

CARLA ACOCELLA

Professore Associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Napoli Federico II
carla.acocella@unina.it

LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI E GIUDICE AMMINISTRATIVO

ESSENTIAL LEVELS OF BENEFITS AND ADMINISTRATIVE JUDGE

SINTESI

Il saggio che qui si propone indaga i termini della relazione tra giudice amministrativo e livelli essenziali delle prestazioni a partire dalla necessità di guardare oltre il piano di osservazione estrinseco, che esalta la centralità del profilo strutturale della categoria (quello prestazionale), e di cogliere la “sostanza” della formula dei lep, che impone di riguardare questi ultimi come un congegno di tutela dei diritti, teso ad agevolare e rendere operanti i meccanismi di esigibilità delle prestazioni che le pretese sottendono. Il formante giurisprudenziale rilevante è articolato su più livelli corrispondenti a quelli della composita filiera decisionale lungo la quale si snoda il processo determinativo e applicativo dei lep. Lo studio, che indugia in particolare sul comparto sociale, mostra una inattitudine della categoria dei lep a fondare il riconoscimento di pretese a soddisfazione certa e necessaria. Nondimeno, le soluzioni offerte dal giudice amministrativo appaiono rilevanti nella prospettiva della effettività giurisdizionale, muovendosi nel quadro di un sindacato che consente – come attualmente fa quello di legittimità – di offrire una tutela piena, sul versante dei poteri cognitori e decisori, alle posizioni azionate in giudizio.

ABSTRACT

The essay investigates the relationship between the administrative judge and the “essential levels of benefits”, pointing out the need to look beyond the formal and structural profile (represented by the provision of the utility), and to move to the substantial one (represented by the protection of the rights and

the capacity of “essential level of benefits” to operate in order to enable and increase the effectiveness of the rights).

The relevant case-law is structured on several levels corresponding to those of the decision-making chain along which the determining and application process of the “essential level of benefits” takes place. This study – in particular focused on the social sector – reveals an inability of “essential levels of benefits” to ensure certain satisfaction to the enforced rights. The solutions provided by the administrative judge nevertheless appear important from the perspective of jurisdictional effectiveness, moving within a framework of a review that allows full protection – both with regard to cognitive and decision-making powers – to the rights enforced.

PAROLE CHIAVE: Livelli essenziali delle prestazioni – diritti sociali – discrezionalità – discrezionalità politica e amministrativa – giudice amministrativo – sindacato pieno.

KEYWORDS: Essential level of benefits – social rights – discretion – political and administrative discretion – administrative judge – full jurisdiction.

INDICE: 1. I termini della relazione e l'incidenza del profilo prestazionale. – 2. La centralità del profilo prestazionale nella prospettiva della decisione politica e tecnica. – 2.1. L'individuazione dei lep oltre l'apparenza. La questione dei diritti civili e delle pretese procedurali. – 2.2. La perimetrazione dei lep: la dimensione prestazionale oltre la dimensione organizzativa. – 3. Il piano sostanziale della riflessione sui lep. – 4. La funzione costituzionale dei lep e il contenimento della discrezionalità. – 5. Tendenze del contenzioso davanti al giudice amministrativo. – 5.1. Livello e posizionamento delle controversie e indicazioni sulla qualità della garanzia delle posizioni in campo. – 5.2. Le dinamiche caratterizzanti il contenzioso del comparto socio-assistenziale. L'ambivalenza rispetto alla qualificazione della posizione giuridica soggettiva correlata alla prestazione e la discrezionalità “alta” e “bassa”. – 6. Brevi cenni di conclusione.

1. I termini della relazione e l'incidenza del profilo prestazionale

La scelta di inserire nel quadro di una riflessione sugli strumenti di tutela dei diritti fondamentali il riferimento alla clausola costituzionale dei livelli essenziali delle prestazioni¹, unitamente al riferimento al giudice amministrativo, implica anzitutto la necessità di guardare ai livelli stessi come, appunto, strumento di tutela dei diritti, e specularmente la necessità di affrontare il tema della tutela (della peculiare categoria) dei diritti fondamentali, consegnata al plesso della giurisdizione amministrativa, utilizzando i lep come “ponte”.

¹ Il testo riprende e sviluppa, infatti, le considerazioni svolte al convegno “*Giudice amministrativo e tutela dei diritti fondamentali*”, tenutosi il 20 ottobre 2023 presso il TAR Sicilia, Palermo.

Ora, con riguardo alla prima parte di questa seconda implicazione, vale senz'altro il superamento – registrato invero da tempo – degli ostacoli frapposti alla conoscibilità dei diritti fondamentali da parte del giudice amministrativo e alla capacità del giudice amministrativo di offrire occasioni incisive di protezione², nonché il consenso diffuso in ordine all'adeguatezza conquistata dal giudizio amministrativo nella prospettiva di offrire occasioni incisive di protezione alle pretese agite, e di mostrarsi dunque, anche con specifico riguardo ai diritti fondamentali, come sede non solo astrattamente attrezzata ad apprestare una tutela effettiva³.

Dal canto suo il primo dato cui si faceva cenno, ossia la necessità di riguardare i livelli essenziali come strumenti di tutela dei diritti, non è poi di così agevole affermazione, se solo si considerano: le vischiosità che circondano i tentativi di giungere ad una definizione compiuta della relativa nozione, ché è tema semantico e concettuale prima che politico⁴; l'idea – questa sì condivisa –

² Su questo punto appaiono conclusive le considerazioni svolte da Nicola Pignatelli nella sua relazione, al medesimo convegno, su *“Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione”*, ma già diffusamente in *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, Pisa, 2013, e in *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un “falso” costituzionale*, in *Federalismi.it*, 12/2020, 177 ss. Anche la relazione svolta allo stesso convegno da Maria Cappellano su *“Prestazioni sanitarie, diritti fondamentali e giurisprudenza del giudice amministrativo”* ha investito in maniera frontale il medesimo tema. In argomento, senza pretese di esaustività, si veda F. PATRONI GRIFFI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017; dello stesso A. *I diritti incompressibili*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2012; U. ALLEGRETTI, A. PUBUSA, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in L. Lanfranchi (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, 437; A. CARIOLA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 203; M. MAZZAMUTO, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020; E. SCOTTI, *I diritti fondamentali nel pluralismo delle giurisdizioni*, in *Quest. Giust.*, 1/2021, 202 ss.

³ Sul tema della pienezza della tutela, anche qui senza alcuna pretesa di esaustività, si veda F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in *Diritto e Processo amm.*, 1/2019, 1-23; L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2018, 237 ss.; M. TRIMARCHI, *Full Jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, *ivi*, 321 ss.; B. GILBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013; F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2018, 133 ss.; C. FELIZIANI, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2019, 758 ss.

⁴ C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza amministrativa*, in *Federalismo fiscale*, 2/2009, 133 ss., sul punto infatti segnala che la «determinazione» dei lep da parte del legislatore statale costituisce un'operazione problematica, prima ancora che sul piano

circa l'assenza nel quadro positivo disponibile di una simile definizione (aspetto che deriva dalla prima difficoltà segnalata); il confronto, invece divisivo, in ordine alla opportunità stessa di fissarne i connotati distintivi. Questa fatica ermeneutica e questa non immediata "inerenza" ai diritti, dei livelli essenziali delle prestazioni, è del resto testimoniata dall'efficace prospettazione del tema come un terreno di contesa tra giuristi ed economisti che ha visto contrapporsi in un frangente specifico⁵, da un lato, le ragioni della puntualizzazione dei contorni e del contenuto dei lep quale veicolo di giuridicizzazione delle pretese che in essi si pretende di incorporare, e dall'altro, il pragmatismo dell'approccio flessibile che ancora il processo determinativo dei lep al dato finanziario naturalmente dinamico⁶. Ma senza giungere, almeno per il momento, alle difficoltà che rimontano alla delicata e centrale questione della conciliabilità tra pretese/aspettative e risorse disponibili come cifra fondamentale della esigibilità e dunque della effettività dei diritti – questione posta anche dai lep – basta rivolgere l'attenzione ad un dato morfologico – la "forma" dei lep – che è in grado di proiettare sullo sfondo il profilo funzionale che li connota come presidio di diritti. Al netto delle accennate opacità della nozione e difficoltà di attingerne una definizione, e al di là dei differenti piani di rilevanza dell'istituto⁷, alcuni dei

giuridico, sul piano semantico e concettuale». In tema E. BALBONI, *Il nome e la cosa. Livelli essenziali dei diritti e principio di eguaglianza*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, 2005, 289.

5 Quello dei lavori del Comitato tecnico scientifico con funzioni istruttorie per l'individuazione dei LEP (CLEP), insediatosi lo scorso 9 maggio 2023, successivamente articolatosi in 10 sottogruppi distinti per aree tematiche e indirizzati a coprire le materie indicate dall'art. 116, c. 3 Cost., ai quali si è aggiunto un undicesimo sottogruppo destinato ad analizzare le materie ulteriori rispetto a quelle di cui all'art. 116, c. 3, e i cui lavori sono terminati nell'ottobre 2023.

6 La posizione di A. POGGI, *Il regionalismo differenziato nella "forma" del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, in *Federalismi.it*, 3/2024, è il risultato del punto di osservazione privilegiato e diretto del confronto, attesa la partecipazione dell'A. ai lavori del (CLEP). L'A. collega la prospettazione del tema dei lep come "terra di confine" tra giuristi (che pretendono di «definirne compiutamente i contorni e il contenuto facendogli assumere – secondo una logica difficilmente contestabile dal punto di vista della Costituzione - lo status di diritti») ed economisti («che partono da un diverso assunto e, cioè, che la loro determinazione sia, comunque "flessibile" ed assoggettata periodicamente a rimodulazione coerentemente con le risorse disponibili») alla stretta connessione, se non subordinazione, del primo alla questione della disponibilità delle risorse.

7 Appare molto utile in questa prospettiva la individuazione dei diversi piani su cui si svolge il tema per C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza amministrativa*, op. ult. cit., 135 ss., secondo il quale la determinazione dei lep, oltre ad essere una decisione politica, sarebbe una scelta tecnica (che, come tale, coinvolge l'amministrazione),

quali si allontanano apparentemente dall'area dei diritti, esiste infatti un certo consenso sulla necessità di ricondurre anche questi ultimi – si pensi alla funzione assolta dall'istituto nell'individuazione di un punto di equilibrio tra unità e differenziazione – alla garanzia dei diritti. La collocazione topografica della clausola nel quadro delle disposizioni costituzionali, infatti, solo apparentemente pone e risolve eminentemente una questione di distribuzione delle competenze tra Stato e Regioni, poiché trascina al centro della scena il godimento dei diritti, e fa coincidere la *ratio* stessa della clausola costituzionale in parola con la necessità di equilibrare le esigenze della differenziazione e dell'autonomia delle regioni (ma anche delle amministrazioni locali, atteso che i lep sono in grado di condizionare l'esercizio delle competenze amministrative degli enti locali, oltre che delle Regioni) con la garanzia di *standard* uniformi sul territorio nazionale⁸, rispetto, appunto, alla soddisfazione dei diritti e all'esercizio dei medesimi. In estrema sintesi, i lep, pur ove si atteggiino come cifra della forma di Stato, sono strumentali alla garanzia dei diritti, esprimendo un preciso approccio soddisfattivo delle esigenze di protezione sociale e di solidarietà, che si misura, optando per la unitarietà, sul terreno della composizione fra istanze di differenziazione e competizione tra le politiche erogative, da un lato, e istanze di eguaglianza e omogeneità, dall'altro lato⁹. Intuitivamente, peraltro, la prospettiva della protezione giuridica delle aspettative – prospettiva che senz'altro implica il passaggio

nonché porrebbe un tema di “protezione giuridica”, per poi toccare il piano dei rapporti istituzionali tra centro e periferie, e dunque la forma di Stato.

8 Su questo si veda M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117 comma 2, lett. m della Costituzione)*, in *Politica del diritto*, 2002, 345 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *I livelli essenziali delle prestazioni e il diritto all'abitazione degli stranieri*, in G. Campanelli e al. (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Torino, 2010, 213 ss.; F. PIZZETTI, *La ricerca del giusto equilibrio tra uniformità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*, in *Le Regioni*, 2003, 600; E.A. FERIOLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia ed eguaglianza*, in www.forumcostituzionale.it/site/index3.php?option=com_content&task=view&id=1068, 1.

9 Alla conclusione della auspicabile espressione, attraverso la formula dei lep, dell' “unitario volto sociale” della forma di Stato, giunge C. PANZERA, *op. ult. cit.*, 136 nonostante muova dalla considerazione che la formula dei lep, nel toccare tale profilo, «tralasci il campo dei diritti o dei bilanciamenti».

attraverso il duplice snodo della determinazione e della erogazione¹⁰ – rappresenta la declinazione dell'istituto più idonea a prefigurare il coinvolgimento dei giudici, e dunque ad essere indagata nel quadro di una riflessione diretta a dissodare la relazione tra giudice amministrativo e lep¹¹.

Nel riflettere «*le coordinate assiologiche fondamentali della nostra Costituzione, legandosi al problema del contenuto essenziale dei diritti e di qui alla dignità della persona*»¹², la formula pone nella sostanza un tema di diritti. Eppure, il peso della “forma” dei lep sulla sostanza funzionale potrebbe imporsi anche ove ci si occupi del loro trattamento giurisprudenziale. La tentazione per così dire naturale con cui si misura chi si appresti ad impostare l'analisi dei termini della relazione tra giudice amministrativo e livelli essenziali delle prestazioni potrebbe essere, infatti, quella di considerare decisivo un piano di osservazione estrinseco, e di concentrare lo sguardo sul profilo che i lep esibiscono con immediatezza, il fatto di atteggiarsi come prestazioni, o al più quali attributi di prestazioni nella misura in cui possano considerarsi tali gli standard erogativi uniformi oggetto della garanzia di cui si discorre¹³. Il risultato di questo tipo di approccio – che muove

10 Secondo C. PANZERA, *op. ult. cit.*, 138 in particolare la «*dissociazione fra determinazione ed erogazione*» enfatizzerebbe il grado di complicazione che caratterizza la realizzazione dei diritti sottesa al processo determinativo e di impiego dei lep, in quanto fattore di coinvolgimento di una pluralità di soggetti (quelli «*costitutivi della Repubblica*») competenti. Segnala che i lep esibiscono una «*immagine enigmatica del costituzionalismo sociale multilivello*», A. D'ALOIA, *Storie “costituzionali” dei diritti sociali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008, II, 737.

11 Giudice amministrativo e giudice costituzionale, infatti, sono quelli maggiormente esposti al confronto con la clausola. Naturalmente il formante giurisprudenziale costituzionale risulta quello tradizionalmente più indagato (su questo per tutti si veda G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza e dell'evoluzione interpretativa*, Padova, 2007; L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, in E. Cavasino, G. Scala e G. Verde (a cura di), in *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli 2013, 103 ss.); E. PESARESI, *La “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni” e la materia “tutela della salute”: la protezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nel decentramento istituzionale*, in *Giur. cost.*, 2/2006, 1733 ss. Sul ruolo del giudice comune si rinvia a C. PANZERA, oltre che nel già citato *I livelli essenziali delle prestazioni fra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza amministrativa*, in *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 4/2011, 3371 ss.

12 C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza amministrativa*, cit., 194.

13 «*Standard strutturali e qualitativi delle prestazioni*» determinate o da determinare: C. cost. n. 207 del 2010.

senz'altro dall'inconfutabile incidenza del profilo prestazionale sulla perimetrazione della categoria¹⁴ – è quello di ridurre il collegamento del tema col giudice amministrativo alla condizione del secondo di giudice del rapporto amministrativo (prestazionale), nel quale si situa l'amministrazione o chi per essa (pacifica essendo l'irrilevanza ai fini del discorso che qui si sta conducendo dell'eventualità dell'affidamento del tratto erogativo a soggettività esterne alla P.A.) dal lato della provvista di prestazioni, e il cittadino-titolare del diritto fondamentale aspirante alla prestazione, dall'altro lato.

2. La centralità del profilo prestazionale nella prospettiva della decisione politica e tecnica

Ora, questo tipo di impostazione è incoraggiata dagli accadimenti di questo tempo, dalle prospettive *de jure condendo* nel percorso di individuazione dei lep, che come noto è, per il passato, un percorso segnato da interventi rapsodici, congiunturali ed in ogni caso parziali¹⁵. Appare conclusivo sul punto il biasimo espresso dalla Consulta con riguardo al «*perdurante ritardo dello Stato nel definire i LEP, i quali indicano la soglia di spesa costituzionalmente necessaria per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale, nonché 'il nucleo invalicabile di garanzie minime' per rendere effettivi tali diritti*»¹⁶.

In particolare quello che più conta nel discorso che si sta affrontando è il carattere disorganico di tali interventi, e cioè l'assenza di collegamento tra i medesimi in forza di un disegno unitario che ne intrecciasse le sorti alla possibilità di differenziazione delle scelte normative¹⁷, a quello cioè cui si è soliti riferirsi

14 Sul punto vale la considerazione di E. BALBONI, *Il nome e la cosa. Livelli essenziali dei diritti e principio di eguaglianza*, cit., 296 secondo il quale il riferimento «*all'amministrazione prestazionale e al governo della stessa*» è il fulcro della clausola di cui all'art. 117, c. 2, lett. m).

15 Per una sintesi sull'assenza di definizione in via generale dei lep e sulla deducibilità dei medesimi, per settori, dal dato positivo vigente si veda E. ZAMPETTI, *Introduzione a un dibattito sul tema dell'autonomia differenziata*, in *Giustizia Insieme*, 19.1.2023.

16 C. cost., 26 novembre 2021, n. 220. Dello stesso avviso C. cost. nn. 10 aprile 2020, n. 62 e 8 luglio 2021 n. 142.

17 A tal proposito, infatti, vale la considerazione (A. POGGI, *Il regionalismo differenziato nella "forma" del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, cit.) secondo la quale la scelta operata in passato in punto di «*mancata individuazione ex ante dei lep in un disegno unitario di collegamento degli stessi alla possibilità di differenziazione (per responsabilità di tutti i Go-*

con l'espressione regionalismo differenziato. Intreccio che invece, oggi, è addirittura prescritto dal legislatore che, nel rimettere mano al progetto di autonomia differenziata ai sensi dell'art. 116, c. 3 Cost. ha inteso subordinarne il compimento, quanto alle «materie o ambiti di materie riferibili ... ai diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale», proprio alla «determinazione dei relativi livelli essenziali delle prestazioni (LEP)»¹⁸. In forza delle previsioni della legge di bilancio per il 2023, la vicenda della determinazione dei LEP ha perciò intercettato quella dell'attuazione del regionalismo differenziato, non senza suscitare significative perplessità proprio per i modi attraverso i quali è stata messa in campo la decisione di «recidere un nodo emerso, anche con toni piuttosto accesi, nel dibattito sull'autonomia differenziata», e cioè quello «sulla pregiudizialità della determinazione dei LEP e dei relativi costi e fabbisogni standard, rispetto all'attribuzione delle ulteriori forme e condizioni di autonomia consentite dall'art. 116, terzo comma, Cost.»¹⁹. Oltre alle criticità legate a profili di metodo e di merito²⁰ – alcuni dei quali connotanti

verni, nessuno escluso, che si sono succeduti dal 2001 in avanti)» avrebbe precluso inevitabilmente la percorribilità di strade diverse da quella effettivamente eletta dal d.d.l. n. 615, recante "Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione", c.d. d.d.l. Calderoli, approvato in Senato il 23 gennaio 2024 e in corso di esame alla Camera dei Deputati (qui d.d.l. C. 1665). In particolare quest'ultimo ha inteso la copertura dei lep anzitutto come «individuazione dei lep a legislazione vigente», con ciò abbracciando un'opzione per così dire poco coraggiosa, rivelandosi tuttavia nei fatti «impraticabile» quella, alternativa, di «abrogare tutte le disposizioni precedenti di individuazione dei LEP e procedere successivamente sulla lavagna bianca così ottenuta».

18 È la previsione testuale che ricorre all'art. 1, c. 791 della legge 29.12.2022 n. 197, L. di stabilità 2023. In ordine al riavvio del processo di definizione dei livelli essenziali nel settore sociale ad opera della legge di bilancio per il 2022, si veda P. TORRETTA, *La legge di bilancio 2022 e l'assistenza sociale: qualche leps e tante buone intenzioni*, in *Federalismi.it*, 11/2022, 187 ss.

19 G.M. SALERNO, *Con il procedimento di determinazione dei LEP (e relativi costi e fabbisogni standard) la legge di bilancio riapre il cantiere*, in *Federalismi.it*, 1/2023.

20 Il dibattito sul punto è amplissimo. Per semplificare, ci si intende riferire in particolare, con le perplessità di ordine metodologico, ai rilievi espressi nei confronti della scelta di valorizzare la matrice governativa, rispetto a quella parlamentare, del processo decisionale (marginalizzazione del Parlamento rispetto al processo di approvazione delle leggi di differenziazione che recepiranno le intese stipulate col Governo; rispetto alle stesse il primo è compreso dalla rigida alternativa tra l'integrale approvazione o bocciatura) persino laddove il rafforzamento dell'Esecutivo sia apparso funzionale a contenere le iniziative regionali (è il caso della previsione che attribuisce al Presidente del Consiglio il potere, teso a tutelare l'unità giuridica o economica, di «limitare l'oggetto del negoziato ad alcune materie o ambiti di materie individuati dalla Regione nell'atto di iniziativa»: art. 2, c. 3 del d.d.l. Calderoli), con ricadute sulla sede di disciplina dell'assetto delle competenze Stato-Regioni (trasferito dalla Costituzione alle leggi di differenziazione), nonché con riguardo all'approccio distonico generato dalla scelta di disciplinare con

specificamente la determinazione dei lep, più che l'attuazione in senso lato del regionalismo differenziato, anche qui nel metodo²¹ e nel merito²² – si segnalerebbe l'opportunità politica di esibire la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (rispetto alla loro portata strumentale alla effettività dei diritti, alla erogazione di prestazioni fondamentali, ad uno svolgimento leale e trasparente dei rapporti finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali e ad un'equa ed efficiente allocazione delle risorse e al pieno superamento dei divari territo-

legge ordinaria il procedimento per l'approvazione di leggi (quelle di differenziazione) destinate ad essere «rinforzate»; e, con i profili di merito, alla sottovalutazione della necessità di misure perquisitive territoriali quale elemento condizionante ogni velleità di regionalismo differenziato che non si traduca in un moltiplicatore di divari di cittadinanza, e dunque al rischio di svuotare di significato i principi dell'art. 119 Cost., il formale richiamo ai quali non può rivelarsi sufficiente in questo quadro. In argomento si veda F. MANGANARO, *Regionalismo differenziato e divari di cittadinanza nelle più recenti proposte di riforma*, in *Giustizia Insieme*, 9.1.2023; dello stesso A., *Il regionalismo differenziato nell'attuale dibattito parlamentare*, in *Federalismi.it*, 17.4.2024; M. CAMELLI, *Flessibilità, autonomia, decentramento amministrativo: il regionalismo oltre l'art. 116.3 Cost.*, in *www.astrid-online.it*, 2019; S. STAIANO, *Anti-mitopoiesi. Breve guida pratica al regionalismo differenziato con alcune premesse*, in *Federalismi.it*, 29/2022, 1; dello stesso A., *Salvare il regionalismo dalla differenziazione dissolutiva*, in *Federalismi.it*, 7/2023 e *Il regionalismo differenziato. Debolezza teorica e pratica del conflitto*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 3/2019, nonché *Né facile né breve. Allineare il regionalismo differenziato alla Costituzione*, in *Democrazia e diritto*, 1/2023, 104 ss.; E. ZAMPETTI, *Introduzione a un dibattito sul tema dell'autonomia differenziata*, cit.; R. CALVANO, *Il Monstrum del regionalismo differenziato e le sue vittime*, in *Iacostituzione.info*, 26.4.2023; Id., *Audizione alla I Commissione affari costituzionali della Camera dei Deputati*, 20.3.2024, in <https://documenti.camera.it/leg19/documentiAcquisiti/COM01/Audizioni/leg19.com01.Audizioni.Memoria.PUBBLICO.ideGes.33637.20-03-2024-18-03-30.351.pdf>. In tema si veda anche l'intervista a M. LUCIANI, *Sulla autonomia una inutile forzatura del Governo, copre una maggioranza divisa*, in *Repubblica.it*, 28.4.2024.

21 Tra questi, quelli più problematicamente avvertiti, in considerazione della violazione della riserva di legge implicata nell'art. 117, c. 2, lett. m) Cost., attengono alla forma del d.p.c.m. inizialmente eletta per la determinazione dei lep (su questo F. MANGANARO, *Il regionalismo differenziato nell'attuale dibattito parlamentare*, cit.; A. POGGI, *Il regionalismo differenziato nella "forma" del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, cit.; G.M. SALERNO, *Con il procedimento di determinazione dei LEP (e relativi costi e fabbisogni standard) la legge di bilancio riapre il cantiere*, cit.; R. CALVANO, *Il Monstrum del regionalismo differenziato e le sue vittime*, cit.; Intervista a Sandro Staiano, *Perché il ddl Calderoli tradisce la Costituzione*, in *www.nagora.org*, 16.2.2023), successivamente rivista, sebbene non soddisfacentemente, a causa delle modifiche intervenute nel procedimento di approvazione del d.d.l. Calderoli (su cui si veda *infra* nota 27).

22 Tra le criticità che investono la sostanza dei processi dei quali si sta parlando – ossia l'attuazione del regionalismo differenziato preservando, almeno nelle enunciazioni di principio, l'uniforme garanzia di una serie di prestazioni essenziali sull'intero territorio nazionale – vi sono naturalmente quelle relative ai profili di finanziamento delle operazioni in esame. La questione più delicata in particolare riguarda l'individuazione delle fonti destinate a finanziare le funzioni affidate alle Regioni che chiedono la differenziazione: l'opzione accolta dal legislatore, che è l'attribuzione di quote di compartecipazione al gettito di tributi erariali da definire nelle intese – appare amara la considerazione di R. CALVANO, *Il Monstrum del regionalismo differenziato e le sue vittime*, cit., che la identifica come il «vero motore di tutta l'operazione» – è indicativa di un approccio che, oltre ad agire come amplificatore dei divari di cittadinanza (su questo diffusamente

riali²³) e il descritto rapporto di presupposizione, come un risultato dello stesso d.d.l. ormai in corso di approvazione anche alla Camera dei Deputati²⁴, essendo stati, invece, i profili relativi alle modalità di definizione dei LEP disciplinati in misura determinante – per quanto discutibilmente ad avviso di molti²⁵ – dalla legge finanziaria per il 2023²⁶, e rivelandosi le intervenute, auspiccate, modifiche su alcuni decisivi aspetti del processo determinativo dei lep – per tutte il passaggio dalla forma del d.p.c.m. a quella del decreto legislativo – depotenziate nei fatti²⁷. Sicché il percorso *de iure condendo* al quale si faceva cenno è incorpo-

S. STAIANO, *Anti-mitopoiesi. Breve guida pratica al regionalismo differenziato con alcune premesse*, cit.), elude la questione della responsabilizzazione della spesa in capo alle Regioni, e non risolve la questione del superamento del criterio della spesa storica nella quantificazione dei costi standard, così tradendo gli obiettivi perequativi imposti dall'art. 119 Cost. (su cui si veda già F. MANGANARO, *Regionalismo e divari di cittadinanza nelle più recenti proposte di riforma*, cit.; Id., *Politiche di coesione*, in *Enc. Dir. – I tematici*, Milano, 2022, 839 ss., e R. CALVANO, *Audizionecit.*, che segnala criticamente l'irragionevolezza del meccanismo che affida «*scelte tributarie potenzialmente decisive circa il bilancio dello Stato, ad un atto frutto di negoziazione tra Stato e singola Regione*»), neanche quando contempla un meccanismo finalizzato ad evitare l'extra gettito, atteso che tale meccanismo risulta «*tecnicamente inutilizzabile, in quanto il fabbisogno di spesa per ciascuna materia si basa su un'aliquota di compartecipazione, che a causa dell'invarianza di bilancio e del fatto che i LEP individuati dal CLEP sono quelli già esistenti, sarà calcolato ancora con la spesa storica*»: F. MANGANARO, *Il regionalismo differenziato nell'attuale dibattito parlamentare*, cit.. In tema ancora si veda A. POGGI, *Il regionalismo differenziato nella "forma" del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, cit.

23 Sono tutti termini della funzionalizzazione dei lep impressa ad essi dal tenore testuale dell'art. 1, del d.d.l. S. 615 e C. 1665 cit.

24 A. CIOFFI, *Il problema dei LEP nell'autonomia differenziata. Una spiegazione della differenza*, in *Giustizia Insieme*, 26.1.2023, si esprime criticamente sulla ragione dell'istituzione, «*per dichiarati motivi di spesa*», della relazione reciproca e vincolata tra disciplina dell'autonomia differenziata e LEP.

25 Si rinvia alla dottrina citata *supra* alla nota 20.

26 In ordine alla superfluità delle previsioni sulle modalità di definizione dei LEP contenute nel disegno di legge Calderoli, alla luce dell'impostazione del dibattito politico, si veda ancora F. MANGANARO, *Regionalismo differenziato e divari di cittadinanza nelle più recenti proposte di riforma*, cit.

27 A questo proposito F. MANGANARO, *Il regionalismo differenziato nell'attuale dibattito parlamentare*, cit. e A. POGGI, *Il regionalismo differenziato nella "forma" del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, cit., segnalano l'assenza dei principi e criteri direttivi – in forza del «*rinvio ad una norma inesistente*» – che dovrebbero orientare l'esercizio della delega sul punto, e quindi dei criteri di determinazione dei lep, nonché il tema della possibilità di aggiornare periodicamente i lep con d.p.c.m. (art. 3, c. 7) nonché di adottare i medesimi nel quadro della disciplina transitoria (art. 3, c. 9). Su questi profili si veda pure R. CALVANO, *Audizione alla I Commissione affari costituzionali della Camera dei Deputati*, cit., fortemente critica nei riguardi delle forzature che l'affidamento della disciplina dei lep a decreti legislativi – già problematica per la brevità del termine finale indicato – genera unitamente alla previsione della possibilità che fonti non regolamentari (d.p.c.m. non adottati «*previa deliberazione del Consiglio dei Ministri*», a differenza di quelli previsti nella legge di bilancio 2023, art. 1, c. 796) possano intervenire a modificare fonti primarie come i decreti legislativi.

rato nel d.d.l. Calderoli citato, nella disciplina del processo determinativo dei lep già dettata dalla legge di bilancio 2023, cui il primo rinvia *per relationem* per desumere principi e criteri – esclusivamente procedurali come si è detto, donde il *vulnus* della delega²⁸ – innovando la stessa disciplina in relazione a una serie di profili; ma anche nel lavoro impostato dal Comitato tecnico scientifico con funzioni istruttorie per l'individuazione dei LEP (CLEP). Questo ribadisce, sin dalla relazione del suo Presidente Sabino Cassese volta ad illustrare il metodo prescelto dai sotto-gruppi²⁹, il fatto che i livelli essenziali delle prestazioni riflettano una dimensione essenzialmente prestazionale. È il criterio che riflette, per esempio, la scelta intervenuta fra i componenti del Comitato di escludere una serie di profili tra quelli astrattamente coperti dalla ripartizione del lavoro in sotto-gruppi, proprio in ragione del fatto che negli stessi non fossero stati rinvenuti gli estremi della “prestazione”. È il caso del primo sottogruppo³⁰ che, all'esito dell'opera sistematizzazione dell'esistente nella quale si è nella sostanza tradotto il compito del CLEP³¹, ha ritenuto che nel campione oggetto di osservazione (panorama normativo vigente e rilevante allo scopo) difettassero «prestazioni relative a diritti civili e sociali». Mutando significativamente il punto di osservazione (l'area della previdenza complementare e integrativa e la tutela e si-

28 Cfr. ancora A. POGGI, *Il regionalismo differenziato nella “forma” del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, cit.; R. CALVANO, *Audizione ... cit.*

29 Ci si riferisce alla Nota del 2.8.2023 di accompagnamento del lavoro dei sottogruppi, in https://i2.res.24o.it/pdf/2010/Editrice/ILSOLE24ORE/QUOTIDIANI_VERTICALI/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2023/09/04/Relazioni%20sottogruppi%202%208%2023.pdf.

30 Al quale erano stati affidati i Rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni e il Commercio con l'estero. Rispetto a questi vale la considerazione di A. POGGI, *Il regionalismo differenziato nella “forma” del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, cit., la quale include questo tra i settori in cui il CLEP «ha ritenuto non esservi lep a legislazione vigente», dato che giustifica la esclusione di questo come altre aree dall'elenco incluso nell'art. 3, c. 3 del d.d.l. Calderoli cit., di materie oggetto dei d. lgs. di individuazione dei lep che dovranno essere adottati; e anche il rilievo – F. MANGANARO, *Il regionalismo differenziato nell'attuale dibattito parlamentare*, cit. – secondo cui l'errore sotteso alla «possibile attribuzione di tutte le materie di competenza concorrente» nel processo di differenziazione, consisterebbe nell'aver trascurato che alcune di queste necessitano di una programmazione ed attuazione nazionale.

31 A tal proposito A. POGGI, *Il regionalismo differenziato nella “forma” del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, cit., sottolinea che il CLEP «ha operato all'interno del mandato che limitava l'individuazione dei LEP alla loro ricognizione nella legislazione vigente, mentre ha successivamente esteso la ricognizione anche alle materie previste nel secondo comma dell'art. 117 Cost.».

curezza del lavoro), ma rammentando che il criterio discrezionale nella selezione del materiale da indagare – condiviso da tutti i sottogruppi – consiste nell'occorrenza contestuale di una serie di elementi (l'inerenza a «funzioni definite e disciplinate dalla normativa vigente anche di competenza regionale» e a «diritti civili e sociali – quindi, non politici o economici – come disciplinati dalla legislazione vigente»; la garanzia degli standard/prestazioni su tutto il territorio nazionale; la circostanza che dette prestazioni «creino utilità diretta per il cittadino e scaturiscano da un rapporto tra l'amministrazione e privati»; la misurabilità delle medesime in termini quantitativi e/o qualitativi³²) il secondo sottogruppo perviene al risultato di riguardare i Centri per l'Impiego e i risultati della loro azione come erogatori prestazioni rivolte agli utenti – nel frattempo portatori delle istanze sussumibili nell'articolo diritto al lavoro – in modo da dar campo ai presupposti per l'esercizio della potestà legislativa statale di cui all'art. 117, c. 2, lett. m). Analogamente il sesto sottogruppo, nell'occuparsi di governo del territorio, tornando con grande enfasi sulla definizione di prestazione, aggiunge ai tratti connotativi ricostruiti in precedenza il dato rappresentato dal carattere non remunerativo della prestazione, pervenendo alla conclusione che «solo le materie che si estrinsecano dal punto di vista amministrativo in prestazioni (beni e servizi) a carico della finanza pubblica sono da considerarsi come materie LEP, mentre le altre materie le cui funzioni non sono rivolte alla produzione di beni e servizi pubblici rientrerebbero nel novero delle 'materie non lep'»³³.

2. 1. L'individuazione dei lep oltre l'apparenza. La questione dei diritti civili e delle pretese procedimentali

Eppure, proprio la materia del governo del territorio è paradigmatica di ambiti in cui l'applicazione rigorosa del descritto criterio discrezionale, curvato per

32 Così la Nota, Relazione di accompagnamento al lavoro dei sottogruppi del 2.8.2023 citata.

33 Cfr. Relazione di accompagnamento al lavoro dei sottogruppi del 2.8.2023 cit., 79-80. A proposito dell'assenza di remuneratività (p. 87) si sostiene che per la «cessione» ai singoli cittadini «di beni e servizi pubblici (divisibili)» nei quali le prestazioni consistono, essi, «anche se contribuiscono al costo del bene o del servizio pubblico, non lo remunerano interamente e, pertanto, determinano un onere a carico della finanza pubblica».

così dire su requisiti di ordine strutturale nell'individuazione degli indicatori prestazionali, rischia di “afferrare” poco³⁴. Così si finisce, all'opposto, per esibire la capacità straordinariamente attrattiva del concetto di prestazione, della quale si fa esperienza da tempo laddove ci si sia confrontati col tema degli interessi procedimentali e con la valorizzazione di questi ultimi³⁵ sino al punto da aver accordato autonoma rilevanza alla violazione delle regole procedimentali e aver prospettato, dunque, anche sul piano della tutela processuale, soluzioni coerenti con l'idea che le pretese di cui si discute siano «*meramente procedimentali e cioè mirate al mero rispetto delle regole stabilite per lo svolgimento del procedimento*»³⁶. Non è un caso che, promuovendo questo approccio non restrittivo alla individuazione di prestazioni per le quali sarebbero predicabili standard essenziali, vengano assunte a paradigma di ipotesi in cui tale approccio è stato praticato, proprio le pretese procedimentali riconosciute nel quadro della disciplina in materia di trasparenza (d. lgs. n. 33/2013) nonché in via generale nella legge n. 241/1990 – soprattutto a valle delle modifiche apportate dalla l. n. 69/2009³⁷ –

34 Si legge (Relazione di accompagnamento al lavoro dei sottogruppi del 2.8.2023 cit., 80), con riguardo alla materia del governo del territorio, che la nozione «*non esaurisce la problematica del lep*», e che pertanto «*si è scelto di esaminare quali siano state, nel tempo, le scelte adottate 'in concreto' dal legislatore statale per la determinazione dei lep*».

35 In tema diffusamente L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2012, 850 ss.

36 In questo senso si esprime E. FOLLIERI, *Il rapporto giuridico amministrativo dinamico*, in *giustamm.it*, 30.12.2017, che giunge a ritenere che a tali interessi vada accordata tutela non solo per equivalente pecuniario ma anche in via specifica. Sulla questione contigua del rapporto tra interesse materiale (al conseguimento del bene della vita) e “facoltà procedimentale” si veda L. FERRARA, *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in A. Travi (a cura di), *Colloquio sull'interesse legittimo. Atti del Convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Napoli, 2014, 114, secondo il quale la facoltà è il vero oggetto della garanzia legislativa e non l'interesse materiale (a protezione del quale sarebbe posta la prima), che non è garantito nel suo soddisfacimento. In ordine alla natura e alla consistenza delle posizioni giuridiche riconosciute al cittadino nei confronti dell'amministrazione dalla norma regolatrice del potere in particolare attraverso il principio dell'affidamento si veda il recente studio di G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023.

37 Sul punto si rinvia ancora alle considerazioni di E. FOLLIERI, *op. cit.*, secondo il quale la previsione a mente della quale, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, il richiedente «*ha diritto ad ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge*», inserito nel corpo dell'art. 2-bis della l. n. 241/1990 nel comma 1-bis (introdotto dall'art. 28, c. 9, del D.L. n. 69/2013), e la circostanza che essa si riferisca ad una ipotesi diversa dal risarcimento dei danni per inosservanza del termine di conclusione del procedimento, di cui all'art. 2-bis, c. 1, sarebbe coerente con l'inerenza dell'indennizzo alla «*violazione in sé del termine di conclusione del procedimento*», e la indipendenza del medesimo

postulando con ciò la sussistenza di diritti ad una “*performance* amministrativa”, e con ciò, del resto, rammentando la logica che ha motivato la considerazione delle pretese procedurali in termini di lep, trasfusa come noto nell’art. 29, c. 2-*bis* della L. 241/1990³⁸. Logica impiegata utilmente dal giudice comune (naturalmente da quello amministrativo) per rafforzare la tutela delle pretese oggetto di scrutinio, come è accaduto sovente in relazione a quelle situate lungo la linea di confine di alternative ricostruzioni della natura della relativa situazione giuridica soggettiva (diritto soggettivo-interesse legittimo) consentendo all’argomento del lep di operare a sostegno della ricostruzione più garantista³⁹.

È innegabile, come il tenore testuale del dato positivo costituzionale rammenta, che i livelli essenziali delle prestazioni coprano l’area dei diritti civili oltre che quella dei diritti sociali. Coerentemente con tale premessa i lavori del CLEP e il risultato finale degli stessi⁴⁰ riflettono un’attenzione che opera trasversalmente alle due categorie, garantendo per così dire la corrispondenza tra le posizioni soggettive di vantaggio, individuate sulla base della lettura della

dall’ «*interesse ad ottenere soddisfazione del bene della vita*».

38 In tema si rinvia a S. TUCCILLO, *La Corte costituzionale e i limiti all'autonomia regionale nella disciplina degli istituti del procedimento amministrativo. Livelli essenziali delle prestazioni e strumenti di semplificazione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023, 241 ss.

39 È il caso del formante giurisprudenziale sul diritto di accesso, nel quale la qualificazione, oltre che come espressione del principio di trasparenza, quale specifico livello essenziale della prestazione ha agevolato la ricostruzione in termini di diritto soggettivo: sul punto C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, cit., 3388-3390, che a questo proposito si riferisce all’ «*impiego della norma sui LEP quale vettore di interpretazioni costituzionalmente orientate*». Come noto la questione della configurazione del diritto di accesso documentale in termini di diritto soggettivo o interesse legittimo è oggetto di un ricchissimo dibattito che l’economia di questo contributo non consente neanche di lambire. Ci si limita qui a ricordare che la tesi incline a ricostruire il diritto d’accesso come diritto soggettivo è stata largamente dominante (in questo senso F. FIGORILLI, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 262 ss.); per una prospettazione intermedia si veda M. OCCHIENA, *I diritti di accesso dopo il codice della privacy*, in *Foro it.*, 2004, III, 510 ss.; tra i sostenitori della qualificazione in termini di interesse legittimo si veda L.A. MAZZAROLLI, *L’accesso ai documenti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali*, Padova, 1998, 40 ss.; G. VIRGA, *L’araba fenice della natura giuridica del diritto di accesso*, in *Lexitalia.it*, 5/2006. Si veda di recente, anche per una compiuta ricostruzione del dibattito, lo studio relativo alla convivenza tra trasparenza amministrativa e tutela del diritto alla riservatezza dei titolari dei dati in possesso della p.a., A. SIMONATI, *Il trattamento di dati personali e gli accessi amministrativi “generali”: le dinamiche frontiere della discrezionalità*, in *Dir. amm.*, 1/2023, 1 ss.

40 Si veda il Rapporto finale del CLEP del 30.10.2023 cit.

normativa, e il loro atteggiarsi come «*posizioni di diritto a prestazione*»⁴¹, garantendo in una parola la trasversalità, alle due categorie di diritti, della correlazione tra diritto e prestazione. Nondimeno, la necessità di proiettare i lep nella prospettiva teleologica costituzionale – rappresentata in estrema sintesi dal loro collegamento col progetto dello Stato sociale, come si dirà di qui a breve – suggerisce l'opportunità di valorizzare l'area dei diritti sociali come terreno più rappresentativo di impiego dei primi, e conseguentemente di considerare delle «*escursioni*»⁴² quelle che il giudice, anche costituzionale, compie nei territori esterni al perimetro dei diritti sociali. È paradigmatico di questo muoversi tangenzialmente al cuore dei lep, il risultato del lavoro di sistematizzazione e classificazione dell'esistente relativo alla materia del governo del territorio, che, come si è segnalato, riguarda gli interessi vantati dai singoli rispetto all'attività procedimentale dell'amministrazione nel comparto dell'urbanistica e dell'edilizia, e più in generale il trattamento delle fattispecie attratte nell'orbita della semplificazione amministrativa, potendo il contributo semplificatorio essere riguardato solo in senso largo e, per così dire, atecnico, come una prestazione. È, a titolo meramente esemplificativo, l'itinerario percorso al cospetto delle certificazioni ambientali e di qualità la cui disciplina veniva ricondotta alla materia dei lep, in ragione della cornice semplificatoria in cui appariva iscritta e in considerazione della funzionalità delle prime a consentire l'esercizio dei diritti dal lato degli operatori economici (rispetto al conseguimento delle certificazioni secondo criteri di uniformità sul territorio e di efficienza, e pertanto in ragione di un collegamento con la pretesa riconosciuta dall'art. 41 Cost.) e dal lato dei destinatari dei prodotti o servizi erogati dai primi (rispetto alla verifica dei requisiti di qualità)⁴³. Per attingere questa prospettiva basta infondo evocare un passaggio di stile che salda la finalità semplificatoria delle attività di controllo esercita-

41 Cfr. Relazione del 2.8.2023 cit.

42 Così già riferendosi alle prime pronunce nelle quali la Consulta si spingeva, guardando ai lep, «*oltre il recinto dei diritti sociali in senso stretto*», C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, cit., 3378.

43 C. cost., 4 dicembre 2009, n. 322.

te dall'amministrazione ad una qualità essenziale del risultato che gli aspiranti (interessati all'esercizio dell'attività) aspirano a conseguire. *«Il principio di semplificazione va senza dubbio catalogato nel novero dei principi fondamentali dell'azione amministrativa e ... questa finalità di semplificazione dei procedimenti di abilitazione all'esercizio di attività per le quali sia necessario un controllo della pubblica amministrazione rappresenta esattamente il carattere del livello essenziale della prestazione concernente i diritti civili e sociali ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., che si collega al fondamentale principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.»*⁴⁴. Ma si tratta in definitiva di uno schema replicabile più in generale per le ipotesi sussumibili nella cornice del procedimento amministrativo, e più specificamente per gli istituti del procedimento amministrativo qualificati espressamente come livelli essenziali⁴⁵. I lep di natura procedimentale sono quelli a fronte dei quali il diritto si atteggia, fra le altre cose, in termini di *«diritto alla certezza/chiarità nei rapporti con la PA»*, in coerenza con la prospettazione di una *«pretesa ad una performance/livello minimo di attività amministrative»*⁴⁶. Insistendo nell'area dei diritti civili, i lep aprono senz'altro un'area di esercizio al sindacato del giudice amministrativo che però appare percorrere “in superficie” il relativo riferimento, come mostra per esempio il contenzioso sul diritto di accesso in cui detto argomento operi nella qualificazione della posizione tra le alternative del diritto e dell'interesse, facendo pendere l'ago della bilancia in favore di questa seconda, in chiave rafforzativa di

44 Cfr. C. cost., sent. 20 luglio 2012, n. 203.

45 Questa è anche la ragione per la quale l'alternativa riconduzione di una fattispecie semplificatoria al procedimento amministrativo, piuttosto che direttamente alla materia dei lep (profilo sollevato, per esempio, nella lettura critica della collocazione – operata dalla giurisprudenza costituzionale in materia ambientale citata, cfr. sent. n. 322/2009 – della materia semplificazione all'interno dell'area dei lep: su cui C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, cit., 3378) non produce esiti sostanzialmente differenti, anche in ragione della qualificazione espressa che opera nella l. n. 241/1990 in termini di lep di una serie di istituti procedimentali situati nella logica semplificatoria (segnalazioni e comunicazioni, segnalazione certificata di inizio attività, silenzio-assenso, conferenza di servizi, etc.).

46 Cfr. ancora la Relazione del 2.8.23 cit. p. 130 e nel Rapporto finale del CLEP del 30.10.2023, al par. 7, Contributo di E. FREDIANI, *“Note minime in ordine all'individuazione di elementi e criteri per una quantificazione dei LEP in materia ambientale (con particolare riguardo al consumo di suolo, alle bonifiche di siti contaminati, alla tutela della biodiversità ed alla luce del documento approvato dal Sottogruppo n. 8)»*.

un approccio (già) garantista del giudice amministrativo⁴⁷. In definitiva i diritti civili appaiono sussumibili nell'area dei livelli essenziali delle prestazioni in forza di una considerazione estrinseca, ponendosi la prestazione dedotta nel lep rispetto al loro esercizio come un presupposto molto "mediato" – ove si intendesse usare una terminologia civilistica potrebbe dirsi che i diritti civili non conformano la causa dei lep – dato che si affianca alla impossibilità di declinare propriamente come prestazioni gli strumenti di attuazione delle pretese di cui si discorre.

2.2. La perimetrazione dei lep: la dimensione prestazionale oltre la dimensione organizzativa

La consapevolezza dei rischi sottesi ad operazioni eccessivamente inclusive (cioè a dire tutto, o quasi, può essere riguardato in termini di prestazione), come sono quelle talvolta risultanti dall'approccio empirico di ricostruzione delle scelte determinative dei lep in concreto adottate per il passato dal legislatore, suggerisce al contempo di escludere dalla composizione del campione rilevante le previsioni caratterizzate da un eccessivo grado di vaghezza, pena la perdita della *ratio* dello stesso istituto dei lep⁴⁸. Eppure è la vicenda stessa dei lep, e della loro identità funzionale, ad essere astretta dalla necessità di dettare indicazioni che compendiano decisioni ad elevato tasso di politicità, sufficientemente vincolanti da veicolare la serietà dell'impegno a garantire utilità in un quadro dato di risorse finanziarie, e al contempo non così puntuali da ingessare la decisione, quella tecnica, più prossima alla concreta soddisfazione dei bisogni⁴⁹.

47 Cfr. *supra* nota 39.

48 Si vedano le considerazioni del quinto Sottogruppo, impegnato nell'ambito della Tutela della salute, dell'Alimentazione e dell'Ordinamento sportivo (p. 68 della Relazione del 2.8.23 cit.): *«ferma la necessità di una solida base legislativa per l'individuazione dei LEP, il Sottogruppo n. 5 ritiene che il loro contenuto non possa essere definito con previsioni eccessivamente generali o di principio, poiché il solo fatto che si tratti di prestazioni impone un significativo grado di precisione delle previsioni normative che li concernono, le quali non possono limitarsi a fornire semplici indicazioni delle finalità perseguite. Diversamente opinando si correrebbe anche il rischio di pagare un prezzo in termini di tutela dei diritti su tutto il territorio nazionale e di certezza quanto al loro finanziamento integrale».*

49 Appare suggestiva l'immagine di un percorso discendente lungo la gerarchia delle fonti e la linea di confine politica-amministrazione, e correlativamente incrementale del grado di pun-

Il medesimo approccio di cautela nel rinvenire i connotati distintivi della dimensione prestazionale suggerisce di relativizzare, correlativamente, la dimensione organizzativa e di considerare, in coerenza con tale impostazione, indefettibile, per l'ascrivibilità di una certa attività ai livelli essenziali delle prestazioni, la sussistenza di un contributo dei poteri pubblici che vada oltre i profili di ordine organizzatorio. In tale prospettiva vanno intese le puntualizzazioni che saldano, quasi in una clausola di stile, l'idoneità delle prestazioni, oggetto di osservazione, a «*stabilire un rapporto tra amministrazione e privati*», al superamento della mera «*dimensione organizzativa*»⁵⁰. Sul punto il decisore politico (supportato dalla tecnica, come si sta assumendo) mostra di allinearsi alle conclusioni della giurisprudenza costituzionale che risolve la tensione – tra prestazioni e struttura organizzativa, o anche, se si vuole, tra diritti e organizzazione/poteri – nella quale si situa la disciplina dei lep con un approccio restrittivo, che esclude dall'area quanto non sia strettamente funzionale alla garanzia del diritto ed ine-

tualità delle previsioni che ineriscono ai lep; percorso lungo il quale, per un verso l'aumento del grado di definizione – scendendo «*dalle alte vette delle disposizioni costituzionali che li menzionano alle più modeste alture delle leggi (e dei regolamenti) che li determinano, fino alle basse pianure dell'azione amministrativa che li realizza in concreto – non corrisponde ad un maggior nitore concettuale*» (C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, cit., 3371), per altro verso, «*le prestazioni da erogare sono definite al livello legislativo in termini generali e a volte persino indeterminati: dovendo soddisfare i bisogni e le esigenze di fruitori concreti, è inevitabile che la loro specificazione sia rinviata ad un momento successivo ed affidata a soggetti ulteriori, dotati di quelle competenze tecniche ... irrinunciabili*»: C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza amministrativa*, cit., 135.

50 È, il caso, della considerazione operata con riguardo alla mobilità dal settimo Sottogruppo impegnato nella materia Porti e aeroporti civili, Grandi reti di trasporto e di navigazione. La mobilità, e «*in specie, la realizzazione delle infrastrutture di trasporto e la erogazione di servizi di trasporto implica e presuppone erogazioni o prestazioni ampliative dell'attività privata*» e implica «*prestazioni idonee a stabilire un rapporto tra amministrazione e privati, oltre la dimensione organizzativa, e, in specie, un rapporto di utenza o di fruizione di infrastrutture pubbliche o in concessione*» (cfr. Relazione del 2.8.2023 cit., p. 114). Così anche l'ottavo Sottogruppo, dedicato alla materia della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, nel riferirsi al requisito relativo alla idoneità della prestazione «*a stabilire un rapporto tra amministrazione e privati, oltre la dimensione organizzativa*», conclude per la sussistenza di tale requisito nel caso dell'ambiente, essendo nella prestazione dei servizi ecosistemici innegabile la «*dimensione funzionale che vede in primo piano il ruolo e l'intervento dei pubblici poteri ed il configurarsi di un particolare rapporto giuridico-amministrativo al fine della fruizione di un ambiente salubre*». Analogamente la considerazione del requisito induce a pervenire a conclusioni opposte, con riguardo alla configurabilità dei LEP nella materia della protezione civile, e alla disciplina recata dal d. lgs. n. 1/2018, atteso il «*contenuto ordinamentale ed organizzativo*» delle disposizioni che «*non sembrano riconducibili all'erogazione di prestazioni nel senso delineato in precedenza*» (cfr. La Relazione cit., p. 87).

risca invece alla determinazione dell'assetto organizzativo del servizio⁵¹. La tensione evocata compendia la questione politica centrale posta dai livelli essenziali. Senz'altro, a fronte dei diritti c.d. "a prestazione", si pone intuitivamente una esigenza di uniforme garanzia delle condizioni di organizzazione del servizio, e questo basta a determinare una significativa interconnessione tra i profili sostanziali e i profili organizzativi rilevanti. D'altro canto, però, la gittata della trasversalità della materia, che proietta il suo svolgimento in dinamiche di verosimile compressione delle competenze regionali invita alla cautela e ad assumere una idea rigorosa di strumentalità della prestazione alla soddisfazione del diritto, scoraggiando la sussumibilità perciò, in coerenza con questa prospettiva, tra le altre cose, dei profili organizzatori nella materia dei lep.

3. Il piano sostanziale della riflessione sui lep

Tornare ad un punto di osservazione dei lep meno estrinseco e più profondo significa lasciare per un momento sullo sfondo il dato rappresentato dal loro contenuto e quindi dalla prestazione e dai suoi attributi, per valorizzare la considerazione dei medesimi quale congegno di tutela che opera anzitutto sul piano sostanziale come presidio di aspettative, oggetto di riconoscimento da parte dell'ordinamento, in particolare sulla base di previsioni di rango costituzionale, che dovrebbe agevolare, fluidificare, rendere operanti i meccanismi di esigibilità delle prestazioni che li sottendono, prima sul piano sostanziale (consentendone l'attivazione al cospetto delle amministrazioni), e successivamente nella cornice processuale. E da questa premessa possono trarsi, ad avviso di chi scrive, indicazioni, anche molto rilevanti, sul piano della tutela processuale, ossia sullo spazio che i lep trovano e occupano nel contenzioso, e se si guarda, come è richiesto in questa riflessione, al giudizio amministrativo. L'indicazione

⁵¹ Si veda in questo senso C. cost. n. 99/2009. Per la ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale in ordine alla descritta tensione si rinvia ancora a C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, cit., 3376 che al riguardo evoca anche la connessione la "parte sostantiva" e "parte organizzativa" della Costituzione, su cui M. LUCIANI, *La "costituzione dei diritti" e la "costituzione dei poteri"*. *Notarelle brevi su un metodo interpretativo ricorrente*, in AA. VV., *Studi in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, II, 497 ss.

consente poi di operare per così dire una selezione dello stesso contenzioso, individuare cioè la parte del formante che riveste maggior interesse per l'indagine che si sta conducendo. Questa operazione selettiva mi pare possa essere guidata dalla considerazione che l'impiego dei lep in sede giurisdizionale da parte dei giudici comuni trova un suo spazio fisiologico di espressione in una terra di "omissione" e di assenza, o di non corretta attuazione dei livelli da parte della normativa di rango primario⁵², e dalla considerazione della dinamica di svolgimento verticale e discendente del processo determinativo che riguarda i primi. Ciò consente di guardare al giudice amministrativo non soltanto come al giudice che, presidiando la legittimità dell'attività amministrativa (organizzatrice e/o dispensatrice di utilità), si muove nella prospettiva di garantire il conseguimento del bene della vita – ossia la prestazione oggetto del lep in considerazione, ove definito e rintracciabile – ma come a una figura che ha un significativo ruolo da giocare quale interprete del carattere problematico dei lep e del loro processo determinativo. Tale dinamica si innerva nella difficoltà di esaurimento della discrezionalità politico-amministrativa, dato che consolida in via di premessa l'idea della attitudine di un giudice – naturalmente attrezzato a misurarsi con una discrezionalità che sopravvive alla determinazione in sede politica – come quello amministrativo, a confrontarsi con una definizione – in questo caso sovente solo nominale, trattandosi dei lep – dei parametri del giudizio. In questa prospettiva l'analisi del formante giurisprudenziale è diretta a ricostruire le risposte fornite dal giudice amministrativo alla domanda di giustizia, e ad individuare quali soluzioni, a favore dei titolari dei diritti dedotti nei lep di volta in volta presi in considerazione, sia capace di produrre un sindacato come quello che attualmente consente di effettuare il giudizio di legittimità. Il giudice amministrativo è in questo senso quello dinanzi al quale emerge il nervo scoperto dei lep – rappresentato dalla loro ventennale inattuazione – in un contesto di pola-

52 C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, cit., 3398: «i giudici comuni si muovono all'interno di un orizzonte solo parzialmente definito dal legislatore statale e solo occasionalmente ricostruito dalla Corte costituzionale; un orizzonte, insomma, che in non piccola parte essi stessi contribuiscono attivamente a delineare».

rizzazione tra diritti e potere (legislativo e amministrativo), e cioè di tensione tra le aspirazioni all'effettività da parte dei primi e alla insindacabilità da parte dei secondi (l'uno libero nel fine, l'altro discrezionale nell'uso dei mezzi)⁵³. La capacità del giudizio amministrativo di andare nella direzione dell'effettività delle pretese di prestazione si svolge in alcuni casi proprio giovandosi del salto che esiste tra la dimensione formale del riconoscimento (normativo in sede costituzionale-legislativa, e amministrativo) e il piano sostanziale dell'esercizio e godimento effettivo del diritto. Ciò è avvenuto esprimendo una valutazione di appropriatezza dello strumento legislativo come unica strada possibile per «assicurare il giusto contemperamento degli interessi in gioco»⁵⁴ e mostrando – come paradigmaticamente è accaduto nel settore sanitario nelle occasioni in cui è stato convalidato il d.p.c.m. del 29.11.2001 sui livelli essenziali di assistenza sanitaria ed è stata a questo proposito richiamata la giurisprudenza costituzionale che aveva affermato la copertura legislativa dello stesso⁵⁵ – approccio adesivo nei riguardi dell'atto amministrativo cui è rimessa l'attuazione dei lep, determinati non risolutivamente nella sede normativa, legislativa, regolamentare, e superando anche tale ultimo dato.

Si potrebbe così provocatoriamente affermare persino che il giudice amministrativo non è il giudice dei livelli essenziali delle prestazioni, nella misura in cui non può naturalmente essere giudice della discrezionalità legislativa. Quello di sindacare se questa si sia mossa nel perimetro indicato dalla Costituzione è, infatti, compito con evidenza affidato al giudizio sulle leggi, nella fagocitante attrazione esercitata, sui problemi di mancata o scorretta attuazione del

53 Formula di sintesi utilizzata da C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, cit., 3386 per descrivere la perenne tensione nel mezzo della quale sono colti i lep.

54 Cons. St., Sez. IV, 4 aprile 2004, n. 398 e 15 giugno 2004, n. 3983. In ordine alla imprescindibilità della mediazione legislativa nella declinazione dei lep, al fine di consentire poi un sindacato, nelle differenti sedi, sulla conformità delle determinazioni assunte a valle rispetto alla sostanza dei medesimi, si veda C. cost. ord. 9 dicembre 2002, n. 526, che dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata nei confronti di una legge regionale per violazione dei lep, per non esser stata identificata la fonte di rango primario di determinazione degli stessi.

55 Cfr. per tutte C. cost. 27 marzo 2003, n. 88.

disegno costituzionale sui lep, dalle questioni di riparto di competenze legislative rispetto a quelle di merito. È evidente che il formante che si apre in questa zona di omissione appare interessante anche nella misura in cui difetti un compiuto parametro di sindacato⁵⁶, essendo il giudice amministrativo, in veste di giudice dell'economia⁵⁷ e dei diritti di cittadinanza⁵⁸, nondimeno chiamato a verificare la ragionevolezza delle scelte distributive e allocative di risorse adottate dall'amministrazione. In definitiva il giudice amministrativo è giudice dei lep perché è il giudice della discrezionalità che residua a valle della determinazione di livello per così dire elevato, ove quest'ultima sia intervenuta, e il riferimento ai lep consente al giudice amministrativo di dimostrare la presenza di spazi utili entro i quali inserirsi, più che operare, come si dirà, come un congegno risolutivo, destinato a spostare i termini delle questioni che si pongano in punto di esigibilità delle prestazioni e quindi di effettività dei diritti agiti.

Naturalmente giudice costituzionale e giudice comune (amministrativo) esibiscono, a fronte dei lep, sensibilità diverse e mettono in campo obiettivi dif-

56 Segnala il cortocircuito che una predeterminazione legislativa dei lep, non rispettosa del dettato costituzionale o addirittura mancante, determinerebbe rispetto alla necessità di sindacare l'attività amministrativa a valle a causa dell'impossibilità di rinvenire un valido parametro di sindacato, R. FERRARA, *L'ordinamento della Sanità*, Torino, 2007, 244-245.

57 F. MERUSI, *Il giudice amministrativo fra macro e micro economia*, in AA.VV., *I giudici e l'economia*, Torino, 2018, 51 ss.; S. AMOROSINO, *I giudici amministrativi e le attività economiche*, in *Analisi giur. dell'eco.*, 2/2018, 449 ss.; A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5-6/2013, 951 ss.; P. DE LISE, *La pienezza della tutela del cittadino come obiettivo "condiviso" delle magistrature supreme*, in *www.giustamm.it* (giugno 2007); G. TROPEA, *Il giudice amministrativo, giudice dell'economia*, in M. Cafagno - G. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, vol. V, in L. FERRARA - D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*. Studi, (a cura di) Firenze, 2016, 577 ss.; A. CARIOLA, *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2/2021, 1 ss.

58 Questa prospettiva ermeneutica si legge nelle considerazioni di P. DE IOANNA, *La giurisdizione amministrativa come presidio dei diritti sociali di cittadinanza*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2/2016, 531 ss. spec. 535, che segnala che i motivi per i quali riconoscere una «specificità tecnica al g.a. sono da ricercare [...] non certo nella più attrezzata conoscenza tecnica del mercato», quanto nel fatto che il giudice amministrativo, essendo «specializzato nel bilanciamento degli interessi pubblici e privati è nella condizione effettiva di conoscere se e in che misura il nucleo interno ed essenziale della cittadinanza» – quello che si definisce intorno all'«aspettativa del singolo alla erogazione certa, stabile e sicura» di una serie di prestazioni, «che perimetrano la sua soggettività pubblica», come istruzione, sanità, previdenza, assistenza – «risulti difeso e valorizzato, secondo una interpretazione della legge costituzionalmente orientata». In tema si veda pure R. GALLIA, *Garantire diritti di cittadinanza omogenei sul territorio nazionale. Le dichiarazioni di principio non trovano riscontro nell'architettura dei procedimenti*, in *Italian Papers on Federalism*, Is-sirfa, 2/2023, 31 ss.

ferenti, e tale diversità di approcci emerge in un primo senso, in una declinazione più vistosa del dialogo tra i due, che è quella che si innesca quando al giudizio di costituzionalità si perviene, e in un secondo senso, su un piano meno vistoso del dialogo, laddove il giudice amministrativo eviti di sollevare l'incidente di costituzionalità e eserciti un controllo diffuso sulla conformità del parametro al quadro costituzionale. Ora, al primo livello di dialogo può riscontrarsi da parte del giudice costituzionale un'attenzione "di riflesso" al profilo che qui ci occupa – ossia il valore strumentale dei lep nella prospettiva di garanzia dell'effettività dei diritti – rispetto alla questione del prudente dosaggio della trasversalità della materia, che guida, nel quadro di un approccio garantista degli spazi regionali, una lettura rigorosa e restrittiva dei requisiti necessari per ravvisare il lep, e quindi della sussistenza del relativo titolo competenziale. Il giudice amministrativo può atteggiarsi più disinvoltamente in ordine alla perimetrazione del lep, come di fatto è avvenuto, a titolo meramente esemplificativo, nel caso in cui lo stesso ha rimesso la questione di legittimità costituzionale alla Consulta in ordine ad una normativa regionale che, nel disciplinare il rilascio delle tessere di trasporto pubblico regionale, consentendo la circolazione gratuita, agli invalidi civili in possesso della cittadinanza italiana e della residenza nel territorio regionale, aveva discriminato i cittadini stranieri residenti in regione. In particolare il giudice comune remittente aveva prospettato una violazione da parte della previsione in analisi, tra gli altri profili, della riserva legislativa statale circa la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. m) Cost., in settori che non avrebbero potuto «non riguardare anche lo status giuridico dei cittadini stranieri»⁵⁹. La Corte ha, invece, ritenuto che il parametro violato dalla disciplina in esame fosse quello della ragionevolezza e quindi il principio di cui all'art. 3 Cost., per essere – aderendo su questo punto all'assunto della difesa regionale – la previsione rispon-

⁵⁹ C. cost., 2 dicembre 2005, n. 432, in *Giur. it.*, 12/2006, 2252 ss., con nota di G. ARCONZO.

dente a finalità sociali, come quella relativa a tariffe gratuite o agevolate per invalidi, non destinata a soddisfare diritti fondamentali ma eccedente i limiti dell' 'essenziale' sia sul versante del diritto alla salute, sia su quello delle prestazioni concernenti «i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»⁶⁰.

Del resto, se il fuoco di attenzione deve essere quello della garanzia dei diritti più che la questione organizzativa, che pure la materia dei lep compendia, ecco che viene in rilievo una ulteriore ragione per la quale guardare in modo privilegiato al giudice amministrativo, nel panorama dei giudici comuni. La ragione va ascritta alla specificità dell'assetto pluralistico-democratico, il quale si muove nella direzione del superamento del monopolio statale nella tutela dei diritti, consentendo in tal senso “anche agli enti decentrati di favorirne la ... piena espansione”⁶¹, e di conseguenza al giudice amministrativo di operare nel quadro delle politiche messe in campo dai diversi enti territoriali al fine di riconoscere i diritti oltre che al fine di verificare il corretto esercizio dei poteri organizzatori da parte di questi ultimi.

Muovendosi in questa prospettiva, che è tesa a ricostruire la funzione che assegnata ai lep dalla Costituzione nell'assetto accolto e valorizzato a valle della riforma del Titolo V, si finirà inevitabilmente per valorizzare le coordinate che ne restituiscono il compiuto inserimento nel progetto dello Stato sociale. In relazione a tale specifico elemento i livelli essenziali esibiscono un ulteriore criterio di selezione del formante giurisprudenziale al quale rivolgere attenzione per il suo interesse. A questo proposito rileva anzitutto, lasciando da parte il profilo strutturale e quindi la nozione di prestazione della quale vanno individuati gli standard da garantire, il profilo funzionale e cioè la lettura funzionale dei lep rispetto al principio di uguaglianza, e all'operare dei medesimi come strumenti

60 C. cost., 2 dicembre 2005, n. 432 cit., che sul punto ammette appunto che anche regimi di questo tipo debbano, nell'individuare le categorie dei beneficiari, operare in ossequio al principio di ragionevolezza.

61 G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in *Riv. AIC*, 3/2019, 248 ss.

per il conseguimento di obiettivi di uguaglianza, essendone il “nuovo nome”⁶² nel prisma della doverosità.

Tanto che su questo rilievo si innesta il nesso tra eguaglianza e vocazione universalistica dei lep, enfatizzato da taluno sino a rintracciare una linea di continuità tra questi e l'istituto del servizio universale⁶³, e la correzione di tale spinta attraverso il gradualismo – ossia l'esigenza imprescindibile per la stessa sostenibilità del sistema di «graduare in base alle risorse disponibili» le situazioni di bisogno e di tracciare pertanto un quadro di priorità – e la selettività, che esprime la possibilità di includere alcune prestazioni a discapito di altre, giungendo talvolta sino al punto da richiedere «la compartecipazione ai costi degli utenti»⁶⁴. Ciò proietta in modo evidente e compiuto la funzione assolta dai lep nel disegno democratico dello Stato sociale e riproduce chiaramente i suoi tratti connotativi: le coordinate *redistributive* del benessere sul piano funzionale, e, sul piano strutturale, *pretensive*, tali da affidare tale disegno in misura qualificante a posizioni di vantaggio pretensive, a diritti a prestazione⁶⁵.

4. La funzione costituzionale dei lep e il contenimento della discrezionalità

La valorizzazione della missione che il progetto costituzionale affida ai livelli essenziali delle prestazioni induce ad indugiare sul valore determinante che in tale cornice assumono gli obiettivi di eguaglianza sostanziale. Come si accen-

62 E. BALBONI, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2003, 27 ss.; V. MOLASCHI, *Sulla nozione di servizi sociali: nuove coordinate costituzionali*, in *Amministrazioneincammino.luiss.it*, 2010.

63 La nozione di lep riecheggerebbe la logica del servizio universale per G. ROSSI, A. BENEDETTI, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Il nuovo titolo V della Costituzione. Stato/Regioni e Diritto del lavoro, supplemento a Lavoro nelle p.a.*, n. 1/2002, 22 ss.

64 Sul punto V. MOLASCHI, *I servizi sociali e il modello di welfare delineato dalla L. n. 328/2000*, in F. MANGANARO, V. MOLASCHI, R. MORZENTI PELLEGRINI, D. SICLARI, (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020, 47 ss.

65 Sulla opportunità e tenuta della duplice prospettiva, sul piano strutturale e funzionale, dei diritti sociali come, rispettivamente, pretensivi e redistributivi, si veda M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento*, V, Torino, 2012, 219 ss.

nava in precedenza, la funzione che i lep esercitano nel consentire il conseguimento di tali obiettivi, oltre che indurre a rivolgersi, oltre il dato estrinseco, ai diritti sociali come area privilegiata di impiego dei primi⁶⁶, disvela il carattere di doverosità⁶⁷ che connota l'intervento dell'amministrazione a soddisfazione dei bisogni. I livelli essenziali operano, infatti, come congegno di tutela dei diritti e della loro effettività, incidendo sulla polarità "diritto-potere" – non sovrapponibile a quella "diritto-obbligo"⁶⁸ – espressa dal rapporto amministrativo, ed esaltandone la componente doverosa. I dispositivi idonei a valorizzare la componente di doverosità sono funzionali a ridimensionare la portata del condizionamento connotativo delle correlate aspettative dei singoli, e dunque a correggere la tradizionale postura dei diritti sociali come diritti (anche) "finanziariamente condizionati"⁶⁹. Il condizionamento va riferito del resto non solo alla dimensione finanziaria, ma più in generale alla necessità di operare un bilanciamento e una sintesi di diversi interessi rispetto a quello coincidente con il diritto oggetto di tutela e riferibile al lep. I lep esibiscono dunque tale vocazione inibitoria e di contenimento delle fonti di dimensionamento del diritto che giungono dall'esercizio della discrezionalità, ai vari livelli (politico, amministrativo generale e puntuale) ai quali essa si situa nell'apprestarne la garanzia⁷⁰.

66 Cfr. le considerazioni svolte *supra* al par. 2.1.

67 Cfr. *supra* alla fine del par. 3.

68 Sul carattere articolato del piano cui rimanda la doverosità della provvista di certe prestazioni, come i servizi sociali, non riducibile alla relazione diritto-obbligo per l'impossibilità di esaurire la dimensione del dovere in quella dell'obbligo, si veda V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008, 251.

69 Come noto sulla categoria il riferimento essenziale è a F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 28 ss., che riferiva la discrezionalità – nell'attivazione/assunzione dei servizi funzionali ad assecondare certe prerogative e nell'ammettere l'accesso alle prestazioni – alla scelta tra alternative allocative in ragione delle risorse finanziarie disponibili.

70 Cfr. C. cost. 26.6.2002, n. 282, nella quale si sostiene che la riserva statale in materia di lep deve svolgersi «senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle». In ordine all'impiego dei lep come strumento inibitorio dei condizionamenti provenienti dalla legislazione regionale sia consentito rinviare ai riferimenti più diffusi in C. ACOCELLA, *Contributo allo studio dell'effettività dei diritti sociali. Decisioni pubbliche e sindacato giurisdizionale all'epoca del ritorno al bisogno del welfare*, Napoli, 2022, spec. 228 ss. Per l'impiego dei lep in funzione di «argini alla discrezionalità del legislatore» si veda E. BALBONI, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'egualianza? Dai diritti sociali alla coesione economica sociale e territoriale*, in E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni, G. Pastori (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Milano, 36 ss.

Tale capacità di operare a contenimento della discrezionalità è diversamente modulata a seconda che al riferimento ai livelli essenziali delle prestazioni si intrecci o si sovrapponga, come pure accade, il concetto di nucleo essenziale dei diritti. Il differente “rendimento” nella ipotesi di accostamento dei due concetti⁷¹ rimonderebbe alla possibilità di far operare, in questo caso, la qualificazione in termini di diritti soggettivi delle posizioni rinvenibili nella “cintura” del nucleo essenziale⁷², con una fluidificazione delle dinamiche di tutela sul piano della esigibilità. Ma la lettura del formante giurisprudenziale impegnato, sul terreno dei diritti finanziariamente condizionati, a mettere in campo dispositivi utili al ridimensionamento di tale curvatura, segnala come il vero motore della descritta combinazione sinergica sia il nucleo essenziale dei diritti e che non sia risolutiva, nella prospettiva della esigibilità/effettività delle pretese e delle correlate prestazioni, la loro ascrivibilità all’area dei lep quanto piuttosto la loro sussumibilità nel nucleo essenziale.

Lo conferma per esempio la nota giurisprudenza in materia di assistenza sanitaria presso strutture non convenzionate e per specialità non convenzionate con il SSN (c.d. assistenza indiretta)⁷³ e di prestazioni sanitarie fruite all’estero, nel quadro della quale viene il rilievo la tutela del diritto alla salute e della correlata pretesa a ricevere prestazioni sanitarie funzionali ad inverare il primo, quale “diritto costituzionalmente condizionato”. Il condizionamento – che evoca la mediazione legislativa e il bilanciamento tra interessi non solo di natura econo-

71 Al quale è favorevole V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 167 e 199 ss., 248 e 255.

72 Sull’avanzamento del contenuto essenziale del diritto reso possibile dalla determinazione dei lep, si veda ancora V. MOLASCHI, *loc. ult. cit.* – in accordo sul punto con A. D’ALOIA, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 6/2003, 1063 ss., spec. 1116 ss. – sebbene la stessa Autrice (255) segnali l’idoneità dei livelli essenziali delle prestazioni – indipendentemente dalla valorizzazione, che lei sostiene, del nesso tra lep e contenuto essenziale dei diritti – a configurare diritti soggettivi in capo agli aspiranti e obblighi di prestazione di un servizio (incluso nei lep) in capo alla pa, circoscrivendo tale possibilità alle ipotesi in cui il rapporto di utenza sia già costituito.

73 Istituto, come noto, abrogato ad opera del d. lgs. n. 229/1999, che aveva introdotto l’art. 8-septies del d. lgs. n. 502/1992. In tema si veda R. RUSSO VALENTINI, *Commento agli artt. 8 bis, 8 ter, 8 quater, 8 quinquies, 8 sexies, 8 septies, 8 octies, d. lgs. n. 502/1992*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, 2000, 340 ss.

mica – viene contenuto non grazie al riferimento ad una standardizzazione praticata nella predeterminazione dei livelli essenziali ma, piuttosto, mediante il riferimento al «nucleo irriducibile della salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana»⁷⁴. Si è ritenuto che la mancata assimilazione in sede di legislazione regionale delle ipotesi di assistenza sanitaria c.d. indiretta a quelle di assistenza all'estero in conformità con la disciplina nazionale – con riguardo alla possibilità di ottenere rimborso delle spese mediche per prestazioni non previamente autorizzate – avesse concretizzato infatti una violazione del nucleo essenziale del diritto alla salute. Questa stessa giurisprudenza inoltre ha segnalato come la eventuale inclusione di una prestazione nell'elenco dei lep o lea non elidesse questioni che finiscono per incidere in concreto sulla garanzia del diritto preso in considerazione, mettendo a nudo la consistenza organizzativa dei poteri dell'amministrazione che residuano a valle della determinazione dei livelli essenziali, e che compendiano – come nel caso dell'esercizio del potere autorizzatorio di forme di assistenza sanitaria – un autentico temperamento di interessi, con le inevitabili conseguenze di tale rilievo sulla qualificazione della posizione giuridica che con tale potere interloquisce rispetto alle alternative prospettazioni di diritto o interesse. La natura fondamentale della pretesa ben si concilia dunque con tale ultima configurazione⁷⁵, piuttosto essa osta alla preclusione di una autorizzazione successiva (alla mancata previsione, dunque, di una deroga al carattere preventivo dell'autorizzazione alla fruizione di certe forme di assistenza sanitaria). In un'altra parte del formante giurisprudenziale discutibilmente si è sostenuta l'idea – della quale, da tempo, è stata provata con ricchezza di argomenti la debolezza teorica – della inconciliabilità tra diritti

74 C. cost., 20 novembre 2000, n. 509.

75 Cfr. C. cost. 17 luglio 1998, n. 267 cit. e 20 novembre 2000, n. 509 dove si segnala l'esigenza di comporre l'interesse ad assicurare una «tutela piena ed effettiva del diritto alla salute nei casi in cui le strutture sanitarie preposte all'assistenza diretta non siano in grado di erogare le cure indispensabili», con l'interesse a scegliere le modalità organizzative più appropriate ad assicurare una gestione finanziaria, per così dire sorvegliata («esigenze organizzative e finanziarie che sono alla base della natura eccezionale del regime dell'assistenza indiretta»).

fondamentali e potere verace⁷⁶, proprio attraverso il ricorso all'urgenza⁷⁷, che sarebbe assurda ad indicatore della inconfigurabilità di un potere autenticamente discrezionale e della sussistenza, al più, di un potere di mero accertamento della ricorrenza di una serie di condizioni, appunto quelle di «*indispensabilità, gravità ed urgenza*»⁷⁸. A parte questo elemento, ciò che più conta ai fini della riflessione sull'impiego giurisdizionale di congegni utili a ridimensionare la portata del condizionamento dei diritti, è l'idea, che pure emerge da questo formante, della distinzione tra situazioni soggettive «*a nucleo variabile – in relazione alle quali si riscontra un potere discrezionale della pubblica amministrazione capace di degradare (all'esito di un giudizio di bilanciamento degli interessi coinvolti) i diritti ad interessi legittimi o di espandere questi ultimi sino ad elevarli a diritti – e 'posizioni soggettive a nucleo rigido*»⁷⁹. Volendo trascurare i punti di debolezza esibiti dai passaggi in cui si presuppone il modello dell'affievolimento⁸⁰, il dato che rileva nell'analisi che si sta conducendo, è che la seconda delle due condizioni richiamate (la consistenza di posizione a nucleo rigido) sia predicabile solo con riguardo a situazioni soggettive che trovano nella Costituzione il riferimento insormontabile alla loro inerenza a «*valori primari della persona*»; riferimento che opererebbe nel senso di precludere la possibilità di compromettere o sacrificare definitivamente tali pretese. La prefigurazione di pregiudizi «*gravi ed irreparabili*» alle stesse per ragioni di urgenza sarebbe tale, perciò, da privare l'amministrazione di «*qualsiasi potere discrezionale di incidere*» sugli stessi. Come che sia, nell'economia di un ragionamento che per più profili appare superato e criticabile, la parte del diritto

76 Su cui N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, cit. e la dottrina citata *supra* nota 2.

77 Sul punto F. PATRONI GRIFFI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, cit., 13.

78 Si rinvia a tal riguardo a Cass., SS.UU., 1 agosto 2006, n. 17461, che esemplifica la traiettoria di svolgimento di un intero formante giurisprudenziale sul punto. La giurisprudenza cui ci si sta riferendo utilizza l'argomento dell'urgenza per scriminare il riparto di giurisdizione, raducando la competenza del giudice ordinario in ragione del diritto soggettivo dell'aspirante alla prestazione a fronte del potere di apprezzamento tecnico-discrezionale nelle controversie relative alle questioni di assistenza sanitaria indiretta e di prestazioni sanitarie fruite all'estero.

79 Cfr. Cass., SS.UU., n. 17461/2006 cit.

80 Su questo criticamente ancora N. PIGNATELLI, *op. ult. cit.* Più in generale sull'equivoco alla base della teoria dell'affievolimento si veda F.G. SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, 1989, 8 ss.

non sacrificabile dal potere amministrativo viene individuata sulla base di elementi coincidenti con null'altro che la loro dimensione costituzionale.

5. Tendenze del contenzioso davanti al giudice amministrativo

5.1. Livello e posizionamento delle controversie e indicazioni sulla qualità della garanzia delle posizioni in campo

L'accesso al contenzioso fornisce indicazioni relative al livello al quale si situano le controversie, e si tratta di "rami alti" della filiera decisionale lungo la quale si snoda il complessivo processo determinativo dei lep e l'esercizio della discrezionalità che residua rispetto alla loro determinazione e ne condiziona l'applicazione al caso concreto. Oggetto di contestazione sono atti che si appalesano direttamente determinativi dei livelli essenziali delle prestazioni, o comunque complementari ai primi rispetto alla definizione di profili indispensabili (quelli di natura economica ne integrano una tipologia emblematica) a rendere effettivamente operativo il sistema, e dunque in definitiva funzionali al perseguimento di obiettivi che sottendono i livelli essenziali delle prestazioni. Questo "posizionamento verticale" del contenzioso consente al contempo di ricavare qualche indicazione di ordine qualitativo sulle posizioni soggettive in campo.

Il primo dato che in questa prospettiva mette conto segnalare è rappresentato dall'esercizio dell'azione da parte di soggetti rappresentativi di interessi sovraindividuali, come è accaduto laddove siano stati fatti oggetto di impugnazione gli atti riguardanti la ripartizione di risorse economiche indispensabili alla erogazione delle prestazioni rilevanti. In un settore come quello socio-assistenziale, che è notoriamente rappresentativo della lacunosità del quadro determinativo dei livelli essenziali, per esempio, il giudice amministrativo ha ribadito che a valle di tale determinazione residuano una serie di passaggi che contraddicono in radice la sussistenza di automatismi nella prospettiva della esigibilità

delle prestazioni⁸¹. Nell'occasione che si sta considerando, oggetto di scrutinio era la discrezionalità, ricavabile dal dato positivo applicabile al comparto sociale a favore del Ministro del lavoro e delle politiche sociali nella utilizzazione del Fondo Nazionale per le non Autosufficienze; discrezionalità spesa attraverso un decreto adottato di concerto con i ministri della salute e dell'economia e delle finanze, in modo da concretare – a parere delle associazioni ricorrenti – una distrazione delle risorse verso finalità divergenti da quelle individuate nella disciplina regolamentare – ossia la garanzia di cure sanitarie e socio-sanitarie indifferibili alle persone non autosufficienti, sospinte in ragione di tale quadro in condizioni di povertà⁸² – e da individuare, in una sede pretesamente diversa da quella deputata a predeterminare i livelli essenziali, *«aree prioritarie di azione e aree secondarie di intervento non previste da alcuna legge nazionale»*. Il nodo della esigibilità delle prestazioni è frontalmente investito dalla pronuncia nella misura in cui viene scrutinato l'esercizio della discrezionalità operato dall'amministrazione di vertice rispetto al preteso pregiudizio, arrecato attraverso lo sviamento di poteri, del *«diritto alla concreta erogazione delle prestazioni sanitarie e socio-sanitarie»*, *«non subordinabile all'argomento della "limitatezza delle risorse"»*, proprio in forza della ascrivibilità delle relative pretese a quel nucleo essenziale e irriducibile del diritto alla salute di cui si è detto. Secondo la lettura del Collegio, la disciplina in materia aveva, in punto di attuazione dei livelli essenziali di assistenza, consegnato alla discrezionalità politico-amministrativa – da esercitare in sede di intesa tra Governo e Regioni – profili inerenti alla ripartizione del Fondo Nazionale per l'Autosufficienza, non solo dal punto di vista quantitativo ma anche qualitativo. Nel motivare l'affermazione della sussistenza in capo all'amministrazione di una *“responsabilità politico-amministrativa”*, conferitale dalla legge in or-

81 Si veda la sent. del Cons. St., Sez. III, 14.9.2017, n. 4347 nella quale era oggetto di impugnazione il d.p.c.m. avente ad oggetto la ripartizione delle risorse del FNA da parte di associazioni.

82 Il FNA avrebbe dovuto coprire i fabbisogni finanziari degli ee.ll. in ordine agli oneri scaturenti nel d.p.c.m. del 2001 sui lea, quanto all'assistenza da fornire a una vasta platea di malati cronici non autosufficienti (anziani, persone colpite dal morbo di Alzheimer o da altre forme di demenza senile, soggetti con disabilità intellettiva, autistici con limitata o assente autonomia, e infermi affetti da disturbi psichiatrici).

dine alla individuazione dei destinatari e delle prestazioni da finanziare con le risorse del FNA, è stata rilevante la circostanza che quelle interessate non fossero le «prestazioni di carattere squisitamente sanitario cui è tenuto il S.S.N.», e che il riparto non toccasse quindi né le prestazioni sanitarie in senso stretto, né quelle socio-sanitarie ad elevata integrazione sanitaria⁸³.

Il dato disvelato da tale ultima circostanza attiene ad una ulteriore spigliatura della esigibilità delle prestazioni e dei diritti, quale profilo condizionato dalla variabile della assunzione dei costi. Ciò nel quadro di una dinamica che lega, secondo un rapporto di proporzionalità diretta, grado di puntualizzazione dei lep e correlata strutturazione del comparto in cui essi trovano campo, da un lato, ed esaurimento del nodo relativo al profilo economico dell'assunzione dei relativi costi, dall'altro lato. È evidente in sostanza che le opportunità di godimento di una prestazione – nell'essere condizionate comprensibilmente anche dal profilo economico dell'assunzione dei relativi costi – appaiano aumentare nel comparto che appare più strutturato, e anche caratterizzato dal più elevato grado di certezza in ordine alla assunzione dei costi della prestazione da parte dell'apparato organizzativo pubblico, e nel quale vale dunque la pena dedurre le relative prestazioni. La considerazione della nota differenza, rispetto ai parametri qui evocati, del comparto sanitario, da un lato, e di quello socio-assistenziale, dall'altro lato, è alla base della tensione che si avverte lungo la linea di confine tra i due, e che si scarica sulla spinta ad attrarre le prestazioni di cui si faccia questione nell'area finanziariamente coperta dal servizio sanitario nazionale.

La medesima questione relativa alle *chances* di tutela legate al profilo dell'assunzione dei costi e del livello di definizione dei lep si è posta in occasione dell'aggiornamento con il d.p.c.m. del 12.1.2017 dei livelli di assistenza sanitaria oggetto della disciplina risalente al 2001. Nello specifico il nodo sollevato dalla prospettazione delle ricorrenti – anche in quel caso soggetti sovraindivi-

83 Cons. St., n. 4347/2017 cit., dove si osserva pure che «Non vi è peraltro alcuna tassativa disposizione che vieti il finanziamento di prestazioni assistenziali sul Fondo per l'Assistenza ovvero che imponga che la componente 'sociale' sia posta interamente a carico del SSN».

duali (formazioni sociali senza scopo di lucro, operanti nel campo della promozione e della difesa delle categorie sociali più deboli, minori, persone con disabilità, persone non autosufficienti) – era lo spostamento degli equilibri occorso tra il 2001 e il 2017 per effetto della introduzione, da parte del d.p.c.m. citato, di limiti alla imposizione a carico del SSN di una serie di prestazioni ad elevata integrazione sanitaria, la quale si sarebbe tradotta in una sostanziale «*dequotazione degli standard di garanzia precedentemente assicurati*»⁸⁴. Il nodo fondamentale affrontato dalla pronuncia è dunque la capacità o meno delle scelte politiche tradottesi nei d.p.c.m. in esame di rendere più gravose le dinamiche di godimento dei diritti sociali riguardati rispetto al parametro legislativo ordinario (in questo caso rappresentato per un verso dal d.lgs. n. 502/1992 e mm.ss. e, per altro verso, dalla L. n. 328/2000). L'affidamento della parte qualificante del processo di definizione dei lep alla fonte secondaria aveva finito per trasferire il bilanciamento delle priorità dal piano legislativo a quello del regolamento, così di fatto sfumando il parametro del sindacato da esercitare in sede giurisdizionale. Al risultato di escludere che si fosse prodotta, tra il 2001 e il 2017, una dequotazione delle pretese degli assistiti – per effetto di una esclusione illegittima di una serie di prestazioni di assistenza dall'ambito di quelle “da garantire” ad opera del SSN – il giudice amministrativo perviene con un impiego di superficie dell'argomento dei lep, a valle cioè di un sindacato ridotto alla verifica della sostanziale continuità e omologia tra le previsioni recate dai due d.p.c.m., senza investire il confronto, a monte, tra la fonte secondaria e quella primaria⁸⁵.

84 Cons. St., Sez. III, 21 marzo 2019, n. 1858. Sulla sostanziale continuità del d.p.c.m. del 2017 col d.p.c.m. di febbraio 2001 più che con quello di novembre 2001, si veda A.S. ALBANESE, *L'integrazione sociosanitaria*, in F. MANGANARO, V. MOLASCHI, R. MORZENTI PELLEGRINI, D. SICLARI, (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, cit., 183 ss.

85 Per considerazioni più analitiche in ordine alle implicazioni della “legificazione” dei lea sanitari stabiliti col d.p.c.m. 29 novembre 2001, e pertanto della scelta compromissoria di riconoscere copertura agli interventi di aggiornamenti dei livelli, nonché sulla natura del procedimento a cascata di determinazione dei lep, anche in relazione ai motivi di criticità posti dall'impiego della fonte secondaria, sia consentito rinviare a C. ACOCELLA, *Contributo allo studio dell'effettività dei diritti sociali. ...cit.*, 252 ss. anche per i riferimenti dottrinali ivi operati.

Altro punto sollevato dal giudice amministrativo sul piano del metodo è quello che investe il «*rapporto di reciproca implicazione*» tra vincolo di bilancio e rispetto dei diritti fondamentali, che è questione immediatamente rilevante nel processo determinativo dei lep, come dimostra la concatenazione tra questo passaggio e quello precedente in cui si richiama la sintesi compiuta nell'adozione dei d.p.c.m. di definizione dei livelli di assistenza, e segnatamente le esigenze di contenimento della spesa che in tale definizione trovano campo, unitamente alla finalità di assicurare i trattamenti di cui per il passato era integralmente onerato il S.S.N.. Ma qui persino il nucleo essenziale, non solo i lep, viene soggiogato dall'argomento della compatibilità della soddisfazione dei diritti con «*una prospettiva di effettiva sostenibilità e di lunga durata*», più che operare come congegno utile al ridimensionamento della natura condizionata dei diritti. In ragione di tale compatibilità finisce per indebolirsi anche la portata del principio di contestualità⁸⁶ (tra risorse disponibili e finalità da perseguire), che muove la puntualizzazione secondo la quale «*il vincolo deve includere il rispetto dei diritti*». Del principio viene evocata per così dire la portata minima e ne viene quasi prefigurato il superamento. Ed in questa accezione la contestualità appare sempre attingibile da parte del giudice amministrativo (lo sarebbe stata anche nell'ipotesi – per restare all'oggetto della pronuncia richiamata – in cui il giudice fosse giunto a riscontrare un impatto peggiorativo del d.p.c.m. rispetto al passato, per aver operato un'esclusione di una serie di prestazioni dal novero dei livelli ritenuti espressione di esigenze sanitarie indifferibili) in funzione adesiva delle scelte del decisore politico, e nello specifico della sintesi operata da questi ogni volta che si richieda l'aggiornamento dei livelli.

⁸⁶ La dottrina rileva opportunamente (S. LA PORTA, *Il sistema di finanziamento dei servizi sociali*, in F. MANGANARO, V. MOLASCHI, R. MORZENTI PELLEGRINI, D. SICLARI, (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, cit., 213 ss.) come il principio di contestualità in ambito assistenziale imponga il doveroso reperimento delle risorse necessarie per finanziarie i livelli considerati idonei ad assecondare i bisogni emergenti, con ciò collocando nei fatti la quantificazione delle risorse in un momento successivo alla determinazione dei livelli.

5.2. Le dinamiche caratterizzanti il contenzioso del comparto socio-assistenziale. L'ambivalenza rispetto alla qualificazione della posizione giuridica soggettiva correlata alla prestazione e la discrezionalità "alta" e "bassa"

Tornando alla parte che nel formante riveste particolare interesse per il fatto di trovare campo nell'area di omissione o non compiuta declinazione dei lep, è utile fermare per un momento lo sguardo sul comparto socio-assistenziale, con riguardo al quale il concorso di alcuni fattori dà conto del naturale margine, rispetto alla possibilità di qualificare in maniera per così dire estemporanea nuove attività e prestazioni in termini di livelli essenziali, lasciato al legislatore ordinario e alla giurisprudenza in seconda battuta⁸⁷ (per questa seconda, in termini di possibilità di conseguire il risultato in via interpretativa, ritenendo cioè già operante nella realtà ordinamentale il livello essenziale della prestazione in ordine alla quale fosse sorta la contestazione dedotta dinanzi al giudice). In primo luogo rileva la tradizionale assenza, a partire dalla lettera dell'art. 22 della L. quadro n. 328/2000, di indicazioni univoche ed esaustive atte ad identificare compiutamente le prestazioni considerate afferenti ai livelli essenziali, riferendosi la disposizione ad aree di intervento senza ulteriori specificazioni, con il risultato di connotare quelle ivi contemplate come prestazioni di carattere eterogeneo sia riguardo al «contenuto» che riguardo «alle condizioni legittimanti la loro erogazione»⁸⁸. In linea di continuità con tale dato si pone la mancata adozione delle misure originariamente prefigurate nell'ambito di un complessivo disegno di determinazione dei liveas, per il contributo sostanzialmente incompiuto della pianificazione nazionale⁸⁹. Va infine richiamata l'incapacità degli interventi "de-

⁸⁷ Sul ruolo suppletivo della giurisprudenza costituzionale si veda V. MOLASCHI, *I livelli essenziali di assistenza sociale*, cit., 134.

⁸⁸ Sul punto si veda C. cost. ord., 13 giugno 2006, n. 224.

⁸⁹ L'incompiutezza alla quale si fa riferimento è ascrivibile anzitutto al tenore del Piano 2001-2003 – l'unico adottato ai sensi dell'art. 18 L. n. 328/2000 cit., che individuava (prima dell'intervento della L. n. 289/2002, che ha poi affidati ai d.p.c.m. la definizione dei livelli) la pianificazione nazionale come sede in cui definire una serie di elementi, e alle pianificazioni rispettivamente regionale e zonale ulteriori snodi di specificazione del sistema – il quale si limitava a dettare un metodo per la successiva definizione dei livelli e riproduceva le aree di intervento della legge quadro. Il modello di programmazione è stato poi sostituito dal Piano Sociale nazionale (introdotta dall'art. 21, d. lgs. n. 147/2017, approvato con D.M. 26.11.2018 e) non so-

dicati” alla predeterminazione dei livelli, ove effettivamente occorsi, di esaurire lo spazio riservato al decisore politico – questione che essenzialmente si è posta paradigmaticamente nella vicenda processuale richiamata in precedenza in relazione alla ripartizione delle risorse del FNA, e dunque alla pretesa individuazione delle priorità ad un livello non appropriato della filiera decisionale⁹⁰ –

vrapponibile al precedente schema. Oltre al PSN che, che è strumento programmatico di impiego del Fondo nazionale politiche sociali (Fnps), le funzioni di indirizzo nei settori di intervento delle politiche sociali trovano campo attraverso l'adozione di altri due piani, rispettivamente il Piano per gli interventi e i servizi sociali di contrasto alla povertà (Piano Povertà), che invece detta linee programmatiche per l'impiego delle risorse della quota del Fondo Povertà; e infine il Piano per la Non Autosufficienza che, appunto, definisce le linee programmatiche per l'utilizzo delle risorse del Fondo per le non autosufficienze (FNA). Il Piano Nazionale degli interventi e dei servizi sociali 2021-2023, approvato nella seduta del 28 luglio 2021 dalla Rete della protezione e dell'inclusione sociale (presieduta dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali e costituita da rappresentanti sia dell'autorità statale che delle regioni e dei comuni, nonché dell'Inps), ai sensi dell'art. 21, d. lgs. n. 147/2017, al capitolo 2 include appunto il PSN 2021-2023, e dichiara al proposito che i piani citati su cui si articola la «progettualità programmatica» affidata alla Rete, «trovano aggiornamento» all'interno dello stesso Piano Nazionale degli interventi e dei servizi sociali. Quest'ultimo, assieme al riparto delle risorse del Fondo per le politiche sociali, è stato approvato col Decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 22 ottobre 2021. Per le politiche familiari si veda inoltre il Piano nazionale per la Famiglia (la cui elaborazione è stata prevista dall'art. 1, c. 1250, lett. d) L. n. 296/2006) adottato il 10 agosto 2022; nonché il Piano “Agenda Sud” (cfr. D. del Ministro dell'istruzione e del merito del 30.8.2023, n. 176 e art. 10 del D.L. n. 123/2023) che ha previsto interventi a supporto delle istituzioni scolastiche del Mezzogiorno. Si veda poi il d.p.c.m. 1.7.2021 che, ai sensi della legge di bilancio 2017, disciplina le modalità di riparto del Fondo di solidarietà comunale, essenzialmente destinato a una parte rilevante della provvista di servizi sociali, e cioè al finanziamento e allo sviluppo dei servizi sociali comunali svolti in forma singola o associata dai Comuni e dalle Regioni a statuto ordinario; il d.p.c.m. 3 maggio 2022 che ha ridefinito i criteri di formazione e di riparto del FSC; il d.p.c.m. 13 ottobre 2022 che ha stabilito gli obiettivi di servizio dei Comuni; e infine la legge di bilancio 2024 (art. 1, cc. 494 e 495, L. n. 213/2023) che ha disposto una rimodulazione delle risorse del fondo, nel senso della riduzione della quota parte destinata al finanziamento e allo sviluppo dei servizi sociali comunali. Sul punto era intervenuta C. cost., 14 aprile 2023, n. 71 - alla quale il legislatore ordinario ha inteso allinearsi, intervenendo con la disciplina nel senso della descritta riduzione. La pronuncia, nel dichiarare l'inammissibilità delle questioni di l.c. poste nei riguardi delle previsioni della l. n. 234/2021 che avevano disposto l'incremento del FSC, stabilendo specifici vincoli di destinazione sulla relativa spesa «in funzione del raggiungimento di livelli essenziali delle prestazioni o, nell'attesa della definizione di questi ultimi, di obiettivi di servizio», aveva chiarito che «Le modalità con cui è possibile rimediare al vulnus prospettato e derivante dalla previsione di un vincolo di destinazione sulle risorse inserite nel FSC sono molteplici, senza che se ne possa individuare una costituzionalmente obbligata o adeguata», e che quindi «il compito di adeguare il diritto vigente alla tutela costituzionale riconosciuta all'autonomia finanziaria comunale ... al contempo bilanciandola con la necessità di non regredire rispetto all'imprescindibile processo di definizione e finanziamento dei LEP, non può che spettare al legislatore». Sulle funzioni della pianificazione M. MASSA, *Articolo 18*, in E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni, G. Pastori (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla leg-*

che nella materia presa ora a riferimento dovrebbe corrispondere quantomeno agli ambiti indicati dall'art. 22 della L. n. 328/2000 cit.⁹¹.

Ora mi pare, quanto ai connotati che i lep esibiscono nell'area che si sta considerando, che dalla osservazione di una parte almeno del formante giurisprudenziale possa cogliersi in estrema sintesi l'ambivalenza della categoria rispetto alla qualificazione della posizione giuridica soggettiva correlata alla prestazione.

Guardando – a partire dall'ampio margine che caratterizza il quadro positivo nel settore – ai percorsi di costruzione dell'esigibilità delle prestazioni, rileva con evidenza la distinzione tra prestazioni economiche e altri servizi sociali/prestazioni assistenziali, posto che al cospetto delle prime emergono pretese più agevolmente configurabili in termini di diritti soggettivi, laddove per i secondi i percorsi di cui si diceva appaiono più tortuosi.

La distinzione e la conseguente biforcazione dei percorsi è preparata dalla legge quadro per la realizzazione del sistema integrato degli interventi e dei servizi sociali, L. n. 328/2000 cit., che all'art. 2, prevede da un lato, al comma 2, che gli enti territoriali si impegnino «a realizzare il sistema di cui alla presente legge che garantisce i livelli essenziali di prestazioni, ai sensi dell'art. 22», e dall'altro lato, che essi consentano l'«esercizio del diritto soggettivo a beneficiare delle prestazioni economiche di cui all'art. 24».

La ragione della differenza delle soluzioni trovate in punto di esigibilità delle prestazioni a fronte rispettivamente delle due categorie, va naturalmente ascritta alla condizione “economica” di bisogno che agisce, con riguardo alle prime, come fattore condizionalmente l'accesso alle prestazioni economiche, emblematicamente rappresentate dalle prestazioni agevolate⁹².

ge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, cit., 401 ss., spec. 404.

90 Cfr. *supra* Cons. St., n. 4347/2017 cit.

91 Sulla assenza di organicità nell'esercizio della competenza statale in punto di lep da parte del legislatore statale nella materia dei servizi sociali si veda C. cost. 19.12.2012, n. 296.

92 Cfr. d.p.c.m. n. 159/2013 – recante il regolamento che ha rivisto le modalità di determinazione e applicazione dell'Isee – art. 1, c. 1, lett. e) che definisce le «prestazioni sociali agevolate» quelle «non destinate alla generalità dei soggetti, ma limitate a coloro in possesso di particolari requisiti di na-

Pur volendo circoscrivere l'attenzione alle prestazioni economiche, ossia alla tipologia di prestazioni meno problematiche a causa della semplificazione che il diaframma della condizione economica determina nella prospettiva della esigibilità (automatizzando le valutazioni che preludono alla presa in carico del bisogno e quindi alla erogazione delle prestazioni), va segnalato come esse schiudano comunque un duplice binario di sindacato sul quale intervengono rispettivamente i due diversi giudici comuni (giudice amministrativo e giudice ordinario). La determinazione dei lep in questo specifico sotto-sistema del comparto sociale può preludere – muovendo dal dato comune rappresentato dalla necessità di verificare l'occorrenza dei requisiti espressivi della situazione economica dell'aspirante alle prestazioni – alla spettanza sia di diritti soggettivi che di interessi legittimi, naturalmente in corrispondenza di differenti condizioni caratterizzanti la fattispecie. Per semplificare va segnalato come, a valle della ricostruzione della situazione economica dell'aspirante, possano aprirsi spazi utili all'esercizio di accertamenti di natura vincolata che non pongono particolari ostacoli alla qualificazione della posizione soggettiva dell'aspirante in termini di diritto soggettivo al conseguimento della prestazione economica, mentre, a monte dell'esercizio di tale potere campeggi un nodo, che è anzitutto quello della definizione e declinazione dei criteri di accesso alle prestazioni (quelli indispensabili per ricostruire la situazione economica che è requisito di accesso), fase nella quale il decisore esercita un potere valutativo autenticamente politico-amministrativo. Ma l'esame delle fattispecie oggetto di questo contenzioso sconfessa la possibilità di escludere senza tentennamenti che la stessa verifica dei presupposti indicati dalla legge per la ricostruzione della situazione economica del richiedente sia attività sostanzialmente decisionale⁹³, mostrando in cer-

tura economica, ovvero prestazioni sociali non limitate dal possesso di tali requisiti, ma comunque collegate nella misura o nel costo a determinate situazioni economiche, fermo restando il diritto ad usufruire delle prestazioni e dei servizi assicurati a tutti dalla Costituzione e dalle altre disposizioni vigenti». Lo stesso d.p.c.m. identifica le prestazioni sociali (art. 1, c. 1, lett. d)) con quelle contemplate dal d. lgs. n. 112/1998 e dall'art. 1, c. 2, L. n. 328/2000.

⁹³ Si pone in prospettiva critica più in generale rispetto alle premesse su cui generalmente si fonda la individuazione dell'atto vincolato, e cioè la circostanza che esso sia integralmente

ti casi una attrazione per così dire del passaggio applicativo del criterio di accesso da parte della discrezionalità “alta”, che è quella intervenuta, invece, per definire o modulare il criterio stesso. In questa giurisprudenza, arrivati al nodo della esigibilità delle prestazioni, in entrambe le aree (accesso alla prestazione sociale economica e definizione dei criteri di accesso) può rintracciarsi l'impiego della nozione di livello essenziale delle prestazioni, ma la medesima qualificazione correda il riconoscimento, nell'un caso, di un diritto soggettivo, e nell'altro caso, al più di un interesse legittimo. Ove si faccia questione dell'accesso alla prestazione economica, una volta sciolto il nodo del possesso del requisito di accesso, la nozione di livello essenziale opera in modo estrinseco, cioè come strumento rafforzativo di una proprietà già insita nei tratti strutturali della pretesa alla prestazione sociale economica. Diversamente, nelle ipotesi in cui si guardi l'aspettativa a che il decisore eserciti in un certo modo, piuttosto che in un altro, il potere di stabilire i criteri di selezione dei beneficiari delle prestazioni, la nozione di livelli essenziali, non solo non è decisiva o indicativa della consistenza di diritto soggettivo della posizione riguardata, ma anzi rivela tutta la sua incapacità di ridurre effettivamente il condizionamento finanziario dei diritti considerati. Basti rammentare a tale ultimo riguardo come l'affermazione dell'Isee come criterio di selezione dei beneficiari delle prestazioni sociali agevolate si sia intrecciata con la qualificazione espressa dell'indicatore da parte del d.p.c.m. n. 159/2013 quale «*livello essenziale delle prestazioni*»⁹⁴. Ciò vale a confermare la sussistenza, in ordine all'attività di determinazione ma

prefigurato dall'ordinamento, F. FOLLIERI, *Decisione e potere nell'atto amministrativo vincolato*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2017, 11 ss., spec. 140.

94 Cfr. art. 2, c. 1, d.p.c.m. n. 159/2013: «*La determinazione e l'applicazione dell'indicatore ai fini dell'accesso alle prestazioni sociali agevolate, nonché della definizione del livello di compartecipazione al costo delle medesime, costituisce livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, fatte salve le competenze regionali in materia di normazione, programmazione e gestione delle politiche sociali e socio-sanitarie e ferme restando le prerogative dei comuni*». La C. cost. n. 297/2021 ha avallato la scelta del D.L. n. 201/2011 (art. 5) di affidare ad un d.p.c.m. la modifica della disciplina dell'ISEE, ritenendo che l'atto avesse natura regolamentare e che fosse pertanto adatto a determinare i liveas «*per le sue caratteristiche, tipiche di tutti i regolamenti, di flessibilità e snellezza nell'acquisizione di informazioni e di collaborazioni con gli enti territoriali ed eventualmente con le associazioni degli utenti*».

anche di applicazione dell'indicatore, di un margine di discrezionalità che va orientata e tale scelta qualificatoria si pone come strumento atto a promuovere una uniformità nell'esercizio della stessa. La strada per l'esercizio della discrezionalità nella modulazione dei fattori condizionanti l'erogazione a favore dei beneficiari è stata aperta, nel sotto-sistema di cui si discorre, o dalla circostanza che essi non siano stati definitivamente puntualizzati dalle fonti di rango primario che all'Isee facevano riferimento⁹⁵, o ancora dal fatto che i due fattori principalmente condizionanti la base di calcolo dell'Isee, ossia la composizione del nucleo familiare e la situazione economica del nucleo familiare, aprano una forbice entro la quale sono prospettabili una serie di possibili opzioni in ordine, per esempio, alla considerazione di alcuni componenti in luogo di altri nella definizione del nucleo, o ancora alla considerazione di alcune entrate piuttosto che di altre nella determinazione della situazione economica.

Il contenzioso che intercetta entrambi questi profili conferma la collocazione "alta" nella filiera decisionale delle determinazioni attinenti alla modulazione dei criteri di accesso alle prestazioni, e un impiego della nozione di *lep non risolutivo* nella prospettiva del radicamento in capo ai soggetti titolari dell'azione di un diritto soggettivo alla prestazione che essi fanno valere in giudizio. Nel quadro di un primo filone, in cui viene in rilievo la necessità di valutare, ai fini della ricostruzione della situazione economica del nucleo familiare, il solo reddito dell'assistito, il giudice amministrativo ha riconosciuto, quanto alla valutazione delle condizioni dell'azione, in coerenza con il posizionamento alto del contenzioso, che l'attinenza del regolamento comunale contestato (relativo all'accesso ai servizi erogati nel settore socio-educativo) al settore in cui operavano le associazioni rappresentative (a tutela degli interessi di persone anziane e disabili) che ne avevano promosso l'impugnazione, valesse a radicare la legittimazione ad agire e l'interesse ad ampliare attraverso le censure «*l'accesso al*

95 A titolo puramente esemplificativo si veda l'art. 3, c. 2-*ter*, d. lgs. n. 109/1998 sulle prestazioni agevolate assicurate nell'ambito dei percorsi integrati socio-sanitari, che demandava ad un d.p.c.m. La determinazione di limiti per l'applicazione della disciplina ivi recata.

servizio sociale e ai servizi a domanda individuale erogati dal settore»⁹⁶. Nel merito, gli argomenti spesi per sostenere la legittimità del regolamento, che aveva nei fatti introdotto, fra quelli rilevanti nella determinazione dei criteri di accesso, un criterio aggiuntivo (consistente nella rilevanza della presenza, nel nucleo da considerare, di un soggetto obbligato agli alimenti) rispetto a quelli previsti dalla legislazione regionale – a sua volta ulteriormente restrittiva rispetto a quella statale – erano il carattere “aperto” del quadro delle fonti di rango primario che consentiva di inferire la competenza regolamentare degli enti erogatori – dunque anche dei Comuni – e, quanto alla ragionevolezza della misura, l’idoneità della stessa a realizzare, in linea di principio, l’approccio selettivo che informa la provvista di prestazioni agevolate, e in concreto a consentire di valutare «in modo diverso» «chi ha comunque una fonte di sostentamento»⁹⁷. La diversa considerazione dei disabili gravi e degli anziani non autosufficienti fonda, invece, la pronuncia di annullamento parziale del regolamento, per aver omesso di riservare un trattamento differenziato, quanto al condizionamento dell’accesso ai servizi a tali due categorie di destinatari, per le quali il quadro normativo primario esprimeva un principio di immediata precettività, quello della c.d. evidenziazione della situazione economica del solo assistito⁹⁸. In ciò il dato disvela il tentativo del giudice amministrativo di far avanzare il principio a livello essenziale del-

96 Cons. St., Sez. V, 16 marzo 2011, n. 1607.

97 Sul punto mette conto segnalare il successivo, prevalente, orientamento della giurisprudenza (TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 8 ottobre 2021, n. 2192; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 4 febbraio 2021, n. 341) che stigmatizza previsioni regolamentari comunali che hanno accordato rilevanza alla documentazione reddituale dei soggetti obbligati alla prestazione degli alimenti ai fini del relativo computo.

98 Nello stesso senso si vedano Cons. St., ordd. nn. 3065/2009, 11 settembre 2009 n. 4582, 2130/2010. Il principio implica la necessità di parametrare la condizione economica del richiedente sulla base di elementi reddituali e patrimoniali relativi al solo interessato (alle prestazioni), e non anche agli altri componenti del nucleo. L’art. 3, c. 2-ter d. lgs. n. 109/1998 (decreto abrogato dall’art. 15, c. 1 del d.p.c.m. n. 159/2013 cit.), limitatamente alle prestazioni agevolate assicurate nell’ambito dei percorsi integrati socio-sanitari a domicilio o in ambiente residenziale a portatori di gravi handicap, demandava ad un d.p.c.m. la fissazione di limiti per l’applicazione della disciplina ivi recata, «al fine di favorire la permanenza dell’assistito presso il nucleo familiare di appartenenza e di evidenziare la situazione economica del solo assistito, anche in relazione alle modalità di contribuzione al costo della prestazione».

la prestazione⁹⁹, e di ampliare così l'area della esigibilità delle pretese sociali attraverso lo strumento dei lep, sebbene, le operazioni cui tale tentativo viene affidato non si traducano in esiti univoci¹⁰⁰.

La considerazione del formante che indugia sull'ulteriore profilo delle voci di reddito rilevanti ai fini della ricostruzione della situazione economica del richiedente conduce a risultati analoghi. Ancora una volta il giudice si occupa di "rami alti" del processo determinativo dei lep, e questa condizione si riflette nell'accesso al giudizio da parte di enti esponenziali «*delle maggiori e più importanti categorie di richiedenti le prestazioni sociosanitarie e assistenziali*», in ragione della sussistenza del loro interesse a ricorrere nei confronti della disciplina regolamentare che aveva, per esempio, rivisto le modalità di determinazione e i campi di applicazione dell'Isee, e della portata immediatamente lesiva di alcune previsioni relative a «*reddito disponibile*», «*valorizzazione delle componenti patrimoniali*», «*nucleo familiare*» ed obblighi connessi, le quali avevano, infatti, determinato un ampliamento della «*platea dei contribuenti della loro base imponibile e degli obblighi di solidarietà, sì da determinare un maggior sforzo contributivo in campo ai richiedenti le prestazioni e ai loro familiari*»¹⁰¹. In tali occasioni, prima di giungere al merito delle scelte relative alle voci da sussumere nel calcolo dell'Isee, il giudice amministrativo ha avuto occasione di svolgere considerazioni di sistema su una serie di aspetti, tra i quali: i margini di flessibilità che sopravvivono a valle della determinazione dei lep; l'inerenza della disciplina relativa all'Isee ai livelli essenziali delle prestazioni, in quanto elemento indefettibile di cui l'amministrazione è chiamata ad avvalersi al fine di valutare la situazione economica dei richiedenti

⁹⁹ Secondo Cons. St., n. 1607/2011 cit. il legislatore regionale e i regolamenti comunali «*devono attenersi ad un principio, idoneo a costituire uno dei livelli essenziali delle prestazioni da garantire in modo uniforme sull'intero territorio nazionale, attendendo proprio ad una facilitazione all'accesso ai servizi sociali per le persone più bisognose di assistenza*».

¹⁰⁰ Del d. lgs. n. 109/1998, cit., infatti si sosteneva e si negava la natura di lep, rispettivamente nelle sedi del giudizio amministrativo e di quello dinanzi alla Corte costituzionale, rispetto alle previsioni che aprivano spazi a metodi peculiari di calcolo della situazione economica, sul piano soggettivo, a favore di particolari categorie, e sul piano oggettivo, in ordine a peculiari prestazioni.

¹⁰¹ Cons. St., Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 838. Si veda pure Cons. St., Sez. III, 13 novembre 2018, n. 6371; TAR Milano, n. 2192/2021 cit., Id., n. 341/2021, cit.

prestazioni sociali agevolate¹⁰²; la fisiologica attitudine della fonte regolamentare ad accogliere la definizione di una serie di profili che sostanziano i lep, e a consentire peraltro alla eventuale pronuncia costitutiva di annullamento di spiegare la particolare efficacia connessa al sindacato sui regolamenti rispetto agli atti applicativi delle disposizioni annullate¹⁰³. Il merito delle soluzioni occorse in questo formante fornisce una ulteriore conferma della sostanza politica del bilanciamento rimesso ai decisori chiamati a completare il percorso di definizione di attività, qualificate a monte come livelli essenziali delle prestazioni, e in corrispondenza di tale snodo, dunque, incapaci di dare campo all'attribuzione di prestazioni esigibili¹⁰⁴.

102 Così Cons. St., n. 6371/2018 cit.; Cons. St., Sez. III, 4 marzo 2019, n. 1458; TAR Roma, Sez. II, 4 novembre 2021, n. 11333. Quest'ultima pronuncia ha avuto ad oggetto le determinazioni con le quali il Comune aveva revocato il riconoscimento a favore dell'interessato del servizio di assistenza alloggiativa temporanea (pienamente sussumibile secondo il giudice nello schema dei servizi sociali assistenziali, ed in particolare in quello delle prestazioni agevolate, di guisa da giustificare l'applicabilità alla fattispecie della disciplina recata dal d.p.c.m. n. 159/2013) a causa della perdita del requisito reddituale che non sarebbe più stato operante in ragione della introduzione, in sua sostituzione, dell'indicatore Isee. Il tema delle prestazioni e dei servizi, utili a soddisfare il bisogno abitativo, solleva quello assai delicato della consistenza della posizione giuridica sottostante. In tema si rinvia allo studio di M. DELSIGNORE, *Il diritto all'abitazione in emergenza*, in *Dir. amm.*, 3/2023, 473 ss. nel quale si sostiene come ciò che si ricava dalla situazione giuridicamente rilevante e azionabile di fronte al giudice, alla quale ci si riferisce con le espressioni di diritto all'abitazione o diritto alla casa, «è un diritto, solo se lo s'intenda come diritto-ragione con una forte dimensione etico sociale e valoriale», laddove «nella concezione strettamente giuridica ... sembra preferibile ... individuare nell'ordinamento la previsione di un dovere di intervento pubblico per risolvere l'emergenza abitativa, i cui contenuti sono molto lati e di fatto affidati alle scelte ragionevoli del legislatore nazionale».

103 Per tutte si veda la sent. del TAR Lazio, n. 11333/2021 cit., nella quale si ribadisce che la natura regolamentare delle disposizioni censurate «fa sì che il relativo annullamento» disposto in precedenza (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 23 dicembre 2020, n. 13941), «ne comporti la rimozione dall'ordinamento in modo assoluto ... con effetti non soltanto per il futuro, con conseguente preclusione, per l'amministrazione, di continuare ad applicare le disposizioni annullate, ma anche avuto riguardo a tutti i provvedimenti amministrativi ancora sub iudice adottati in attuazione delle stesse che, come tali, ne risultano viziati».

104 Nella sent. del Cons. St., n. 838/2016, cit., il d.p.c.m. del 2013 è stato ritenuto illegittimo nella parte in cui includeva tra le voci da considerare anche «i trattamenti assistenziali, previdenziali e indennitari, incluse le carte di debito, a qualunque titolo percepiti da amministrazioni pubbliche laddove non siano già inclusi nel reddito complessivo» ai fini Irpef. Ciò ha aperto la strada all'intervento normativo che ha eliminato tali voci nel calcolo della capacità economica d.l. 29.3.2016, n. 42, conv. in L. 26.5.2016, n. 89, art. 2-*sexies*. Il monito lanciato dal giudice amministrativo nella sentenza in esame fa perno sulla necessità di tenere in considerazione l'art. 53 Cost. nel perimetrare la nozione di reddito. Il giudice amministrativo ha così escluso con riguardo ad indennità di accompagnamento e a forme risarcitorie la natura di strumenti remunerativi o di accumulazione del patrimonio, essendo invece strumenti tesi a «compensare un'oggettiva ed ontologica ... situazione d'invalidità che provoca in sé e per sé disagi e diminuzione di capacità reddituale», e con ciò a ristabilire

Il contenzioso che si muove in senso discendente lungo la filiera decisionale, ossia quello che origina dai ricorsi promossi dai portatori di interessi individuali nei confronti di provvedimenti applicativi (degli atti sostanzialmente di natura regolamentare o di indirizzo) adottati dalle amministrazioni comunali, consente di svolgere qualche sintetico rilievo a conferma della natura non conclusiva dei lep nella prospettiva della esigibilità.

Si tratta di pronunce che insistono sull'esercizio del potere a fronte di istanze di accesso alle prestazioni agevolate o a quelle di compartecipazione ai costi dei relativi servizi, o ancora sul potere di intervento in una relazione amministrativa precedentemente instaurata per modificarne i termini, con l'interruzione, ad esempio, della compartecipazione o dell'assunzione dei costi del servizio per il passato occorsa, o anche per revocare l'accesso al servizio¹⁰⁵. Questo formante dimostra come, nonostante si tratti di provvedimenti applicativi, a valle degli atti presupposti di cui si diceva, residuino significative aree di espressione della discrezionalità amministrativa. Vi sono ipotesi nelle quali l'impugnazione dell'atto direttamente lesivo nei confronti del ricorrente diviene la prima occasione di pronuncia sull'atto presupposto, e perciò il sindacato del giudice amministrativo insiste sull'esercizio del potere regolatorio e di indirizzo col quale si definiscono i criteri di attribuzione delle sovvenzioni, o si modulano, grazie al margine concesso dalla disciplina statale e regionale, i criteri di accesso alle prestazioni o di compartecipazione ai costi delle medesime. Il sindacato sull'attività attuativa compiuta dall'amministrazione (organizzatrice delle risorse infrastrutturali in senso lato o anche sovente erogatrice delle prestazioni) si appunta, invece, su elementi ulteriori rispetto al profilo della illegittimità derivata da quella degli atti presupposti – regolamenti o atti apicali (delibere di Giunta) – e comunque involge una valutazione compiuta dall'amministrazione

una parità morale e competitiva, obiettivi sui quali deve necessariamente curvarsi «la capacità selettiva» dell'Isee.

105 La decisione del TAR Roma, n. 11333/2021 cit. riguardava l'impugnativa di un provvedimento comunale di revoca del servizio di assistenza alloggiativa temporanea.

rispetto ad un ventaglio di opzioni possibili¹⁰⁶. Il caso della redazione dei progetti individuali per persone con disabilità a cura dell'amministrazione comunale è, per esempio, rappresentativo dell'esigenza di contemperare una serie di interessi rilevanti al cospetto dei quali non è configurabile una pretesa a soddisfazione certa o necessaria. A fronte della richiesta di un amministratore di sostegno di un disabile di stabilire la compartecipazione comunale al costo del servizio residenziale goduto da quest'ultimo, e alla mancata compiuta definizione di tale profilo nel progetto individuale, la sede del giudizio sul silenzio-inadempimento serbato dal Comune, astrattamente idonea, come noto, a consentire una pronuncia sulla fondatezza della pretesa, ove ne ricorrano i presupposti, aveva confermato, nel quadro di una decisione di accoglimento della domanda, la sussistenza di poteri di scelta inesercitati, e dunque l'assenza delle condizioni utili, ai sensi dell'art. 31, c. 3, c.p.a. per consentire una pronuncia di tale segno¹⁰⁷. Il risultato è la necessità di ritrasferire all'amministrazione le sorti della soddisfazione dei bisogni del disabile, essendo appunto il progetto individuale, alla cui predisposizione è subordinato il conseguimento del bene della vita cui il disabile aspira, la sede in cui si definisce un complesso assetto di interessi. A valle del riesercizio del potere da parte del Comune¹⁰⁸ il giudice amministrativo ha ritenuto che il diritto all'assistenza sociale del disabile, riconosciuto dall'art. 38, c. 1, Cost., imponesse di leggere la relazione amministrativa tra Comune e assistito in termini di rapporto diritto-obbligo. Ma il quadro nel quale si inscri-

106 V. TAR MI, n. 341/2021 cit., per una vicenda nella quale il profilo della compartecipazione comunale ai costi del servizio residenziale non era stato dall'amministrazione compiutamente definito all'esito di un procedimento di cui era stato comunicato l'avvio e che si era concluso con la predisposizione della bozza di progetto individuale, ma nei fatti, attraverso il rinvio alle previsioni del regolamento comunale in materia, era stato rimesso all'adozione di atti successivi (*«da adottarsi in conformità a quanto previsto dal regolamento»*); TAR Brescia, n. 263/2020 che interviene su provvedimenti di quantificazione del contributo economico gravante sul Comune per i servizi socio-assistenziali riconosciuti al disabile, fondati su regolamenti in materia di sovvenzioni, nonché su una delibera di giunta con la quale erano stati approvati i criteri di compartecipazione alle rette dei servizi gestiti dall'Ambito Territoriale di competenza.

107 TAR MI, n. 341/2021 cit.

108 Che si era limitato, nel caso di specie, a rinnovare l'invito al richiedente di depositare la documentazione ritenuta necessaria per il calcolo della compartecipazione ai costi, e aveva respinto l'istanza *«rilevando la mancata produzione della documentazione richiesta»*.

ve tale relazione resta comunque quello di un'operazione di apprezzamento (relativo alla situazione economica del richiedente), non connotato da automatismi¹⁰⁹, tanto che il giudice ha escluso, nel caso di specie, la configurabilità della pretesa di ottenere particolari prestazioni, e ha riferito l'obbligo all'intervento ai fini della *«integrazione della retta dovuta»* per i servizi erogati¹¹⁰, solo laddove tali servizi fossero stati giudicati necessari, e allorché si fosse verificata l'insussistenza dei presupposti economici della compartecipazione a carico dell'assistito.

L'unica componente vincolata realmente vincolata di tale operazione di apprezzamento concerne invero il profilo temporale, limitatamente alle ipotesi nelle quali, per quanto si è finora sottolineato, si ravvisino gli estremi per la integrazione economica. Con riguardo alla decorrenza dell'obbligo gravante sull'amministrazione (che, in queste ipotesi, non può che sorgere *«dal momento in cui si manifesta la situazione del bisogno»*) il giudice può indicare esattamente il segno del provvedimento da adottare¹¹¹.

Ad esiti analoghi in ordine alla latitudine dell'apprezzamento di cui si discorre conducono le ipotesi nelle quali più vistosamente manchi un progetto individuale, e l'unica strada attraverso la quale appare coltivabile la pretesa del disabile alla redazione del primo da parte del Comune è rappresentata dall'azione disciplinata dall'art. 31 c.p.a.¹¹².

109 Sempre TAR MI, n. 341/2021 cit.: *«non solo l'accesso, ma anche la compartecipazione al costo delle prestazioni sociosanitarie e sociali è stabilito avendo come base la disciplina statale sull'indicatore della situazione economica equivalente»*. Tale considerazione trascina nella operazione di determinare la quota eventuale di compartecipazione comunale ai costi, tutte le vischiosità che emergono nella determinazione e applicazione dell'Isee.

110 Naturalmente l'integrazione da parte dell'amministrazione territoriale per la copertura dei costi delle prestazioni sociali agevolate è riferita ai servizi erogati per la componente non sanitaria della retta, quindi esula rispetto alla quota coperta dal SSN (componente sanitaria dei servizi integrati socio-sanitari): su cui TAR Brescia, n. 263/2020 cit.

111 Nella decisione del TAR MI, n. 341/2021 cit., a fronte di un progetto individuale ritenuto illegittimo nella parte in cui, fissando la decorrenza dell'intervento economico comunale, non aveva preso *«minimamente in considerazione il momento in cui si è manifestato il bisogno»*, il giudice amministrativo ha, accanto all'annullamento, dichiarato il *«diritto dell'assistito ad ottenere l'integrazione comunale della retta di ricovero a decorrere dal momento in cui si è manifestato il suo bisogno»*.

112 Nella fattispecie oggetto della pronuncia del TAR MI, n. 2192/2021 cit., infatti, a fronte della richiesta, avanzata da un amministratore di sostegno di un soggetto con disabilità, di in-

Questo formante restituisce la pluralità dei livelli ai quali si svolge la decisione sull'accesso alle prestazioni sociali e sulla quantificazione dell'aiuto pubblico, e riflette uno spazio assai ridotto all'espressione di poteri di accertamento vincolati proprio perché tali decisioni implicano una spazio ponderativo importante in cui si allocano e si distribuiscono alternativamente risorse, come accade, per esempio, dinanzi della necessità di valutare il profilo della solidità economica del nucleo familiare dell'assistito e l'esigenza di compartecipare ai costi, elementi che appaiono legati, nel quadro delle coordinate costituzionali di solidarietà, da un rapporto di proporzionalità inversa¹¹³.

6. Brevi cenni di conclusione

In questo quadro i *lep* rivelano una inattitudine a fondare il riconoscimento di pretese a soddisfazione certa e necessaria, e non solo ai piani "alti" del sindacato svolto dal giudice amministrativo al cospetto della regolazione (e quindi della valutazione della conformità a legge dell'atto presupposto), ma anche al livello "inferiore" proprio della scelta di secondo livello in concreto adottata dall'amministrazione su aspetti specifici, come quello (relativo alla scelta di avvalersi o meno della possibilità di considerare gli obbligati alimentari nella ricostruzione della situazione economica del richiedente) da ultimo richiamati. D'altro canto risalendo la filiera delle decisioni discrezionali allocative, il giudice segnala uno sfilacciamento della posizione del richiedente in una aspettativa di mero fatto, come è condivisibilmente avvertita l'aspettativa coltivata dagli interessati nei confronti di una destinazione di più consistenti risorse pubbliche al finanziamento dei servizi agevolati, e segnatamente (ipotesi delle prestazioni sociosanitarie integrate) nei confronti di un incremento della quota di finanzia-

tegrazione della retta dovuta alla struttura sociosanitaria presso la quale il secondo era stato inserito, il giudice aveva declinato la possibilità di pronunciarsi sulla illegittimità della nota comunale (che aveva comunicato l'impossibilità dell'ente di farsi carico della retta), ritenendo che la stessa non integrasse gli estremi del progetto individuale e dunque per contrasto con l'art. 14 L. n. 328/2000.

113 V. ancora TAR Brescia, n. 263/2020.

mento a carico del S.S.N., che diminuisce proporzionalmente la pressione sui Comuni e sugli Ambiti territoriali.

All'esito dell'esame del formante giurisprudenziale selezionato secondo i criteri di interesse sopra enunciati, anche dell'ultima "fetta" presa in considerazione, apparentemente proiettata verso l'adozione di decisioni più automatiche, mi pare che si possa considerare il risultato offerto dal giudice amministrativo, anche solo con riguardo all'impiego occorso dell'Indicatore della situazione economica e al vincolo di bilancio esibito, non sia poca cosa nella prospettiva della effettività giurisdizionale dei diritti che sottendono le posizioni azionate in giudizio. Il ricorrente può conseguire all'esito di tale verifica, e sempre che ne sussistano i presupposti – in sintesi la circostanza che non residuino attività rispetto alle quali il giudice "anticipi" l'amministrazione, tenendo presente il divieto di cui all'art. 34, c. 2, c.p.a.¹¹⁴ e il volubile confine tra attività discrezionale e attività vincolata – proprio l'utilità alla quale aspira¹¹⁵. Laddove esistano le condizioni processuali, l'ordine di emanare il provvedimento può integrare l'effetto conformativo della pronuncia di illegittimità dei provvedimenti puntuali adottati, effetto di cui in ogni caso, non va sottovalutata la capacità di «*astringere l'operato dell'amministrazione successivo alla pronuncia al rispetto di limiti che possono essere anche totalizzanti*»¹¹⁶. Il che, per esempio, ricorre quando si annullano provvedimenti puntuali di determinazione del contributo economico, precludendo per il futuro alla p.a. – lo si è riscontrato, come si è visto, in diverse pronunce – l'attingibilità di precise modalità di calcolo della situazione econo-

114 V. TAR Brescia n. 263/2020 cit. che opera un riferimento espresso all'art. 34, c. 2, c.p.a. L'inutilità della previsione è sostenuta da M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 82 ss. Sulla introduzione dell'azione di esatto adempimento nel c.p.a. (art. 34, c. 1, lett. c)) si veda A. CARBONE, *L'azione di esatto adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 91; L. TORCHIA, *Condanna e adempimento nel nuovo processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 11/2011, 1187; M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *Federalismi.it*, 7/2011; F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, cit. Sul rapporto tra la tutela offerta dall'art. 34 c.p.a. e quella offerta dall'art. 30 c.p.a. si veda F. LIGUORI, *Le regole della funzione e le regole della responsabilità*, in Id., *Liberalizzazione diritto comune responsabilità. Tre saggi del cambiamento amministrativo*, Napoli, 2019, 133 ss., spec.138 ss.

115 Si pensi al profilo della compartecipazione della spesa.

116 F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, cit.

mica (ad es. considerare nel nucleo dei disabili maggiorenni anche i genitori, oltre che il coniuge e il figlio; includere tra i redditi rilevanti anche quelli provenienti da indennità corrisposte per la condizione di disabilità; considerare tra le voci rilevanti quelle relative agli obblighi alimentari, etc..). Il fatto che, in ragione di elementi accidentali, detti esiti possano non prodursi, non sconfessa l'idea che il giudizio di legittimità spieghi, sul versante dei poteri cognitori e decisori del giudice, capacità che lo inscrivono compiutamente nello schema del controllo giurisdizionale pieno – per completezza dell'accesso al fatto, per la curvatura spiccatamente conformativa e di spettanza che la decisione talvolta assume – e conclusivamente in una traiettoria che ha approssimato tale giudizio ad un giudizio esteso al merito¹¹⁷. In questa prospettiva le conseguenze del riconoscimento della natura discrezionale del potere – che interviene, per esempio, ove siano implicati i livelli essenziali in punto di determinazione e applicazione degli indicatori della situazione economica dei bisognosi – non escludono una tutela effettiva, poiché il giudizio si mostra attrezzato a valutare l'operato della p.a. nel suo contenuto intrinseco, con il risultato finale di relativizzare anche il problema della qualificazione giuridica della pretesa.

117 Si rinvia alla dottrina indicata *supra* in nota 3.