Recovery Fund* e *Next Generation Eu*). Questa nuova 'finanza europea' indebolisce l'alibi rappresentato dalla mancanza di risorse finanziarie per il finanziamento dei livelli essenziali di assistenza in materia sanitaria, apparendo il pareggio di bilancio un 'relitto storico', rispetto alle nuove politiche economiche europee di *deficit spending* di ascendenza keynesiana, che non solo tollera, ma autorizza gli Stati ad elevare le soglie del debito pubblico.

4. Il ruolo della giurisdizione nell'attuazione delle sentenze 'additive' di prestazione della Corte costituzionale relative al finanziamento effettivo dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie.

Le due osservazioni preliminari di carattere economico-finanziario consentono di sviluppare la prospettiva teorica che abbiamo definito rimediabile. Infatti è possibile percorrere una strada giurisdizionale, verificando in che modo le sentenze additive di prestazione possano trovare attuazione⁵⁴.

In questo itinerario di ricerca il problema dell'attuazione delle sentenze della Consulta, se viene analizzato nella sola prospettiva del binomio Parlamento-Consulta, sembra senza soluzione. Se, viceversa, si guarda al 'diritto vivente', i cittadini hanno davanti a loro, nella vita quotidiana, da un lato, gli enti territoriali e i loro funzionari chiamati ad erogare le prestazioni sanitarie e, dall'altro, i giudici comuni che hanno la funzione di dare disco verde o rosso alla concreta attuazione della

⁵⁴ D. MORANA, *I rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale nella garanzia dei diritti sociali*, cit., 5 ss.

tutela dei diritti fondamentali. In questo itinerario di ricerca appare illuminante l'insegnamento di Crisafulli⁵⁵ che, all'indomani dell'istituzione della Corte costituzionale, poneva in evidenza il problema del ruolo della magistratura nei rapporti con la Corte costituzionale, ritenendo necessaria una 'leale collaborazione' tra magistratura e Corte costituzionale. L'intuizione di Crisafulli consisteva nel sostituire al binomio Corte costituzionale-Parlamento un trinomio per il quale la Consulta va posta tra magistratura e Parlamento. Oggi, a distanza di oltre mezzo secolo, quell'insegnamento può essere ripreso, come è stato correttamente fatto⁵⁶, portando il pensiero dell'illustre studioso oltre la fase della interpretazione delle norme di diritto, per arrivare a verificare se questa visione possa riguardare, anche, la fase della attuazione delle sentenze della Corte costituzionale, che, partendo dal 'porto sicuro' della Consulta, rischiano di arenarsi in mare aperto quando il legislatore appare inerte al 'monito' della Corte costituzionale.

Si pone, allora, il problema dei rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la funzione giurisdizionale dei giudici comuni. In questa direzione la dottrina⁵⁷ e la giurisprudenza⁵⁸ hanno osservato che il potere di riempire le lacune derivanti dagli interventi della Corte costituzionale non spetta soltanto alla Consulta stessa, nei casi in cui ciò sia necessario ma, anche, ai giudici comuni.

Occorre, in primo luogo, ricordare che i giudici comuni, nella nostra tradizione giuridica, hanno sempre dimostrato di essere 'ansiosi' di svolgere funzioni di supplenza del legislatore, come dimostra la tradizione storica della giurisprudenza nelle materie del diritto alla salute, del diritto all'ambiente, del diritto al lavoro, etc. nelle quali i giudici comuni hanno svolto funzioni di supplenza del legislatore anticipando, in ciò stesso, l'intervento del legislatore o supplendo ad esso. La dottrina ha, così, svolto la funzione di 'giurista della barricata', per usare la celebre espressione di Salvatore Pugliatti o di 'giurista dell'impegno civile', secondo la più recente tesi di Lipari. In questa direzione giova partire dalla concreta esperienza giuridica dei casi nei quali i giudici si sono imbattuti nella materia *de qua* per, poi, svolgere le conseguenti riflessioni sistematiche.

Nel caso della Rete Ferroviarie Italiana il T.A.R. Sicilia-Catania nella sentenza del 2 febbraio 2005, n. 175 ha statuito che il potere di riempire la lacuna

⁵⁵ V. CRISAFULLI, *La Corte Costituzionale tra magistratura e Parlamento*, in *Il Ponte*, 6-1957, 885 ss.

⁵⁶ A. D'ATENA, *Sul radicamento della Corte costituzionale e sull'apertura agli "amici curiae, Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consultaonline*, 2-2020, 2 ss.

⁵⁷ G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e Spagna*, Torino, Giappichelli, 2005; G. DOLSO, *Le interpretative di rigetto tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3-2004, 3021 ss.; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2012; C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente*, Milano, Giuffrè, 1979, 198 ss.; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in *Studi in memoria di Giuseppe Florida*, Napoli, Jovene, 2009; G. VASSALLI, *La giustizia costituzionale nel 1999. Conferenza stampa del 20 gennaio 2000*, in *Cortecostituzionale.it*.

⁵⁸ Corte costituzionale ordinanza del 31 marzo 1994, n. 121; Corte costituzionale del 22 ottobre 1996, n. 356; Corte costituzionale del 22 giugno 1998, n. 232.

dell'ordinamento derivante dall'intervento additivo della Corte Costituzionale spetta non soltanto alla Consulta stessa, bensì, anche, ai giudici comuni, nei casi in cui sia necessario operare il riempimento subito, perché la peculiarità dell'intervento comporta una ricostruzione della norma in termini aggiuntivi. E lo stesso giudice comune ricorda che 'in dottrina si è incisivamente scritto che non esiste alcun monopolio della Corte costituzionale in materia di individuazione di precetti impliciti nella legislazione vigente integrativi della norma amputata in sede di giudizio di costituzionalità ed in materia di enucleazione della portata dei precetti costituzionali'. E si è, altresì, osservato che «laddove la norma integrativa della lacuna creatasi a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale sia reperibile nell'ordinamento vigente, (le cc.dd. rime obbligate) spetta a tutti i giudici comuni ricavarla, mentre, se non è presente, spetta al legislatore».

Venendo al caso dell'istituto scolastico comprensivo Vincenzo Mennella, il T.A.R. Campania-Napoli, nella sentenza del 13 ottobre 2016, n. 4706, ha annullato il provvedimento dell'ufficio scolastico della regione Campania che aveva attribuito a quella scuola un organico di due soli classi di scuola media per l'anno scolastico 2016 per mancanza di copertura finanziaria, invece, di prevederne tre che rappresentavano, anche, per la presenza di studenti disabili, un livello minimo essenziale di formazione delle classi, nel rispetto dell'art. 5 D.P.R. del 20 marzo 2009, n. 81 che prevede livelli essenziali minimi di prestazione sociale in materia di formazione minima delle classi scolastiche con alunni con disabilità.

Infine, nel caso del Comune di Napoli, la Procura Contabile della Regione Campania della Corte dei Conti in data 24 maggio 2013 ha emanato un provvedimento di archiviazione per responsabilità contabile nei confronti dei componenti della Giunta comunale di Napoli, avendo ritenuto legittima la condotta della stessa, che, in presenza di gravi carenze di organico dei docenti, anche, di sostegno registrate nelle scuole di infanzia del Comune di Napoli, aveva deliberato assunzioni a tempo determinato del personale scolastico, nonostante lo stato di dissesto del Comune di Napoli e al di fuori di ogni copertura finanziaria.

Tanto premesso, sul piano dell'esperienza giuridica concreta, rappresenta un compito importante della dottrina, da un lato, riunire in un quadro armonico e coerente le decisioni sparse dei giudici comuni e, dall'altro lato, dare il necessario apporto teorico a tali sporadici interventi.

In tale prospettiva spunti sistematici di estremo interesse derivano dalla lettura congiunta delle sentenze della Consulta del 22 giugno 1990, n. 307 e del 18 aprile 1996, n. 118 nelle quali la Corte costituzionale afferma il principio che la lesione del diritto individuale alla salute a causa di vaccinazioni obbligatorie dannose comporta il diritto al risarcimento dei danni a carico dello Stato. In particolare, se la legge dello Stato non prevede alcun risarcimento dei danni come la legge n. 51 del 4 febbraio 1966 sulle vaccinazioni antipoliomelitiche «il giudice costituzionale può dichiarare,

attraverso l'applicazione diretta della norma costituzionale contenuta nell'art. 32, l'esistenza del diritto ad ottenere un equo indennizzo demandandone al giudice comune solo la quantificazione in concreto fino a quando il legislatore non intervenga».

La sentenza della Consulta 118/1996 ha preso atto che solo nel 1992, il legislatore, con la legge del 25 febbraio 1992, n. 210, aveva adempiuto al monito della Consulta prevedendo l'indennizzo per vaccinazioni dannose, ha dichiarato illegittima costituzionalmente la legge n. 210/1992 in quanto non prevedeva alcun indennizzo per i danni anteriori all'entrata in vigore della l. n. 210/1992. L'importanza sistematica di queste due sentenze è evidente perché la Consulta non si limita a dichiarare illegittima la norma incostituzionale che non riconosce il diritto all'indennizzo ma riconosce, in positivo, il diritto all'indennizzo prevedendo l'obbligo dello Stato relativo al finanziamento. Siamo, allora, in un'area di attuazione della declaratoria di illegittimità costituzionale in quanto la Consulta con questa sentenza additiva aggiunge alla declaratoria di incostituzionalità la previsione positiva relativa all'*an debeat* dello Stato, perché pronunzia l'obbligo dello Stato di pagare l'indennizzo per il risarcimento dei danni conseguenti dalla vaccinazione obbligatoria rimettendo solo al giudice comune la decisione in ordine al *quantum debeat*. In questo intervento della Consulta appare un passo importante lungo l'itinerario che porta all'attuazione delle sentenze additive nell'effettività, attraverso una pronuncia sull'*an debeat*, che sarebbe stata, in teoria generale, di competenza del giudice comune. In questo caso la Consulta agevola il giudice comune al quale rimane affidato il solo compito di determinare la 'misura dell'indennizzo', come recita la sentenza 118/1996.

Sembra, allora, possibile, approfondire, sul piano sistematico, le funzioni di tutti i giudici comuni in relazione alle sentenze additive di prestazione della Corte costituzionale. Partiamo, così, dall'esame del profilo normativo, per approfondire, nella variegata tipologia delle norme applicabili alla materia in esame, a valle delle sentenze additive della Consulta, le funzioni dei giudici comuni surrogatorie rispetto all'inerzia del legislatore.

In tale prospettiva le norme dell'ordinamento giuridico appaiono di natura strumentale in quanto prevedono poteri giuridici dei soggetti nella emanazione di atti giuridici e di natura materiale in quanto prevedono doveri giuridici a carico dei soggetti dell'ordinamento. Le sanzioni giuridiche sono, rispettivamente, l'invalidità degli atti giuridici posti in essere dagli agenti nel caso di violazione delle norme strumentali e la responsabilità degli agenti nel caso di violazione delle norme materiali.

Partiamo dall'esame delle norme strumentali relative alla validità dei provvedimenti delle pubbliche autorità. In questo caso i giudici comuni si trovano in presenza di sentenze additive di prestazione che hanno dichiarato la norma di legge illegittima costituzionalmente nella parte nella quale quest'ultima nega, per mancanza di copertura finanziaria, l'erogazione della prestazione da parte delle pubbliche autorità.

Il problema è se possa essere pronunciata dai giudici comuni una sentenza che annulli i provvedimenti amministrativi che negano i livelli essenziali delle prestazioni per mancanza di copertura finanziaria, o, per converso, se possano essere dichiarati validi i provvedimenti che prevedono il godimento di tali diritti, ancorché privi di copertura finanziaria. In questi casi il cittadino si rivolge al giudice comune in caso di lesione del proprio diritto al godimento di una prestazione essenziale.

L'oggetto del giudizio del giudice comune è costituito dal provvedimento amministrativo che nega l'erogazione della prestazione sanitaria essenziale per mancanza di copertura finanziaria. In questo caso il giudice può annullare il provvedimento negativo, sia perché inutilmente rispettoso di una norma dichiarata illegittima costituzionalmente, sia perché posto in essere in violazione della norma costituzionale (art. 117 Cost.) che autorizza il godimento effettivo delle prestazioni sanitarie essenziali negate dal provvedimento. Appare utile richiamare, ai fini della ricerca, la dottrina⁵⁹ secondo la quale esistono nelle sentenze additive della Consulta due norme: una di natura esplicita e l'altra di natura implicita. Ciò comporta che la norma esplicita è quella dichiarata illegittima costituzionalmente, mentre la norma implicita è quella che dichiara l'obbligo del legislatore di finanziare il diritto senza copertura finanziaria. Ma le sentenze additive non prevedono, poi, alcuna condanna del legislatore suscettibile di esecuzione coatta perché non si aggiunge all'*an debeat* *il quantum debeat*.

E' possibile, allora, ritenere che i giudici devono rispettare le sentenze additive della Corte Costituzionale, anche nella parte che reca la norma implicita in forza della quale i diritti sociali fondamentali devono essere finanziati dallo Stato, anche se i bilanci pubblici non prevedano i correlativi finanziamenti.

I giudici comuni possono, nel dare attuazione a queste sentenze additive, annullare i provvedimenti amministrativi che negano le prestazioni sanitarie per mancanza di copertura finanziaria. Del resto la dottrina⁶⁰ ha, da tempo, chiarito che il ruolo della Corte costituzionale non è solo quello di dichiarare illegittime norme di legge che negano prestazioni dichiarate dalla Costituzione essenziali e incompressibili, ma, anche, garantire il godimento effettivo dei diritti fondamentali da parte dei cittadini.

E veniamo all'esame del profilo attinente alle norme materiali di condotta poste all'attenzione dei giudici comuni.

Si verifica nel 'diritto vivente', come dimostra la stessa casistica sopra ricordata, che il funzionario pubblico, talora, eroghi il finanziamento di una prestazione essenziale, priva di copertura finanziaria, ma dichiarata incostituzionale. Nella predetta fattispecie l'impugnativa del provvedimento non sarà mai dell'ente pubblico che ha emanato il provvedimento, senza copertura finanziaria, né del cittadino, beneficiario del provvedimento favorevole, ma potrà venire in rilievo davanti alla Procura della

⁵⁹ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., 260.

⁶⁰ D. MORANA, *I rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale nella garanzia dei diritti sociali*, cit., 5.

Corte dei Conti per dichiarare ed accertare la responsabilità contabile per danno erariale per aver autorizzato l'erogazione di una prestazione priva di copertura finanziaria.

I giudici comuni, allora, in presenza di una sentenza della Consulta additiva di spesa che dichiari l'illegittimità di una norma di legge che nega il finanziamento di quel diritto possono assolvere da ogni responsabilità per danno erariale l'agente pubblico che eroga il finanziamento per il godimento di tali diritti fondamentali, non coperti finanziariamente? E, a sua volta, la Procura della Corte dei Conti può archiviare o chiedere in giudizio l'accertamento della responsabilità contabile e la conseguente condanna?

E' interessante, al riguardo, ripercorrere le motivazioni con le quali la Procura della Corte dei Conti della regione Campania ha archiviato il processo per danno erariale nel caso Mennella.

A fondamento della decisione di archiviazione la Procura della Corte dei Conti della regione Campania ha posto tre argomenti: a) la delibera n. 46/2011 resa dalle sezioni riunite della Corte di Conti, in sede di controllo, in relazione all'art. 76, comma 7, decreto-legge del 25 giugno 2008, n. 112 modificato dall'art. 14, comma 9, decreto-legge del 31 maggio 2010, n. 78, nella quale si afferma che il divieto di disporre nuove assunzioni non osta alle «eccezioni previste dalla legge per gli interventi di somma urgenza e per lo svolgimento di servizi infungibili ed essenziali», anche se poi, «la somma urgenza» non viene provata; b) il sistema che, nel suo complesso, riconosce, sulla base della interpretazione della giurisprudenza costituzionale e contabile, l'appartenenza della scuola dell'infanzia al settore costituzionalmente garantito dell'istruzione (Corte costituzionale del 23 dicembre 2003, n. 370, Corte dei Conti, sezione controllo Veneto del 28 novembre 2012, n. 979); c) il bilanciamento tra diritti fondamentali ed il principio del pareggio di bilancio che comportano la prevalenza dei diritti infungibili, sulla base della giurisprudenza costituzionale nei confronti delle norme statali che fissano limiti alla spesa delle regioni e degli enti locali, pur se riconosciute nell'ambito dei principi fondamentali di contenimento della finanza pubblica; d) la decisione Omega della Corte di Giustizia del 14 ottobre 2004, causa C-36/2002 che pone le basi per 'una sorta di gerarchia tra diritti', anche 'se al vertice di questa sembrano ancora porsi le ragioni della finanza piuttosto che i diritti che regolamentano i rapporti etico-sociali'. La motivazione di tale archiviazione è discussa. Si è osservato⁶¹ che tale motivazione sembra non tenere nel debito conto la 'costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio' al cui presidio è posto il Patto di stabilità interno, definito annualmente nell'ambito della manovra di finanza pubblica che, a sua volta, si pone come proiezione nazionale del Patto di stabilità e crescita concordato in sede europea.

⁶¹ M. MORVILLO, *Un caso "di scuola": la vicenda del Comune di Napoli, fra diritti e vincoli di bilancio*, in *Rivista AIC*, 4-2013, 4.

La seconda critica si fonda sulla circostanza che la nuova autorizzazione alla finanza in *deficit* da parte dell'Unione europea con conseguente incremento dell'indebitamento pubblico 'scolora' il principio del pareggio del bilancio. Tuttavia non può negarsi il contrasto all'interno della stessa giurisprudenza della Corte dei Conti tra un indirizzo più liberale, favorevole alla prevalenza della tutela dei diritti fondamentali sulle esigenze di bilancio, al quale aderisce la ricordata decisione della Procura regionale della Corte dei Conti ed un indirizzo più restrittivo e rigoroso di segno opposto.

5. Conclusioni.

Lo 'spazio giuridico' dei giudici comuni, in relazione alle sentenze additive di prestazioni sanitarie, può essere discusso e discutibile, ma esso, almeno tendenzialmente, 'si colloca' sotto 'l'ombrello della Corte costituzionale' che, anche, in tempi recenti (sentt. 62/2020 e 72/2020), ha affermato che 'è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione'. E questo spazio giuridico si collega all'insegnamento di Crisafulli che collocò la Consulta tra magistratura e Parlamento. Come è stato efficacemente osservato⁶², il diritto giurisprudenziale costituisce il tessuto di garanzia costituzionale dei diritti, in cui i cittadini si riconoscono per il consolidato rapporto con le tradizioni costituzionali, comuni al contesto europeo. Il quadro che fa da sfondo a questa prospettiva è la logica della leale collaborazione tra giudici comuni e giudici costituzionali e la logica della garanzia effettiva di tutela dei diritti fondamentali incompressibili. Ciò avviene in un contesto nel quale i giudici comuni non sono solo chiamati a collaborare alla interpretazione costituzionalmente orientata, ma, anche, a coonestare il magistero della Consulta in fase di attuazione delle sentenze additive relative ai livelli essenziali delle prestazioni sanitarie.

⁶² S. STAIANO, *Diritti e confini nell'Europa della crisi*, cit., 11.

ABSTRACT

Il lavoro approfondisce l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di livelli essenziali delle prestazioni sanitarie con particolare attenzione alle sentenze additive con le quali la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale delle norme di legge nella parte in cui non prevedono la copertura finanziaria dei livelli essenziali delle prestazioni. In particolare, il lavoro affronta il complesso problema della attuazione concreta delle sentenze additive di prestazione. Di qui il tentativo di superare la situazione di stallo che si viene a creare, a seguito dell'inerzia del legislatore in materia di finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie, una volta emanate le sentenze additive da parte della Corte costituzionale. L'analisi del "diritto vivente" porta l'autore non solo alla interpretazione delle norme di legge secondo la Costituzione ma, anche, alla attuazione delle sentenze della Corte costituzionale. E ciò per realizzare in nome di una leale collaborazione tra giudici comuni e giudici costituzionali la garanzia di una effettiva tutela dei diritti fondamentali incompressibili.

The work deepens the evolution of constitutional jurisprudence on essential levels of health care with particular attention to additive judgments by which the Constitutional Court declares the constitutional illegality of the legal rules in so far as they do not provide for the financial coverage of the essential levels of benefits. In particular, the work addresses the complex problem of the concrete implementation of additive performance judgments. Hence the attempt to overcome the stalemate that is being created, as a result of the legislator's inaction on the financing of essential levels of health care, once the additive judgments have been delivered by the Constitutional Court. The analysis of the "living right" leads the author not only to the interpretation of the rules of law according to the Constitution but also to the implementation of the judgments of the Constitutional Court. This is in order to achieve, in the name of loyal cooperation between common judges and constitutional judges, the guarantee of effective protection of incompressible fundamental rights.

PAROLE CHIAVI: Livelli essenziali delle prestazioni sanitarie e copertura finanziaria. Sentenze 'additive' di prestazione sanitarie nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale. Leale collaborazione tra giudici comuni e giudici costituzionali. Garanzia effettiva di tutela dei diritti fondamentali incompressibili. Funzione della Corte costituzionale d'interpretazione investita di una sorta di nomofilachia costituzionale.

KEYWORDS: The essential aspects of health care and financial cover. "Additive" health care judgments in the evolution of constitutional jurisprudence. Cooperation between common judges and constitutional judges. Deffective greater protection of incompressible fundamental rights. Function of the Constitutional Court of Interpretation with a kind of constitutional nomophilia.