

Numero: 1 del 2017
Autore: **Angela Di Padova**
Dottoranda di ricerca
Università degli studi delle Tuscia

L'assistenza tutelare: necessario strumento di garanzia della dignità umana.

Indice: 1. La vicenda processuale; 2. La competenza a determinare i livelli essenziali di assistenza; 3. La discrezionalità politica del legislatore statale e i vincoli costituzionali; 4. La conformità della disciplina regionale rispetto ai livelli essenziali stabiliti dallo Stato; 5. L'integrazione delle prestazioni sociali e sanitarie attraverso il terzo settore.

1. La vicenda processuale.

È ormai all'ordine del giorno sentir parlare di tagli alla spesa e giustificare la riduzione dei servizi prestati ai cittadini sulla base della scarsità delle risorse a disposizione dello Stato e degli enti territoriali.

In particolare, diverse pronunce sia delle Corti territoriali sia del Consiglio di Stato sono intervenute in materia di livelli di assistenza al fine di chiarire nei singoli casi se le prestazioni non (più) erogate dalle Regioni rientrassero o meno in quei livelli essenziali stabiliti a livello statale.

Un caso emblematico è costituito dal ricorso presentato da alcuni enti a formazione sociale al TAR Piemonte, che, con la sentenza n. 156 del 21 gennaio 2015, ha annullato le deliberazioni della Giunta Regionale Piemonte 30 dicembre 2013 n. 25-6992, 30 dicembre 2013 n. 26-6993 e 27 gennaio 2014 n. 5-7035, nonché alcune determinazioni dirigenziali (d.d. 19 novembre 2013, n. 933¹ e d.d. 28 gennaio 2014, n. 23), che, al fine di raggiungere gli obiettivi strutturali del Piano di rientro dal disavanzo della spesa sanitaria, riorganizzano (tra l'altro) il sistema di prestazioni domiciliari in favore degli anziani non autosufficienti.

Le ricorrenti lamentavano l'esclusione dai LEA delle prestazioni domiciliari in lungo-assistenza, in favore degli anziani non autosufficienti, poiché classificate come prestazioni di natura socio-assistenziale "con l'unica eccezione delle prestazioni rese dagli operatori socio-sanitari". In particolare, il par. n. 14.4.2 dell'Allegato A dell'impugnata D.G.R. n. 25-6992 del 30 dicembre 2013, con riguardo alle prestazioni domiciliari rese in favore degli anziani non autosufficienti, dispone che "la compartecipazione dell'utente/Comune avviene esclusivamente sulle prestazioni socio-sanitarie di assistenza tutelare alla persona e non su quelle puramente sanitarie, mediche, infermieristiche e riabilitative. In relazione alle suddette prestazioni socio-sanitarie di assistenza tutelare, l'A.S.L. assume a proprio carico il 50% del costo, definito con riferimento al costo/orario OSS, mentre il restante 50% è a carico dell'utente/Comune". Dunque, il nuovo sistema delineato dalla regione Piemonte pone a carico del SSN la quota per il solo intervento dell'operatore socio-sanitario, escludendo le altre prestazioni di assistenza domiciliare (c.d. assistenza tutelare) rese da operatori privi di una specifica formazione professionale (ad esempio familiari o badanti). Ne

¹ Rubricata "Ricognizione costi extra LEA anno 2012" che tra le altre cose individua come prestazione non rientrante nei livelli essenziali di assistenza (c.d. Lea) l'erogazione del c.d. assegno di cura e dei contributi economici pari al 50% del valore delle prestazioni di assistenza tutelare finalizzate a garantire la permanenza del paziente non autosufficiente presso il proprio domicilio; mentre la delibera n. 23 del 28 gennaio 2014 suddivide tra le varie ASL regionali le somme disponibili per l'erogazione delle prestazioni domiciliari in lungo-assistenza.

consegue che il contributo monetario a sostegno della domiciliarità, prima erogato dalle ASL per rimborsare i familiari delle spese sostenute per l'assistenza al soggetto non autosufficiente, viene ora interamente accollato al comparto assistenziale (utenti o Comuni).

Il Tribunale Amministrativo accoglie il ricorso e annulla gli atti impugnati, sostenendo che nella locuzione “*assistenza tutelare alla persona*”, delineata dall'Allegato 1C del d.P.C.M. 29 novembre 2001, debbano essere ricondotte anche le prestazioni di assistenza tutelare prestate da operatori non professionali, con conseguente mantenimento del 50% del loro costo a carico del Servizio sanitario. Tale opzione ermeneutica, infatti, è ritenuta maggiormente conforme al dettato costituzionale.

La Corte territoriale, infatti, è certo ben consapevole che “*il diritto ai trattamenti sanitari (ovvero anche socio-sanitari) necessari per la tutela della salute è bensì condizionato dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti*” - il riferimento è in particolare alle esigenze della finanza pubblica - “*salva, in ogni caso, la garanzia di un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione*”.²

Pertanto, secondo il TAR Piemonte la composizione dei due contrapposti interessi (tutela della salute e vincoli di spesa) non può risolversi nella violazione dei LEA: sono piuttosto gli enti pubblici a dover provvedere ad una diversa allocazione delle risorse disponibili, atta a garantire il compromesso costituzionale.

Di diverso avviso, invece, è il Consiglio di Stato, che, pronunciandosi sulla medesima vicenda con la sentenza n. 5538 del 7 dicembre 2015,³ riforma la sentenza di primo grado e, pur riconoscendo che le prestazioni socio-sanitarie abbiano il carattere di essenzialità, ritiene che nel “*bilanciamento di interessi, tutti di pari rango costituzionale, la tutela del diritto alla salute può trovare accoglimento nei limiti delle risorse finanziarie disponibili*”.⁴

In particolare, il Consiglio di Stato, pur ammettendo che alla luce del “*D.P.C.M. del 2001 le prestazioni domiciliari agli anziani non autosufficienti rientrino genericamente nei LEA (cfr. art. A.1 punto 2 lett. G “assistenza programmata a domicilio (assistenza domiciliare integrata, assistenza programmata domiciliare, comprese le varie forme di assistenza infermieristica territoriale)”*”, per definire l'ampiezza e la tipologia delle prestazioni che vi sono incluse concentra l'attenzione sul limite derivante dal piano di rientro,⁵ giustificando così una pericolosa differenziazione territoriale a seconda delle risorse.

Da qui la conclusione che “*la limitazione delle risorse impedisce legittimamente di coprire interamente la spesa per prestazioni di carattere socio - sanitario, che pur avendo carattere di essenzialità, siano assicurate ad un livello maggiore rispetto al rimanente territorio nazionale*”.⁶

La qualificazione del Supremo Collegio dell'assistenza tutelare (non professionale) come “*extra-lea*” appare poco convincente e sembra motivata piuttosto dalla preoccupazione del contenimento della spesa regionale: infatti, o l'assistenza tutelare riveste il carattere dell'essenzialità e quindi deve

² TAR Piemonte sent. n. 156 del 21 gennaio 2015, 5.2 (reperibile su pluris.it). Si accenna qui solo brevemente alla perplessità che la nozione di nucleo duro di un diritto suscita. L'interpretazione, infatti, rischierebbe di diventare arbitraria laddove, oltre ad individuare le facoltà e i poteri del diritto tutelato, pretendesse di collegare effetti giuridici a nozioni che non trovano riscontro nella lettera della Costituzione o della legge. Così il “contenuto minimo” dei diritti. In questo senso cfr. PRINCIPATO L., *La immediata precettività dei diritti sociali e << il contenuto minimo >> del diritto fondamentale alla salute*, in Giur. Cost., 1998, fc 6, p. 3858; e CARETTI P., *I diritti fondamentali*, Giappichelli, 2011 pp. 522 ss.

³ Reperibile sul portale giustizia-amministrativa.it

⁴ Consiglio di Stato, sent. n. 5538/2015, pf. 1.3 (reperibile su pluris.it). E' appena il caso di precisare che fra le esigenze economico-finanziarie ed esigenze sociali non potrebbe neanche parlarsi di bilanciamento, data la disomogeneità dei fattori di riferimento: il “fine” del soddisfacimento dei diritti sociali è posto sullo stesso piano del “mezzo” (l'efficienza economica). Così LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, in Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso, CEDAM, 1995, p. 126 ss.

⁵ Consiglio di Stato, sent. n. 5538/2015, pf. 1.4

⁶ Consiglio di Stato, sent. n. 5538/2015, pf. 1.3

essere garantita dalle regioni; oppure si pone a un livello superiore rispetto alla soglia essenziale, rientrando così nella discrezionalità politica (ed economica) delle regioni provvedere a essa.

2. La competenza a determinare i livelli essenziali di assistenza.

Per rispondere al quesito di fondo sollevato dalle ricorrenti alla Corte territoriale, ovvero se l'assistenza tutelare rientri nella soglia dei livelli essenziali di assistenza, è necessario chiarire quale sia l'ente a cui spetta la potestà legislativa in materia.

Preliminarmente, merita osservare che il diritto alle prestazioni mediche è un diritto sociale a prestazione positiva da parte dello Stato o altri enti pubblici, condizionato cioè dall'attuazione legislativa:⁷ la pretesa del singolo è subordinata, quindi, alle modalità che il legislatore, nell'ambito della funzione di indirizzo politico, abbia a strutturare.⁸

Tale diritto, dunque, trova fondamento non solo nell'art. 32 Cost., ma anche nell'art. 117, comma 2, lett. m) Cost., che affida allo Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

Tale disposizione, devolvendo alla legge statale la fissazione dei LEP, le attribuisce il fondamentale compito di selezionare le prestazioni che, rivestendo il carattere dell'essenzialità, devono essere assicurate *uniformemente* su tutto il territorio nazionale⁹ (a prescindere dal luogo di residenza degli

7 Si tralascia la disputa sulla natura da attribuire al diritto alla salute, che è stato qualificato ora come interesse legittimo, cfr. PIGA F., *Diritti soggettivi, interessi legittimi, interessi diffusi e tutela giurisdizionali*, in Giust. civ. 1980, p. I, 704; ora come diritto soggettivo perfetto, cfr. ALPA, *Salute*, in Nuovissimo Digesto, VI, UTET, 1986, 913. D'altronde tale incertezza nella qualificazione persiste anche in giurisprudenza. Tali diritti sarebbero "condizionati", nel senso che il loro godimento dipende dall'esistenza di un'organizzazione che eroga le prestazioni, BALDASSARRE A., voce *Diritti sociali*, Enc. Giur., vol. XI, p. 30. CARETTI P., *I diritti fondamentali*, Giappichelli, 2011, pp. 490 ss., precisa che l'assenza di un intervento pubblico in merito non fa venir meno l'esistenza del diritto, ma incide solo sulle modalità di garanzia: insomma, il diritto esiste perché creato dalla Costituzione non perché è stata predisposta una struttura pubblica per erogare il servizio, lasciando così aperti margini per un sindacato di costituzionalità sulle scelte del legislatore nel bilanciamento con altri interessi costituzionalmente garantiti e con i vincoli delle risorse pubbliche. La questione sul bilanciamento del diritto alle prestazioni e le risorse disponibili non può essere approfondita in questa sede; per una ricostruzione dettagliata e aggiornata si rinvia, tra gli altri, a MORANA D., *La salute come diritto costituzionale*, Giappichelli, 2015, pp. 84 ss., che riassume anche le posizioni assunte dalla Corte costituzionale.

8 FERRARI E., *L'assistenza indiretta tra contenuto e modalità di esercizio del diritto alla salute*, in *Le Regioni*, 1992 fc. 6 p. 1732 ss. V. anche FERRARI E., *Il diritto alla salute è diritto a qualunque prestazione ritenuta <<indispensabile>>?*, in *Le Regioni*, 1989, fc. 6, pp. 1931 ss., in cui l'A., oltre a sottolineare la vaghezza e genericità della caratteristica dell'indispensabilità, tale da poter essere configurata diversamente a seconda della cultura e sensibilità dell'operatore che di volta in volta è chiamato a decidere, riflette sulla circostanza che se effettivamente l'unico discrimine al rimborso delle spese per le prestazioni sanitarie dovesse essere il carattere dell'indispensabilità o meno della prestazione, le ipotesi di tali rimborsi risulterebbero particolarmente numerose con una forte incidenza sulla finanza pubblica, poiché il medico potrebbe indicare come cura alla malattia anche una terapia erogata da qualunque clinica/ospedale all'estero, giungendo alla pragmatica conclusione che "un diritto ad ottenere qualunque cosa risulta essere veramente prossimo al diritto a non ottenere nulla". Infatti, poiché i diritti sociali sono collegati ai doveri di solidarietà *ex art. 2 Cost.*, il diritto alla prestazione di ogni cittadino va contestualizzata: non esiste solo il diritto del singolo ad ottenere qualunque prestazione, ma anche il diritto degli altri consociati considerati sia complessivamente come gruppo che mette a disposizione le risorse per finanziare tali prestazioni sia singolarmente come titolari del diritto a ricevere a loro volta le medesime prestazioni sanitarie. CINTIOLI F., *Diritto alla salute, interessi pubblici e ruolo delle Regioni*, in AA.VV. *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Giappichelli, 2011, pp. 42 ss.

9 MOLASCHI V., *Dei livelli essenziali delle prestazioni*, in Ragusano, 2004, n. 237/238, pp. 34. Sulla necessità di uniformità dei LEA su tutto il territorio nazionale *ex multis* Corte cost. sent. n. 203 del 13 giugno 2008 su giurcost.org.; Corte cost. sent. n. 282 del 26 giugno 2002, pf. 3 del motivato in diritto, su giurcost.org, dove la Corte chiarisce che "non costituiscono una "materia" in senso stretto, ma individuano una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che il legislatore regionale possa limitarle o condizionarle".

aventi diritto alla prestazione),¹⁰ precludendo, così, alle Regioni qualsiasi rivendicazione di autonomia a riguardo.¹¹

Ne consegue che l'essenza della locuzione *de qua* risiede nella garanzia di una uniformità su tutto il territorio nazionale raggiunta attraverso la realizzazione di un insieme di prestazioni che le Regioni devono erogare a livello territoriale, potendo sussistere una differenziazione solo su un *quid pluris* rispetto alle prestazioni essenziali stabilite dallo Stato.¹² Infatti, anche nella prospettiva di un contenimento della spesa, ciò che con il limite dell'essenzialità il legislatore costituzionale vuole garantire non è l'assenza di differenziazioni *tout court*, bensì assicurare l'erogazione di un nucleo essenziale e uniforme di prestazioni stabilito dal legislatore statale, lasciando alle Regioni la possibilità, qualora abbiano risorse a disposizione, di incrementare le prestazioni indicate dallo Stato.¹³ Al contrario, la Regione non potrà, invocando la scarsità delle risorse o i vincoli del Piano di rientro, garantire prestazioni inferiori alla soglia *essenziale* stabilita dal legislatore statale.¹⁴

3. La discrezionalità politica del legislatore statale e i vincoli costituzionali.

Da quanto finora argomentato potrebbe sembrare che la Costituzione abbia lasciato la definizione dei livelli essenziali alla discrezionalità politica del legislatore statale.

10 V. in questo senso GIGLIONI F., *La tutela dei diritti di assistenza sociale e sanitaria dopo l'introduzione in costituzione dei livelli essenziali*, in www.astrid-online.it, pf. 3; anche se l'autore sottolinea come l'individuazione concreta possa essere rimessa alle Regioni *ex art.* 117, comma 6 Cost.

11 Salva la possibilità per le Regioni di innalzare la soglia dei livelli al di là di ciò che è essenziale, purché riescano a reperire le risorse necessarie.

12 FERIOLI E. A., *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia ed eguaglianza*, in *Le Regioni*, 2/2006. Tale interpretazione è suffragata da una lettura unitaria delle norme costituzionali: l'art. 120 Cost., infatti, al secondo comma riconosce al Governo il potere di sostituirsi alle Regioni per "la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali", affinché l'autonomismo non pregiudichi la parità dei diritti dei cittadini. LUCIANI M., *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*, in *POLITICA DEL DIRITTO* / a. XXXIII, n. 3, settembre 2002 pp. 349 ss.

13 Per far fronte agli obblighi derivanti dai vincoli europei il legislatore costituzionale ha riformulato non solo l'art. 81 Cost., ma anche gli artt. 97, 117 e 119 Cost. affinché anche i livelli territoriali si adeguino ai nuovi principi di finanza pubblica.

In particolare, il nuovo art. 117 Cost. trasforma la potestà legislativa in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici da concorrente ad esclusiva; mentre il neoarticolo 119 Cost. vincola anche gli enti territoriali al rispetto dell'equilibrio di bilancio e stabilisce espressamente che essi devono assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea, riconoscendo allo Stato, unico responsabile verso l'UE, il potere di imporre limiti all'autonomia finanziaria degli enti territoriali. Tuttavia, a differenza di quanto dispone l'art. 81 Cost. nei confronti del bilancio statale, l'art. 119 Cost. non prevede per gli enti locali la possibilità di ricorrere all'indebitamento in caso di eventi eccezionali o crisi economiche: sarà sempre lo Stato a gestire eventuali squilibri economici e a individuare gli interventi atti a finanziare i livelli essenziali delle prestazioni da garantire su tutto il territorio nazionale e a prescindere dalle avverse condizioni economiche. Così GOLINO C., *I vincoli al bilancio tra dimensione europea e ordinamento nazionale: le possibili ricadute sul welfare*, in *L'erogazione delle prestazioni tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, a cura di M. Sesta, Maggioli Ed., 2014, pp. 680 ss.; cfr. anche l. cost. n. 1/2012, secondo cui lo Stato concorre ad assicurare il finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali nelle fasi avverse del ciclo economico o al verificarsi degli eventi eccezionali, anche in deroga all'articolo 119 della Costituzione (art. 5, co. 1, lett. g).

14 Il piano di rientro, dunque, "persegue contestualmente e paritariamente due ordini di obiettivi vincolanti e sottoposti a penetranti controlli nelle sedi nazionali, con conseguenti meccanismi premiali o sanzionatori: a) l'esigenza di ripristinare l'equilibrio economico-finanziario del sistema sanitario regionale interessato; b) la necessità di salvaguardare il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni secondo gli standard acquisiti in campo nazionale." (cfr. Consiglio di Stato, sent. 5538 del 2015, pf. 1.5).

Contrastano con gli scopi del piano di rientro e con tutta la disciplina a monte solo le Regioni sottoposte ai piani di rientro che abbiano previsto ulteriori interventi in materia di organizzazione sanitaria non contemplati nel piano oppure abbiano aumentato la soglia dei livelli di assistenza sanitaria rispetto a quelli essenziali previsti dalla normativa statale.

Così non è. È certamente innegabile che nessun ordinamento giuridico può soddisfare tutti i bisogni avvertiti come irrinunciabili da parte del cittadino-utente;¹⁵ resta il fatto, però, che nella realizzazione dei diritti fondamentali (e in particolare nella tutela della salute) il legislatore non possa agire arbitrariamente, rimanendo pur sempre soggetto ai principi che in proposito detta la Costituzione.¹⁶

Il legislatore costituzionale ha operato una scelta precisa: ha accolto la locuzione “livelli essenziali”, escludendo un totale rinvio alla valutazione politica (come il riferimento a livelli minimi poteva far presumere) e ha lasciato intendere che l’essenzialità delle prestazioni dovesse essere valutata dal legislatore alla luce della Carta costituzionale.¹⁷

Pur nella consapevolezza che l’esatto contenuto della locuzione non è agevole,¹⁸ non si può dubitare che il riferimento ai livelli *essenziali* non riguardi tanto la necessità di limitare l’ammontare delle prestazioni erogate per contenere la spesa, quanto piuttosto combinare il rispetto dei vincoli della finanza pubblica con l’ineluttabile tutela dei diritti costituzionali, al fine di superare “squilibri socio-economici territoriali evidentemente perduranti”.¹⁹

L’art. 117, comma 2, lett. m), Cost., dunque, non è soltanto una disposizione che disciplina il riparto di competenze tra Stato e Regioni, ma vincola lo stesso legislatore statale che nell’espletamento del suo compito deve individuare come *essenziali* i livelli funzionali alla realizzazione del disegno costituzionale.

I diritti sociali, infatti, la cui “garanzia costituisce un connotato ineliminabile della forma di Stato”,²⁰ realizzano il presupposto per esercitare anche le libertà civili e politiche, fondamenta di un ordinamento democratico,²¹ poiché l’effettiva partecipazione all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese può compiersi solo se il singolo è affrancato dai bisogni primari.²²

15 FERRARA R., *Salute (diritto alla), Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XIII, UTET, 1997, pp. 526 ss.

16 FERRARI E., *Diritto alla salute e prestazioni sanitarie tra bilanciamento e gradualità*, in *Le Regioni*, 1991, fc 5, pp. 1513 ss.

17 V. ANTONINI L., *Art. 117, 2, 3, 4 co.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco R., Celotto A., Olivetti M., UTET, p. 2238. Il concetto di livello minimo avrebbe fatto pensare a un parametro da rapportare principalmente alla dimensione finanziaria, per cui sarebbero “minimi i livelli che il sistema pubblico riesce a garantire a fronte di una dotazione vincolata di risorse, a prescindere dai principi ispiratori dello stesso sistema di erogazione”. Così BALBONI E., *Il concetto di “livelli essenziali e uniformi” come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 6/2001, pp. 1109 ss. Al contrario la nozione di essenzialità sembra indicare come fine il raggiungimento di determinati obiettivi di giustizia distributiva.

18 In via di principio, la determinazione concreta di tali livelli, oggetto di una decisione politica, è riservata al legislatore statale, anche se tale decisione ovviamente rimane pur sempre sottoposta all’eventuale scrutinio del giudice costituzionale. In ogni caso, non si può fare a meno di notare che il concetto di livello «essenziale» è relativo, poiché dipende sia dalla condizione soggettiva del beneficiario sia dalla condizione della generalità o della media dei consociati, a cui paragonare la situazione del singolo. LUCIANI M., *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell’art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*, in *Politica del diritto* / a. XXXIII, n. 3, settembre 2002, p. 352. V. anche LUCIANI M., *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in AA.VV. *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Giappichelli, 2011.

19 PINELLI C., *Sui «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.)*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2002, p. 887.

20 CIOLLI I., *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, 2012, fc.3, p. 16. Cfr. HABERLE P., *Stato costituzionale: III*, in *Enc. Giur.*, 2000, p. 13; cfr. anche SAITTO F., *Quando l’esigenza di tutela della dignità fonda, nell’emergenza economica, la competenza statale*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 186.

21 STRAZIUSO E., *La carta sociale del consiglio d’Europa e l’organo di controllo: il comitato europeo dei diritti sociali. Nuovi sviluppi e prospettive di tutela*, *gruppodipisa.it*, p. 19.

22 POLITI F., *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Giappichelli, 2011, p. 104.

Essenziali, dunque, sono quelle prestazioni che proteggono la dignità umana e si rivelano indispensabili a sviluppare una comunità meno diseguale a sostegno di coloro che quotidianamente vivono in situazioni di disagio ed emarginazione.²³

L'assistenza tutelare, pertanto, è un mezzo attraverso il quale si dà concreta attuazione sia all'art. 2 Cost., che tutela la persona e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, sia all'art. 3, comma 2 Cost., secondo cui incombe sulla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, proponendo, così, un modello sempre *in fieri*, che si evolve per tendere allo sviluppo della personalità umana e alle rimozioni delle disparità che di volta in volta si palesano.²⁴

Tale interpretazione trova sostegno anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, dove già nel Preambolo si afferma che l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali tra i quali la dignità umana,²⁵ e nello specifico il Titolo III contempla i diritti del minore (art. 24) e degli anziani (art. 25) e il diritto all'inserimento delle persone con disabilità (art. 26).

Insomma, l'assistenza tutelare offerta alla persona non autosufficiente, sebbene non sia strettamente finalizzata alla guarigione, risponde ad un innegabile bisogno di tutela della dignità della persona, propedeutica all'esercizio dei diritti di libertà e sociali.²⁶

Ragionando diversamente, l'interprete si allontana dalla realtà: molte prestazioni, infatti, sono direttamente connesse alla tutela della salute (somministrazione diretta dei farmaci ai malati, semplici medicazioni indicate dai sanitari stessi, rilevazione e registrazione dei dati clinici anche al fine di accertare tempestivamente uno stato di emergenza), mentre altre sono comunque funzionali al soddisfacimento di esigenze vitali (assistenza nelle principali attività della vita quotidiana, come alzarsi, vestirsi, lavarsi, somministrazione di bevande e cibo, anche mediante imboccamento o con tecniche sanitarie) e indispensabili ad attutire lo stato lesivo della dignità che la malattia già di per sé comporta.

L'evoluzione della scienza medica, poi, tende a qualificare come "sanitarie" non solo le azioni che mirano alla guarigione definitiva, ma anche quelle che ostacolano o ritardano l'aggravamento del decorso morboso o, nella fase terminale, alleviano il dolore.²⁷

D'altronde, tale posizione è in linea con l'orientamento dell'OMS, che definisce la salute come stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non solo come assenza di malattia o inabilità,²⁸ e con la Convenzione di New York del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone con

23 In questo senso cfr. PRINCIPATO L., *L'integrazione sociale, fine o condicio sine qua non dei diritti costituzionali?*, in *Giur. Cost.*, 2013, p. 3295. Cfr. PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, CEDAM, 2003, pp. 147 ss., dove l'A. richiama il pensiero di Piero Calamandrei, secondo cui i diritti sociali hanno la funzione di garantire a ciascuno un minimo di "giustizia sociale". Cfr. CALAMANDREI P., *L'avvenire dei diritti di libertà*, in *Opere giuridiche*, vol. III, Napoli, 1968, p. 194.

24 CIOLLI I., *I diritti sociali al tempo della crisi*, cit., pp. 8 ss. Lo sviluppo della persona umana è sempre progressivo ed è riconosciuto tale anche da A. BALDASSARRE, *Voce Diritti sociali*, cit., pp. 10-12, secondo cui i diritti sociali, espressione della dignità umana, si adeguano in base al progressivo sviluppo di quest'ultima.

25 Per un approfondimento sul tema della dignità umana, v. MONACO G., *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Politica del diritto* / a. XLII, n. 1, marzo 2011, pp. 45 ss.

26 V. BALDASSARRE A., *voce Diritti sociali*, cit., p. 11, il quale ricorda come la dignità umana sia diretta a tutelare l'uomo anche dalle privazioni materiali e costituisce il fondamento dei diritti sociali e dei relativi doveri di prestazione.

27 BANCHERO A., *I livelli essenziali delle prestazioni nell'ambito dei servizi alla persona: dalla tutela della salute alla protezione sociale*, in *Quaderni regionali*, 2008, fc 2, p. 475.

28 LAMONACA V., *Il diritto ad un'assistenza sanitaria: il caso della <<riabilitazione motoria intensa e continuativa>>*, in *Ragiusan*, 2013, nn. 345-347, p. 202

disabilità (ratificata con l. 3 marzo 2009, n. 18), che “*si basa sulla valorizzazione della dignità intrinseca, dell'autonomia individuale e dell'indipendenza della persona disabile*”.²⁹

Infatti, se si intendesse il diritto alla salute solo come diritto alle cure necessarie per la guarigione da una malattia, non troverebbero tutela coloro che sono affetti da patologie incurabili, ma sulle quali è possibile intervenire con rimedi adatti a ridurre la sofferenza e a migliorare la qualità della vita.³⁰

Non a caso la recente l. n. 112 del 2016 sulle “Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive di sostegno familiare” (la c.d. legge per il “Dopo di Noi”) enuncia espressamente il fine di “favorire il benessere, la piena inclusione sociale e l'autonomia delle persone con (grave) disabilità” (art. 1), stanziando per le misure di assistenza, cura e protezione a favore delle persone con disabilità grave un Fondo, destinato, tra le altre cose, ad attivare e potenziare programmi di intervento volti a supportare “la domiciliarità” anche in abitazioni o gruppi-appartamento che riproducano le condizioni abitative e relazionali della casa familiare (art. 4).³¹

Dunque, l'interesse primario della legge è “il coinvolgimento dei soggetti interessati [...] nel rispetto della volontà delle persone con disabilità grave, ove possibile, dei loro genitori o di chi ne tutela gli interessi” (art. 1), favorendo percorsi di deistituzionalizzazione a vantaggio dell'ambiente familiare.

4. La conformità della disciplina regionale rispetto i livelli essenziali stabiliti dallo Stato.

Alla luce di tale ricostruzione, la legittimità della disciplina regionale oggetto delle pronunce *de quibus* deve essere valutata in base alla normativa statale che, determinando i livelli di assistenza, dà concreta attuazione alla disposizione costituzionale, ovvero l'art. 1 del d.lgs. n. 502 del 1992, che individua le prestazioni sociali a rilevanza sanitaria (cfr. art. 3 *septies*, comma 2 lett. b, d.lgs. n. 502/1992), e soprattutto il d.P.C.M. 29 novembre 2001, Allegato 1.C, par. n. 7, lett. e), che pone le prestazioni di “assistenza tutelare alla persona” a carico, per il 50%, del Servizio sanitario e, per il restante 50%, dell'utente o del Comune.

Innanzitutto, non è possibile ignorare il dato letterale: la lett. e) del suddetto d.P.C.M. menziona espressamente accanto alle prestazioni di aiuto infermieristico l'assistenza tutelare alla persona senza specificare la qualifica professionale (ad esempio infermiere oppure OSS) o meno dell'operatore, lasciando chiaramente intendere che siano garantite oltre alle prestazioni strettamente sanitarie anche quelle che, pur non qualificabili tali, sono fondamentali per la vita della persona.

Inoltre, la giurisprudenza costituzionale ha chiarito che nel “settore sanitario esiste attualmente una precisa procedura, individuata con fonte legislativa, per la determinazione di quanto previsto nell'art. 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione e che questa determinazione è intervenuta appunto con il d.P.C.m. 29 novembre 2001”.³² Tale procedimento di definizione dei

²⁹ Così Cons. Stato Sez. V, sent. n. 5185 del 16 settembre 2011 (su pluris-cedam.utetgiuridica.it), che legge in combinato disposto la Convenzione e i principi di uguaglianza e di tutela della dignità della persona, affinché si valorizzi la dignità del disabile di per sé, come soggetto autonomo, indipendentemente dal contesto familiare in cui è collocato, anche se ciò può comportare un aggravio economico per gli enti pubblici.

³⁰ LAMONACA V., *Il diritto ad un'assistenza sanitaria*, cit., p. 204. Infatti, anche laddove un recupero è impossibile, le prestazioni erogate non diventano di natura assistenziale perché ormai finalizzate solo al mantenimento stabile delle condizioni cronicamente critiche del malato, ma rientrano nelle “cure” anche se si propongono il mantenimento di buone condizioni psico-fisiche. Cfr. BANCHERO A., *I livelli essenziali*, cit. p. 478. Cfr. Cons. St. sent. n. 7766 del 29 novembre 2004, in *Foro Amm.*, CDS, 2004, fc 11, p. 3254.

³¹ Per un commento sulla c.d. Legge “Dopo di noi” v. DI MAGGIO E., *La Legge per il “dopo di noi”*, in *Notariato*, 2016, fc 4, pp. 427 ss.

³² Corte cost. sent. n. 88 del 27 marzo 2003, pf. 4 del motivato in diritto, su giurcost.org. La Corte costituzionale, inoltre, ritiene che il procedimento seguito per la determinazione dei LEA, sia idoneo a garantire il contemperamento tra le esigenze di unitarietà dell'ordinamento e le competenze

LEA rispetta i principi costituzionali sul riparto di competenze e di leale collaborazione tra Stato e Regioni, sicché la normativa della Regione Piemonte è illegittima proprio perché invasiva della sfera di competenza statale.

Merita precisare che da un lato la lett. m) dell'art. 117, comma 2, Cost. attribuisce allo Stato uno strumento fondamentale per assicurare su tutto il territorio nazionale l'uniformità dei livelli di assistenza;³³ dall'altro tale materia si sovrappone con la competenza regionale in materia di salute e con l'autonomia finanziaria di tali enti.

Pertanto, la Corte costituzionale ha indicato, a tutela della potestà regionale, precise garanzie che si sostanziano da un lato in una riserva di legge statale (almeno relativa) e dall'altro nella previsione di forme di coinvolgimento degli enti regionali (cfr. Corte cost. sent. nn. 88 del 2003 e 134/2006),³⁴ in ossequio al principio di leale collaborazione.

In altre parole, il bilanciamento tra l'uniformità delle prestazioni attribuita allo Stato e l'autonomia regionale è costituito dall'intervento del legislatore statale, che "dovrà determinare inoltre adeguate procedure e precisi atti formali per procedere alle specificazioni e articolazioni ulteriori che si rendano necessarie nei vari settori".³⁵

E tale procedura è stata determinata dall'art. 54 della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2003), che ha previsto esplicitamente come i livelli essenziali siano adottati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, ovvero ricalcando l'iter indicato per l'approvazione d.P.C.M. del 2001 dalla l. n. 405/2001, che emenda l'art. 6 del d.l. 18 settembre 2001, n. 347.³⁶

Se, tuttavia, la normativa regionale impugnata dinanzi al TAR Piemonte doveva essere valutata alla luce di tali fonti statali, in questa sede non si può non rendere conto della nuova disciplina intervenuta in materia.

In particolare, il nuovo d.P.C.M. sui Lea, presentato dal Ministro della Salute il 2 febbraio 2015 e ormai prossimo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, sembra indicare una soluzione diversa. Il Capo IV, *Assistenza sociosanitaria*, dispone, infatti, all'art. 22 che le cure domiciliari, come risposta ai bisogni delle persone non autosufficienti e in condizioni di fragilità, si completano con le prestazioni di assistenza sociale e di supporto alla famiglia, secondo quanto previsto dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 14 febbraio 2001 recante "Atto di indirizzo e coordinamento sull'integrazione sociosanitaria" e in particolare sono integrate da prestazioni di aiuto infermieristico e assistenza tutelare professionale alla persona.

Tali prestazioni di aiuto infermieristico e assistenza tutelare professionale, erogate secondo i modelli assistenziali disciplinati dalle regioni, sono a interamente carico del Servizio sanitario nazionale per i primi trenta giorni dopo la dimissione ospedaliera protetta e per una quota pari al 50 per cento negli altri casi (art. 22, comma 4 dell'ultima bozza pubblicata su sanità24).

regionali. Cfr. anche TUBERTINI C., *I livelli essenziali di assistenza sanitaria e l'effettività del diritto alla salute*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 5/2006, pp. 509 ss.

33 ANDRONIO A., *I livelli essenziali delle prestazioni sanitarie nella sentenza della Corte costituzionale 13-27 marzo 2003*, n. 88, in *federalismi.it*, p. 5.

34 MORANA D., *Tutela della salute*, in *Le materie di competenza regionale. Commentario*, a cura di Guzzetta G., Marini F.S., Morana D., *ESI*, 2015, pp. 589 ss; v. anche CARPANI G., MORANA D., *Le competenze legislative in materia di <<tutela della salute>>*, in *Manuale di diritto sanitario*, a cura di Balduzzi R., Carpani G., Il Mulino, 2013, p. 94.

35 Corte cost. sent. n. 88 del 2003 pf. 4 del considerato in diritto.

36 Ne consegue che è possibile discostarsi da tale procedura purché ciò avvenga con atto di fonte primaria e la nuova modalità di definizione rispetti il principio di leale collaborazione con gli enti territoriali. Cfr. BELLETTI M., *I «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali...» alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca di un parametro plausibile*, in *Ist. Fed.*, 2003, p. 635.

Dunque, in materia di livelli essenziali socio-sanitari l'atto di riferimento non sarà più solamente il nuovo d.P.C.M. sui Lea (sostitutivo del d.P.C.M. 29 novembre 2001) ma anche, in quanto espressamente richiamato da questo, il d.P.C.M. 14 febbraio 2001 *Atto di indirizzo e coordinamento in materia di prestazioni socio-sanitarie*. In particolare, l'art. 3 di tale ultimo decreto specifica che: "Sono da considerare prestazioni sociali a rilevanza sanitaria tutte le attività del sistema sociale che hanno l'obiettivo di supportare la persona in stato di bisogno, con problemi di disabilità o di emarginazione condizionanti lo stato di salute. Tali attività, di competenza dei comuni, sono prestate con partecipazione alla spesa, da parte dei cittadini, stabilita dai comuni stessi e si esplicano attraverso: [...] c) gli interventi di sostegno e di aiuto domestico familiare finalizzati a favorire l'autonomia e la permanenza nel proprio domicilio di persone non autosufficienti", ponendo l'assistenza tutelare per il 50% a carico del SSN e il 50% a carico dei Comuni, fatta salva, però, la compartecipazione da parte dell'utente prevista dalla disciplina regionale e comunale, mentre è al 100% a carico dei Comuni l'aiuto domestico e familiare.

Pertanto, il nuovo decreto in materia considera espressamente a carico del SSN esclusivamente l'assistenza tutelare professionale, mentre esclude sicuramente dalla soglia dell'essenzialità l'aiuto domestico *tout court* che è totalmente a carico dei Comuni.³⁷ Tra queste due prestazioni si colloca una zona grigia costituita dagli interventi (prestati da personale non qualificato) necessari a favorire l'autonomia e la permanenza nel proprio domicilio di persone non autosufficienti e tali prestazioni dovrebbero continuare a rimanere a carico del SSN per il 50% e per il resto a carico di Comuni o utente a seconda della disciplina regionale.

Dunque, il *dicrimen* nella ripartizione dei costi si basa sulla nozione di "prestazioni sociosanitarie", cioè quelle prestazioni che, per dare una risposta globale alle esigenze di salute della persona, presentano caratteristiche proprie dell'azione sanitaria e assistenziale.³⁸

A tale proposito il d.lgs. n. 502/92, art. 3 *septies* definisce prestazioni sociosanitarie tutte "le attività atte a soddisfare, mediante percorsi assistenziali integrati, bisogni di salute della persona che richiedono unitariamente prestazioni sanitarie e azioni di protezione sociale in grado di garantire, anche nel lungo periodo, la continuità tra le azioni di cura e quelle di riabilitazione".

L'aspetto fondamentale è quindi rendere realmente integrabili per l'utente entrambi i livelli.³⁹

5. L'integrazione delle prestazioni sociali e sanitarie attraverso il terzo settore.

Ferme restando le considerazioni sopra esposte, rimane aperta la questione iniziale, ovvero contemperare la scarsità delle risorse finanziarie con il diritto a ricevere assistenza socio-sanitaria.

Continuare a giustificare i tagli alla spesa in nome della stabilità finanziaria non è una via percorribile, a meno di non voler tradire il quadro costituzionale italiano ed europeo che dal secondo dopoguerra si è posto l'obiettivo di combattere la disuguaglianza sociale.⁴⁰ Se si perseverasse in questa direzione, l'unico risultato certo sarebbe un nuovo tipo di dumping sociale, in cui il mancato rispetto da parte degli enti pubblici delle norme poste a garanzia dei diritti sociali consente i risparmi scaricando i costi dell'inefficienza sui cittadini e a tutto svantaggio dei soggetti più bisognosi.

³⁷ È vero che il d.P.C.M. del febbraio 2001 è stato adottato prima della riforma del titolo V, ma, oltre a ricollegarsi alla funzione di indirizzo e coordinamento dello Stato e a trovare copertura nell'art. 117, comma 2, lett. m) Cost. per la determinazione dei livelli essenziali in materia socio-sanitaria, per quello che interessa al caso di specie, esso è espressamente richiamato dal nuovo decreto sui Lea, che in tale modo opera un raccordo tra le prestazioni che presentano inscindibilmente un'anima sociale e sanitaria.

³⁸ MOLASCHI V., *I rapporti di prestazione nei servizi sociali*, Giappichelli, 2008, p. 218.

³⁹ BANCHERO A., *Comuni, Regioni e livelli essenziali sociosanitari*, in *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, a cura di BALDUZZI R., Giuffè, 2004 p. 51.

⁴⁰ Cfr. CAVASINO E., *Quale modello costituzionale di diritto alla salute*, p. 23, su gruppodipisa.it.

Al contrario è auspicabile propendere per un'allocazione efficiente delle risorse non solo economiche ma anche umane (o sociali)⁴¹ e specificamente valorizzare l'art. 118, comma 4 Cost., coinvolgendo (soprattutto, ma non solo) le associazioni di volontariato.⁴²

In particolare, il principio di sussidiarietà ha una duplice anima: da un lato (non si limita a prescrivere l'astensione del potere pubblico quando i privati sono in grado di soddisfare i bisogni autonomamente, ma) "funzionalizza"⁴³ l'intervento pubblico al soddisfacimento dei bisogni della persona (letto in combinato disposto con l'art. 2 Cost.), dall'altro detta un criterio di riparto delle sfere di azioni tra pubblico e privato.

Merita precisare, infatti, che gli enti pubblici non intervengono solo in un secondo tempo, laddove la sussidiarietà orizzontale fallisca perché i privati non agiscono o apprestano un servizio insoddisfacente,⁴⁴ mantenendo, invece, i pubblici poteri la titolarità e la responsabilità per il buon espletamento delle attività di interesse generale.

L'organizzazione apprestata per soddisfare i bisogni non è un vincolo costituzionale: ciò che la Costituzione impone è, come detto, il raggiungimento degli obiettivi (*in primis* uguaglianza sostanziale e tutela della dignità), ma non cristallizza un modello. Ne consegue, che è possibile scindere la fase della regolazione e del controllo da quella dell'esercizio. In altre parole, l'amministrazione non rinuncia al proprio ruolo demandando ai privati il compito di raggiungere gli obiettivi socialmente rilevanti, ma rimane competente solo per alcuni profili, quali la regolazione, la programmazione e il costante controllo, mentre le formazioni sociali svolgono concretamente le attività assistenziali.⁴⁵ Insomma, il soggetto pubblico può non essere l'erogatore del servizio, ma rimane l'insostituibile garante del rispetto del principio di universalità e controlla l'erogazione e la qualità del servizio reso.⁴⁶

Il principio di sussidiarietà, dunque, non mette a rischio il soddisfacimento dei diritti degli utenti né abbassa gli standard qualitativi; al contrario in un contesto caratterizzato da continue crisi economiche e risorse sempre più limitate da spartire tra un numero sempre crescente di prestazioni potrebbe risultare l'ago della bilancia tra il budget a disposizione degli enti territoriali e le esigenze di tutela invocate dagli utenti in stato di bisogno.

41 Nel senso che non vi è un rapporto automatico tra ammontare del fondo sanitario regionale e rispetto dei livelli essenziali di assistenza, per cui il soddisfacimento di tali livelli non dipende solo dallo stanziamento di risorse, ma anche dalla loro allocazione e utilizzazione, cfr. Corte cost. sent. n. 36 dell'8 marzo 2013, su giurcost.org. Auspica un'allocazione efficiente delle risorse a disposizione per soddisfare la pretesa di tutti i diritti in gioco anche LUCIANI M., *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in AA.VV., *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Giappichelli, 2011, pp. 9 ss.; sottolinea l'importanza di combattere corruzione e sprechi, DIRINDIN N., *Per salvaguardare il sistema, riconvertire le risorse* in *Ragiusan* n. 345/346/347, 2012, pp. 8 ss., che riflette anche sulla inefficienza legata alla erogazione di cure non appropriate per il paziente.

42 Tra le altre, questa soluzione è proposta, ad esempio, da CARETTI P., *Considerazioni conclusive*, p. 9, su gruppodipisa.it. Anche la Corte costituzionale ha affermato che il volontariato è "un modo di essere della persona nell'ambito dei rapporti sociali [...]". Esso è, in altre parole, la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale". Corte cost., sent. n.75 del 1992, pf. 2 del considerato in diritto, su giurcost.org

43 Cfr. D'ATENA A., *Costituzione e principio di sussidiarietà*, Quaderni costituzionali, fc. 1, 2001, p. 29.

44 ALBANESE A., *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubblico*, 1/2002, p. 66.4

45 FREGO LUPPI S.A., *La sussidiarietà orizzontale nei servizi sociali. Il caso della regione Lombardia*, in *Il diritto dell'economia*, 1-2009, p. 73.

46 RAZZANO G., *Lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali*, su gruppodipisa.it, p. 44.