



Rivista N°: 2/2023
DATA PUBBLICAZIONE: 14/06/2023

AUTORE: Giovanni Maria Flick*

LA TUTELA COSTITUZIONALE DEL MALATO NON AUTOSUFFICIENTE: LE GARANZIE SANITARIE DEI LEA, IL “PERICOLO” DEI LEP**

THE CONSTITUTIONAL PROTECTION OF THE NON SELF-SUFFICIENT PATIENT: THE HEALTH GUARANTEES OF THE BLH, THE “DANGER” OF THE BLS

Sommario: 1. Un obiettivo - 2. Due premesse – 3. Lea e Lep – 4. Riserva di legge e crisi del Servizio sanitario – 5. Autonomia regionale e diritti.

1. Un obiettivo

Con la legge 33 del 2023 il Parlamento ha emanato le “Deleghe al Governo in materia di politiche in favore delle persone anziane”: una serie eterogenea e abbastanza complicata di misure che paiono, ad una lettura integrale del testo, di difficile attuazione in termini di decreti delegati.

In questa sede si prende in esame un aspetto limitato e specifico – anche se centrale – della legge: la non autosufficienza dell’anziano, cioè le condizioni di indubitabile carenza di salute ad un punto tale che la persona malata ha perso la sua autosufficienza, la capacità di autodeterminarsi o di svolgere le funzioni elementari della vita.

In questo ambito, relativo alla tutela della salute prevista dall’articolo 32 della Costituzione, la legge 33 prospetta un modello che apre la via alla possibilità di spostare la competenza sugli interventi verso l’articolo 38 – che disciplina l’assistenza sociale – con l’argomento che per fronteggiare la non autosufficienza la funzione sociale prevale su quella sanitaria. È un orientamento che solleva dubbi di legittimità e può indirizzare verso un sistema di minore (anche in misura rilevante) tutela per i malati, anziché di affermazione e conferma di quella

* Presidente emerito della Corte Costituzionale.

** Articolo pubblicato ai sensi dell’art.6 del regolamento della rivista AIC.

esistente.

Con riferimento alla emanazione dei decreti legislativi di attuazione da parte del Governo, pare allora opportuno sollevare qualche perplessità sull'impostazione generale della legge, muovendo dall'obiettivo di restare – per le tematiche della tutela della salute dei malati non autosufficienti, che sono oggetto dell'incontro odierno – nell'ambito delle garanzie riconducibili all'articolo 32 della Costituzione; senza addentrarsi nella problematica della tutela ed assistenza sociale garantita dall'articolo 38 in misura probabilmente minore.

2. Due premesse

Per arrivare alla conclusione qui anticipata occorre muovere da due premesse di ordine costituzionale: una «di base» e l'altra «di definizione».

La prima premessa: la Repubblica è fondata fra l'altro sull'uguaglianza, sulla diversità, sulla solidarietà, sulla pari dignità sociale. La pari dignità sociale è fondamentale soprattutto per quelle categorie di persone che si trovano in specifiche situazioni di necessità e di "diversità": ad esempio quando il soggetto non è in condizioni di sviluppare completamente la sua personalità ed il suo modo di vivere, a causa di una grave malattia che ha annullato o fortemente intaccato la sua autonomia.

Questa situazione trova un riferimento immediatamente cogente nel concetto di tutela della salute come «diritto fondamentale» nell'articolo 32: l'unica norma della Costituzione che riferisce ad un diritto la qualità di «fondamentale» per il singolo e di «interesse», anch'esso fondamentale (ancorché non venga esplicitamente ripetuto il concetto) per la collettività e per la convivenza.

La seconda premessa: la definizione del concetto di salute tutelata dall'articolo 32 della Costituzione non si limita all'assenza di malattie, ma comprende anche i necessari interventi in tutte le situazioni che rendono più difficile il godimento della salute. L'Organizzazione mondiale della sanità (Oms) ha compiuto una svolta risolutiva in materia quando ha definito la salute non soltanto come uno stato di assenza di malattia in negativo, come in precedenza; ma un diritto in positivo che fa riferimento allo stato di benessere, di equilibrio della persona.

La stessa differenza – se è consentito il paragone – c'è tra la pace come assenza di guerra o come preparazione di un discorso di pace, in cui la assenza di guerra è il primo ma non unico requisito. Anche nel caso della salute l'assenza di malattia è il primo requisito; ma essa si cala in una realtà che – secondo l'Organizzazione mondiale della Sanità - riguarda tutte le condizioni che influiscono sullo stato di benessere della persona.

Una concreta prova della definizione più ampia della salute è stata, purtroppo, l'affermarsi della nuova "solitudine del Covid", che – come si è sperimentato – per evitare il contagio e la diffusione della malattia, affligge la persona costretta all'isolamento tanto più se già gravemente malata. Tra malattia, solitudine e isolamento spesso si innesca una catena di reazioni che non è necessario in questa sede esaminare nelle sue complesse dinamiche.

Il malato cronico è in una situazione che rischia di essere alimentata da una solitudine la quale a sua volta alimenta altre forme di patologie. Una ulteriore conferma del fatto che anche il tema della solitudine e della cosiddetta «fragilità» va affrontato nell'ottica prevalente

di tipo sanitario e di tutela della salute; non soltanto in quella di tipo sociale o assistenziale.

3. Lea e Lep

Dalle premesse deriva una distinzione sostanziale: non semplicemente una contrapposizione nominalistica tra Lea (Livelli essenziali di assistenza sanitaria e socio-sanitaria) incardinati nella normativa che discende dall'articolo 32 della Costituzione, e Lep (Livelli essenziali delle prestazioni relative a tutti i diritti civili e sociali) incardinati nell'articolo 38 e richiamati dall'articolo 117 primo comma, lettera *m*.

In via generale i Lea sono una specie dei Lep. Ma i primi sono previsti autonomamente e specificamente come livelli essenziali delle prestazioni di sanità, rispetto alla generale previsione dei secondi per tutti i cittadini, per tutti i diritti civili e sociali, su tutto il territorio della Repubblica, in termini di eguaglianza riferiti ad entrambi (Lea e Lep).

La legge 33 dà l'impressione di voler attrarre in materia di anziani tutto il possibile sotto l'articolo 38 della Costituzione e verso i Lep, anzi per l'esattezza verso i Liveas (Livelli essenziali di assistenza sociale) – il cui riconoscimento normativo si trova nell'articolo 22 della legge 328 del 2000 – così da sottrarre ambiti di competenza ai Lea e all'articolo 32 della Carta.

L'argomento a supporto di questo slittamento è la ritenuta prevalenza della funzione sociale su quella sanitaria nell'ambito della non autosufficienza. Si tratta di un argomento che contraddice la tutela costituzionale della salute. Quest'ultima – alla luce della definizione data dall'Organizzazione mondiale della sanità – è logicamente e necessariamente comprensiva di tutte le tematiche di assistenza socio-sanitaria per persone in situazioni di grave malattia e di incapacità.

In un momento in cui i Livelli essenziali di assistenza sanitaria e socio-sanitaria – per quanto in modo confuso, travagliato e spesso non completo – sono specificati e previsti quanto meno attraverso decreti del Presidente del Consiglio, anche se non direttamente per legge, sarebbe opportuno intervenire su quest'ultimi, per riorganizzare meglio il settore. Ma è pericoloso decolorare e disperdere questa tutela in un ambito non ancora definito, tuttora in discussione e gravido di problemi, come quello dei Lep.

Il rischio sembra proprio quello che i malati inguaribili vengano via via considerati non più nella loro individualità come tali e quindi sotto la tutela dell'articolo 32 della Costituzione, ma un «problema sociale» da affidare al settore dell'assistenza sociale che discende dall'articolo 38 della Costituzione. Esso si fonda su presupposti diversi e assicura tutele meno intense.

Spetta allora alle organizzazioni sociali impegnate nella tutela della salute come diritto fondamentale e interesse della collettività il compito di esprimere un'opinione e un contributo nel merito e nella elaborazione dei decreti delega attuativi, per mantenere la distinzione tra Lep e Lea. La legge stessa si impegna a favorire l'integrazione tra entrambi e sottolinea che vanno mantenuti distinti, anche se "integrati".

L'obiettivo principale dovrebbe essere il mantenimento sotto l'ombrello dell'articolo 32 della Costituzione di tutto ciò che attiene all'assistenza sanitaria e socio-sanitaria, anche nelle

sue caratteristiche e nelle sue ricadute in termini di capacità, incapacità, autodeterminazione, fragilità.

Non è una formalità. È il riconoscimento di un ambito sanitario e socio-sanitario già esistente – più protettivo di quello che sembra essere in gestazione per questi aspetti – che deve essere confermato proprio nell'interesse superiore della tutela dei malati; con tutte le implicazioni che ne derivano in tema di organizzazione dei servizi, di loro agevole accessibilità e di loro prestazione in favore degli utenti e delle loro famiglie.

4. Riserva di legge e crisi del Servizio sanitario

Secondo qualcuno fino a quando i cittadini non scenderanno in piazza sarà difficile che la politica metta al centro dell'agenda il problema del Servizio Sanitario Nazionale.

Esso è nato come situazione di novità e di eccellenza nel 1978. Ha poi creato o è andato incontro ad una serie di problemi che hanno condotto – attraverso complicazioni di competenze e di itinerari burocratici, di ritardi di organizzazione e decisione – alla determinazione dei Lea attraverso decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. Sono problemi che in sostanza hanno ostacolato l'applicazione effettiva del contenuto della legge.

La crisi del Servizio sanitario ha anche un ambito giuridico di partenza. I Lea, come ha confermato la Corte costituzionale, devono essere individuati sotto il principio della riserva di legge; devono cioè essere disposti per legge. L'articolo 23 della Costituzione assegna esclusivamente alla legge la potestà di imporre prestazioni personali o patrimoniali, come sono gli oneri del servizio sanitario a carico dell'utenza.

Nei fatti il tema dei Lea è stato gestito soprattutto a livello di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, senza un vero e proprio rispetto di quella riserva anche nell'ultimo aggiornamento dei Lea con la legge 208 del 2015 e il successivo decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 12 gennaio 2017. Ovviamente non può essere la legge ad elencare tassativamente e specificamente tutte le ipotesi di prestazioni essenziali; per questa ragione lo strumento usato è quello della legge delega al Governo.

Anche per i Lea come per i Lep-Liveas la riserva di legge è comunque riconosciuta come relativa; sicché non impedirebbe al Governo di fissare con il decreto legislativo solo la cornice di riferimento del Livello essenziale, rimandando la puntuale definizione del contenuto ad un atto dello stesso Governo ma avente natura secondaria come il D.P.C.M.. Così da finire per attenuare il confine tra riserva di legge relativa e principio di legalità.

La delega deve comunque rispettare requisiti molto precisi: indicazioni determinate, tassative, temporali e oggetti definiti dal Parlamento. Essi giustificano la delega della potestà legislativa, non potendo essere il Parlamento a fissare i livelli per le caratteristiche più tecniche della materia da regolare; ma ciò non sempre sembra essere stato rispettato in concreto.

Occorre ribadire a maggior ragione il "*caveat*" a fronte del testo della legge 33 da poco approvata, che intende affrontare i temi della persona anziana e incapace, ma si presenta in realtà come una raccolta di deleghe ampia e articolata che promette di intervenire su un vasto perimetro. Quella legge non sembra tenere in debito conto che – come molte situazioni di

richiesta di intervento per l'esercizio dei diritti di assistenza sociosanitaria sperimentano nell'attività quotidiana – la garanzia dei livelli delle prestazioni indicate non è soddisfatta con la semplice loro elencazione. Essa richiede innanzitutto una cornice costituzionale di tutela e uno stanziamento di bilancio dello Stato che garantisca le risorse per far concretamente fronte alle esigenze degli utenti.

Oltre ad evitare lo scivolamento dalla sanità alla meno tutelante assistenza, in sede di scrittura dei decreti attuativi, occorre evitare che questi ultimi si riducano a elenchi di promesse senza i requisiti richiamati ancora recentemente dalla Corte costituzionale (sentenza n. 71 del 2023) per i livelli essenziali delle prestazioni e le competenze nelle materie regionali.

Il principio ha ricadute per i singoli utenti più concrete di quanto potrebbe sembrare. Soltanto la violazione del principio costituzionale della riserva di legge o della eguaglianza e ragionevolezza da parte del legislatore appartiene alla competenza della Corte costituzionale, se il giudice chiamato ad applicare quella legge da una domanda del cittadino condivide il dubbio su quella violazione.

5. Autonomia regionale e diritti

Le perplessità sulla legge 33 potrebbero concludersi qui, se non vi fossero connessioni importanti fra essa e il disegno di legge di riforma costituzionale all'esame del Senato ("Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata"). Queste perplessità rendono necessaria una ulteriore riflessione, che rafforzano gli argomenti fin qui esposti e inducono a ulteriori cautele nella materia dei Livelli essenziali delle prestazioni, di assistenza sanitaria e socio-sanitaria, senza dover misurare la prevalenza dell'una piuttosto che dell'altra.

In tema di Lea, se si mantiene la situazione attuale – sempre e doverosamente migliorabile – si è di fronte ad una tutela abbastanza consolidata. Nel caso in cui essi dovessero confluire nell'indistinto insieme dei Livelli essenziali di tutte le prestazioni per i diritti civili e sociali, probabilmente si verificherebbero i primi contraccolpi di quanto qualcuno teme, a seguito del procedimento previsto con l'attribuzione di autonomia differenziata alle Regioni (articolo 116 della Costituzione in seguito alla riforma costituzionale del 2001).

Com'è stato rilevato in varie sedi, la riforma del 2001 fu abbastanza infelice. Previde delle chiavi di potenziamento delle autonomie legislative delle Regioni che ne avessero fatto richiesta; ma venne approvata senza una legge di attuazione che delineasse un percorso transitorio nel passaggio (per certi versi nel capovolgimento) del rapporto tra Stato e Regioni. È stata una legge di riforma costituzionale varata in fretta e furia negli ultimi giorni di una maggioranza che tentava di frenare le aspettative di un partito politico dell'allora opposizione, all'interno del quale vi erano istanze e prospettive di separatismo per le Regioni.

Da allora, tuttavia, e tuttora la controversia sull'opportunità o meno dell'aumento di competenza delle Regioni è oggetto di un aspro dibattito. Nello specifico settore dell'assistenza sanitaria esso vede contrapposti chi ritiene che debba continuarsi una dimensione di centralismo dell'assistenza sanitaria, nonostante le esperienze o le difficoltà sperimentate nella recente pandemia; e chi ritiene invece che si debba andare verso la localizzazione e la valorizzazione della dimensione locale e di prossimità.

Recentemente, il Servizio del Bilancio del Senato ha realizzato un *dossier* sul disegno di legge in materia di autonomia differenziata regionale recentemente approvato dal Consiglio dei Ministri. Quel *dossier* ha segnalato il pericolo – da molti già intuito, segnalato – di una frattura tra le Regioni “privilegiate” che alzerebbero il loro livello di assistenza sanitaria, e le Regioni meno privilegiate e sempre più in difficoltà. Al di là delle polemiche politiche e strumentali sulla pubblicazione del *dossier*, è certamente importante il suo contenuto sostanziale.

In parole semplici: c'è il concreto rischio che chi ora sta bene vada a stare meglio percorrendo la strada dell'autonomia; ma anche che chi già ora non sta bene vada probabilmente a stare peggio, perché i fondi che andrebbero alle Regioni più privilegiate sarebbero sottratti allo stanziamento generale necessario allo Stato per garantire a tutti i livelli essenziali di prestazione in maniera omogenea. Ciò si tradurrebbe nella prosecuzione e nella crescita della fuga di migliaia di cittadini ogni anno alla ricerca della concreta tutela della loro salute dalle Regioni con condizioni di offerta sanitaria peggiori verso quelle con condizioni migliori.

Nel contesto di questa contrapposizione si rende ulteriormente incerta quella che sarà la definizione dei LEP che concernono tutti i diritti civili e sociali. I rilievi sollevati dal Servizio del Bilancio del Senato forniscono l'ennesima riprova del fatto che non è funzionale per la tutela dei malati non autosufficienti uscire da un terreno relativamente sicuro, come quello dei Livelli essenziali di assistenza in materia sanitaria al di là dell'enfasi per la “elencazione” dei Lep come condizione preliminare per l'avvio della “contrattazione” fra il Governo e singole regioni, sotto una presenza riduttiva e soltanto “notarile” del Parlamento.

In sostanza l'assistenza sanitaria e socio-sanitaria comprende tutte le conseguenze, le appendici e i corollari che derivano dalla malattia: compresa la cronicità che non può trasformare il malato in un soggetto ormai destinatario solo di interventi di assistenza sociale, per una situazione che l'Organizzazione mondiale della sanità ha affermato rientrare nel concetto di uno stato di salute.

Non è augurabile per nessuno che qualsiasi percorso di autonomia si traduca ancora di più in una frattura tra Regioni «disgraziate» e Regioni «privilegiate» in “*una Repubblica una e indivisibile [che] promuove le autonomie locali...*”. E che, di pari passo e tornando alle perplessità sulla legge 33, quel percorso – con lo scivolamento della competenza sui malati non autosufficienti dalla sanità all'assistenza (dai Lea ai Leps) – possa segnare un'ulteriore frattura tra malati autosufficienti e non, in palese contrasto con la solidarietà, la pari dignità sociale e l'eguaglianza davanti alla legge di tutti i cittadini senza alcuna distinzione «*di condizioni personali e sociali*» come previsto dall'articolo 3 della Costituzione.