GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

Il problema dei LEP nell'autonomia differenziata

Una spiegazione della differenza

di Alessandro Cioffi

26 gennaio 2023

Sommario: 1. LEA e autonomia differenziata nella legge di bilancio (2023) – 2. La riduzione dei LEP nel sistema dell'autonomia – 3. I LEP come limiti dell'autonomia – 4. Una possibile spiegazione dell'autonomia differenziata alla luce dell'ordinamento giuridico generale

---

1. LEA e autonomia differenziata nella legge di bilancio (2023)

Sul nascere del 2023, saltando ogni progetto di riforma, l'autonomia differenziata diventa diritto positivo e trova una sua prima realizzazione nella legge di bilancio: l'art. 1, comma 791, della legge 29 dicembre 2022 n. 197, con un accostamento inedito, stabilisce che il riconoscimento dell'autonomia è vincolato ai LEP, i livelli essenziali delle prestazioni[ii].

La norma, precisamente, stabilisce che la "attribuzione" dell'autonomia differenziata sia "subordinata" alla "determinazione" dei LEP. Ne disegna quindi una disciplina specifica: la determinazione dei livelli è resa al fine esplicito di dare "completa attuazione" all'art. 116 Cost. e assume la forma giuridica di un DPCM, con un iter formativo simile a quello dei LEA (commi 792-795).

È dunque chiaro che si tratta di una prima disciplina dell'autonomia differenziata e, altresì, che LEP e autonomia differenziata sono ormai congiunti sul piano della legge ordinaria, in una relazione reciproca e vincolata, per cui l'autonomia non può configurarsi senza i LEP e i livelli servono a disegnare la differenza insita nell'autonomia dell'art. 116 Cost.

Questo vincolo, nel comma 791, è poi istituito anche per dichiarati motivi di "spesa": la norma qualifica i LEP come "soglia della spesa" che vale come "nucleo invalicabile" nella erogazione delle prestazioni "fondamentali". Il livello essenziale funzionerà dunque come limite finanziario, espressione manifesta del vincolo di bilancio (artt. 81 e 97 Cost.).

Si delinea quindi un sistema compiuto e singolare: la determinazione dei livelli viene attratta nell'autonomia differenziata, come sua premessa, in funzione dell'interesse finanziario e sotto forma di DPCM.

Tutto questo fa intravedere subito una conseguenza: la definizione dei LEP si riduce a un'entità particolare e non generale. Non è un principio. Rischia così di perdere il suo significato costituzionale di garanzia, che è insito nell'art. 117 lett. m) Cost.

Il che desta qualche preoccupazione**[iii]**. Vediamo allora da vicino questo sistema della riduzione, in tre aspetti, al fine di suggerire una soluzione di principio, che dia un contributo alla definizione dell'autonomia differenziata**[iv]**.

2. La riduzione dei LEP nel sistema dell'autonomia

La prima e fondamentale riduzione è nel fatto che la determinazione dei LEP è attratta nell'autonomia differenziata e quindi è espressione di un'autonomia che, testualmente, è "ulteriore" e "particolare" (art. 116 Cost.). Nelle dottrine del diritto costituzionale, il significato di "particolare" e di "ulteriore" è dibattuto e si discute se l'autonomia differenziata somigli all'autonomia ordinaria o a quella speciale; senza prendere partito per l'una o per l'altra, si sceglie un'autorevolissima ricostruzione**[v]**, che si volge a spiegare l'autonomia dell'art. 116 Cost. in un punto esatto, quello dell'effetto traslativo del potere, che, ai sensi dell'art. 116 Cost., opera

secondo una clausola di "asimmetria", diversamente dall'art. 117 Cost. Difatti, nell'art. 117 Cost. la devoluzione delle materie concorrenti è simmetrica: suppone una perdita della competenza statale e un correlativo acquisto della competenza regionale, sicché quanto è devoluto alla regione corrisponde meglio al potere da esercitare, come competenza più adeguata, ma, nella sostanza, il tutto resta omogeneo, per l'ordine degli interessi trasversali e condivisibili che ormai è sotteso all'art. 117 Cost., e così l'esercizio del potere regionale non è diverso da quello statale ed è a titolo derivativo (e forse è anche reversibile) **[vi]**. Al contrario, l'autonomia differenziata è "ulteriore" e "particolare": questo significa che ogni suo effetto nasce dall'art. 116 Cost., è a titolo originario ed asimmetrico e quindi determinerà quanto devoluto dando vita a un diverso potere regionale, il cui esercizio soddisfa esigenze diverse da quelle dello Stato e funziona con la logica della "regola speciale e della "deroga" **[vii]**.

Se a questo si aggiunge che nella legge di bilancio i LEP sono emanati sotto forma di DPCM e sono trattati come i LEA, e che per tradizione giurisprudenziale i LEA sono soggetti a lettura restrittiva, il gioco della determinazione si stringe molto. E' questo il secondo aspetto della riduzione.

Difatti, uno dei maggiori problemi che storicamente emergono nella giurisprudenza del nostro giudice è che nel sindacato sul DPCM che fissa i LEA, e che poi si riflette sulle autonomie, i livelli essenziali non sono suscettibili di interpretazione estensiva. In quel sindacato, in fondo, si tratta di leggere il nomenclatore delle prestazioni e di intenderne l'estensione, secondo le voci che compongono l'elenco. L'interpretazione di queste voci segue sempre un'ispirazione letterale e riduttiva. Per esempio, nella voce "malattia mentale" non rientra l'Alzheimer, che, secondo il Consiglio di Stato, è una malattia che può avere manifestazioni psichiatriche, ma che ha una causa organica e degenerativa (Cons. St. sez. III n. 604/2015); ne viene dunque un effetto di esclusione**[viii]**. Per arrivare a questo risultato, sul piano dell'interpretazione, il giudice dice che i LEA non sono suscettibili di interpretazione estensiva e che, viceversa, sono soggetti a interpretazione letterale, con divieto di analogia.

Sorvolando per un momento sulla causa di questo ragionamento e seguendo il filo degli effetti, questa lettura interpretativa si vede anche nella giurisprudenza più recente. Per esempio, in Cons. St., Sez. III, 15 febbraio 2021 n. 1309, si dice che la prestazione dei farmaci chimici non si può estendere ai farmaci biomedici, per un divieto di analogia **[ix]**; similmente in Tar Lazio sez. III *quater*, 22 dicembre 2022 n. 17330, in cui si discute della estensione della voce "Crioconservazione dei gameti": il nomenclatore prevede la conservazione solo dei gameti maschili e non di quelli femminili e così il giudice nega l'estensione agli ovociti, ribadendo che i

LEA sono soggetti a interpretazione letterale e aggiungendo che il sindacato di legittimità del giudice amministrativo non può valutare l'estensione della prestazione in nessun modo, neanche alla luce del principio costituzionale di eguaglianza, che si addice alla legge e non al DPCM. Il potere amministrativo insito nel DPCM, infatti, è "espressione di un'ampia discrezionalità amministrativa" (giurisprudenza consolidata).

Questa discrezionalità si riconosce soprattutto nel taglio della spesa – e questo è il terzo e ultimo aspetto della riduzione-, e difatti il gioco della determinazione dei livelli si stringe ancora se si considera il fatto che in giurisprudenza l'interpretazione restrittiva dei LEA ha causa dichiarata nel vincolo di bilancio**[x]**. Non a caso nel comma 791 i LEP sono configurati come "soglia di spesa invalicabile"; e non a caso l'art. 116 Cost. richiama l'art. 119 Cost. Il vincolo di bilancio diventa principio anche qui, finendo per chiudere tutta la determinazione dei livelli in senso riduttivo.

Questa sistemazione corrente dei LEA, quasi inevitabile per i LEP, è molto discutibile. Un segno diverso e recente è nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la legge regionale della Puglia n. 6 del 2019 aveva inteso in senso restrittivo la voce "malattia mentale" del DPCM, restringendola alla sola "demenza senile", ma, con la sentenza n. 72/2020, la Corte ha stabilito che in materia di LEA l'interpretazione restrittiva non è possibile. Questo per un motivo di principio: dietro i LEA ci sono i diritti fondamentali.

3. I LEP come limiti dell'autonomia

Quello dell'ordinamento generale sembra il punto di partenza corretto, che potrebbe suggerire una soluzione anche per la definizione dell'autonomia differenziata. Dal suo sistema viene fuori questa domanda: perché i livelli delle prestazioni essenziali non sono percepiti come un'entità generale e tendono a essere ridotti, specie sul piano dell'interpretazione letterale?

In termini di interpretazione dell'ordinamento, la risposta è semplice: i livelli essenziali sono l'eccezione e non sono la regola. Non sono principi, ma sono un'entità particolare e per questo non si estendono. Il che, in termini di interessi, manifesta il fatto che qui l'interesse primario è l'interesse pubblico al vincolo di bilancio. Tutto questo spiega il fatto che in giurisprudenza la lettura riduttiva dei livelli abbia la forza di ridurre i diritti fondamentali e di trasformarli in diritti finanziariamente condizionati**[xi]**.

Infine, tutta questa riduzione si rafforza se è calata nell'autonomia differenziata, che, come visto, è "ulteriore" e "particolare" e quindi obbedisce alla logica della regola speciale (secondo la

clausola di asimmetria vista sopra).

A questo punto il gioco della riduzione è molto evidente. Ma il risultato finale non convince.

Si riprende qui l'insegnamento della Corte costituzionale (sentenza n. 72/2020), segnalandone il risultato diverso e opposto, che la Corte riconosce alla forza giuridica dei LEA dello Stato: i livelli sono da considerare ai sensi dell'art. 117 lett. m), per cui sono essenziali e dunque "entrano immediatamente nell'ordinamento regionale". E non sono derogabili.

Oltre questo minimo, inderogabile e garantito, si potrà svolgere l'autonomia differenziata, che, appunto, nell'art. 116 Cost. è "ulteriore". Tuttavia, per la Corte costituzionale, resta fermo un fatto giuridico primario: i livelli di assistenza dello Stato non sono modificabili e quindi, per la regione, rappresentano i limiti della sua autonomia. In altre parole, i livelli sono espressione dell'ordinamento generale. Ma, in fondo, anche l'autonomia differenziata lo è. Come ogni autonomia, deriva dall'ordinamento generale **[xii]**.

4. Una possibile spiegazione dell'autonomia differenziata alla luce dell'ordinamento giuridico generale

In questa luce, ai LEP e all'autonomia differenziata può venire una possibilità di spiegazione in più, se i due termini si inquadrano nella teoria dell'ordinamento generale. Va fatta una breve premessa, sul modo di agire dell'ordinamento generale**[xiii]**. Qui l'ordinamento generale è l'ordinamento costituzionale, visto come ordinamento di tutti i soggetti giuridici e, poi, assunto nella visione del rapporto tra due ordinamenti: fondativo e derivativo quello della prima parte della Costituzione, particolare e derivato quello delle autonomie, nella seconda parte. L'autonomia differenziata, come ogni autonomia, deriva dalla prima parte della Costituzione e assorbe i limiti che quella le imprime come limiti interni, come i suoi limiti: ovvero "le sue esigenze", ex art. 5 Cost. **[xiv]**. In questa luce, nella prima parte della Costituzione, riprendendo la formula della sentenza n. 72/2020, i livelli "entrano immediatamente" nell'ordinamento regionale, perché esprimono il "nucleo irriducibile" del diritto alla salute, ovvero la persona (artt. 2 e 3 Cost.). Qui i livelli essenziali rappresentano il nucleo irriducibile del soggetto, ovvero, l'espressione essenziale della soggettività. Ogni soggetto, nell'ordinamento generale, è ben riconoscibile: la persona per le esigenze essenziali (art. 2) e la regione come soggetto che ha le "sue esigenze" (art. 5).

Da tutto questo viene una conseguenza. I livelli essenziali entrano nella soggettività della regione come "sue esigenze" (art. 5 Cost.): di sé stessa e dei suoi cittadini.

Per questo, i livelli essenziali sono della persona e sono dell'autonomia della regione e per questo "entrano immediatamente" nell'ordinamento regionale (C. cost. n. 72/2020). Sono il riflesso della soggettività essenziale, vista secondo l'ordinamento generale e nella prima parte della Costituzione. Oltre l'essenziale, nella seconda parte della Costituzione, la soggettività diventa autonomia differenziabile e appunto nell'art. 116 Cost. è "ulteriore".

Per tutto questo, nell'ambito dell'ordinamento generale, nell'indivisibilità della Repubblica, l'autonomia differenziata esprime sé stessa e i suoi cittadini e ha molto a che fare con l'identità di una Regione. Ne riflette il sostrato antropologico, sociale ed economico, anche nel dibattito politico; qui l'autonomia differenziata viene fuori in modo violento e, in un senso non volgare, quasi nella forma di entità esistenziale, che si manifesta non solo come bisogno (costo standard), ma come capacità autonoma di fare (fabbisogno). La sua differenza non deve essere irriducibile, ma deve essere un'utile differenza.

Per questo pensiamo, in conclusione, che la regione differenziata, che sviluppa la sua autonomia oltre l'essenziale (art. 5 Cost.) e in un modo "ulteriore" (art. 116 Cost.), potrebbe differenziarsi divenendo non solo la più competitiva nel prendere le materie ma la più virtuosa nelle prestazioni, facendo qualcosa di più per sé e per gli altri, anche facendo uso di quei "tributi propri" che l'art. 119 Cost., prevede e che forse non sono mai stati istituiti. Il contesto è dunque più grande ed è quello della solidarietà e della coesione politico-sociale, a prescindere dalla materia devoluta**[xv]**. Per questo, in conclusione, come hanno fatto gli altri relatori, si passa a usare una metafora finale, e una in particolare, quella di un'autorevole Relatrice, che ha evocato la bellissima fata Morgana e la materia**[xvi]**. Così, se l'autonomia differenziata si spoglia della materia, come la fata Morgana si spoglia della sua fatale immagine, l'autonomia si mette a nudo davanti a tutti e si rivela come fabbisogno, che non è standard ma è fabbisogno di sé e quindi è immagine della sua capacità, di se stessa davanti a tutti e per tutti, e allora il discorso dell'ordinamento si fa semplice ed è quello della famiglia e della figlia più sveglia che vuole andarsene di casa (nella leggenda la fata Morgana voleva scappare dalle sue otto sorelle): Morgana esce di casa e i genitori continuano a darle la paga settimanale, ma a fine mese l'affitto non lo chiede a mamma e papà e se lo paga da sé; così, forse, alla fine della storia, Morgana finirà per condividere l'affitto anche con le altre sorelle, non solo in termini di costi ma anche di spazi e

di possibilità.

[i] L'articolo riproduce l'intervento, con aggiunte al testo e alcune note, fatto il 9 gennaio 2023 in *Novità e possibilità dell'autonomia differenziata nelle più recenti proposte di riforma*, seminario che inaugura i *Lunedì di Giustiziainsieme*, una serie ideata dalla Direzione della Rivista e coordinata dal Prof. Enrico Zampetti.

[ii] Il testo dell'art. 1 comma 791 è il seguente : "Ai fini della completa attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione e del pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni, il presente comma e i commi da 792 a 798 disciplinano la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, quale soglia di spesa costituzionalmente necessaria che costituisce nucleo invalicabile per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale, per assicurare uno svolgimento leale e trasparente dei rapporti finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali, per favorire un'equa ed efficiente allocazione delle risorse collegate al Piano nazionale di ripresa e resilienza, approvato con il decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° luglio 2021, n. 101, e il pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti civili e sociali e quale condizione per l'attribuzione di ulteriori funzioni. L'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, relative a materie o ambiti di materie riferibili, ai sensi del comma 793, lettera c), del presente articolo, ai diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale, e' consentita subordinatamente alla determinazione dei relativi livelli essenziali delle prestazioni (LEP)".

[iii] Questo fenomeno della riduzione potrebbe riflettersi nel futuro delle attività di determinazione – conferenze varie, intese, aggiornamenti.

[iv] Si riceve qui l'indicazione di F. FRANCARIO, *Riflessioni a margine di un dibattito sul metodo giuridico,* in *Giustiziainsieme,* 16 gennaio 2023: il compito specifico del giurista accademico è quello della ricostruzione dei principi; quelli impliciti in una certa materia, che, poi, si presentano come l'architettura di un determinato istituto.

[v] A. D'ATENA, *Dove vanno le regioni?, AIC.,* 2022, n. 4, 1 ss.

[vi] Riaffiora qui l'idea di fondo insita nella categoria generale dell'autonomia pubblica, ovvero l'idea che gli interessi dello Stato insiti nella materia trasferita non siano danneggiati o perduti nel trasferimento, ma siano curati meglio dal soggetto autonomo, avvantaggiandosi della sua cooperazione – cfr. SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale,* Milano, 2 edizione, 1946, 298. Il sottinteso è che quel che si trasferisce è un interesse condiviso e non irriducibile; e non a caso la maggior parte delle materie devolubili appartiene alla potestà concorrente.

[vii] Così A. D'ATENA, *Dove vanno le regioni?, AIC.,* 2... cit., 1, spec. nota 1. Con l'effetto ulteriore di rendere nullo ogni legge statale sopravvenuta che di quel contenuto disponga.

[viii] Cfr. Cons. St., III, n. 604 del 2015: "La questione non può essere risolta dal giudice in via meramente interpretativa, assimilando i malati di Alzheimer alla disciplina dei malati psichiatrici prevista dallo stesso d.P.C.M. 29 novembre 2001 – come ha ritenuto di fare il TAR – dal momento che la questione risulta quanto mai dibattuta nelle sedi competenti, che non sono ancora giunte ad una definizione. Pertanto anche in materia di Alzheimer non emergono elementi che accreditino la esistenza di uno specifico livello essenziale nel senso indicato dal TAR, distinto dagli anziani non autosufficienti, pur restando ferma per tutta questa vasta categoria di assistiti la necessità di approfondire la problematica delle prestazioni ad alta intensità come esposto alla fine del successivo punto...".

[ix] E' diversa la condizione di fatto e la ratio della disposizione, e quindi "la disciplina prevista per tale tipologia di pazienti non può estendersi, analogicamente, ai c.d. drug **naive**." (così Cons. St., III, 15- 2- 2021 n. 1309).

[x] Per tutti v. Cons. St., III, 15- 2- 2021 n. 1309 in materia di riduzione dei LEA: "Nel nostro ordinamento, risulta ormai costituzionalizzato il principio del c.d. equilibrio di bilancio, introdotto nell'art. 81 della Costituzione dall'art. 1 della Legge Costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, entrato in vigore il primo gennaio del 2014 (sul punto T.A.R. Milano, sez. I, 14 dicembre 2018, n. 2798; da ultimo, TAR Piemonte, Sez. I, 14 luglio 2020 n. 465)".

[xi] Emblematico è Cons. St., III, 15- 2- 2021 n. 1309: "E' bene ricordare, infatti, che secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale il diritto alla salute è finanziariamente condizionato (cfr. sentenze n. 355/1993, 267/1998, 509/2000, 248/2011) (cfr. sul punto Cons. Stato, Sez. III, n. 4347/2017); questa Sezione ha già ritenuto che l'art. 32 Cost. non comporta l'obbligo per il SSR di fornire tutti i prodotti esistenti sul mercato per la cura di una determinata patologia: ciò che l'ordinamento garantisce è che la prescrizione sia funzionale alla necessità terapeutica, ma senza che il sistema sanitario sia gravato da oneri aggiuntivi conseguenti alle dinamiche di mercato (Cons. Stato, Sez. III, 30/1/2019 n. 759)".

[xii] Cfr. L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze,* Milano, 2018.

[xiii] Cfr. ALB. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico, Dig. Disc. pubbl.,* Torino, 1987, II, 30 ss.

[xiv] Cfr. L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze,...* cit., spec. 265 ss.

[xv] Cfr. F. MANGANARO; *Politiche di coesione*, in: B. G. Mattarella M. Ramajoli, *Enciclopedia del Diritto – Funzioni amministrative*, Milano, 2022.

[xvi] Si allude all'intervento della Prof.ssa Chiara Cacciavillani.

L’articolo riproduce l’intervento, con aggiunte al testo e alcune note, fatto il 9 gennaio 2023 in *Novità e possibilità dell’autonomia differenziata nelle più recenti proposte di riforma*, seminario che inaugura i *Lunedì di Giustiziainsieme*, una serie ideata dalla Direzione della Rivista e coordinata dal Prof. Enrico Zampetti.