

Potere o dovere di sostituzione? Una conclusione (anzi, un interrogativo)

di Roberto Bin

1. La premessa da cui mi sembra utile prendere le mosse per una corretta interpretazione dell'art. 120.2 è che questa disposizione vada letta in stretta relazione con l'art. 117.2 lett. m): il quale riserva alla potestà esclusiva dello Stato la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale». Le diciassette «materie» elencate nell'articolo come «materie esclusive» spettanti allo Stato non costituiscono solo ambiti sottratti alla legislazione regionale e strumenti attraverso i quali il legislatore statale può imporre le sue scelte alle regioni: ma sono *compiti* specifici che implicano la *doverosità* della disciplina legislativa dello Stato, che non può sottrarsi ad essi.

Lo mette bene in chiaro la recente sent. 192/2024 della Corte costituzionale, che muove dalla distinzione tra «*nucleo minimo*» di tutela di un diritto e i «*livelli essenziali*» di cui parla l'art. 117.2 Cost. Mentre il *nucleo minimo* è «un limite derivante dalla Costituzione e va garantito da questa Corte, anche nei confronti della legge statale, a prescindere da considerazioni di ordine finanziario», poiché si tratta di non rendere privo di contenuto il riconoscimento dei diritti scritti in Costituzione, i LEP «sono un vincolo posto dal legislatore statale, tenendo conto delle risorse disponibili, e rivolto essenzialmente al legislatore regionale e alla pubblica amministrazione», a cui però va ricollegato «il dovere dello stesso Stato di garantirne il finanziamento»¹.

I «livelli essenziali» toccano direttamente i diritti, civili e sociali, di cui godono *tutti* i cittadini italiani (e, in gran parte, gli stranieri che in Italia abitano). Così come le altre «riserve» di legislazione elencate in questo articolo (dalla politica estera alla cittadinanza, dalla moneta alla protezione dei confini, e così via enumerando), i «livelli essenziali» tracciano i contorni di quella «forma repubblicana» che connota lo Stato italiano sin dall'art. 1 Cost. Ciò spiega anche perché, con rara coerenza, la riforma del Titolo V abbia inserito nell'art. 120, dopo un primo comma che ribadisce l'unità e la continuità non frazionabile e non interrompibile del territorio nazionale, una precisa previsione che attribuisce al Governo il potere-dovere di intervenire dove sia minacciata «la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali».

2. Dai saggi contenuti in questo fascicolo, risulta chiara la diversità del sistema tracciato dall'art. 120.2 Cost. rispetto all'esperienza anche storica di altri Paesi a noi vicini. Sia nelle premesse storiche (Buffoni) che nella costruzione del sistema francese (Cavino) e di quello tedesco (Delledonne), emerge con tutta evidenza come il potere

¹ Sent. 192/2024, punto 14 del *diritto*.

sostitutivo esercitato dai poteri centrali sugli organi decentrati guardi essenzialmente ai rimedi contro i pericoli di dissoluzione dello Stato: prospettiva che non è affatto assente nell'art. 120.2 Cost., che, anzi, nel comma che lo precede, mostra tutta l'attenzione nei confronti dell'esigenza di unità territoriale che ispira la riforma costituzionale. Ma, come mette bene in luce il contributo di Mainardis, nella Costituzione italiana il potere sostitutivo è ispirato, prima ancora che all'unità "fisica" del territorio, alla sua unità "sociale", e quindi alla tutela dei diritti connessi alla cittadinanza italiana. Poiché l'unità territoriale della Repubblica non sembra avere subito in concreto serie minacce², mi pare che meriti concentrare l'attenzione soprattutto sulla «tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali», che appare essere la vera novità introdotta nel 2001 con l'art. 120.2.

Il quadro era chiaro sin dall'inizio. «Non si tratta di una "materia" in senso stretto – ha chiarito la Corte costituzionale già da subito³ - ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle». Ed in un parere del Consiglio di Stato di poco successivo⁴ si chiarisce che «ai sensi della norma di cui alla lettera m), *rafforzata nell'articolo 120, comma 2*, è infatti *compito* dello Stato individuare il nucleo dei diversi diritti civili e sociali (concernenti per loro natura più materie) e apprestarne la garanzia uniforme, così che il contenuto di questi diritti sia precisato nella sua nozione essenziale, tale da sostanziarne la effettività, e sia in questi termini concretamente assicurato in condizioni eguali in tutto il territorio nazionale».

3. Quale immagine avesse la Corte costituzionale del limite dei "livelli essenziali" e del connesso potere sostitutivo lo si coglie bene già dalla giurisprudenza dei primi anni di applicazione del nuovo testo costituzionale. «La stessa utilizzazione di questi livelli essenziali quale fondamento dell'esercizio dei poteri sostitutivi, ai sensi del secondo comma dell'art. 120 Cost., di norma presuppone che lo Stato abbia previamente esercitato la propria potestà legislativa di tipo esclusivo»⁵. «In ogni caso, tale titolo di legittimazione può essere invocato solo "in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa nazionale definisca il livello essenziale di erogazione", mentre esso non è utilizzabile "al fine di individuare il fondamento costituzionale della disciplina, da parte dello Stato, di interi settori materiali" (cfr., da ultimo, la sentenza n. 285 del 2005)».⁶ Purtroppo questa immagine così chiara è

² Tali non potendo sembrare né i *referendum* "separatisti" indetti dalla Regione Veneto e bocciati dalla Corte costituzionale con la sent. 118/2015., né la carnevalata organizzata nel maggio 1997 da un manipolo di "serenissimi", con la "occupazione" di piazza San Marco, presidiata da un "Tanko" di cartone, sebbene sia stata punita con una certa severità..

³ Sent. 282/2002.

⁴ Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Ad. del 10 febbraio 2003, parere n. 704.

⁵ Sent. 6/2004.

⁶ Così, citando i propri precedenti, la sent. 383/2005.

venuta offuscandosi nella giurisprudenza successiva, che ha ammesso che venissero accreditati come “livelli essenziali” singoli congegni - «specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisca il livello essenziale di erogazione»⁷ - sparsi nella legislazione dello Stato: come la c.d. *social card*⁸, le certificazioni ambientali e di qualità⁹, la SCIA¹⁰, l’accesso all’informazione ambientale¹¹.

La trasformazione è radicale e forse non è stata abbastanza esaminata. Si è convertito quello che appariva un *compito* dello Stato, cui si chiedeva di tessere la rete di protezione dei diritti fondamentali assicurati ai cittadini a prescindere dal territorio di appartenenza, in un limite da far valere contro le leggi regionali che lo violassero: limite scovato nelle pieghe della legislazione statale di settore che ormai si espandeva in ogni direzione, implicitamente disconoscendo qualsiasi efficacia alla ripartizione di competenze introdotta dalla riforma costituzionale. Il riconoscimento di un “livello essenziale” è divenuto così uno degli strumenti più efficaci con cui far valere la prevalenza dell’interesse nazionale. Ragione per cui le parole impiegate dalla Corte costituzionale nella “storica” sent. 177/1988 a proposito dell’interesse nazionale possono essere ripetute senza variazioni significative per questa “edizione minore” dei livelli essenziali: «l’interesse nazionale non presenta affatto un contenuto astrattamente predeterminabile né sotto il profilo sostanziale né sotto quello strutturale. Al contrario, si tratta di un concetto dal contenuto elastico e relativo, che non si può racchiudere in una definizione generale dai confini netti e chiari». Anche i “livelli essenziali” si trasformano in una «nozione dai margini incerti o mobili, che acquista un significato concreto soltanto in relazione al caso da giudicare», e perciò «può giustificare interventi del legislatore statale di ordine tanto generale e astratto quanto dettagliato e concreto»¹². Cambiano i *nomina* ma non l’operatività dei congegni e la linearità del ragionamento: la Corte infatti ci spiega che «il titolo di competenza costituito dai livelli essenziali delle prestazioni – che non individua una materia in senso stretto, quanto, invece, una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie (sentenza n. 322 del 2009) – non può essere invocato se non in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisca il livello essenziale di erogazione (sentenze n. 383 e n. 285 del 2005), mediante la determinazione dei relativi standard strutturali e qualitativi, da garantire agli aventi diritto su tutto il territorio nazionale in quanto concernenti il soddisfacimento di diritti civili e sociali tutelati dalla Costituzione stessa (sentenza n. 232 del 2011)»¹³.

⁷ Sent. 285/2005.

⁸ Sent. 10/2010.

⁹ Sentt. 322/2009 e 207/2012.

¹⁰ Sentt. 203/2012 e 121/2014.

¹¹ Sent. 399/2006.

¹² Le citazioni sono tratte sempre dalla sent. 177/1988 (punto 2.4.1. del *diritto*).

¹³ Sent. 287/2012.

4. Va sottolineato che questa lettura restauratrice che emerge già dalla giurisprudenza costituzionale meno recente spezza ogni legame tra l'art. 117.2 lett. m) e l'art. 120.2 Cost. Il compito di definire i "livelli essenziali" e garantirne il rispetto su tutto il territorio nazionale viene posto su un piano del tutto diverso da quello dei compiti assegnati allo Stato e dalle garanzie apprestate dalla giustizia costituzionale a tutela dei cittadini. Diviene piuttosto un argomento spendibile a favore della legittimità di qualsiasi legge dello Stato che introduca meccanismi amministrativi incidenti nelle materie attribuite alle Regioni: in questo funziona esattamente come l'argomento dell'interesse nazionale che, dopo la riforma, la Corte ha accuratamente espunto dal suo linguaggio ma, evidentemente, non dal suo modo di pensare. La prevalenza dell'interesse nazionale è assicurata senza che lo Stato si accolli il compito di attuare la previsione dell'art. 117.2, lett. m) e provveda a definire preventivamente i «livelli essenziali delle prestazioni» e, conseguentemente, si preoccupi della loro copertura finanziaria.

Il problema è che la Corte costituzionale ha accettato di leggere l'attribuzione di cui all'art. 117.2, lett. m) come una *facoltà* dello Stato, non come un *dovere*: di conseguenza l'art. 120.2 riconosce uno strumento a disposizione del Governo nell'eventualità che scegliesse di usare la sua facoltà, e non come un'integrazione dell'obbligo gravante sullo Stato nei confronti della sua cittadinanza.

Questo «orizzonte concettuale dei LEP» sembra essere superato dalla recente sentenza sull'autonomia differenziata¹⁴, che ai LEP dedica molta attenzione. Proceda anzitutto con il distinguere tra *contenuto minimo* dei diritti (che «è un limite derivante dalla Costituzione e va garantito da questa Corte, anche nei confronti della legge statale, a prescindere da considerazioni di ordine finanziario») e i *livelli essenziali* (che «sono un vincolo posto dal legislatore statale, tenendo conto delle risorse disponibili, e rivolto essenzialmente al legislatore regionale e alla pubblica amministrazione; la loro determinazione origina, poi, il dovere dello stesso Stato di garantirne il finanziamento»)¹⁵. «In linea generale, i LEP rappresentano... il frutto di un bilanciamento, da operare tenendo conto delle risorse disponibili»; va riconosciuta «la discrezionalità politica del legislatore nella determinazione – secondo canoni di ragionevolezza – dei livelli essenziali»¹⁶; però la determinazione dei LEP diventa obbligatoria quando lo Stato si accinga a differenziare l'autonomia regionale in attuazione dell'art. 116.3 Cost. E negli altri casi?

La domanda non è affatto peregrina. Avremmo questo quadro: se non vi è differenziazione tra le attribuzioni delle regioni, i livelli essenziali possono non essere definiti, ma qualsiasi congegno amministrativo introdotto dalle leggi dello Stato può continuare a essere difeso erigendolo a espressione di "livelli essenziali"; se invece si procede, ex art. 116.3 Cost., alla differenziazione delle attribuzioni di una o più regioni, allora immediatamente si pone la necessità che i livelli essenziali vengano stabiliti a

¹⁴ Sent. 192/2024.

¹⁵ Entrambi i passi si trovano nel punto 14 del *diritto*.

¹⁶ La Corte cita il suo precedente: sent. 169/2017.

garanzia degli eguali diritti dei cittadini nella materie “differenziate”. Può reggere un sistema così costruito?

C'è un'altra domanda che segue di necessità: se lo Stato fosse avvertito di una grave violazione di LEP non ancora definiti come tali dalle sue leggi, potrebbe lo stesso agire in sostituzione dell'amministrazione inadempiente? Potrebbe cioè avviare il procedimento di sostituzione per comportamenti che non sono difforni da modelli predefiniti dalla sua normativa? La domanda, così formulata, non potrebbe che ricevere una risposta negativa: ma di fatto il problema potrebbe essere superato potendo il Governo individuare nelle pieghe della sua legislazione la norma che, pur non essendo qualificata esplicitamente come LEP, può però essere riletta come tale. In fondo gli usi che il Governo ha fatto dei LEP come limite all'autonomia legislativa regionale, pur trattandosi di specifici congegni amministrativi previsti dalla sua legislazione di settore (le certificazioni amministrative ricordata poco sopra) possono dar corpo a questa ipotesi: per esempio, l'amministrazione comunale che caparbiamente si rifiutasse di accettare la SCIA potrebbe essere sostituita con la procedura ex art. 120.2 Cost.; i cittadini interessati, anziché intasare le aule del TAR con singoli ricorsi, potrebbero rivolgersi al prefetto invitandolo a sollecitare l'intervento surrogatorio del Governo. Può funzionare così?

5. Benché potrebbe sembrare un'ipotesi improbabile, in essa il potere assegnato al Governo dall'art. 120.2 Cost. apparirebbe finalmente dotato di qualche praticabilità. E indicherebbe anche l'unico canale di cui i cittadini potrebbero disporre per far valere la garanzia che vengano rispettati «i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale».

Mettiamo il caso che i cittadini di qualche parte del nostro territorio – un'isola, per esempio – fossero privati per un certo tempo di un regolare approvvigionamento del servizio idrico. La fornitura d'acqua è un diritto che deve essere garantito su tutto il territorio nazionale? Difficile contestarlo, soprattutto se riguarda cittadini che pagano regolarmente la bolletta relativa proprio a quel servizio. Come possono far valere il loro diritto? È il prefetto il rappresentante *in loco* del Governo, anche se non è affatto addestrato ad occuparsi dei «diritti civili e sociali» dei cittadini diversi dalla sicurezza e dall'ordine pubblico. Questo è un tassello importante del problema.

Appartiene alla tradizione napoleonica a cui si è ispirato già prima dell'Unità il nostro sistema amministrativo, organizzare la presenza del Governo in periferia attraverso i prefetti. Come dispone la legge di unificazione amministrativa del 1865, il prefetto «veglia sull'andamento di tutte le pubbliche amministrazioni... Soprintende alla pubblica sicurezza, ha diritto di disporre della forza pubblica e di richiedere la forza armata; Dipende dal ministro dell'Interno, e ne eseguisce le istruzioni». Il quadro è

preciso e resta stabile in tutto il periodo storico successivo¹⁷. Quando si avviò l'esperienza delle regioni ordinarie, la rete dei prefetti (e delle Province, a cui i prefetti inizialmente erano preposti) rimase integra, e al prefetto del capoluogo fu attribuita la funzione di commissario del Governo (che «soprintende alle funzioni amministrative dello Stato e le coordina con quelle esercitate dalla Regione»: art. 125 Cost. 1948). Ma, come scriveva già Balladore Pallieri nel suo storico manuale di diritto costituzionale, il commissario del Governo «non è per nulla equiparabile, nei suoi rapporti con l'ente regione, a un prefetto, e non è investito di alcuna generale potestà nei confronti di questa»¹⁸. E questo è tanto più vero dopo la riforma costituzionale del 2001, che qualche aspettativa sulla trasformazione del ruolo degli Uffici territoriali del governo aveva pur suscitato, proprio in relazione all'attivazione del potere sostitutivo, «ove la determinazione (costituzionalmente dovuta) riservata al Consiglio dei Ministri ben poteva collegarsi (anche) ad una iniziativa dell'UTG, e dunque ad un ruolo di quest'ultimo ragionevolmente più robusto della semplice comunicazione disposta, a questi fini, dall'art. 10.2, lett. b) [della legge 131/2003]»¹⁹.

Ma di tutto ciò si è persa ogni traccia. Se si scorre il dPR 180/2006, *Regolamento recante disposizioni in materia di Prefetture-Uffici territoriali del Governo*, si può riscontrare quanto la ben nota continuità storica del Ministero degli interni²⁰ abbia immediato ricomposto l'immagine tradizionale del prefetto: «La Prefettura-Ufficio territoriale del Governo... quale organo di rappresentanza generale del Governo sul territorio, svolge compiti di amministrazione generale e di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica ed è organo periferico del Ministero dell'interno». Delle «prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» non c'è alcuna menzione, tutta l'attenzione è ripiegata sulle funzioni connesse all'ordine pubblico, come da tradizione. Con buona pace per il «ruolo più robusto» che ai prefetti avrebbe potuto essere assegnato.

6. Qui si pone in tutta evidenza quale sia il nodo irrisolto del potere sostitutivo così come è disegnato dall'art. 120.2 Cost. Il suo evidente collegamento con la potestà riservata allo Stato di determinare i «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», la cui tutela può motivare l'intervento sostitutivo è un semplice “potere” del Governo, o un suo “dovere”? Nessun canale è stato apprestato perché i cittadini, colpiti da gravi carenze delle prestazioni pubbliche che compromettono il loro godimento dei diritti civili e sociali, possano attivare l'intervento surrogatorio dello Stato. Da un lato la lett. m) dell'art. 117.2 Cost. non è letta come un *obbligo* a carico dello Stato di determinare i “livelli essenziali”: infatti questi possono essere riconosciuti – come ha fatto la Corte

¹⁷ Cfr. la bella relazione di R. MARTUCCI, *Dal prefetto napoleonico al prefetto italiano*, in *Il prefetto nella storia e nelle istituzioni*, Macerata, Quodlibet, 2002, 19 ss., 32 s.

¹⁸ G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*⁸, Milano 1965, 355,

¹⁹ Così M. CAMMELLI, *Rappresentante dello Stato per i rapporti con il sistema delle autonomie*, in *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, a cura di G. Falcon, Bologna, il Mulino, 2003, 201.

²⁰ A cui avevo dedicato qualche considerazione in *Critica delle teorie delle fonti*, Milano, FrancoAngeli 2021, 76 s.

costituzionale – *ex post* come caratteristica di singoli istituti o adempimenti posti dalle leggi dello Stato (che infatti di questa qualità si fanno scudo); dall'altro non sarebbe neppure possibile chiudere in un elenco le prestazioni pubbliche che possono essere innalzate a questo livello. Per cui, come la lettera m) dell'art. 117.2 fissa solo la possibilità di intervento del legislatore statale, così l'art. 120.2 fissa solo la possibilità di intervento dell'autorità politico-amministrativa. Nell'uno e nell'altro caso ai cittadini non è assegnato alcun ruolo attivo. Ma così si chiude definitivamente il quadro?

Proviamo ad aggredirlo da un altro lato. Mettiamo il caso che una persona venga gravemente danneggiata a causa di prestazioni sanitarie del tutto inadeguate: naturalmente potrà agire per danno contro le strutture sanitarie responsabili. Ma se la carenza prestazionale di tali strutture è ben nota e più volte pubblicamente lamentata, il Governo potrà essere ritenuto responsabile di non aver agito in surroga, lasciando così i cittadini privi di garanzie effettive di godimento dei loro diritti? In altri termini, è come chiedersi se l'esercizio del potere sostitutivo sia solo una facoltà di cui il Governo si può avvalere quando lo ritenga opportuno, o anche un obbligo, un dovere di intervenire a tutela di diritti fondamentali di prestazione lesi o seriamente minacciati. Perché in questa seconda ipotesi al cittadino che si vede sistematicamente privato delle prestazioni pubbliche fondamentali (per esempio, godere del servizio idrico) potrebbe essere riconosciuto uno strumento di reazione di un certo peso. Risulterebbe in tutta evidenza l'inadempienza del Governo, che si mantiene immutata da un quarto di secolo. Non solo sono mancati sinora gli atti necessari a determinare i livelli essenziali, se non in alcuni settori. L'inadempienza è molto più generale e gravida di conseguenze.

È ben noto che sinora il 120.2 Cost. è stato impiegato essenzialmente per sostituire le amministrazioni locali colpevoli di disavanzo finanziario. Il che significa che pezzi dell'amministrazione centrale dello Stato hanno elaborato strategie molto attente volte a garantire «l'unità economica» della Repubblica, con interventi che sicuramente non hanno migliorato le erogazioni dei servizi a favore dei cittadini. Alle regioni sottoposte a piano di rientro finanziario è vietato prevedere interventi a favore della loro popolazione per allargare le prestazioni sanitarie, aumentando la spesa²¹. I LEA vengono richiamati in questo caso non per promuovere le prestazioni a favore dei cittadini, ma come limite oltre al quale è vietato cercare qualsiasi miglioramento delle prestazioni stesse.

Se è questo l'unico impiego del potere sostitutivo del Governo a tutela dei "livelli essenziali" c'è da chiedersi che cosa resti dell'impianto introdotto dalla riforma costituzionale del 2001.

²¹ Si veda, tra le tante, sent. 161/2022 in cui si vieta alla Puglia di introdurre lo Screening del DNA fetale non invasivo (NIPT), poiché «si tratta di una prestazione di natura sanitaria, posta a carico del Sistema sanitario regionale, in ogni caso aggiuntiva rispetto a quelle previste dall'ordinamento statale. Ciò comporta la sottrazione di risorse che devono essere, invece, destinate e utilizzate per consentire alla Regione di adempiere all'obbligo di garantire nel proprio ambito territoriale le prestazioni essenziali come attualmente definite».

