

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 territoriali¹; quanto, con riferimento a quello che qui ci occupa, nel portare ad effetto una *decisione in due tempi*², 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 pronunce³. Insomma, la decisione della controversia è la risultante di due sentenze e di una ordinanza⁴ (accompagnate da due comunicati stampa)⁵, rese durante uno spazio temporale che ha occupato quasi due anni⁶.

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* costituzionale⁷. 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

¹ 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.

² 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.

³ 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.*

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ 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 indubbie 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. 242/2019⁸.

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 soluzione⁹, nella sent. 197/2019 – ancora prima e, comunque, indipendentemente dall'ordinanza istruttorie¹⁰ – 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*

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

⁹ 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.

¹⁰ 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 Sicilia¹¹, 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), lì 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 precostituito 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.

¹¹ 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 giurisprudenza¹² – 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*¹³ 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)¹⁴, 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-

¹² 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.

¹³ 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.

¹⁴ 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.)¹⁵. 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 *pre-scrivere* 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*)¹⁶, sia per le *rationes* delle relative decisioni (che sembrano assecondare *querelle* di tenore sostanzialmente amministrativo), portando ad effetto tendenze latenti ma limitate nel vecchio ordinamento¹⁷.

¹⁵ 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 *politicità*, 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.

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

¹⁷ 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 interposta¹⁸.

Il ricorso all'ordinanza istruttoria – alla luce dello scarso utilizzo che di questo strumento s'è fatto in oltre sessant'anni¹⁹ – 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'azione²⁰.

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 costituzionale²¹. 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 legislativa²².

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.

¹⁸ 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.).

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

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

²¹ 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.

²² Perplexità 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 regionale²³.

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 vigente²⁴, 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)²⁵. 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 materia²⁶.

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 incidentale²⁷, 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,

²³ 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.

²⁴ 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 qualificare 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.

²⁵ 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.

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

²⁷ 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*)²⁸; 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).

²⁸ L'immane 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 prototipo²⁹.

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-

²⁹ 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 processo³⁰.

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*”³¹.

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*³². 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-

³⁰ La dottrina processualciviltistica 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.

³¹ Cfr. T. GROPPi, *I poteri istruttori*, cit., cap. III, par. 4.

³² 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 questione³³, 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*³⁴. 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 giurisprudenza³⁵. 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 paritario³⁶, che la corte costituzionale salva nella sua

³³ 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.

³⁴ 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.

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

³⁶ 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 finanziamento³⁷. 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’essentialità 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.³⁸

Su questi temi la giurisprudenza costituzionale ha offerto spunti sincopati e sordinati, 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-

³⁷ 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.

³⁸ 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 semantica³⁹. Questo approdo 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)⁴⁰.

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-istituzionali⁴¹, 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

³⁹ 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).

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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)⁴²; 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 differenziato⁴³.

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-

⁴² 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.

⁴³ 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 motivazione⁴⁴. 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.

⁴⁴ 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.