*Quaderni del Gruppo di Pisa*

CONVEGNI

# I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza

*a cura di*

Elisa Cavasino, Giovanni Scala e Giuseppe Verde

Convegno annuale del Gruppo di Pisa
Trapani 8-9 giugno 2012

EDITORIALE SCIENTIFICA

Proprietà letteraria riservata

Copyright © 2013 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli

www.editorialescientifica.com

ISBN 978-88-6342-540-6

# SOMMARIO

PRESENTAZIONE 15
*Elisa Cavasino - Giovanni Scala - Giuseppe Verde*

SALUTO 17
*Antonmichele de Tura*

RELAZIONE INTRODUTTIVA

LE CRISI E LA ROTTURA DELL'EQUILIBRIO: IL NUOVO VOLTO DEI DIRITTI SOCIALI 19
*Giovanni Pitruzzella*

RELAZIONI

I SESSIONE

LO "STATUTO" COSTITUZIONALE DEI DIRITTI SOCIALI
*Giovanna Razzano*

1. Sull'importanza di identificare la "questione sociale" di ogni tempo 25
2. Alcuni binomi assiomatici da ripensare 30
3. Il rapporto fra lo *Stato sociale* e *i diritti sociali* nella Costituzione repubblicana: una distinzione 31
4. La tensione fra la garanzia effettiva dei diritti sociali e il contenimento della spesa pubblica nella giurisprudenza costituzionale. L'opportunità di andare oltre. 35
5. Diritti sociali e mercato: è possibile una convergenza fra giustizia sociale ed economia di mercato? 42
6. Primo corollario: prelievo fiscale, minimo vitale e minimo familiare 46
7. Secondo corollario: l'opportunità di incrementare un'economia non ispirata (solo) al profitto 51

8. Sul binomio *diritti sociali e diritti civili di libertà*: sussidiarietà e ruolo dei pubblici poteri 56
9. Osservazioni conclusive, considerando il binomio *diritti sociali e contesto europeo e globale* 62

I DIRITTI SOCIALI NELLA DIMENSIONE MULTILIVELLO TRA TUTELE GIURIDICHE E CRISI ECONOMICA

*Diletta Tega*

1. Premessa: i diritti sociali al tempo della crisi 67
2. I diritti sociali europei e i documenti che li proclamano 72
2.1. La Carta dei diritti dell'Unione europea 73
2.2. La Carta sociale comunitaria e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali 80
3. *Smith abroad, Keynes at home: still possible and moreover still desirable?* Da Roma a Lisbona: che cosa è cambiato 83
4. L'ora dei diritti sociali: il ruolo della Corte di giustizia 89
5. Prime conclusioni: i diritti sociali tra crisi economica e globalizzazione dei mercati 94

II SESSIONE

DIRITTI SOCIALI E LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI TRA POLITICHE LEGISLATIVE E CORTE COSTITUZIONALE

*Lara Trucco*

1. Premessa 103
2. Gli approcci "massimalista" e "minimalista" ai LEP 104
3. La procedura di determinazione dei LEP tra (proposte della) dottrina e (realtà) normativa… 106
3.1. *Segue:* … e nella giurisprudenza costituzionale 110
4. La configurazione sostanziale dei LEP tra (proposte della) dottrina e (realtà) normativa… 113
4.1. *Segue:* … e nella giurisprudenza costituzionale 117
5. Le promesse (sinora) mancate dai LEP 122
6. Dal "federalismo sanitario" al "federalismo fiscale" (passando per i LEP). Il contributo al "traghettamento" della Corte costituzionale 129
7. I LEP tra principio personalista e interessi economici 135
8. "Governo tecnico" e (continuità dell') "accentramento" delle politiche di spesa: una "fase due" dei livelli essenziali delle prestazioni? 141

LA PRETESA DI RICEVERE PRESTAZIONI SANITARIE
NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE REPUBBLICANO
*Andrea Rovagnati*

1. Cenno introduttivo 147
2. Quale tutela per la salute? I dubbi della giuspubblicistica nell'immediato dopoguerra 148
3. Interpretazioni e trasformazioni dell'art. 32, comma 1, Cost. nei primi trent'anni della storia repubblicana 150
4. Il processo di riforma sanitaria davanti alla Corte costituzionale 154
5. Attuazione legislativa e amministrativa del diritto alla salute negli anni ottanta 157
6. La garanzia dell'assistenza sanitaria tra giurisdizioni comuni e Corte costituzionale 162
7. Verso un nuovo modello di tutela della salute 170
8. La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale 178
9. L'accesso a prestazioni sanitarie tra organi legislativi, amministrativi, giurisdizionali e Corte costituzionale. Brevi considerazioni conclusive 184

III SESSIONE

I DIRITTI SOCIALI DEGLI STRANIERI. POLITICHE DI APPARTENENZA
E CONDIZIONI DI ESCLUSIONE NELLO STATO SOCIALE
*Francesca Biondi Dal Monte*

1. La "crisi" dei diritti sociali nelle comunità senza confini 189
2. I diritti sociali degli stranieri. Le condizioni del mancato riconoscimento 195
2.1 Il diritto alla salute tra iscrizione al SSN e regolare presenza sul territorio 197
2.2 Il diritto all'assistenza sociale tra residenza, permesso ce e cittadinanza 200
2.3 Il diritto all'istruzione tra presenze regolari e irregolari 202
2.4 Il diritto all'abitazione 204
2.5 I diritti dello straniero lavoratore 207
3. I diritti sociali degli stranieri come diritti "pluri-condizionati" 209
3.1 Giurisprudenza costituzionale e livelli di riconoscimento dei diritti sociali: presenza sul territorio e residenza 210
3.2 *Segue:* possesso di determinati titoli di soggiorno e cittadinanza 214
3.3 I diritti sociali degli stranieri (e dei cittadini): localismo e discriminazioni indirette 217
4. I diritti sociali dello straniero nel prisma della tutela antidiscriminatoria 219
5. La tutela dei diritti sociali dello straniero nel dialogo tra Corti. La Corte europea dei diritti dell'uomo 222
5.1 La giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla condizione giuridica dei cittadini di paesi terzi 225
6. Rilievi conclusivi. Le politiche di "appartenenza" e le scelte connesse alle risorse finanziarie 227
6.1 Il convitato di pietra. Superare il paradosso democratico delle società moderne per contrastare i diritti sociali *octroyés* 229
6.2 La natura fondamentale dei diritti sociali e il dovere di solidarietà 231

«L'INCESSANTE DINAMICA DELLA VITA MODERNA»
I NUOVI DIRITTI SOCIALI NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE
*Simone Scagliarini*

1. I "nuovi diritti sociali" 235
1.1. Diritti costituzionali vecchi e nuovi 236
1.2. La "socialità" dei diritti 240
2. Nuovi diritti e giurisprudenza costituzionale 241
3. Il diritto all'abitazione 242
3.1. Il bilanciamento con altri interessi costituzionali 245
4. Il diritto alla socializzazione dei disabili 247
4.1. La socializzazione attraverso la scuola 248
4.2. Diritto alla socializzazione e qualità di vita del disabile 251
4.3. Socializzazione del disabile e diritti (degli altri membri) della famiglia 253
4.4. Il diritto alla socializzazione nel giudizio di bilanciamento 256
5. Il diritto del minore a una famiglia 256
5.1. Diritti del minore tra famiglia legittima e famiglia naturale 258
5.2. Dalla tutela della lavoratrice alla tutela del minore 259
5.3. Potestà genitoriale e tutela del minore 260
6. Il "diritto di togliersi la fame" 261
7. Il diritto all'ambiente salubre 263
7.1. Il diritto all'ambiente nel bilanciamento degl'interessi 265
8. Il diritto all'informazione 267
9. Qualche considerazione di sintesi 272
9.1. L'età dei nuovi diritti 272
9.2. Nuovi diritti sociali, diritti fondamentali ed eguaglianza sostanziale 274
9.3. Nuovi diritti e forma di Stato sociale 275
9.4. Nuovi diritti tra Corte e legislatore 276
9.5. Nuovi diritti tra giudizi principali e incidentali 278
9.6. Nuovi diritti e risorse finanziarie 281
10. Nota conclusiva 282

## INTERVENTI E COMUNICAZIONI

CALAMANDREI E LA QUESTIONE SOCIALE
*Elena Bindi*

1. Premessa
2. Calamandrei scrittore politico 285
3 Costituente e questione sociale 288
4. Il contributo dato al dibattito in Assemblea costituente 291
5. Gli anni del disincanto e le battaglie compiute dalle pagine del Ponte 293
6. La lunga strada dal riconoscimento alla garanzia: "siamo ancora su quel ponticello, ma com'è difficile passare sull'altra sponda" 295
300

DIRITTO ALLA SALUTE E RISERVA DEL POSSIBILE. SPUNTI DAL CONTESTO BRASILIANO PER OSSERVARE IL "FEDERALISMO FISCALE"
*Silvia Bruno*

1. Premessa: utilità del confronto con il Brasile 305
2. Breve ricognizione sul diritto alla salute nel riparto di competenze tra Stato e Regioni in Italia 306
3. Spunti di riflessione dall'esperienza brasiliana 309
4. I condizionamenti finanziari del diritto alla salute 315

BUON SENSO E PREGIUDIZIO: OVVERO, LA CRISI DEI VALORI COSTITUZIONALI
*Matteo Carrer*

1. Un'apparente divagazione 323
2. L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul consumo? 325
3. «Questi sono i miei principi. Qualora non vi piacessero… beh, ne ho degli altri» 329
4. Conclusioni 331

IL DIRITTO ALLA SALUTE COME DIRITTO "A PRESTAZIONI". CONSIDERAZIONI SULL'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA
*Elisa Cavasino*

1. Il diritto alla salute nella morsa dei pubblici poteri. Il modello eteronomo di tutela della salute 335
2. Modello "eteronomo" di tutela della salute, garanzie dell'uguaglianza e compressione dell'autonomia regionale 337
3. Strategie dell'uguaglianza e vincolo economico-finanziario: fattori di "crisi" endogeni del modello eteronomo 343
4. Emergenza finanziaria e processo d'integrazione sovranazionale: verso l'ineffettività del diritto alla salute? 352

L'APPROCCIO *STANDARD* NELL'AMBITO DELL'ATTUAZIONE DEL C.D. FEDERALISMO FISCALE: TRA AUTONOMIA, EFFICIENZA E TUTELA DEI DIRITTI E DELLE PRESTAZIONI ESSENZIALI
*Moris Foglia*

1. Il terreno d'indagine 355
2. L'approccio *standard* delineato dalla legge delega n. 42/2009 356
3. La concreta implementazione dell'approccio *standard* in alcuni attuativi 361
3.1. Il decreto legislativo n. 216/2010 361
3.1.1. Il graduale approccio verso i costi e fabbisogni *standard* 363

3.1.2. La procedura per la determinazione dei fabbisogni *standard* 364
3.1.3. Alcune succinte osservazioni 366
3.2. Il decreto legislativo n. 68/2011 368
3.2.1. I costi e i fabbisogni *standard* nel settore sanitario 368
3.2.2. Alcuni brevi rilievi 371
4. Semplici annotazioni conclusive 377

GIURISPRUDENZA CEDU
E GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE SUI DIRITTI SOCIALI
A CONFRONTO
*Andrea Guazzarotti*

1. La tutela dei diritti sociali nella CEDU: quando la diversità dei "cataloghi costituzionali" conta 379
2. Il sindacato di eguaglianza e di proporzionalità sui diritti sociali garantiti a livello nazionale 384

IL PARADIGMA INCLUSIVO DELLA CITTADINANZA
EUROPEA E LA SOLIDARIETÀ TRANSNAZIONALE
*Andrea Lollo*

1. Modelli di *Welfare* e confini delle comunità 391
2. Le trasformazioni della cittadinanza europea e il paradigma inclusivo nell'accesso *cross boarder* ai diritti sociali 392
3. Il volto della solidarietà europea 395
4. Solidarietà transnazionale, *deficit* democratico e destino dell'Unione: conclusioni 398

LA PARITÀ FRA UOMO E DONNA
NELL'ACCESSO AI SERVIZI SANITARI.
RIFLESSIONI SU DONNE, ABORTO
E OBIEZIONE DI COSCIENZA
*Anna Lorenzetti*

1. Le prassi discriminatorie nell'accesso ai servizi sanitari: il caso della contraccezione e dell'interruzione di gravidanza 401
2. La Direttiva 2004/113 e le eccezioni al principio di non discriminazione 402
3. Finalità legittime e mezzi appropriati e necessari: confini e limiti 403
4. L'obiezione di coscienza come limite al diritto di accesso alle prestazioni sanitarie 405
5 L'uguaglianza nell'accesso ai servizi: modifica dei paradigmi e possibili evoluzioni 409
6. Cenni conclusivi 415

L'ABITAZIONE, DIRITTO ED ONERE DELLO STRANIERO.
ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE
*Marta Mazzotta*

1. Premessa 413
2. Il frastagliato ordinamento normativo in materia: un diritto conteso tra Stato, Regioni ed enti locali 415
3. L'accesso degli stranieri all'edilizia residenziale pubblica tra giurisprudenza di merito e costituzionale 416
4. L'inadeguatezza delle politiche abitative in Italia. Considerazioni conclusive 421

SPUNTI SULLA TUTELA DEI DIRITTI SOCIALI
INNANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO
*Giuseppe Monaco*

1. L'effettività dei diritti sociali: a ciascuno il suo 425
2. La teoria dei diritti "incomprimibili" ed il riparto di giurisdizione 427
2.1. *Segue:* il riconoscimento della giurisdizione amministrativa anche per le controversie aventi ad oggetto diritti fondamentali 431
3. Verso la pienezza della tutela innanzi al giudice amministrativo: la pluralità delle azioni disponibili 435

IL CARATTERE INCLUSIVO DEI DIRITTI SOCIALI
E I PARADOSSI DELLA SOLIDARIETÀ ORIZZONTALE
*Alessandro Morelli*

1. La pretesa universalistica dei diritti sociali 441
2. Il *carattere inclusivo* dei servizi funzionali all'esercizio dei diritti sociali 444
3. Le istanze di inclusione nei nuovi diritti sociali 446
4. Il carattere inclusivo dello Stato sociale e i paradossi della solidarietà orizzontale 448

IL DIRITTO DI PARTECIPAZIONE: NOTE PRELIMINARI
(PER L'EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI SOCIALI)
*Marta Picchi*

1. Introduzione 451
2. Le politiche di definizione e attuazione dei diritti sociali 452
2.1 Tecniche normative e partecipazione 453
2.2 Pratiche di democrazia partecipativa 457
2.3 *Segue:* gli impulsi dalle esperienze regionali 460
3. Valutazioni di sintesi. Principio partecipativo e diritto di partecipazione 464

3.1. *Segue:* indicazioni per rendere effettivo il diritto di partecipazione 467
3.2. *Segue:* la mancata interposizione del legislatore 469

IL MERCATO E I DIRITTI SOCIALI
*Stefano Rossi*

1. I diritti sociali nel mercato 473
2. Mercato e diritto 475
3. Il mercato come formazione sociale (ovvero dall'essere al dover essere) 478
4. Diritti sociali e dignità 480

IL *VORBEHALT DES MÖGLICHEN*
NELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI TEDESCHE
*Andrea Sandri*

1. Considerazioni introduttive 483
2. Il *numerus clausus* 484
3. Altre decisioni successive 486
4. Il concetto di *Vorbehalt des Möglichen* e i suoi corollari 490
5. Conclusioni 493

LA CARTA SOCIALE DEL CONSIGLIO D'EUROPA
E L'ORGANO DI CONTROLLO:
IL COMITATO EUROPEO DEI DIRITTI SOCIALI.
NUOVI SVILUPPI E PROSPETTIVE DI TUTELA
*Emilia Straziuso*

1. Il Ruolo della Carta sociale del Consiglio d'Europa nella dimensione sociale europea 495
2. Struttura della Carta e ambiguità che ne indeboliscono la portata effettuale. 498
3. La "giurisprudenza" del Comitato degli esperti: prospettive di consolidamento dei diritti sociali 501
3.1. *Segue:* alcuni casi di reclami per violazione dei diritti dei Rom 504
4. I limiti di giustiziabilità della Carta 506
5. Tutela ed effettività dei diritti sociali: l'indirizzo culturale nella prassi delle Corti europee 508
5.1. *Segue:* alcune ipotesi di sinergia tra le Carte del Consiglio d'Europa e le rispettive "giurisprudenze" 510
6. Brevi conclusioni 514

ACCESSO A INTERNET:
VERSO UN NUOVO DIRITTO SOCIALE?
*Palmina Tanzarella*

1. Oggetto dell'indagine 517
2. Lo scenario internazionale: nessun segnale di diritto di accesso a internet 521
2.1. L'esempio statunitense 522
2.2. L'esempio britannico 525
3. E in Italia? 526
3.1. Il rispetto degli obblighi internazionali e dei vincoli comunitari 530
3.2. Il principio d'eguaglianza sostanziale ex art. 3, comma 2 della Costituzione 532

I "NUOVI" DIRITTI SOCIALI: LA PARABOLA
DELL'INTEGRAZIONE SCOLASTICA DEI DISABILI
*Silvio Troilo*

1. Il diritto all'istruzione dei disabili: una vicenda paradigmatica 535
2. La sentenza n. 215 del 1987: la Corte costituzionale corregge la rotta già tracciata dal legislatore 537
3. Il "nuovo" diritto all'integrazione scolastica dei disabili fra principi costituzionali e scelte legislative 540
4. L'ulteriore richiamo della Corte: il diritto all'integrazione scolastica è fondamentale e incomprimibile (nel suo nucleo essenziale) 542

DAL CRITERIO DELLA PREVALENZA ALLA LEALE COLLABORAZIONE:
QUALE AUTONOMIA LEGISLATIVA REGIONALE
IN MATERIA DI POLITICHE SOCIALI?
*Elena Vivaldi*

1. L'assetto costituzionale delle competenze inerenti la tutela dei diritti sociali 545
2. Il ruolo della legge regionale nella tutela dei diritti sociali: i fattori di condizionamento della effettiva possibilità, per le regioni, di dettare norme concernenti la tutela di diritti sociali 547
3. L'autonomia regionale in materia di politiche sociali, tra criterio di prevalenza e leale collaborazione 551
4. Alcune riflessioni conclusive e prospettive aperte 555

## RELAZIONI DI SINTESI

I SESSIONE
I DIRITTI SOCIALI NELL'ATTUALE MOMENTO COSTITUZIONALE 563
*Antonio D'Aloia*
II SESSIONE
I DIRITTI SOCIALI TRA ESIGIBILITÀ E PROVVISTA FINANZIARIA 581
*Alessandro Mangia*

III SESSIONE
I DIRITTI SOCIALI *IN PROGRESS* 603
*Daniela Bifulco*

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE 613
*Paolo Caretti*

# PRESENTAZIONE

Questo volume raccoglie gli atti del Convegno annuale del *Gruppo di Pisa* svoltosi a Trapani l'8 e il 9 giugno 2012 su *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*.

Promuovere un dibattito fra studiosi di diritto costituzionale sui diritti sociali assume oggi un notevole rilievo sul piano culturale, sociale e politico. Ciò in quanto questi diritti appaiono aver mutato forma e, dopo la stagione politica dell'ultimo trentennio dello scorso secolo, tendono ad essere strumenti della solidarietà di cui le forze politiche, economiche e sociali hanno difficoltà a farsi carico.

Una difficoltà certamente imputabile al "costo dei diritti" in un contesto caratterizzato dall'esiguità delle risorse, dal concorso di nuovi soggetti alle prestazioni sociali e dal moltiplicarsi delle situazioni giuridiche meritevoli di tutela.

Questa difficoltà, però, deve essere superata. Non solo perché si tratta di diritti che ricevono garanzia costituzionale, con ciò implicando un problema di effettività della Costituzione repubblicana. Ma anche per una ragione più profonda, relativa alla *necessità* della loro tutela. Non appare superata, a tal proposito, la riflessione di T.H. Marshall, per il quale i diritti sociali assolvono più di altri la funzione di integrazione della persona nell'ordinamento giuridico-costituzionale.

Sotto altro profilo essi implicano l'adempimento di specifici *doveri* costituzionali. Un tema quest'ultimo al quale il *Gruppo di Pisa* ha dedicato, negli anni scorsi, altri momenti di riflessione. Il nesso inscindibile fra diritti e doveri costituzionali è stato ora affrontato nelle relazioni e negli interventi sotto diverse prospettive.

Il dibattito ha ruotato intorno a tre direttrici: l'analisi del quadro nazionale e sovranazionale delle forme di riconoscimento e garanzia costituzionale dei diritti sociali; il tema classico del rapporto fra struttura e forme di garanzia dei diritti sociali, toccando il nodo del rapporto fra *socializzazione* dei *costi* per la garanzia dei diritti sociali attraverso le politiche pubbliche di reperimento e redistribuzione delle risorse, e *crisi fiscale* dello Stato; il tema dell'*evoluzione* della categoria giuridica "diritti sociali" alla luce delle trasformazioni dei *bisogni di tutela* emergenti nelle società degli Stati europei del XXI secolo.

Il confronto è stato ricco di spunti di estremo interesse, di letture originali e di percorsi di riflessione che riannodano i fili delle ricerche sui diritti

sociali che sono state svolte in dottrina. Il volume offre un'ampia analisi di categorie, istituti, temi ormai divenuti classici nel dibattito sui diritti nelle Costituzioni degli Stati di democrazia pluralista.

È un grande piacere, pertanto, presentare questo volume. Con l'augurio che le riflessioni su questo tema possano ripartire anche da queste pagine.

Nel concludere è giusto ricordare che questo convegno si è svolto nelle strutture del Polo territoriale universitario della Provincia di Trapani, grazie al contributo del Consorzio universitario della Provincia di Trapani e della Provincia Regionale di Trapani e all'impegno del Dipartimento IURA – Diritti e tutele nelle esperienze giuridiche interne e sovranazionali dell'Università degli Studi di Palermo.

Elisa Cavasino
Giovanni Scala
Giuseppe Verde

# SALUTO ED INTERVENTO INTRODUTTIVO

di Antonmichele de Tura*

In occasione del Convegno annuale che il Gruppo di Pisa ha inteso dedicare ad un tema particolarmente significativo come il riconoscimento e la garanzia dei diritti sociali, desidero anzitutto portare a tutti voi il saluto più cordiale del Ministro Renato Balduzzi e i Suoi auguri di buon lavoro per queste giornate che, sicuramente, recheranno, per la qualità dei relatori, un significativo contributo all'analisi delle tematiche affrontate.

Il diritto alla salute è, com'è noto, l'unico tra i diritti che la Costituzione espressamente definisce come *fondamentale* e, se le parole hanno un senso, ciò significa, anzitutto, che – nel processo di costruzione di una identità collettiva nazionale - la sua tutela riveste un ruolo, evidentemente, cruciale, così come il bene salute occupa uno spazio centrale nell'esperienza della vita personale e collettiva.

E non è, in proposito, casuale che sia stata proprio la materia della salute e della sanità ad anticipare in sede di legislazione ordinaria e di programmazione generale, quella nozione di livelli essenziali delle prestazioni, che la riforma costituzionale del 2001 avrebbe poi riferito a tutti i diritti, sia civili che sociali.

La materia dei livelli essenziali formerà, come da programma, oggetto di riflessione da parte dei relatori e, pertanto, non entrerò nel merito delle (numerose) problematiche che essa pone.

Mi limiterò, tuttavia a osservare come il problema del completamento dell'*iter* dei nuovi LEA sia uno tra gli elementi più significativi dell'agenda del Ministro e del Governo nel suo insieme. Sappiamo che definire cosa siano in concreto i LEA non è operazione semplice, considerato anche che, per il loro carattere prevalentemente tecnico-sanitario, tendono spesso a sfuggire alla considerazione dei giuristi. Nella più recente formulazione disponibile, si tratta di circa seimila tipologie di prestazione, di cui oltre cinquecento classi di prestazioni ospedaliere, ricoveri ordinari, *day hospital*, pronto soccorso, circa duemiladuecento prestazioni specialistiche, circa millesettecento protesi su misura, settanta programmi di prevenzione collettiva di patologie prevenibili.

Bene, come il Ministro ha avuto occasione di sottolineare già in occasione della presentazione delle linee programmatiche del Suo Dicastero, tutte queste prestazioni hanno oggi bisogno di una flessibilità interna: qualcosa deve uscire

* Consigliere nella Corte costituzionale. Esperto del Ministro della salute per lo studio e l'approfondimento delle tematiche attinenti al diritto sanitario

in quanto obsoleta o divenuta troppo costosa o inutile, qualcosa deve entrare. Alla fine, i saldi devono essere corretti, e questo è un impegno importante e prioritario. Non si tratta, infatti, solo della pressione di tutti coloro che da quattro anni aspettano, ma proprio della logica del sistema di monitoraggio e di questo aggiornamento periodico dei LEA. Non farlo significherebbe non solo omettere un compito previsto, ma toccare il sistema stesso.

Il tema dei LEA appare, poi, strettamente connesso, e penso che anche tale aspetto verrà posto in luce nel prosieguo dei lavori, con quello della individuazione dei livelli essenziali di assistenza sociale, i cosiddetti LIVEAS, con la connessa difficoltà della loro individuazione. Il percorso da compiere appare qui meno agevole, se si considera che, mentre i LEA preesistevano, come visto, alla riforma costituzionale del 2001, la vicenda dei LIVEAS ha per lungo tempo segnato il passo.

È pur vero che la normativa (legge 8 novembre 2000, n. 328, art. 22) opera un riferimento a questo tema, ma non è stato ancora possibile applicare la declaratoria dei LEA ai LIVEAS. Ciò, non perché ci si sia stata pigrizia o chissà quali resistenze, ma perché la condizione concreta di standardizzazione dei servizi sanitari è molto diversa rispetto a quella dei servizi sociali.

Su questo specifico tema – proprio pochissimi giorni addietro – il Ministro ha avuto occasione di riferire dinanzi alla Commissione parlamentare per le questioni regionali (in sede di indagine conoscitiva sui progetti di riassetto delle funzioni tra i diversi livelli di governo), rilevando che, nell'attuale momento, la ristrettezza delle risorse in capo sia alle regioni che ai comuni e i possibili, preannunciati interventi volti a ridurre ancora di più le risorse assegnate alle regioni per la sanità, finiranno per determinare, anche sul fronte dei servizi sociali, per la parte dell'integrazione socio-sanitaria, qualche situazione di difficoltà.

Nella medesima occasione si è potuto riscontrare come, ad esempio, si sia pressoché completato il lavoro sui costi *standard*, base fondamentale per disporre in maniera appropriata le risorse per il 2013, così come sia in fase avanzata il procedimento di revisione della spesa.

Ma non intendo sottrarre altro tempo ai vostri lavori e, dunque, mi avvio a concludere: il cammino che si è intrapreso è complesso e non facile; le criticità non sono poche ma, come è riconosciuto anche al di fuori del nostro Paese, sono tanti i settori in cui si è all'avanguardia, dai centri di eccellenza all'ECM, dall'aziendalizzazione alla valutazione dell'attività dei risultati.

Da qui, e in questo credo di esprimere il pensiero del Ministro, la disponibilità piena a costruire, tenendo conto delle indicazioni provenienti da ogni settore della società civile, i percorsi ritenuti migliori per assicurare la piena e più incisiva attuazione del diritto fondamentale alla salute.

Grazie e, ancora, buon lavoro.

# RELAZIONE INTRODUTTIVA

## *Le crisi e la rottura dell'equilibrio: il nuovo volto dei diritti sociali*

di Giovanni Pitruzzella

**1.**

Democrazia, mercato e coesione sociale sono state le tre direttrici lungo le quali le Costituzioni del II dopoguerra hanno tracciato il percorso di legittimazione della sovranità statale.

Delle tre, indubbiamente, la direttrice mercatistica è stata quella che negli ultimi decenni ha costituito *la determinante* delle trasformazioni degli ordinamenti giuridici statali.

Le ragioni sono note.

Il lento procedere delle trasformazioni della sovranità statale nell'alveo dell'integrazione europea e la crisi politica, istituzionale ed economica che seguì alla caduta del muro di Berlino, hanno comportato, negli anni '90, sia la scomparsa degli attori del sistema politico che avevano contribuito a costruire l'assetto costituzionale repubblicano, sia la necessità di operare delle trasformazioni radicali dell'assetto delle politiche e delle istituzioni della coesione sociale.

Molte delle soluzioni al problema della crisi fiscale dello Stato miravano alla contrazione e alla razionalizzazione della spesa sociale. Da qui il nuovo volto della democrazia e della coesione sociale nell'Italia repubblicana degli ultimi vent'anni.

In un modello di svolgimento dei principi costituzionali in cui i diritti sociali erano stati immaginati come diritti a prestazioni rese nell'ambito del rapporto di servizio pubblico, queste scelte non potevano non determinare una radicale trasformazione delle forme di garanzia di questi diritti.

2.

Nella riorganizzazione dei servizi pubblici posti a presidio dei diritti sociali *che più costano*, le scelte politiche degli anni '90 hanno scommesso sull'introduzione delle logiche del mercato concorrenziale.

Questa linea di politica del diritto è apparsa evidente soprattutto nella riforma del servizio sanitario nazionale.

I mutamenti che ha attraversato questo settore materiale dell'ordinamento appaiono di estremo interesse per cogliere anche le trasformazioni della *forma di Stato*, o meglio, la ricerca di un nuovo equilibrio fra democrazia, mercato e coesione sociale.

È possibile affermare che molte delle *riforme sanitarie* contengono *in nuce* alcuni dei tratti che hanno caratterizzato l'evoluzione dell'assetto istituzionale della Repubblica.

È il caso di ricordare alcuni aspetti di queste trasformazioni.

Nei primi anni '90 il servizio sanitario ha vissuto una stagione di apertura al mercato, sulla base dell'assunto che, ampliando l'offerta dei servizi e la libertà di scelta dell'utente sarebbe stato possibile contenere la spesa sanitaria.

Così non è stato e, gradualmente, è stata ridimensionata nuovamente la libertà di scelta dell'utente a fronte della fissazione di alcuni criteri che Stato e Regioni avrebbero dovuto seguire nella pianificazione della spesa pubblica per la salute e nella regolazione dei rapporti fra pubblico e privato.

Livelli essenziali di assistenza e costi *standard* delle prestazioni sono poi divenuti concetti chiave per la ridefinizione delle forme di tutela dei diritti sociali.

Così almeno è stato nell'ambito del modello *pubblicistico* di organizzazione e gestione dei servizi per la salute.

Quel decennio si chiude con la stagione del *federalismo amministrativo* e *fiscale* per *via legislativa*. È nel quadro di quella che la Corte costituzionale aveva chiamato "tendenziale rigidità della spesa sanitaria" che è svolto e si svolge tuttora il tentativo di far leva sulla responsabilità degli Enti regionali per l'impiego delle risorse pubbliche e di ridefinire le forme di finanziamento del servizio sanitario nazionale.

3.

Il XXI secolo si apre con le riforme costituzionali dell'assetto dei rapporti fra gli Enti che compongono la Repubblica.

Il binomio autonomia-responsabilità avrebbe dovuto ricostruire l'equilibrio fra democrazia, mercato e coesione sociale.

A più di un decennio dalla sperimentazione di questo nuovo modello, bisogna però prendere atto che in società con economie deboli, tassi di disoccupazione elevati e forte dipendenza dei redditi dalla spesa pubblica, il consenso elettorale spesso si costruisce sulla base dell'utilizzo particolaristico delle risorse pubbliche e, di conseguenza, le politiche di coesione sociale sono diventate strumento di gestione del potere politico.

Peraltro, ciò spiegherebbe anche perché, in momenti di crisi fiscale dello Stato, è a rischio non solo la coesione sociale, ma anche un certo assetto istituzionale dell'ordine democratico.

È noto che l'esperienza della riforma costituzionale del Titolo V, parte II della Costituzione "costituzionalizza" in gran parte un modello già sperimentato, negli anni '90, nel settore materiale della tutela della salute.

Per mantenere l'equilibrio fra democrazia, mercato e coesione sociale, sono state attribuite allo Stato alcune leve delle *politiche dell'economia di mercato* e sono state attribuite alle Regioni la gran parte delle competenze in materia di politiche sociali.

Lo svolgimento di questo modello di rapporti fra Stato e Regioni non ha determinato un generalizzato miglioramento del livello di coesione sociale, né di garanzia dell'uguale esercizio dei diritti "sociali".

L'azione degli Enti regionali non è riuscita a garantire l'uguaglianza: emergono fortissime disuguaglianze nei criteri e nei risultati di gestione delle risorse pubbliche e notevoli differenze nell'organizzazione dei servizi *per la garanzia* dei diritti sociali.

Le Regioni e lo Stato, a tutt'oggi, non possiedono strumenti giuridici idonei ad assicurare che non venga violato il contenuto essenziale dei diritti costituzionalmente garantiti né strumenti idonei a valutare quali e quante risorse pubbliche siano necessarie a servire a tal fine.

In particolare, in uno dei settori del *Welfare* più costoso, quello sanitario, emerge il dato allarmante che da oltre un lustro diverse Regioni sono incapaci di assicurare i livelli essenziali delle prestazioni in condizioni di equilibrio economico.

Da qui l'esigenza di ricercare strumenti di controllo dell'azione politica, amministrativa e finanziaria regionale. L'esperienza dei piani di rientro e dei meccanismi di "controllo" dell'autonomia regionale delle regioni in *deficit* mostra la difficoltà coniugare autonomia regionale e garanzia dell'equilibrio economico-finanziario. Così l'autonomia regionale appare annichilita e, al contempo, appaiono sbiadite anche le forme di garanzia dei diritti sociali nelle regioni non in equilibrio.

Su questo quadro normativo si è abbattuta una delle più gravi crisi del debito sovrano che si sia manifestata nella storia recente.

La crisi finanziaria e del debito sovrano ha determinato il recupero di modelli di "controllo" centralistico dei processi di spesa pubblica che hanno compresso ulteriormente l'autonomia degli Enti politici sub-statali.

Gli strumenti di contrasto della recessione, inoltre, segnano una profonda crisi della democrazia rappresentativa.

Se l'autonomia politica dello Stato trae le sue radici anche nel principio del controllo delle risorse economiche esistenti sul territorio statale, la crisi del debito sovrano c'insegna che oggi questo principio viene messo in discussione per evitare il *bail-out* dello Stato.

Lo Stato è sotto tutela da parte di organismi sovranazionali; s'impone regole costituzionali sui processi di spesa pubblica che sono decise al di fuori del circuito democratico-rappresentativo.

Lo Stato è sotto tutela ed il suo "posto" rispetto alla regolazione del mercato e allo svolgimento delle politiche di coesione sociale è mutato.

L'interrogativo cui molti dei contributi che sono stati presentati nel corso dei lavori di questo convegno è proprio quello della tenuta di un certo modello di svolgimento dei principi costituzionali in materia di diritti sociali.

Mi chiedo se sia ancora il caso di porre l'accento sul modello tradizionale di raccordo fra diritti costituzionali ed esigenza di assicurare delle prestazioni pubbliche, ossia se si debba ripensare *come* organizzare un servizio pubblico.

Forse per mantenere la precettività delle norme costituzionali sui diritti bisognerebbe ripensare alla struttura dei diritti costituzionali e alle loro forme di garanzia andando *oltre* questo modello.

# RELAZIONI

## I SESSIONE

# LO "STATUTO" COSTITUZIONALE DEI DIRITTI SOCIALI*

di Giovanna Razzano

Sommario: 1. Sull'importanza di identificare la "questione sociale" di ogni tempo. - 2. Alcuni binomi assiomatici da ripensare. - 3. Il rapporto fra *lo Stato sociale* e *i diritti sociali* nella Costituzione repubblicana: una distinzione. - 4. La tensione fra la garanzia effettiva dei diritti sociali e il contenimento della spesa pubblica nella giurisprudenza costituzionale. L'opportunità di andare oltre. - 5. Diritti sociali e mercato: è possibile una convergenza fra giustizia sociale ed economia di mercato? - 6. Primo corollario: prelievo fiscale, minimo vitale e minimo familiare. - 7. Secondo corollario: l'opportunità di incrementare un'economia non ispirata (solo) al profitto. - 8. Sul binomio *diritti sociali e diritti civili di libertà*: sussidiarietà e ruolo dei pubblici poteri. - 9. Osservazioni conclusive, considerando il binomio *diritti sociali e contesto europeo e globale*.

## 1. Sull'importanza di identificare la "questione sociale" di ogni tempo

Intraprendere uno studio sullo "*statuto* costituzionale dei diritti sociali" risulta una sfida nel momento economico di recessione e di rigore finanziario che si sta vivendo, quando l'Italia è esposta al fallimento per l'imponente debito pubblico accumulato, sotto attacco dei mercati finanziari e continuamente incalzata dall'esterno ad intervenire sul proprio bilancio[1].

D'altra parte, è stato notato, i principali "diritti sociali" furono propugnati e riconosciuti in conseguenza di due gigantesche crisi economiche, quella del 1873 e quella del 1929[2]. Cosicché, volgendo il tutto in chiave positiva, ci si potrebbe piuttosto domandare quale impulso dare, ora, all'attuazione dei "diritti sociali" riconosciuti dalla Costituzione, quando rischiano, di fatto, una sospensione[3].

* Il presente contributo è una rielaborazione sintetica della relazione presentata al Convegno cui riferiscono questi Atti. Si rinvia a questa versione *maior* per più puntuali riferimenti bibliografici e più estese considerazioni (gruppodipisa.it)

[1] Cosicché l'attuale frangente, in quanto di emergenza, richiede un "salvataggio". Sul passaggio dal paradigma dello Stato interventore, allo Stato regolatore e, da ultimo, allo Stato salvatore, R. Miccù, Lo Stato regolatore e la nuova Costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto, in Il modello europeo di regolazione, a cura di P. Chirulli e R. Miccù, Napoli, 2011, 138; G. Napolitano, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali,* in *Giorn. dir. amm*., 2008, 1083 ss. Sull'evoluzione dei diritti sociali A. D'Aloia, *Storie costituzionali dei diritti sociali*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, vol. II, Napoli, 2008, 689 ss.

[2] A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 2007, 128.

[3] Osservano M. Campedelli, P. Carrozza e L. Pepino, nell'*Introduzione* al volume

Nella prospettiva filosofica poi, i "diritti sociali" derivano dalla virtù della giustizia, come direbbe Aristotele[4]. E non è ininfluente considerare che il fenomeno che sta al fondo di ogni giustizia, come osservato da un autore più di recente, è quello della distribuzione o dell'uso di beni scarsi[5]. Cosicché l'attuale scarsità di beni, per così dire, non è un alibi per la sospensione della giustizia.

Per rendere più concreto il discorso conviene tuttavia partire dal dato normativo testuale che, tra l'altro, offre la miglior difesa della stessa categoria dei "diritti sociali". Va ricordato infatti che, per quanto possa risultare superata[6], l'espressione compare nella stessa Costituzione, alla lettera *m)* del secondo comma dell'art. 117 e al secondo comma dell'art. 120, in riferimento alla determinazione e alla tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti, appunto, *i diritti civili e sociali* che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale. Se è vero che si tratta di una terminologia allusiva, tuttavia resta utile a rimarcare che vi è, in primo luogo, un *interesse nazionale* alla tutela dei diritti sociali e, secondariamente, che questi assurgono *al medesimo rango dei diritti civili*, con ciò sgomberando il campo da risalenti dispute dottrinali circa una differenza qualitativa fra gli uni e gli altri[7].

Certamente le disposizioni che fondano, individuano e garantiscono "diritti sociali"[8] si ritrovano nei *principi fondamentali* e nella *parte prima* della

*Diritto di welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Bologna, 2010, 19, di cui sono curatori, che si affrontano oggi due visioni contrapposte: il *welfare* come lusso e il *welfare* come risorsa.

[4] In particolare, Aristotele, *Etica nicomachea*, libro V, da 1129a. Ai nostri giorni, sulle "virtù" necessarie per la concretizzazione dei valori fondanti dell'ordinamento europeo, cfr. J.H.H. Weiler, *"Nous coalisons des Etats, nous n'unisons pas des hommes"*, in *La sostenibilità della democrazia nel XXI secolo*, a cura di M. Cartabia e A. Simoncini, Bologna, 2009, 51 ss.

[5] Cosi R. Spaemann, *Concetti morali fondamentali* (1986), Casale Monferrato, 1993, 61.

[6] Così, espressamente, M. Politi, in conclusione al suo contributo *I diritti sociali* in R. Nania-P. Ridola, *I diritti costituzionali*, III, Torino, 2006, 1019 ss. Ma anche A. Spadaro, *Diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 4/2011, 1-2.

[7] Interessante, fra l'altro, sempre sul piano terminologico, è ricordare come C. Mortati, *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972; Id., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1130 ss., abbia preferito l'espressione "diritti civici" a quella "diritti sociali", indicando con questa terminologia le pretese dei singoli verso lo Stato a prestazioni in loro favore; tali diritti si distinguerebbero dai diritti di libertà, in quanto volti ad ottenere l'adempimento di obblighi giuridici di fare. Sull'elaborazione dottrinale, sviluppata soprattutto dalla dottrina tedesca, relativa alla dicotomia fra diritti di libertà e diritti sociali, cfr. M. Mazziotti, *Diritti sociali*, in *Enc. dir*., XII, Milano, 1964, 805. È in primo luogo C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione* (1928), tr. it. Milano, 1981, 219, ad aver sostenuto il carattere fondamentale dei diritti di libertà e, al contrario, la derivazione dei diritti sociali dalle leggi ordinarie. Secondo questo autore, i diritti sociali sono qualitativamente diversi da quelli di libertà, in quanto rivolti al legislatore e condizionati da quest'ultimo, che è libero di determinarsi e, dunque, in grado di vanificare gli stessi diritti sociali. Cfr. inoltre E. Forsthoff, *Concetto e natura dello Stato sociale e di diritto* (1953), ora in *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973.

[8] Scettico sulla portata giuridica della classificazione dei diritti fondamentali "per generazioni" A. Pizzorusso, *Le «generazioni» dei diritti nel costituzionalismo moderno*, in *Diritto*

Costituzione, relativa ai diritti e ai doveri dei cittadini, dove, accanto alle libertà, vi sono principi e norme di indubbia valenza "sociale"[9], per usare un termine che ricorre più volte e che rimanda consapevolmente alla storia e al pensiero moderno[10] e, certamente, alla "questione sociale".

Questo riferimento, ossia la derivazione della stessa espressione "diritti sociali" dalla "questione sociale", non ha solo un valore ricostruttivo. Si tratta infatti di una prospettiva che può suggerire un metodo di ricerca, per il quale diviene essenziale identificare quale sia la "questione sociale" in un determinato tempo, ossia quali siano i problemi reali che lo contraddistinguono, così da calibrare meglio i modi e le soluzioni che, nella maniera più appropriata possibile, garantiscano effettivamente i diritti sociali in concreto (e non in astratto, magari in riferimento ad un'altra stagione).

La Costituzione menziona comunque numerosi ambiti "sociali", quali la famiglia, il lavoro, l'istruzione, la salute, la previdenza, l'assistenza, le assicurazioni, ecc., rispetto ai quali, a ben vedere, non sono uguali neppure le "azioni" dello Stato, che infatti in taluni casi "riconosce", in altri "tutela", in altri ancora "agevola" e "promuove", in molti casi deve creare le condizioni attraverso una vera e propria rete di interventi legislativi e, solo in taluni casi, sancisce espressamente diritti.

*di welfare*, cit., 68, che ribadisce soprattutto l'importanza della giustiziabilità dei diritti fondamentali, quale che sia il loro contenuto.

[9] Il modello seguito è dunque quello della Costituzione tedesca di Weimar, che prevedeva appunto espressamente, già nel testo costituzionale, diritti sociali enumerati, quali le norme relative alla riforma agraria e alla socializzazione (così M. MAZZIOTTI, *op. cit*., 803). Per le suggestioni provenienti dalla scuola tedesca ordoliberale di Friburgo, quanto alla conciliazione fra le ragioni dell'economia e quelle della giustizia sociale, pensiero che peraltro trova una sua espressione nella Costituzione di Weimar, che non a caso, per la prima volta nella storia delle Costituzioni, così come individua "diritti sociali", dedica una parte alla vita economica, R. MICCÙ, *"Economia e costituzione": una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca*, in *Quaderni del pluralismo*, 1996, 243 ss. In proposito F. LANCHESTER, *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Milano, 1985.

[10] Si segnalano, fra gli altri, in quanto imprescindibili rispetto alla storia delle idee contemporanee e soprattutto rispetto alla stessa attuale configurazione della problematica dei diritti sociali, J. BODIN, *Les six livres de la République*, 1576, Aelen, 1961; T. Hobbes, *Il Leviatano* (1651), Torino, 1955; J. LOCKE, *Scritti politici* (1690), Torino, 1977; C. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), Torino, 1965; J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), in *Scritti politici*, Roma-Bari, 1994; A. SMITH, *Ricerca sull'origine e le cause della ricchezza delle Nazioni* (1776) Roma, 2008; W. HUMBOLDT, *Idee per un "Saggio sui limiti dell'attività dello Stato"* (1792), in *Antologia degli scritti politici di W.v. Humboldt*, Bologna, 1961; A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America* (1835-1840), Torino, 1968; K. MARX, *Il capitale. Critica dell'economia politica*, (1867-1894), Roma, 1964-65; F. ENGELS, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato* (1884), Roma, 2005. Vanno altresì considerate le principali "Encicliche sociali", quali *Rerum novarum* (1891); *Quadragesimo anno* (1931); *Populorum progressio* (1967); *Laborem exercens* (1981); *Sollicitudo rei socialis* (1987); *Centesimus annus* (1991); *Caritas in veritate* (2009). Cfr. inoltre, quanto alla storia delle dottrine politiche: J. CHEVALLIER, *Le grandi opere del pensiero politico, da Machiavelli ai nostri giorni*, (1966), Bologna, 1982; M. D'ADDIO, *Storia delle dottrine politiche*, Genova, 1992.

Così, dinanzi all'incertezza cui conduce l'analisi formale delle norme "sociali", è preferibile dedurre il concetto di questi diritti da un'indagine sulla funzione sociale dello Stato moderno, rimarcando la derivazione dei diritti sociali dal principio di uguaglianza[11].

In questa prospettiva i "diritti sociali", per un verso, *derivano dalla storia*, ossia dalla "questione sociale" originaria ma anche da quella di ogni tempo; per altro verso, *derivano anche dalla filosofia e in particolare dall'etica*, ove si condivida quell'aristotelica relazione fra i diritti sociali e la giustizia[12]. A questo riguardo, proprio da parte di autorevole dottrina, si è sostenuta «*l'esistenza (o almeno la ricerca continua) di una serie di contenuti materiali, che legano (senza voler o poter cristallizzare) le varie norme e i vari principi dell'ordinamento in un'unica tensione alla giustizia*»[13]. E si è altresì osservato che «*l'uguaglianza fra gli uomini non è un effetto o una qualità della legislazione, posto che se gli uomini non sono uguali o tali non si considerano prima delle leggi, non potranno esserlo dopo che le leggi siano state fatte e manifestino il loro vigore positivo*»[14].

Del resto è pur sempre in una prospettiva etico-filosofica che si comprende *perché* «i diritti di libertà e i diritti in funzione dell'eguaglianza contribuiscono *indivisibilmente* a delineare la posizione dell'uomo nel disegno costituzionale»[15];

[11] In questi termini M. Mazziotti, *op. cit.*, 803-804, secondo una chiave di lettura generalmente condivisa in dottrina, almeno in modo implicito.

[12] La problematica della giustizia, che nella prospettiva kelseniana, com'è noto, resta al di fuori della scienza giuridica, in quanto *ideologica* (per una critica a questo aspetto del pensiero di Hans Kelsen, proprio dall'interno della scienza del diritto costituzionale, è di grande interesse il pensiero di Franco Modugno, che ho tentato di considerare in questa chiave in G. Razzano, *Il concetto di costituzione in Franco Modugno, fra positivismo giuridico e "giusnaturalismo"*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011, 2771, anche in ELR - *europeanlegalroots.weeblycom*) è stata invece valutata negli ultimi decenni, come punto di intersezione fra filosofia politica, giuridica e morale. Cfr. ad es. i contributi di J. Rawls, *A Theory of Justice*, cit.; R. Dworkin, *What is Equality?*, parte I e II in *Philosophy and Public Affairs*, 1981, 10; parte III in *Iowa Law Review*, 1987, 73; A. Sen, *L'idea di giustizia*, (2009), Milano, 2010; L. Gianformaggio, *Filosofia del diritto e del ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Torino, 2008, in partic. 70; F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, 2000, 142. Merita una citazione anche Cicerone, *De inventione*, II, 160, per un passaggio particolarmente attuale, dove afferma che «*la giustizia consiste in qualcosa di più di un mero atto produttivo della legge e della sua applicazione. Essa implica riconoscere a ciascuno la sua dignità*». Sulla distinzione fra uguaglianza nel diritto e giustizia, cfr. A. Cerri, *Eguaglianza giuridica e giustizia politica*, Roma, 2003, 62 ss. Ritiene necessaria una "teoria della giustizia", in cui si contemperino diritti (sociali) e doveri, A. Spadaro, *op. cit*.

[13] F. Modugno, ora in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 35.

[14] G. Berti, *Immagini e suggestioni del principio di uguaglianza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, I, Napoli, 2004, 184, richiamando proprio a questo riguardo tutta l'opera di Livio Paladin.

[15] A. D'Aloia, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in A. D'aloia (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, XV ss.

come pure *perché* l'obiettivo è quello di una «libertà eguale»[16] e *perché*, infine, «tutti i diritti inviolabili sono *sociali*»[17].

Una tale continuità fra libertà e uguaglianza, fatta propria dalla Costituzione, non è scontata. È infatti connaturale all'ordinamento liberale «rendere pressoché impossibile congiungere, quasi come in un'endiadi, libertà e eguaglianza; e favorire anzi la loro separazione sempre più accentuata sino a mostrarne una specie d'incompatibilità; e quel che è peggio a togliere all'uguaglianza il senso più profondo, secondo il quale essa non può restringersi in confronti di tipo astratto e formale (con la legge), astraendo da significati di ordine sostanziale (uguaglianza fra gli uomini)»[18].

Ad ogni modo è la stessa Corte costituzionale ad aver chiarito, in molteplici occasioni, che i diritti sociali, anche se condizionati dalla possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse per la relativa attuazione, si elevano allo stesso rango dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, in quanto espressione di valori o principi[19].

E sembra altresì importante notare che, *così come i Costituenti, gran parte della stessa dottrina giuspubblicistica italiana* non contesta che i diritti sociali, lungi dall'essere in competizione con i diritti di libertà, si integrano in un disegno organico fondato sulla dignità umana[20].

[16] Secondo l'espressione di M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Dem. e dir*., 1995, 560.

[17] Così A. SPADARO, *Diritti sociali di fronte alla crisi*, cit., 3, a motivo del riverbero relazionale e pluralista che deve caratterizzare i diritti inviolabili. Sull'importanza di una ricostruzione teorica dei diritti fondamentali - e, fra questi, dei diritti sociali - che tenga conto dell'approccio *storicistico*, di quello *individualistico* e di quello *statualistico*, fino alla svolta rappresentata dal costituzionalismo del Dopoguerra, P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011, 3-16.

[18] G. BERTI, *op. ult. cit*., 174, nota 2, richiamando R. DWORKIN, *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Milano, 2002. Più avanti Berti aggiunge (184), che «in realtà l'uguaglianza si misura sulla concretezza dei rapporti tra persone nella società».

[19] Molto chiara in proposito la sent. n. 455 del 1990. Rappresenta bene l'inscindibilità fra i diritti individuali e quelli sociali il diritto alla salute, definito dalla Corte costituzionale «*fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività... sia per la sua inerenza alla persona umana, sia per la sua valenza di diritto sociale, caratterizzante la forma di stato sociale disegnata dalla Costituzione*» (sent. nn. 218 del 1995; 455 del 1990; 324 del 1989; 1011 del 1988; 294 e 177 del 1986). Di grande interesse la sentenza n. 180 del 1994, relativa al dovere di indossare il casco a motivo dei costi sociali sull'intera collettività nel caso di incidente stradale. Sull'inviolabilità dei diritti sociali e sulla loro natura di "valori" costituzionali primari, pur con la riserva del "possibile" e del "ragionevole" per ciò che concerne i diritti derivati, F. MODUGNO, *I "nuovi" diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 41 ss. e 67 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali, in Enc. giur.*, Roma, 1989, vol. XI.

[20] Cfr. ad es., in ordine cronologico, F. PERGOLESI, *Alcuni lineamenti dei diritti sociali*, Milano, 1953; M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, cit., 802; C. ROSSANO, *Il principio d'eguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 1966; i contributi raccolti in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1981, 761; B. CARAVITA, *Ol-*

## 2. Alcuni binomi assiomatici da ripensare

Per razionalizzare le questioni e i problemi che presenta uno studio dello "statuto" costituzionale dei diritti sociali, è parso opportuno condurre la presente indagine attraverso quattro binomi, intesi come quattro coppie di concetti fra loro in relazione. Ed è appunto ciascuna di queste relazioni che si vorrebbe considerare criticamente, rispetto alla presunta indiscutibilità dei termini in cui esse vengono concepite.

1) Il primo ad essere considerato sarà quello *fra Stato sociale* e *diritti sociali*. Occorrerà allora verificare *se i diritti sociali condividano necessariamente le sorti dello Stato sociale* e occorrerà soprattutto domandarsi se e in che modo i diritti sociali possano trovare garanzia attraversi modelli di *welfare* diversi da quello del *welfare State* sviluppatosi nel secondo Dopoguerra. In ogni caso la distinzione fra i due termini del binomio sembra importante proprio ora, quando lo Stato stenta a realizzare efficaci politiche di solidarietà sociale e quando le politiche sociali appaiono in competizione con le politiche economiche di risanamento, necessarie per la sopravvivenza stessa dello Stato.

2) Per questo, l'altro binomio che merita di essere considerato è quello *fra economia di mercato e diritti sociali*. La contrapposizione storica fra l'uno e gli altri - per molti versi immagine e rappresentazione di quella fra capitale e lavoro, fra liberalismo e socialismo - dovrebbe essere ripensata nel tempo in cui, dopo il crollo del comunismo nell'Europa occidentale, è in crisi anche il capitalismo. In particolare sembra importante indagare, limitandosi naturalmente ad offrire qualche spunto in proposito, se *fra scienza economica e giustizia sociale* la tensione sia davvero insuperabile o se, al contrario, sia teorizzabile e sostenibile una qualche convergenza fra questi due termini del binomio[21].

*tre l'uguaglianza formale*, Padova, 1984; A. Baldassare, *Diritti sociali*, cit.; ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; E. Cheli, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di L. Mengoni. Le ragioni del diritto,* Milano, 1995; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, II, Padova, 1995, 97 ss.; G. Lombardi, *Diritti di libertà e diritti sociali,* in *Pol. dir*., 1999; i contributi raccolti in *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, a cura di L. Chieffi, Padova, 1999; A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999; A. Moscarini, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2001; A. Cerri, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.,* XXXII, Roma, 1994; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2005; D. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003; F. Rimoli, *Stato sociale*, in *Enc. giur*., XX, Roma, 2004. C. Colapietro, M. Ruotolo, *Diritti e libertà*, in *Lineamenti di diritto pubblico*, a cura di F. Modugno, Torino, 2008, 533 ss., spec. 583.

[21] Sul tema e soprattutto sulla possibile convergenza, anche se nella diversa ottica dell'unità nazionale, di recente, M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva*

3) Certamente un binomio assai indagato dalla dottrina, come si è in precedenza accennato, è quello *fra diritti di libertà e diritti sociali*[22]. Su questo versante, che in fin dei conti rimanda *ai modi della garanzia*, sembra opportuno aggiornare, per così dire, lo statuto costituzionale dei diritti sociali, principalmente a motivo dell'introduzione del *principio costituzionale di sussidiarietà*. Desta interesse, inoltre, il concetto di *libertà sociale*[23], che la stessa Corte costituzionale ha indagato e difeso.

4) È infine opportuno soffermarsi, sia pure per sommi capi, su di un quarto binomio, quello del *rapporto fra i diritti sociali costituzionali e il contesto europeo e globale*. In primo luogo, infatti, vale la considerazione per cui fra le cause della crisi finanziaria ed economica - che a sua volta impone l'*austerity* e con ciò il ripensamento di molte politiche sociali - vi sono, come già accennato, non solo la realtà dell'ingente debito pubblico italiano, ma anche attacchi speculativi che trovano la loro sponda oltre i patri confini. In secondo luogo, è dettata dall'esterno la pressante e urgente richiesta di risanamento e di intervento sulla nostra economia, con tappe e scadenze programmate in sedi diverse da quelle parlamentari e governative. In terzo luogo, peraltro, la stessa solidarietà sociale non sembra oramai realizzabile in ciascuno Stato, senza il contributo integrato e una collaborazione reciproca fra Governi.

## 3. Il rapporto fra *lo Stato sociale* e *i diritti sociali* nella Costituzione repubblicana: una distinzione

Nel considerare il primo binomio, è utile ripercorrere la nostra storia e ricordare che l'architrave del nuovo Stato che i costituenti ricostruirono è *la pari dignità sociale riconosciuta dalla Repubblica*, che assume dunque il compito di «*rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*». L'espressione "Stato sociale", comunque, non compare nella Costituzione italiana[24].

*della Costituzione repubblicana*, relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Torino, 27-29 ottobre 2011.

[22] Cfr. in proposito G. Lombardi, *Diritti di libertà e diritti sociali*, in *Pol. dir*., 1999, 1, 13.

[23] Su cui A. Sen, *La libertà individuale come impegno sociale*, in *La dimensione etica nelle società contemporanee*, Torino, 1990.

[24] Non così la Legge fondamentale tedesca, che all'art. 20, intitolato Principi costituzionali - Diritto di resistenza, afferma che la Repubblica Federale di Germania è uno stato federale, democratico e sociale. Dello stesso tenore la Costituzione spagnola del 1978, secondo cui (art. 1) «la Spagna si costituisce come Stato democratico e sociale di diritto». Allo stesso modo, la Costituzione francese del 1958 afferma che «la Francia è una repubblica indivisibile, laica, democratica e sociale» (art. 1).

Tale discontinuità con il passato[25] non sarebbe realmente tale, se non si tenesse conto di alcuni mutamenti significativi sul piano costituzionale. In primo luogo, la tutela di un "diritto sociale" non è più un potere meramente discrezionale dell'autorità pubblica ma discende da *un diritto dei cittadini, derivante dalla loro uguaglianza*[26] e dalla *precedenza sostanziale della persona umana rispetto allo Stato*, dalla destinazione di questo a servizio di quella[27]. In secondo luogo, a segnare la differenza con il passato regime statutario, vi è lo Stato democratico e rappresentativo[28], basato sul *suffragio universale*, in contrapposizione a quello liberale, censitario[29]. In terzo luogo, è la stessa *Costituzione rigida* a garantire che tutti i diritti siano sottratti alla volontà delle maggioranze parlamentari e difesi da un organo di garanzia[30].

[25] Cfr. in proposito, in chiave storica, M. Buquicchio, *Profili pubblicistici nell'evoluzione del "terzo settore" tra economia e sussidiarietà*, in *Il processo di integrazione europea tra crisi di identità e prospettive di ripresa*, L. Chieffi (a cura di), Torino, 2009, 197 ss.

[26] M. Mazziotti, *op. cit.*, 803. Particolarmente interessante la discussione che si sviluppò in Assemblea costituente (in partic. Terza Sottocommissione, 13 settembre 1946, r.s., 35 e Prima Sottocomm., 3 ottobre 1946, (r.s., 180).

[27] Le espressioni citate sono quelle del famoso ordine del giorno presentato dall'on. Dossetti (Prima Sottocommissione, resoconto sommario del 9 settembre 1946, 21) che segnò l'intesa, sul punto relativo ai *principi dei rapporti civili*, fra la posizione cattolica (espressa in particolare nella relazione dell'on. La Pira) e quella marxista, espressa in particolare dall'on. Togliatti. In proposito è assai interessante il passaggio in cui Togliatti, nella medesima seduta, intervenendo in modo conciliante appunto per aderire alle espressioni di Dossetti (resoconto sommario, 21) affermò che, «*per suo conto, lo Stato è un fenomeno storico, storicamente determinato, e la dottrina che egli rappresenta sostiene che lo Stato, ad un certo momento, dovrebbe scomparire; mentre sarebbe assurdo si pensasse che debba scomparire la persona umana*».

[28] Sul problema della compatibilità-continuità fra diritti sociali e Stato liberale democratico pluralista, cfr. P. Ridola, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1999; F. Politi, *I diritti sociali*, cit. Come si è accennato, C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, (1928), Milano, 1984, 226 ss. sostenne invece una differenza qualitativa fra diritti di libertà e diritti sociali, intendendo questi ultimi soprattutto come indicazioni per il legislatore. Allo stesso modo E. Forsthoff, *Concetto e natura dello Stato sociale e di diritto*, cit. In termini diversi, da ultimo, Id., *Lo Stato della società industriale* (1971), Milano, 2011, in partic. 22-27, dove l'autore, ripensa il ruolo dello Stato come custode, nella società industriale plasmata dalla tecnica, capace di manipolare l'uomo stesso, stigmatizzando, per contro, la debolezza dello Stato odierno.

[29] Come è risaputo, al momento dell'unificazione, nel 1861, solo l'1,9 % della popolazione eleggeva un ramo del Parlamento, manifestando, fra l'altro, come lo Stato liberale fosse essenzialmente "monoclasse". Sulla relazione fra l'allargamento del suffragio e i diritti sociali, B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, Bruxelles 1851, 143-145. Sulla questione R. Bin, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Scritti in onore di G. Berti*, Napoli, 2005, I, 345 ss., § 2; A. Baldassarre, *Diritti sociali, cit.,* 10; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, II, Padova, 1995, 97 ss., 121.

[30] Sul rapporto fra rigidità costituzionale e ragion d'essere di una costituzione - e di riflesso sulla garanzia dei diritti sociali in quanto fondamentali - ci limitiamo a segnalare V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; C. Mortati, *Costituzione (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana),* in *Enc. dir.*, XI, Milano,

Del resto questa trasformazione si osserva, storicamente, in tutti i vecchi Stati liberali, quale risposta di fronte all'industrialismo e alla democratizzazione dei processi decisionali[31], cosicché lo "Stato sociale"[32] si presenta come la risposta politico-costituzionale all'insicurezza sociale derivante dal libero gioco delle forze sociali[33] e dai meccanismi spontanei del mercato, che richiedono dunque una distribuzione in favore del più svantaggiato fra i cittadini[34].

Ma a marcare la differenza con il passato vi era molto di più, se si considera che era in gioco il mutamento del fine stesso dello Stato. *Liberali, cattolici e marxisti trovarono una convergenza attorno all'idea che lo Stato dovesse essere a servizio della persona, intesa ora singolarmente, ora nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*[35]. Ed è questo un punto che, a ben vedere, segna una svolta *non solo rispetto al fascismo e al liberalismo di epoca statutaria, ma anche rispetto ad una parte cospicua del pensiero politico moderno*[36].

1962, 139, 208; P. Calamandrei, *La Costituzione è il programma politico della resistenza*, in *Scritti e discorsi politici*, Firenze, 1965, II, 81; A. Pace, *La causa della rigidità costituzionale,* Padova, 1995; R. Bin, *op. ult. cit*. e ID., *Che cos'è la Costituzione?,* in *Quad. cost*., 2007, 11; F. Modugno, da ultimo in *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2009, 72; A. Barbera, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quad. cost*., 2010, 311; A. Cerri, da ultimo in *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Torino, 2011, 41 ss. P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., in diversi punti, fra cui 15 e 548. Quanto al principio della divisione dei poteri e ai significati diversi che assume ora nello Stato liberale, ora in quello sociale, R. Bin, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004, 42 ss.

[31] A. Baldassarre-A. Cervati (a cura di), *Critica dello Stato sociale*, Bari, 1982.

[32] È assai interessante tener conto della circostanza, cui si riferisce P. G. Grasso, *Osservazioni sullo "Stato sociale" nell'ordinamento italiano, in Quad. Sc. Soc*, 1965, 123-124, secondo cui già a partire dal 1943 la locuzione "Stato sociale" era adoperata «da un insigne economista e sociologo italiano, Giovanni De Maria», il quale ne trattò nei corsi di economia politica tenuti presso la Bocconi di Milano, durante gli anni accademici 1942-43 e 1943-44, che confluirono in seguito nel più ampio volume G. De Maria, *Lo Stato sociale moderno*, Padova, 1946 (rist. 1962).

[33] A. Baldassare, *Diritti sociali*, cit., 3.

[34] Espressione, quest'ultima, utilizzata da J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (MA.), 1971. Sulla perdurante attualità di questo impegno di fronte alle povertà del momento presente M. Ruotolo, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa,* in *Diritto pubblico*, 2/2011, spec. 403 ss.

[35] In questo senso è vero che la Costituzione nasce, come ebbe a dire Tupini (in sede di discussione generale del progetto di costituzione, seduta del 5 marzo 1947), *dall'incontro di diversi umanesimi*.

[36] Ci si riferisce all'idea, che trova continuità dal Principe di Machiavelli a Montesquieu (*Esprit des lois*, XI, cap. VI: «...quantunque tutti gli Stati abbiano generalmente un oggetto medesimo, che è di conservarsi... ») secondo cui, al contrario, il fine dello Stato è la propria autoconservazione. Cfr. ancora, in anni vicinissimi ai Costituenti, proprio nella dottrina italiana, G. Gentile, *Teoria generale dello Stato*, Firenze, 1944, in partic. 147, il quale ripropone la forma dello Stato come incarnazione suprema dello spirito, sebbene nel suo lavoro postumo (di cui stava correggendo le bozze quando, com'è noto, venne assassinato ad opera di partigiani comunisti) ossia in *Genesi e struttura della società*, Firenze, 1946, in partic. 103 ss. egli giunga a criticare l'atomismo sociale e il materialismo e a considerare la *comunità* come legge interna dell'individuo. Interessante, negli stessi anni, è anche la relazione che G. Dossetti (*Funzioni*

In questo senso si afferma «definitivamente il primato costituzionale come primato della società rispetto allo Stato»[37].

Lo *Stato* cui si riferiscono i Costituenti potrebbe allora essere inteso come *sociale* in questo senso propriamente *costituzionale*. Ossia secondo *un archetipo filosofico-politico,* che sancisce il cambiamento del *concetto stesso di Stato* rispetto al passato, divenuto *funzionale* all'attuazione dei nuovi principi costituzionali[38].

Il nuovo *Stato* «si basa su un vincolo di obiettivo (la realizzazione del principio personalista e di uguaglianza sostanziale), e non su un vincolo di mezzo (l'utilizzo del modello socialista, sociale o liberale)»[39]. Per cui, mentre lo *Stato sociale inteso in senso costituzionale* partecipa della natura dei principi per i quali è nato, non così può dirsi con riguardo al modo concreto in cui, legislativamente, economicamente e socialmente, si è data attuazione, attraverso varie fasi, al *welfare State* in Italia[40].

Allo stesso modo, se è una *conseguenza necessaria dello statuto costituzionale dei diritti sociali che lo Stato si impegni a creare le condizioni di un'uguaglianza sostanziale*, non sembra costituzionalmente necessario che ciò avvenga attraverso un certo modello di *welfare State*, che è un sistema economico inserito in coordinate storiche, in quanto tali necessariamente mutevoli[41].

*e ordinamento dello Stato moderno*, in *Justitia*, n. 8/12, 1952, 242-265) tenne al terzo convegno dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani (12-14 novembre 1951), nella quale l'autore affronta il tema del fine dello Stato e, dopo aver escluso che sia la propria autoconservazione o, anche, la garanzia della libertà spontanea dell'individuo, si riferisce piuttosto alla persona umana, che lo Stato non crea ma riconosce ed assume, così che il fine dello Stato, in definitiva, ha per oggetto quei «contenuti umani identificabili in un determinato bene storico, concreto, che sia tappa o modalità storica concreta del *bonum humanum simpliciter*».

[37] G. Berti, *Immagini e suggestioni del principio di uguaglianza*, cit., 185. Sul punto V. Tondi Della Mura, *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *Scritti in onore di A. Mattioni*, Milano, 2011, 659.

[38] Emblematica, al riguardo, è la sentenza n. 217 del 1988 della Corte costituzionale, che, con riguardo al "diritto sociale all'abitazione", ha sostenuto la legittimità della competenza legislativa statale contestata dal ricorso regionale, allorché questa «*crea le condizioni minime di uno Stato sociale*» e contribuisce «*a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana*». Si tratta di compiti - ha dichiarato la Corte - «cui *lo Stato non può abdicare in nessun caso*».

[39] T. Groppi-A. Simoncini, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, Torino, 2011, 187. Gli autori riferiscono questa affermazione, precisamente, alla "costituzione economica".

[40] D. Bifulco, *I diritti sociali declinati al singolare, ovvero della vocazione di fonte giuridica propria del "diritto sociale",* in L. Chieffi, *Evoluzione dello Stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali*, cit., 119, osserva come «è probabilmente lo stesso contesto istituzionale nel quale si è abituati ad inquadrare concettualmente i diritti sociali, vale a dire lo "Stato sociale", ad indurre a dimenticare la complessità strutturale ed assiologica di questi diritti».

[41] Cfr. L. Chieffi, *Riforma dello Stato delle autonomie e trasformazione del* welfare *in Italia*, in L. Chieffi (a cura di), *Evoluzione dello Stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali*, Padova, 2001, 6, che si riferisce alla «crisi dello Stato sociale come crisi dell'attuale

In questa prospettiva occorrerebbe domandarsi, allora, se davvero sia di *rango costituzionale* l'idea che ai diritti sociali sia connaturale l'elemento della prestazione pubblica[42], con la conseguenza, ad esempio, di una proporzione diretta tra l'effettività di tali diritti e le somme spese. Questione, fra l'altro, certamente correlata con quella relativa alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e con quella relativa al federalismo fiscale, tra spesa sociale "storica" e costi effettivi delle prestazioni.

In ogni caso resta chiaro che, se è in crisi il *welfare State*, lo "Stato sociale storico"[43], occorre invece rilanciare in forme nuove lo *Stato sociale costituzionale* attraverso un indirizzo politico adatto alla "questione sociale" del momento.

## 4. La tensione fra la garanzia effettiva dei diritti sociali e il contenimento della spesa pubblica nella giurisprudenza costituzionale. L'opportunità di andare oltre

Rinviando alla versione integrale della relazione per ciò che concerne una proposta di definizione del *welfare state* e per un'analisi delle ragioni che gli studiosi considerano alla base della sua crisi[44], sembra opportuno rivolgere ora l'attenzione alla giurisprudenza costituzionale. Qui, soprattutto dalla metà degli anni Ottanta, entrano in gioco le ragioni della tenuta dei conti pubblici e fa ingresso il *bilanciamento* fra i diritti sociali e l'equilibrio del bilancio[45]. A questo riguardo si è infatti osservata un'inversione di ten-

modello gestionale accentrato e statalista, e certamente non delle motivazioni assiologiche che ne giustificarono la nascita». L'autore cita a sua volta, con riguardo a questa affermazione, S. Zamagni, *Sui presupposti economici e politico/filosofici di un nuovo universalismo sanitario*, in P. Donati (a cura di), *Lo Stato sociale in Italia. Bilanci e prospettive*, Milano, 1999, 130.

[42] Sul punto, C. Pinelli, *I rapporti economico-sociali fra Costituzione e Trattati europei*, in *La costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010, 24-25, il quale ritiene comunque che tale "idea" fosse prevalente nelle Assemblee costituenti.

[43] Attorno questa seconda accezione sembrano appuntarsi le critiche di M. S. Giannini, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, 1977, 141 ss.

[44] Cfr. vers. *maior*, § 4.

[45] Su cui si segnalano, in ordine cronologico, V. Caianiello, *Corte costituzionale e finanza pubblica*, in *Giur. it.*, 1984, IV, 284-285; E. Grosso, *Sentenze costituzionali di spesa "che non costino"*, Torino, 1991; AA.VV., *Sentenze della Corte costituzionale e art. 81,* Atti del seminario Corte cost., 8-9 novembre 1991, Milano, 1993; C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996; T. Groppi, *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale. Profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale*, in *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, a cura di P. Costanzo, Torino, 1996, 269; C. Pinelli, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Torino, 1994, 548-556; G. Vitaletti, *La crisi fiscale dello Stato e le sue alternative*, in *Lo stato sociale in Italia.*

denza rispetto ad un'interpretazione del principio di uguaglianza "al livello più alto"[46].

La stessa dottrina costituzionalistica, parallelamente, non ha mancato di riconoscere tale evoluzione e di attribuirla proprio alla crisi dello Stato sociale[47]. Si è osservato, ad esempio, come le pronunce di incostituzionalità qualificabili come "*additive di prestazione*"[48], avessero lasciato il passo alle cosiddette sentenze "*additive di garanzia*"[49]. Mentre infatti le prime comportano l'acquisto da parte di determinate categorie di soggetti di un diritto a contenuto patrimoniale o a prestazione di servizio in precedenza illegittimamente escluso o limitato, le seconde si limitano, più parsimoniosamente, a determinare l'acquisto di una situazione giuridica passiva a carico dello Stato, consistente in un *non facere* o in una soggezione.

*Bilanci e prospettive*, a cura di P. Donati, cit., 309-351. L. Antonini, *Crisi fiscale dello Stato-Nazione e ridefinizione del modello di Welfare: la via della sussidiarietà nel rapporto impositivo*, in *Liberi di scegliere: dal welfare state alla welfare society*, G. Vittadini (a cura di), Milano, 2002, 367-404; A. D'Aloia, *Diritti sociali e politiche di eguaglianza nel processo costituzionale europeo*, in *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2002, II, 884; D. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, 20; F. Politi, *Il "costo" delle sentenze della Corte costituzionale nella recente riflessione dottrinale*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. IV, Napoli, 2004, 1753-1797; C. Rossano, D. Siclari (a cura di), *Interesse pubblico e controllo della finanza innovativa*, , Padova, 2006.

[46] Cfr. su questo punto V. Onida, *Giudizio di ammissibilità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, in AA.VV., *Sentenze della Corte costituzionale e art. 81 Cost*., cit., 40, il quale afferma che spetta comunque al legislatore e non alla Corte decidere se l'uguaglianza vada perseguita, in concreto, «in alto, in basso, o ad un livello intermedio». Indicative di un indirizzo giurisprudenziale preoccupato delle istanze sociali, ancora senza riferimenti al limite delle risorse, sono le sentenze nn. 1 del 1966; 22 del 1968; 5 e 11 del 1980; 102 del 1982, 497 e 510 del 1988, in parallelo ad un indirizzo politico impegnato a rafforzare il sistema delle garanzie sociali, mentre successivamente, a partire dalla sent. n. 455 del 1990, come ritenuto da C. De Fiores, *Corte, legislatore e indirizzo politico*, in *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., 194 ss., soprattutto in dipendenza dei vincoli di Maastricht, «la Corte si attesterà su di un'interpretazione *integralista* e meramente *contabile* dell'art. 81».

[47] Così L. Paladin, *La giustizia costituzionale nel 1985*, Roma, 1986, 14, che si riferisce a «gravi e tutt'altro che risolte difficoltà della finanza pubblica e della conseguente crisi dello Stato sociale»; L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Scritti Crisafulli*, I, Padova, 1985, 320, che osserva come sia la crisi dello Stato sociale ad impedire alla Corte «di procedere nel cammino gratificante della *ampliatio* delle prestazioni e dei destinatari di queste»; A. La Pergola, *La giustizia costituzionale nel 1986*, in *Foro it*., 1987, V, 155; F. Modugno, *Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Giur. cost*., 1988, II, 18 ss., che pure ascrive alla crisi dello Stato sociale un diverso atteggiamento della Corte, più prudente nell'estendere benefici e garanzie "sociali".

[48] Cfr. Corte cost., sent. nn. 105 e 189 del 1980; 34 del 1981; 102 e 155 del 1982; 149 e 308 del 1983; 136 e 291 del 1984; 108, 314 e 370 del 1985; 8, 13, 178 e 249 del 1986; 1, 43, 72, 154, 169, 226, 400, 431, 518, 561, 613 e 614 del 1987.

[49] Così F. Modugno, *op. ult. cit.*

Proprio di fronte al peso crescente delle ragioni economico-finanziarie, la dottrina e la giurisprudenza costituzionale[50] hanno elaborato la nozione di *contenuto minimo essenziale* dei diritti sociali, che è poi confluita in quella dei *livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*[51]. Si tratta di una nozione certamente relativa, poiché nella valutazione operata dal giudice, come è comunemente riconosciuto, pesano il contesto economico-sociale[52] e perfino quello culturale, rapportato al momento storico[53]. La stessa Corte costituzionale, in particolare con la sent. n. 134 del 1982, ha lasciato ampia discrezionalità al legislatore nel determinare tale *minimum*[54].

Soprattutto dagli anni Novanta, la Corte introduce, di pari passo con una generale sensibilità per il contenimento della spesa e per la questione della "sostenibilità del *welfare*"[55], il principio del gradualismo[56]. Il giudice delle leggi è infatti costretto a chiarire che gli interventi di razionalizzazione della spesa pubblica operati dal legislatore e la conseguente riduzione dell'entità delle prestazioni devono essere operati attraverso «moduli improntati al principio di gradualità»[57] e prevedere «una disciplina transitoria che assicuri

[50] Corte costituzionale, sentenze nn. 432 del 2005, 30 del 2004, 342 del 2002, 180 del 2001, 457 del 1998, 226 del 1993, 119 del 1991, 307 del 1990; 184 e 243 del 1993; 992 del 1988. In riferimento ai livelli essenziali e alla competenza statale è di grande importanza la sent. n. 10 del 2010, su cui si avrà modo di tornare in seguito. Sul concetto di *minimo*, da ultimo, V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà*, cit.

[51] B. CARAVITA, *Oltre l'uguaglianza formale*, Padova, 1984; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali,* cit.; G.U. RESCIGNO, *Costituzione e diritto amministrativo, in La necessaria discontinuità*, Bologna, 1990, 128; A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur*., XXV, Roma, 1994, 3.4.4. Cfr. in particolar modo F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Milano, 2004. Sulla nozione di cui all'art. 117, comma 2, lett. *m)* in rapporto al contenuto costituzionalmente obbligatorio dei diritti la dottrina ha offerto diverse interpretazioni. Cfr. A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, VI; C. PINELLI, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.),* in *Dir. pubbl*., 2002; A. GIORGIS, *art. 3, 2° comma*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., 101 ss.

[52] A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi;* F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale,* cit., 23.

[53] A. GIORGIS, *op. ult. cit.*

[54] Molto critico nei confronti di questa sentenza L. ANTONINI, *La sussidiarietà fiscale,* Milano, 2005, 134.

[55] Simbolo di una riconsiderazione del *welfare State* è, negli stessi anni, a partire dal '92, la trasformazione dell'IRI (simbolo della ripresa del Dopoguerra ma anche dello Stato assistenziale "sprecone") in società per azioni, a motivo dell'insostenibilità dei suoi costi e, soprattutto, dell'incompatibilità con le regole europee sulla concorrenza. Sull'ingresso del modello privato nell'amministrazione, in chiave storica, I. SIGISMONDI, *Il principio del buon andamento tra politica e amministrazione*, Napoli, 2011, 19-56.

[56] A partire dalla sent. n. 260 del 1990.

[57] Sentenze nn. 356 del 1992; 243 del 1993; 240 del 1994; 99, 205, 218 e 288 del 1995; 416 del 1996; 92 del 1997; 125 del 1998, 30 del 2004.

il passaggio graduale al trattamento meno favorevole"[58], di fatto legittimando una revoca di precedenti minimi già conquistati, pur nel rispetto del principio di uguaglianza[59] e del «nucleo irriducibile del diritto»[60].

Più ancora, il giudice delle leggi è giunto a sostenere che i parametri rappresentati dagli artt. 3, 36 e 38 Cost. «*non escludono affatto la possibilità di un intervento legislativo che, per inderogabili esigenze di contenimento della spesa pubblica, riduca in maniera definitiva un trattamento pensionistico in precedenza previsto*»[61].

Per quanto concerne il controllo della Corte costituzionale in relazione all'art. 3, comma 2, Cost., questo non si è mai limitato alla coerenza intrinseca di una legge, ma si è esteso alla coerenza del sistema[62], operando anche fra leggi diverse e giungendo ad esaminare se sussista una ragione per differenziare fattispecie analoghe e se la differenziazione introdotta sia coerente rispetto alla ragione del distinguere[63]. Ed è in questi termini che la dottrina

[58] Così la 240 del 1994.

[59] Sebbene, come osserva A. Giorgis, *op. ult. cit*., è perfino possibile per la Corte costituzionale una momentanea differenziazione soggettiva, contraria anche al principio di uguaglianza formale, nell'ammontare dei relativi trattamenti (sent. nn. 99 del 1995, 54 del 1987 e 187 del 1976). Sulla tensione fra le scelte legislative relative al bilancio e gli imperativi costituzionali, G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, 2000, 358 ss.; con riferimenti alla giurisprudenza costituzionale tedesca, M. Midiri, *Diritti sociali e vincoli di bilancio*, cit., 2241.

[60] Cfr. ad es. sent. nn. 304 del 1994, 309 del 1999.

[61] Così sent. n. 417 del 1996, che richiama la "costante giurisprudenza" di cui alle sent. n. 390 e 99 del 1995, n. 134 e 240 del 1994 e n. 119 del 1991. Cfr. inoltre sent. nn. 36 del 2005, 111 del 2005 e 98 del 2007. Sul punto cfr. A. Giorgis, *Sent. 134 del 1994: una conferma dell'esistenza di limiti costituzionali alla riduzione dello Stato sociale*, in *Giur. cost*., 1994, 3153.

[62] Proprio a questo riguardo rileva, a mio avviso, la questione dei cosiddetti "esodati", che per effetto della "riforma Fornero" e di un mancato regime di transizione, lascia senza copertura previdenziale, né stipendio, per un cospicuo lasso di tempo, coloro che avevano sottoscritto accordi per uscire dalle aziende contando di andare a breve in pensione. Sul principio del legittimo affidamento, P. Carnevale, *Più ombre che luci su di un tentativo di rendere maggiormente affidabile lo scrutinio della legge sotto il profilo della tutela del legittimo affidamento,* in *Giur. cost*., 2002.

[63] In questo ambito si inserisce la problematica delle azioni positive e delle "discriminazioni alla rovescia", delle quali A. Cerri, *Uguaglianza (principio di),* in *Enc. giur*., XXXII, Roma, 2006, aggiorn., 4.2.2. (ma già Id., *Eguaglianza giuridica e giustizia politica*, Roma 2003, sottolineava la funzione di riequilibrio insita nella legge, di per sé non discriminatoria né derogatrice dell'art. 3, 1° comma Cost.; *contra* M. Ainis, *Azioni positive e principio di uguaglianza*, in *Giur. cost*., 1992, 582). Per alcuni riferimenti nella giurisprudenza costituzionale, cfr. le sentenze nn. 38 del 1960; 54 del 1962; 30 del 1965; 65 del 1966; 111 del 1974; 94 del 1976 e 40, 109 e 163 del 1993. Su di un principio di ragionevolezza come limite a tutta la funzione legislativa, L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.,* aggiorn. I, 1997, § 2; cfr. altresì J. Luther, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubbl*., XII, Torino, 1997, 341. Sulla contraddittorietà intrinseca o estrinseca delle leggi, con ampi riferimenti giurisprudenziali, cfr. inoltre G. Scaccia, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Diz. dir. pubbl*., 2006.

evidenzia la funzione paralegislativa, promozionale, garantistica, creativa e perfino suppletiva del giudice delle leggi rispetto allo stesso legislatore, specie in riferimento alla garanzia dei diritti sociali[64].

Se dunque è certo che l'attività interpretativa della giurisprudenza costituzionale ha offerto e continuerà ad offrire un contributo importante per l'attuazione dei diritti sociali[65], riflettere su questi ultimi in una prospettiva esclusivamente legata ai pronunciamenti della Corte[66] rischia di ancorare la riflessione a quella dicotomia fra le ragioni sociali e quelle di contenimento della spesa in cui necessariamente si imbatte molta parte della giurisprudenza costituzionale relativa a questo tema, per le intrinseche caratteristiche del giudizio dinanzi al giudice delle leggi[67].

[64] A. S. Agrò, *Contributo ad uno studio sui limiti della funzione legislativa in base alla giurisprudenza sul principio di uguaglianza*, in *Giur. cost*., 1967, 900; G. Zagrebelsky, *Corte costituzionale e principio di uguaglianza sostanziale*, in N. Occhiocupo (a cura di) *La Corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. Occhiocupo, Bologna, 1978, 103; F. Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo*, Bologna, 1982, 19; Id., *Funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost*., 1981, 1662; Id., *Ancora sui controversi rapporti fra giudice costituzionale e potere legislativo*, cit., 17; Id., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 41 ss.; Id., *La "supplenza" della Corte costituzionale*, ora in Id., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 107; M. Ainis, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. Dir*.,1/1999, 25; C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000. Si rinvia inoltre ai contributi del volume AA.VV., *Corte costituzionale e principio di uguaglianza*, Atti del convegno in ricordo di Livio Paladin, Padova, 2002. Per un'analitica periodizzazione della giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali, M. Benvenuti, voce *Diritti sociali*, in corso di pubbl. in *Dig. Disc. Pubbl*., § 3 ss.

[65] A. Pizzorusso, *Le «generazioni» dei diritti nel costituzionalismo moderno*, in *Diritto di welfare*, cit., 45 ss., osserva come l'attenzione per il costo delle sentenze (di cui è un indicatore lo stesso *Ufficio per la documentazione e la quantificazione finanziaria* di cui si è dotata la Corte costituzionale) non mette in discussione l'appartenenza dei diritti sociali al genere dei diritti fondamentali. Nel rimarcare l'importanza della giurisprudenza, si è giunti a considerare «il diritto costituzionale» in contrapposizione con le valutazioni della politica e dell'economia: così A. Giorgis, *op. ult. cit.*, 100, il quale, nel ritenere imprescindibili, nelle valutazioni del giudice costituzionale, elementi di carattere culturale, relativi al dato momento storico, afferma infatti che senza di queste «non sarebbe possibile procedere a nessuna determinazione di *ciò che il diritto costituzionale aspira a sottrarre alla politica e all'economia*» (corsivo mio).

[66] S. Gambino, *Diritti sociali e Stato regionale. L'esperienza italiana nell'ottica comparatistica*, in *Evoluzione dello Stato delle autonomia e tutela dei diritti sociali*, a cura di L. Chieffi, cit., 63, considera criticamente che «il tema dei diritti sociali, nel dibattito dottrinario italiano si limita, così, alle funzioni svolte in tema di garanzia e di effettività degli stessi da parte del giudice ordinario e soprattutto da parte del giudice costituzionale».

[67] Osserva C. Pinelli, *Il discorso sui diritti sociali*, cit., 406, in merito alle «distorsioni determinate dall'attuazione degli enunciati sui diritti sociali» che questo «spostò l'attenzione della dottrina dal legislatore alla giurisprudenza costituzionale, dove però gli scrutini di ragionevolezza non sono strutturati in argomentazioni orientati alle conseguenze, e il ricorso

Dinanzi alla crisi dello Stato sociale e soprattutto dinanzi alla crisi di tutto un sistema economico, se si vogliono cercare alternative e immaginare soluzioni nuove in risposta agli aspetti della crisi precedentemente citati, è indubbio che «l'attore principale dell'adeguamento del diritto all'evoluzione sociale è - e non può non essere - il legislatore»[68] e che deve intendersi come rivolto soprattutto a quest'ultimo l'art. 3, comma 2, Cost., allorché afferma che «*è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana*»[69].

In altri termini, la questione del bilanciamento fra diritti sociali e le ragioni dell'equilibrio finanziario non è che un aspetto della riflessione costituzionale sul tema dei diritti sociali[70], che non sembra possa interamente restare assorbita nella *giustizia del caso concreto* - sia pure di quello che giunge dinanzi alla Corte costituzionale - che interviene comunque *a posteriori*, rispetto a leggi già vigenti. *La promozione e la soddisfazione dei diritti sociali, nella prospettiva costituzionale, non sembra infatti riducibile al perfezionamento di criteri interpretativi della legislazione vigente*.

Fra l'altro è innegabile che, attraverso la legislazione, i diritti sociali possono essere soddisfatti *anche* indirettamente (ossia *non solo* attraverso l'enunciazione, la catalogazione, la spesa e il controllo giurisdizionale), attraverso azioni che creino le condizioni di fatto, proprio in ambito economico, giuslavoristico, fiscale, che consentano a tutti di raggiungere gli obiettivi più volte ricordati: il pieno *sviluppo della personalità* e la *partecipazione*.

all'eguaglianza sostanziale è sempre risultato sporadico». L'autore richiama sul punto S. Panizza e E. Stradella, *Il concetto di eguaglianza costituzionale come principio costituzionale e come criterio generale di ragionevolezza delle scelte pubbliche*, in Quaderni sul principio di uguaglianza, I, a cura di A. Di Capua, Padova, 2008, 8.

[68] F. Modugno, *Ancora sui controversi rapporti fra giudice costituzionale e potere legislativo*, cit., 18. Allo stesso modo, M. Ainis, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di L. Elia*, I, 1999, 37-38.

[69] Su questo punto, se abbiamo bene inteso, concordano l'analisi di M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica*, cit. e di C. Pinelli, *Il discorso sui diritti sociali*, cit., 415, che considera con preoccupazione «la perdita di iniziativa se non la paralisi della politica, che è risorsa indispensabile, pur se tutt'altro che esclusiva, per ogni risposta alle questioni di attuazione ed effettivo esercizio dei diritti sociali» (*Ibidem*, 415). Sull'operatività di altre risorse, A. D'Aloia, *Autonomie territoriali e "autonomie sociali"*, cit., 102, che osserva che «gli ostacoli di ordine economico-sociale ... non li rimuove soltanto l'attività dei pubblici poteri (...) ma anche - spesso in modo decisivo - la pressione dei soggetti collettivi di rappresentanza di interessi deboli».

[70] Affermano M. Campedelli, P. Carrozza e L. Pepino nell'Introduzione a *Diritto di welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, cit., 14-15, che «l'esigibilità dei diritti sociali passa per la giurisdizione solo in via straordinaria, mentre è attraverso l'azione legislativa e quella amministrativa che trova pieno riconoscimento», posto che l'intervento giudiziario è - per quanto rilevante per la soluzione del singolo caso e per lo stimolo all'azione amministrativa - *residuale* e che lo stesso sistema giudiziario è preposto alle *patologie*.

Del resto è la stessa giurisprudenza costituzionale ad offrire interessanti spunti in tal senso. Con la sent. n. 331 del 2010 ad esempio, la Corte ha ritenuto che la mancanza di collaborazione da parte della Regioni alle scelte energetiche strategiche operate dal legislatore statale contrasti con i *doveri di solidarietà economica e sociale*. Con ciò introducendo non solo "nuovi doveri", ma qualificando anche l'*efficace sviluppo della produzione* di energia come *un valore meritevole di richiedere da parte delle Regioni doveri di solidarietà economica e sociale*[71]. Peraltro già con la sent. n. 62 del 2005 lo stesso giudice delle leggi si era riferito criticamente, sempre in merito alla stessa questione, alla c.d. *sindrome di nimby*, utilizzando così, in ambito costituzionale, un argomento di ordine sociologico[72], con l'obiettivo di sanzionare ogni particolarismo.

Appare chiaro, dunque, come l'effettività dei diritti sociali non si giochi solo sulla frontiera rappresentata dai livelli di spesa sociale. L'*opportunità di andare oltre* significa esattamente questo, sia con riguardo alla riflessione teorica, sia con riguardo alla stessa giurisprudenza costituzionale, che, come si è appena visto, si è mostrata lungimirante e accorta nell'inglobare nel "discorso sociale" temi concernenti lo sviluppo economico.

Per concludere allora sul binomio Stato sociale/diritti sociali, oltre a non esservi un'identificazione fra questi ultimi e quel vecchio modello di *welfare State* - tutto giocato su di un apparato di sicurezza sociale gestito dal potere pubblico attraverso crescenti impegni di spesa[73] -, risulta oggi perfino riduttivo tenere fuori dalla questione sociale altri ambiti di impegno pubblico.

In particolare, quando allontanare il rischio del fallimento richiede non solo azioni di contenimento della spesa, ma anche interventi che agiscano sul fronte della crescita economica, sembra auspicabile prospettare al legislatore la *necessità costituzionale* di una convergenza, anziché un insanabile antagonismo, fra la stessa economia *tout court*[74] e la giustizia sociale.

[71] Si legge nel p. 7 del considerato in diritto che «non è immaginabile che ciascuna Regione, a fronte di determinazioni di carattere evidentemente ultraregionale, assunte per un efficace sviluppo della produzione di energia elettrica nucleare, possa sottrarsi in modo unilaterale al sacrificio che da esse possa derivare, in evidente violazione dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale». In proposito sia consentito rinviare a G. RAZZANO, *La materia concorrente della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia nella recente giurisprudenza costituzionale, fra leale collaborazione e doveri di solidarietà*, in *federalismi.it*, 29 giugno 2011.

[72] Come osserva G. MORBIDELLI, *La procedura di localizzazione degli impianti di produzione di energia nucleare*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, cit., III, 2278-2280.

[73] Cfr. vers. *maior*, § 4.

[74] Nel suo significato etimologico di oikos – nemein, "amministrazione della casa", l'economia è la scienza che si occupa di produrre e amministrare beni materiali. In epoca moderna, l'economia come scienza nasce con A. Smith e la sua "*Ricerca sopra la natura e le cause della ricchezza delle nazioni*", 1776. Successivamente, all'inizio del Novecento, i modelli prevalenti sono tre: quello liberista, quello marxista e quello keynesiano.

## 5. Diritti sociali e mercato: è possibile una convergenza fra giustizia sociale ed economia di mercato?

Per quanto nella dottrina italiana, come si diceva, appaia assai sfumata la dicotomia fra libertà civili e diritti sociali[75], è altresì vero che stenta ad essere superato, almeno nell'opinione comune, un certo riduttivo bipolarismo, per molti versi proiezione di tale dicotomia, fra Stato sociale ed economia di mercato, laddove il primo viene identificato con *la* possibilità di garanzia dei diritti sociali e il secondo viene inteso come *il* sinonimo della libertà di iniziativa economica, intesa egoisticamente.

In effetti è difficile negare che «il *welfare State* tradizionale si è sviluppato sulla contrapposizione tra pubblico e privato, ove ciò che era pubblico veniva assiomaticamente associato a "morale", perché si dava per scontato che fosse finalizzato al bene comune, e il privato a "immorale" proprio per escluderne la valenza a fini sociali»[76]. Si tratta in fondo di una visione conforme al modello *lib/lab*, ad un antagonismo privato/pubblico che non trova in realtà alcun fondamento costituzionale, mentre è invece piuttosto rispondente alla disciplina codicistica del 1942, liberale ed individualistica[77], il cui orizzonte è rappresentato, appunto, dalla bipolarità individuo/Stato[78].

Con la Costituzione del 1948 nasce, al contrario, una sinergia fra libertà di iniziativa economica e responsabilità e viene colmata la distanza fra pubblico e privato, fra Stato e individuo, fra ordine sociale e mercato e, dunque, fra giustizia sociale e scienza economica. E appare chiaro che la convergenza fra la giustizia sociale e l'economia di mercato è, esattamente, il programma costituzionale, che non ha però trovato compiuta attuazione.

Se il senso ultimo del *welfare State* era quello di *conciliare* l'economia capitalistica di mercato con la democrazia, con il suffragio universale, con la partecipazione di tutti i cittadini[79], l'obiettivo mancato è proprio quest'ultimo. Ed era l'obiettivo costituzionale finale[80]. L'uguaglianza di cui all'art. 3, comma 2, Cost.

[75] Cfr. *supra*, § 1 e 2. Il riferimento è alla dottrina tedesca e in particolare al pensiero di C. Schmitt.

[76] Libro bianco sul futuro del modello sociale, "*La vita buona nella società attiva*", cit.

[77] Circa l'avversione liberale nei confronti delle comunità intermedie e della società civile - sfociata poi, singolarmente, nello statalismo - emblematica è la legge Crispi del 17 luglio 1890 n. 6972 (il cui art. 1 è stato dichiarato incompatibile con la Costituzione molto tardi, con la sent. n. 396 del 1988), che nazionalizzò circa 22.000 opere pie, ossia enti a servizio delle fasce più deboli della popolazione - la cui qualità ed efficienza il regime liberale non riuscì ad eguagliare, impantanandosi nella burocrazia (sulla questione, di recente, il Convegno "Ricordare per non ripetere", Roma, 13 ottobre 2011, nell'ambito delle celebrazioni per il 150° dell'unità d'Italia).

[78] Sul tema U. Allegretti, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bologna, 1989.

[79] Cfr. A. Baldassarre, *Lo Stato sociale: una formula in evoluzione*, cit., 40; cfr. *supra*, § 3.

[80] Sulla *partecipazione* come elemento caratterizzante la *dimensione nuova* dei diritti di liber-

è infatti strettamente legata al traguardo dell'«*effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*»[81]. Un'impostazione confermata dall'art. 4, comma 2, per il quale «*ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società*»[82].

A distanza di anni, e soprattutto dinanzi alla crisi dell'attuale economia capitalistica di mercato (che è crisi della sua affidabilità e, pertanto, crisi della sua etica)[83], appaiono più evidenti gli effetti indesiderati della dicotomia fra il mercato e l'ordine sociale, dove il primo ha continuato a seguire logiche indipendenti dal secondo. Al mercato è stato infatti chiesto di produrre solo ricchezza, mentre solo successivamente allo Stato sarebbe spettato l'intervento correttivo, per ristabilire l'equità sociale[84].

D'altronde è divenuto ormai evidente che efficienza economica e giustizia sociale sono legate in un circolo[85], vizioso o virtuoso che sia: l'abbassamento del-

tà propria della Costituzione italiana, che vale a distinguerla dal costituzionalismo ottocentesco e dal relativo individualismo, P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 93.

[81] Su questo aspetto e sul significativo *collegamento* fra il principio di uguaglianza e l'istanza partecipativa, cfr. E. ROSSI, *Identità e rappresentanza del Terzo settore*, in *Libro bianco sul Terzo settore*, cit., § 1, 62.

[82] M. MAZZIOTTI, *Lezioni di diritto* costituzionale, parte II, Milano, 1993, 64 e 107, ricorda come in Assemblea costituente, a seguito degli emendamenti di Moro e Dossetti, si votò una formula ampia proprio per ricomprendere attività e funzioni non aventi contenuto economico, quali quelle artistiche, scientifiche, filosofiche e religiose, con l'espresso intendimento i salvaguardare la posizione degli appartenenti agli ordini religiosi anche contemplativi, per rendere impossibile, nell'ordinamento costituzionale, quanto avvenuto con le leggi eversive, nell'ordinamento statutario (*Assemblea costituente, Prima Sottocommissione, Resoconti*, 183). C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 157 afferma che l'osservanza del dovere imposto dall'art. 4, comma 2, costituisce indubbiamente uno dei doveri di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost.

[83] Ironicamente impietosa la critica di R. SCRUTON, *L'economia irreale*, in *Lettera internazionale*, 4/2011, rivolta sia all'"economia irreale" e alle inevitabili bolle speculative che genera, sia alla "socialdemocrazia", intesa come modello di Stato (principale esportazione postbellica della Germania) che impone tasse ed elargisce agevolazioni per comprare il consenso elettorale (l'autore cita pensioni, abbassamento dell'età pensionabile, sussidi di disoccupazione), senza alcuno scrupolo riguardo all'indebitamento. Tutti comportamenti che, se fossero posti in essere da un privato, sarebbero passibili di sanzioni di rilievo penale. Cfr. altresì, nello stesso numero della rivista, l'interessante contributo di P. LEON, *Keynes è morto: viva Keynes!*

[84] Osserva C. PINELLI, *Il discorso sui diritti sociali fra Costituzione e diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2/2011, 404 che l'Italia non fece eccezione al clima di generale fiducia in un «progetto artificiale e nazionale di convivenza organizzata», diffusosi in Europa nel secondo Dopoguerra, per cui «il sistema di economia mista divenne la base per interventi che da una parte proteggevano i privati con vari strumenti, e dall'altra procedevano alla ridistribuzione del reddito con manovre spesso di tipo assistenzialistico».

[85] Del resto è lo stesso TCE a porsi come obiettivo un modello di economia sociale di mercato fortemente competitiva, volta alla piena occupazione e al progresso sociale. Su questo aspetto P. COSTANZO, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, in *giurcost.org*, 2008. Sul tema L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997.

la tutela dei lavoratori e la rinuncia a politiche di ridistribuzione del reddito, ad esempio, nuocciono evidentemente alla stessa economia. Comportamenti irresponsabili e dunque antisociali nell'ambito dei mercati finanziari, determinano, fra i tanti effetti, anche sfiducia nello stesso mercato. Allo stesso modo, una prolungata situazione di insicurezza sociale genera comportamenti antiproduttivi e scoraggia la stessa iniziativa imprenditoriale[86], determinando recessione. Così come, peraltro, accorte politiche volte ad aumentare la produttività delle imprese possono avere benefici effetti sociali, con riguardo ai prezzi, ai consumi, all'occupazione[87].

D'altra parte, si è detto, il mercato non esiste allo stato puro e la sfera economica non è neutrale[88], né di sua natura disumana e antisociale, se i canoni della giustizia sono rispettati sin dall'inizio, mentre si svolge il processo produttivo in tutte le sue fasi - reperimento delle risorse, finanziamenti, modi della produzione e del consumo, tutela dei diritti dei lavoratori - e non già dopo o lateralmente[89]. L'economia è, d'altronde, un insieme di atti personali[90]; e dalla relativa responsabilità[91], dal senso del dovere oltre che dei diritti[92], può derivare un'*economia con il senso dell'etica*[93].

[86] In questi termini l'enciclica *Caritas in veritate*, § 32, che osserva, altresì, che «*i costi umani sono sempre anche costi economici* e le disfunzioni economiche comportano sempre anche costi umani» (corsivo orig.).

[87] Così R. Miccù, *Lo Stato regolatore e la nuova Costituzione economica*, cit., 163, il quale rimarca l'importanza dell'intervento pubblico a difesa del mercato per l'interesse generale e per l'efficienza, che «rappresenta un obiettivo economico ma è al contempo una garanzia di sviluppo sociale». L'autore richiama, sul punto, S. Cattaneo, Agencies *e* regulation *nel Regno Unito*, in *Le Autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, a cura di S. Labriola, Milano, 1999, 249.

[88] Cfr. M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica*, cit., e, ivi p. 6 un richiamo dell'autore a un'affermazione di F. Braudel, *La dynamique du capitalisme*, Paris, 2008, 10: «*L'économie, en soi, cela n'existe évidemment pas*».

[89] Così ancora *Caritas in veritate*, § 35, 36, 37, 50. L'enciclica è considerata assai favorevolmente in ambito scientifico economico, v. fra tutti il premio Nobel Paul Samuelson. È pure interessante constatare, questa volta in ambito politico, che il recente libro di S. Fassina, *Il lavoro prima di tutto. L'economia, la sinistra, i diritti*, Roma, 2012 inizi e termini con citazioni di tale enciclica.

[90] È in fondo per questo motivo che può, di conseguenza, affermarsi la dipendenza dell'assetto economico di un determinato momento dal diritto e dalle decisioni politiche, secondo la tesi di N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato* (1998) Roma-Bari, 2004. Lo stesso naturalmente vale all'opposto, in caso di omissioni e non interventi.

[91] Auspica una sorta di autolimitazione del sistema economico, considerato quale settore sociale autonomo, R. Bifulco, *Introduzione* al Convegno organizzato dalla Sezione di Diritto dell'Economia, "Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica", 26-27 aprile 2012, Università La Sapienza di Roma, Facoltà di Economia.

[92] Sull'importanza di non disgiungere l'azione tesa alla tutela dei diritti dalla parallela azione mirante alla diffusione di una cultura dei doveri, E. Rossi, *Agire per la tutela dei diritti oggi: alcune considerazioni*, in *Diritto di welfare*, cit., 455.

[93] Cfr. F. Caffè, *Lezioni di politica economica*, Torino, 1990; G. Sapelli, *Cleptocrazia. Il*

Spetta dunque certamente alla politica[94] guidare questo circolo nel senso della virtuosità, con interventi di lungo termine, coerenti con un programma di *bene comune anche alle generazioni future*[95], anziché con interessi particolari e di breve termine, quali sono, ad esempio, quelli che hanno l'obiettivo immediato del consenso elettorale[96].

In altri termini, un'integrazione ancora più effettiva fra le libertà e i diritti sociali e un superamento della vecchia dialettica fra pubblico e privato richiedono oggi di attuare pienamente il programma costituzionale, in modo *che la giustizia sociale, per così dire, sia "più economica" e che, al contempo, l'economia sia "più sociale"*[97].

*meccanismo unico della corruzione tra economia e politica*, Milano, 1994; ID., *Etica d'impresa e valori di giustizia*, Bologna, 2007. Comunque perfino in A. Smith, a torto ritenuto il sostenitore della "mano invisibile" del mercato, vi è una chiara percezione del legame inscindibile fra responsabilità etica ed economia e l'auspicio, di conseguenza, di un governo politico dell'economia (su cui M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica*, cit., 22 ss.). Cfr. altresì R. Schiattarella, *Crisi e culture economiche*, in *Diritto di welfare*, cit., 35 ss.,

[94] In questo senso tutta la relazione di M. Luciani, cit. Cfr. inoltre, sulla non ineluttabilità del ritrarsi della politica rispetto alle logiche economico-finanziarie, I. Ciolli, *I diritti sociali alla prova della crisi economica*, relazione al Convegno "Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica", cit.

[95] Ha osservato A. D'Aloia, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale, in Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, a cura di A. D'Aloia, Milano, 2003, LIII ss. che un debito eccessivo e incontrollato, oltre a pregiudicare nella fase attuale la capacità di uno Stato di sviluppare politiche di crescita e al tempo stesso di coesione economica e sociale, scarica oneri pesanti e a rischio di insostenibilità sulle generazioni future. L'autore ritiene anche questo un profilo non irrilevante sul piano del diritto e segnatamente del diritto costituzionale, per la spiccata vocazione all'"intertemporalità" dei suoi principi e valori fondamentali (cfr. altresì ID., *Equilibrio finanziario e indirizzo politico nel "diritto costituzionale comune (europeo e nazionale),* in *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, a cura di V. Tondi delle Mura, M. Carducci, R.G. Rodio, Torino, 2005, 480). Sul dovere in capo alla generazione presente di trovare risorse per lo sviluppo, cfr. ancora I. Ciolli, *op. cit*.

[96] Cfr. da ultimo il libro dell'ex ministro britannico (per nove anni nel governo laburista al dicastero della sanità, della cultura, degli affari costituzionali, del lavoro) D. Lammy, *Out of the ashes. Britain after the riots*, Guardian Boooks, Londra, 2011 (titolo legato ai disordini avvenuti nell'agosto 2011 a Tottenham), che avanza proposte di riforma del *welfare*, per una *Big Society* oltre l'iper-individualismo thatcheriano e il laburismo classico, oltre una cultura della dipendenza e della convenienza, ad esempio, a ricevere i sussidi anziché cercare un impiego (con la conseguente formazione di "sottoclassi sociali", nelle quali due o tre generazioni della stessa famiglia non hanno mai lavorato).

[97] A questo riguardo sembrano assai interessanti alcune osservazioni di S. Zamagni, *op. ult. cit*., 37-38, riferite alla posizione marxista. Secondo l'economista bolognese, «non conoscendo la distinzione tra mercato civile e mercato capitalistico e identificando l'economia di mercato con il sistema capitalistico *tout court*, Marx non può che vedere nell'eliminazione del mercato il rimedio allo sfruttamento e all'alienazione allora galoppanti». Osserva ancora Zamagni che Marx, nel volume II de *Il Capitale*, ricorda come il *mercato* trovi la radice latina in *mereo* e rinvia a prostituzione: «Per Marx esso va tuttavia eliminato per via evolutiva e non

Dalla convinzione di una possibile *convergenza* e, più ancora, di una vera e propria *integrazione*, intesa come *completamento vicendevole e non mera conciliazione* (che in fondo suppone tensione), fra giustizia sociale e scienza economica, discendono molteplici conseguenze. In particolare vorremmo soffermarci su due fra i numerosi, possibili corollari. In primo luogo, sulle *modalità di prelievo fiscale, che dovrebbero essere anch'esse sociali fin dall'inizio*; in secondo luogo, sull'opportunità di incrementare quelle attività economiche realizzate da soggetti che si ispirano a obiettivi diversi da quelli del puro profitto, confermando l'esistenza di un *mercato sociale* e l'effettività di buone pratiche di sostenibilità umana e ambientale, da cui anche il mercato *for profit* può *ricavare utili suggestioni*[98].

## 6. Primo corollario: prelievo fiscale, minimo vitale e minimo familiare

Nell'affrontare la prima questione, quella che potrebbe indicarsi del "prelievo fiscale sociale", occorre considerare che il sistema di tassazione è esso stesso un meccanismo di ridistribuzione della ricchezza che, se diventa iniquo, genera, al contrario, squilibri e ingiustizie. In questo senso *può ritenersi parte integrante dello "statuto" costituzionale dei diritti sociali il principio della capacità contributiva*[99].

Raffinare le modalità con cui rendere effettivo il rispetto di questo principio è dunque un modo di soddisfare i diritti sociali, specialmente nel momento di un'imposizione fiscale gravosissima. Si tratta dunque, anche in questo caso, di un aspetto dell'odierna "questione sociale"[100].

In questa prospettiva di "raffinamento", merita attenzione la questione del "minimo vitale" riferita ai "carichi familiari"[101]. Questo tema, fra l'altro molto attuale nel

già rivoluzionaria, come farà poi Lenin in Russia. Si badi anche che il sottotitolo dell'opera principe di Marx è *Per la critica dell'economia politica*».

[98] Cfr., in riferimento alle imprese *for profit* e al "paradigma della sussidiarietà", G. Arena, *Cittadini attivi*, cit., 132-141.

[99] E. Giardina, *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*, Milano, 1961; F. Maffezzoni, *Il principio di capacità contributiva nel diritto italiano*, Torino, 1970; ID., *Capacità contributiva*, in *Noviss. Dig. it.,* Append., Torino, 1980, 1009-1027. F. Moschetti, G. Lorenzon, R. Schiavolin, L. Tosi, *La capacità contributiva*, a cura di F. Moschetti, Padova, 1993; G. Lorenzon, *Il principio di capacità contributiva. L'ambito oggettivo di applicazione*, in *Trattato di diritto tributario* diretto da G. Amatucci, vol. I, Padova, 1994, 305-320; F. Batistoni Ferrara, *Capacità contributiva*, in *Enc. dir*., III aggiorn., Milano, 1999, 345-359.

[100] Afferma A. D'Aloia, *Giustizia e società. Il "progetto" della Costituzione italiana* (relazione tenuta il 28 novembre 2011, a Sala di Cesenatico, nell'ambito della "7° Settimana Sociale Cesenate 2011, di prossima pubblicazione su *Dirittifondamentali.it*.) che «fisco e giustizia fiscale sono due facce della stessa medaglia» e che i criteri di progressività e capacità contributiva rappresentano un riflesso del dovere di solidarietà. In questo senso, «la funzione fiscale è il presupposto di pensabilità dei 'compiti della Repubblica'».

[101] Su cui, da ultimo, l'interessante saggio di P. Bonetti, *Famiglia e fisco*, in *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzia dei diritti*, cit., 283 ss.

dibattito politico, richiede infatti una considerazione a motivo delle stesse previsioni costituzionali, che si riferiscono esplicitamente ai «diritti della famiglia» e che, con più disposizioni, promuovono, agevolano e tutelano la famiglia in quanto società intermedia («*società naturale*») in cui si sviluppa la personalità del singolo[102]. Le norme che riguardano questa entità sociale contribuiscono così indubbiamente a caratterizzare lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali e a delineare *il nuovo Stato sociale rispetto a quello liberale*[103].

Con specifico riguardo alle *agevolazioni* di cui all'art. 31 Cost., per la consequenzialità con cui sono stati tradotti in pratica i principi costituzionali, è di grande interesse un noto filone della giurisprudenza costituzionale tedesca. Il Tribunale di Karlsruhe ha infatti stabilito il principio per cui non è assoggettabile ad imposizione fiscale il reddito minimo necessario al contribuente e alla sua famiglia per il fabbisogno vitale[104]: «*Lo Stato che riconosce la dignità dell'uomo come massimo valore giuridico* (...) *e tutela il matrimonio e la famiglia non può porre sullo stesso piano i figli e la soddisfazione di altre esigenze private* (...)». Inoltre, dal momento che «*il risparmio fiscale viene prima dell'assistenza sociale*» risulta irragionevole che «*lo Stato privi, tramite l'imposizione, i cittadini dei mezzi necessari al sostentamento, per ridistribuire successivamente tali mezzi sotto forma di assegni familiari*». Più precisamente, con riguardo al mantenimento dei figli, le risorse proprie rappresentano un qualcosa di «*qualitativamente diverso*» da un finanziamento attraverso gli *aiuti statali, che non esprimono lo stesso grado di libertà delle risorse autonomamente acquisite*. In una successiva occasione la Corte di Karlsruhe ha poi ribadito che le spese che i genitori devono necessariamente affrontare per sostenere il bisogno educativo, rientrano pienamente nel minimo familiare rilevante ai fini tributari[105].

Le argomentazioni della Corte tedesca sembrano esportabili perfino *a fortiori* nel nostro ordinamento[106], che ha scelto di impegnarsi a favore della famiglia, della maternità e dei minori proprio in quanto *Stato sociale costitu-*

[102] Cfr. ancora A. D'ALOIA, *Giustizia e società*, cit. 9, che, in riferimento all'art. 31, auspica una graduazione del peso fiscale «in rapporto alla struttura della famiglia».

[103] L. CASSETTI, Art. 31, in *Commentario alla Costituzione* a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006, 641, ricorda il dibattito in Assemblea costituente sulla famiglia, quale perno del nuovo Stato sociale, in contrapposizione con la tradizione liberale.

[104] *BVerfGE*, sent. n. 82/60 del 29 maggio 1990, la quale ha altresì specificato che è impedito al legislatore attingere ai mezzi economici indispensabili al mantenimento dei figli nello stesso modo con cui attinge ai mezzi utilizzati per la soddisfazione di esigenze voluttuarie e che, al contrario, deve rispettare la decisione dei genitori di avere figli e non può obiettare l'evitabilità degli stessi allo stesso modo con cui obietterebbe l'evitabilità di altri costi. In proposito L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996, 209 ss e 372 ss.; ID., *Il principio di sussidiarietà fiscale*, Milano, 2005, 125 ss.;

[105] Sent. n. 1220/1993 e 1852, 1953/97 del 10 novembre 1998, alcuni stralci delle quali sono pubblicati in *Foro it*., 1999, IV, 255.

[106] Da ultimo L. ANTONINI, A. PIN, *Gli aspetti costituzionali, amministrativi e tributari del Terzo settore*, in *Libro bianco sul Terzo settore*, cit., 148 ss.; P. BONETTI, *Famiglia e fisco*, cit., 292.

*zionale*[107]. Infatti con ben tre articoli - 29, 30 e 31 - si afferma, fra l'altro, che la Repubblica non solo «*riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*» ma addirittura «*agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose*»[108]. Vale inoltre lo stesso art. 53 Cost., che restringe la discrezionalità impositiva del legislatore in misura persino maggiore di quanto non faccia la Costituzione tedesca[109].

La stessa Corte costituzionale italiana, per quanto, com'è stato osservato, eserciti un sindacato di costituzionalità piuttosto blando con riguardo al requisito della capacità contributiva[110], è comunque intervenuta[111] sia per dichiarare illegittime norme che, lungi dall'agevolare con misure economiche ed altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, finivano per configurare un trattamento fiscale deteriore «*per i nuclei familiari legittimi*», in contrasto con l'art. 3, 29, 31 e 53 Cost., sia per esprimere un auspicio nei confronti del legislatore rispetto a misure di agevolazione per la formazione e lo sviluppo della famiglia e per la donna «casalinga e lavoratrice»[112].

L'inadeguatezza, più in generale, di politiche sociali familiari - che è tale anche in confronto a quelle di altri Paesi europei - è tanto più criticabile, quanto più si consideri che, nella realtà, è proprio la famiglia ad assumere compiti di *welfare* nella società italiana. Nella letteratura sociologica, giuridica ed eco-

[107] Vale la pena ricordare che in Assemblea costituente l'opposizione ad una considerazione costituzionale della famiglia fu espressa da parte liberale, con V.E. Orlando, che presentò un emendamento (23 aprile 1947, in A.C., II, 1156) con il quale si chiedeva la cancellazione degli articoli dedicati alla famiglia e l'eventuale inserimento degli stessi in un Preambolo. Tale emendamento fu respinto a larga maggioranza (284 voti contrari contro 117). Tale episodio è sintomatico del carattere "rivoluzionario" della scelta dei Costituenti di rompere con la tradizione liberale statutaria dedicando uno spazio alla famiglia e creando un collegamento diretto con il principio supremo dello Stato sociale (così L. Cassetti, *Art. 31*, cit., 641 ss.).

[108] La Costituzione tedesca, più laconica di quella italiana, dedica solo l'art. 6 al matrimonio, alla famiglia e ai figli. Al matrimonio e alla famiglia è assicurata la «speciale protezione dello Stato» (comma 1). Viene riconosciuto il «diritto naturale» dei genitori a prendersi cura dei figli, non senza attenzione, da parte dello Stato, rispetto allo svolgimento effettivo dei compiti genitoriali (comma 2).

[109] Così L. Antonini, *La sussidiarietà fiscale*, cit., 133-136, che critica a questo riguardo la giurisprudenza costituzionale italiana, e in particolare la sent. n. 134 del 1982, per non aver tratto conseguenze simili al Tribunale costituzionale tedesco pur in relazione ad una carta costituzionale, come la nostra, esplicita sul principio della capacità contributiva.

[110] Così A. Cerri, *Istituzioni di diritto pubblico*, 389, che richiama sul punto R. Braccini, *Parafiscalità*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1996. Cfr. comunque, quanto alla consapevolezza della portata dell'art. 53 Cost., Corte cost., sent. n. 111 del 1997.

[111] Sent. n. 179 del 1976, con cui la Corte ha dichiarato illegittime alcune norme di carattere tributario per contrasto con gli artt. 3, 29 e 53 Cost.

[112] Cfr. altresì sent. nn. 76 e 266 del 1983, 85 del 1985, 205 e 84 del 1992, 12 del 1998 e ord. nn. 251 del 1987 e 100 e 19 del 1993.

nomica si rintraccia infatti un consenso unanime rispetto all'asserzione secondo cui le famiglie, e in particolare le donne, svolgono un ruolo di supplenza di fronte all'incompiutezze del *welfare* italiano[113]. Specialmente queste ultime continuano a sopportare gran parte del peso di dar vita alle nuove generazioni e di prendersi cura sia di queste ultime che di quelle più anziane.

Resta dunque in gran parte da garantire, attraverso provvedimenti legislativi e più coraggiosi interventi della giurisprudenza costituzionale, il diritto sociale al non intervento fiscale dello Stato rispetto ai redditi minimi e al minimo familiare[114]; e la considerazione, rispetto all'imponibile, dei figli, degli anziani e dei disabili a carico[115], nella consapevolezza che anche questo problema è parte integrante dell'attuale "questione sociale".

[113] Cfr. ad es. L. TORCHIA, *Premessa*, in L. TORCHIA (a cura di), *Welfare e federalismo*, quaderno di Astrid, Bologna, 2005, 11: «All'incompiutezza del *welfare* italiano si sono tradizionalmente accompagnati fenomeni di supplenza, che se per qualche tempo hanno funzionato da rimedio poi si sono tramutati in causa di ulteriori contraddizioni. Il principale ruolo di supplenza è stato assunto dalla famiglia e, all'interno di essa, dal lavoro non retribuito delle donne, a fronte di un sistema di sicurezza sociale finalizzato a tutelare, fondamentalmente e prevalentemente, il maschio adulto capofamiglia occupato. I servizi di cura sono stati a lungo prodotti all'interno della famiglia, da parte di donne che lavorano, non remunerate, a tempo pieno, senza avere accesso alle misure di sicurezza apprestate per i lavoratori». Interessante quanto rileva C. PINELLI, *Il discorso sui diritti sociali fra Costituzione e diritto europeo*, cit., 409-410 a proposito del modello socialdemocratico diffuso nei Paesi dell'Europa continentale - distinto da quello dei Paesi anglosassoni - «dove le politiche ridistributive sono considerate una ricompensa per gli occupati che si converte in diritti (...), *gli esclusi dal mercato del lavoro sono assistiti soltanto o prevalentemente dalle famiglie e sono assai più tollerate le sperequazioni di* status*, a cominciare da quelle basate sul sesso*» (corsivo mio).

[114] In questo senso l'osservazione di L. TORCHIA, *Premessa*, cit., 11, secondo cui il sistema di sicurezza sociale è prevalentemente modulato «sul maschio adulto occupato capofamiglia» sovrastimerebbe addirittura la situazione reale, che non considera di quante persone sia effettivamente "capofamiglia" tale individuo, dal momento che il computo delle aliquote prescinde dalla situazione familiare (c.d. "tassazione individuale" o "separata" dei redditi, corretta da detrazioni e deduzioni in ragione della composizione del nucleo). Sulle ipotesi relative al "quoziente famiglia", al "fattore famiglia" ovvero ad una "no tax area" calcolabile moltiplicando la soglia minima di povertà Istat per un quoziente calcolato sul numero dei componenti del nucleo familiare e su specifiche problematiche (disabilità, anziani, minori) ovvero alla detraibilità di alcune spese, si rinvia all'analitico lavoro di P. BONETTI, *Fisco e famiglia*, cit., 310 ss., il quale si riferisce alle stesse come a «ipotesi di rimedi alle iniquità della imposizione tributaria sui redditi delle famiglie».

[115] Sulle singole problematiche, fra i tanti contributi, C. SARACENO, *Politiche del lavoro e politiche della famiglia: un'alleanza lunga e problematica*, in *Lavoro e dir*., 2001, 37 ss.; 943; ID., *Le politiche della famiglia*, in *La riforma del Welfare. Dieci anni dopo la "Commissione Onofri"*, Astrid, Bologna, 2008, 415; M. LUCIANI, *La protezione della maternità davanti alla Corte. Brevi note sulla sentenza n. 405 del 2001*, in *Giur. cost*., 2001, 2921 ss.; C. COLAPIETRO, *Dalla tutela della lavoratrice madre alla tutela della maternità e dell'infanzia: l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, in *Giur. it*., 2000, V, 1317 ss.; ID., *Il fondamento costituzionale della tutela delle persone con disabilità*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, II, 943; F. GIRELLI, (a cura di), *Lavoro e disabilità. Disciplina normativa e percorsi di inserimento*, Napoli, 2010 e ID., *Sul seguito delle decisioni d'incostituzionalità: il caso delle ore di sostegno per gli studenti disabili*, in *Studi in onore di F. Modugno*, cit., II, 1725.

Nella prospettiva additata poi, non si tratta tanto di incrementare aiuti e sostegni agli individui per favorire la loro convivenza privata, quanto di favorire la cittadinanza della stessa famiglia come corpo sociale a sua volta capace di generare altre entità sociali intermedie[116]. Forse anche in questo ambito si è rimasti, per così dire, allo Statuto, quanto alla difficoltà di superare effettivamente l'orizzonte bipolare individuo/Stato.

D'altronde non è un caso se l'inadeguatezza delle politiche familiari, che fin qui ha caratterizzato il *welfare* italiano, corrisponde ad una certa latitanza da parte della dottrina pubblicistica su questo versante (che è diverso da quello dei diritti dei singoli all'interno della famiglia e da quello relativo al diritto individuale al matrimonio)[117]. Il mutamento di prospettiva comporta infatti il passaggio da una «concezione della famiglia come proiezione di un diritto individuale, ad una concezione della stessa come mezzo per realizzare finalità sociali di carattere generale (dall'educazione dei figli, allo sviluppo degli affetti ecc.)»[118].

[116] Nel senso che le famiglie creano a loro volta reti e associazioni, di fatto e di diritto, che soddisfano diritti sociali (nidi, scuole, associazioni in favore di madri lavoratrici, di studenti, di disabili, di anziani, ecc.) e nel senso che le famiglie reclamano in quanto tali promozione e tutela in alcuni ambiti concreti (associazioni di famiglie quali consumatori di alcuni specifici beni e servizi o, anche, quali fruitori di programmi televisivi, educativi, socio-sanitari, ecc.). Cfr. poi, sul piano teorico, P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 352; R. Biagi Guerini, *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1989; G. Dalla Torre, *Famiglia e Costituzione. Riflessioni su una rivoluzione promessa*, in *Iustitia*, 1999, 221 ss.; L. Chieffi, *La promozione dell'istituto familiare nell'ambito delle politiche sociali dell'ente regione*, in ID. (a cura di), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova, 1999, 205 ss.; C. Saraceno, *Una politica di sostegno alle responsabilità familiari*, in *Il Mulino*, 3/1994, 459; P. Donati, *Sociologia delle politiche familiari*, cit., 27; *Le associazioni familiari in Italia*, a cura di P. Donati e G. Rossi, Milano, 1994; P. Bonetti, *Fisco e famiglia*, cit., 283-284.

[117] Osserva P. Bonetti, *op. ult. cit*., 286 che «in Italia è mancato un certo pragmatismo per individuare quali possano essere gli aiuti alle famiglie latamente intese, mentre l'attenzione dell'opinione pubblica e le iniziative e proposte dei soggetti pubblici e privati circa le politiche pubbliche e circa le innovazioni normative nei confronti della famiglia sembrano essere state dirette prevalentemente su aspetti di tipo etico concernenti la disciplina della struttura delle famiglie».

[118] E. Rossi, *Tutela individuale e tutela collettiva dei diritti fondamentali europei*, in P. Costanzo (a cura di*), La carta europea dei diritti*, Genova, 2002, 176. L'autore si esprime in tal modo a proposito della formulazione della Carta di Nizza, per quello che concerne le disposizioni relative alla famiglia, della quale si trascura il ruolo sociale, in difformità con le Costituzioni di alcuni Paesi membri, fra cui l'Italia, e con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Osserva inoltre come, insieme alla Costituzione italiana, anche la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 riconosce la famiglia come «nucleo naturale e fondamentale della società», al di là del diritto individuale di sposarsi e avere figli. Cfr. inoltre il contributo di L. Violini, "*Seconda tavola rotonda europea sulla povertà e l'esclusione sociale: il ruolo della famiglia nella promozione dell'inclusione sociale*", Commissione Europea, Torino, 16-17 ottobre 2003, (Rapporteur al workshop nr. 3 "Gli strumenti per la promozione dell'eguaglianza nell'accesso ai servizi, alle risorse e ai diritti"). V. Tondi della Mura, *Famiglia e sussidiarietà, ovvero: dei diritti (sociali) della famiglia*, in *Dir. soc*., 2005, fasc. 4, 519 ss.,

L'attuale mancanza di reali politiche familiari non è un'omissione priva di ricadute economiche, per la connessione fra la mancanza di sostegno ai nuclei familiari e il crollo demografico[119] e per i gravi squilibri nel sistema italiano di *welfare*, a causa dell'aumento abnorme della spesa pensionistica rispetto alle altre voci. Una valutazione questa, in linea con l'idea, qui sostenuta, di una necessaria confluenza fra giustizia sociale ed economia. Risulta insomma interessante approfondire la riflessione costituzionale sulla questione della famiglia come entità che rende possibile beni sociali, anche nella prospettiva di una maggiore considerazione della stessa come *parte sociale* nei processi politici decisionali che la riguardano, espressione di effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

## 7. Secondo corollario: l'opportunità di incrementare un'economia non ispirata (solo) al profitto

Quel pessimismo hobbesiano per cui gli individui umani, nelle loro azioni, sarebbero ispirati solo dall'interesse privato e, in campo economico, vanno alla ricerca esclusiva del profitto[120] permea tuttora una parte consistente della cultura contemporanea e della stessa legislazione, laddove alcuni principi costituzionali tardano a trovare svolgimento ed attuazione.

Non mancano tuttavia segnali importanti, nella dottrina e nella giurisprudenza, a sostegno di una concezione della libertà d'iniziativa economica non solo funzionale al capitalismo individualista, ma anche espressione di una creatività del cittadino, che al contempo soddisfa diritti sociali, prevenendo e curando patologie.

Da più parti i giuristi riconoscono infatti, anche quale espressione della medesima evoluzione della forma di Stato[121], la consistenza pubblica della

cui si rimanda anche per interessanti riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, difende il ruolo sociale specifico della famiglia e il diritto della stessa ad interpretarlo secondo il principio di sussidiarietà, in conformità all'evoluzione della forma di Stato, argomentando in termini costituzionali l'idea di diritti a prestazione *mediante la famiglia* anziché *mediante lo Stato*, per l'effettiva realizzazione della dimensione relazionale ed affettiva della persona.

[119] Su cui L. ANTONINI, *La sussidiarietà fiscale*, cit., 131 ss. Già il *Libro bianco sul Welfare 2003* mostrava che se il tasso di natalità fosse ritornato alla media europea, vi sarebbero stati effetti positivi sul mercato del lavoro, sul sistema di assistenza e sulla previdenza. Stesse conclusioni anche il Libro bianco 2009 *La vita buona nella società attiva* cit. Cfr. pure la ricerca a cura di C. GORI, *Quale futuro per il welfare?*, cit.

[120] Critico nei confronti di questa visione, considerata irreale, il Nobel A. SEN, ad es. in *L'idea di giustizia*, cit., 194 ss.

[121] N. LIPARI, *Il volontariato: una nuova dimensione culturale e giuridica del Welfare State*, in *Riv. dir. civ*., 1982, II, 822; L. VIOLINI, *Associazioni non profit, diritti sociali e processo costituente europeo. Riflessioni de constitutione ferenda*, in C. CATTANEO (a cura di), *Terzo settore, nuova statualità e solidarietà sociale*, Milano, 2001, 88; L. VIOLINI, A. ZUCCHELLA, *Il terzo settore tra cittadinanza dell'impresa e contesto costituzionale sussidiario*, in *Non Profit*,

partecipazione privata[122], capace di offrire «risposte ai bisogni delle persone e di garantire livelli di *welfare* messi sempre più in difficoltà dalla situazione economica complessiva»[123], superando appunto la contrapposizione codicistica e statutaria stretta nell'alternativa pubblico/privato[124].

In coerenza con questa visione etico-politica[125], la riforma del costituzionale del 2001 ha introdotto, com'è noto, il principio costituzionale di sussidiarietà nella sua accezione c.d. orizzontale[126]. Ancor più esplicito è poi l'art. 45 Cost., secondo cui «*la Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata. La legge ne promuove e favorisce l'incremento con i mezzi più idonei e ne assicura, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità*».

È in questo scenario che va dunque considerata quella realtà che più di ogni altra mostra la convergenza fra giustizia sociale e scienza economica, definita come *economia civile di mercato*[127] fondata sulla reciprocità fra cittadini, anziché sui poteri pubblici o sul profitto. Essa esprime esattamente il passaggio *dal binomio pubblico/privato al trinomio pubblico/privato/civile* ed è stata definita un Giano bifronte, perché sta *nel* mercato pur non essendo *del* mercato, nel senso che non si ispira al fine dell'agire capitalistico che è il

2003, 265; A. Poggi, *L'impresa sociale tra Stato e mercato e la necessità di una "identificazione" all'interno del settore*, in *Non Profit*, 2002, 223.

[122] Riconosce il rilievo dell'impegno privato per la realizzazione degli obiettivi solidaristici e redistributivi, B. Caravita, *Oltre l'uguaglianza formale*, cit., 90. M. Luciani, *La produzione economica privata*, cit., 125 e 130, sottolinea che il termine "sociale" non può essere assimilabile al termine "pubblico".

[123] E. Rossi, *Fine - ingloriosa - dell'Agenzia per il Terzo settore?,* in *costituzionalismo.it*, 13-02-2012. L'autore, nella consapevolezza delle criticità pure presenti nel mondo del Terzo settore, per la possibilità di abusi e deviazioni, ne auspica sia la valorizzazione che la vigilanza, rammaricandosi per la scelta governativa di chiudere l'Agenzia per il terzo settore. Controllare, promuovere e sostenere questa parte dell'economia nazionale è in ogni caso una necessità che ancor meglio sarebbe soddisfatta da una *Authority*, in analogia con quanto, ad es., esiste in Gran Bretagna rispetto alle CIC - *Community Interest Company*.

[124] G. Tiberi, *La dimensione costituzionale del terzo settore*, in *Dove lo Stato non arriva*, a cura di C. Cittadino, Astrid, Firenze, 2008, 44.

[125] Fondamentalmente quella per cui lo Stato è a servizio della persona, posto che è sulla dignità umana che si imperniano tutti i diritti e i doveri (cfr. *supra*, § 3).

[126] A. Simoncini, *Il* terzo settore *ed il nuovo titolo V della Costituzione*, in P. Carrozza, E. Rossi (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2004.

[127] S. Zamagni (a cura di), *Non profit come economia civile*, Bologna, 1998; S. Zamagni, L. Bruni, *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Bologna, 2004; S. Zamagni, L. Bruni, *Dizionario di economia civile*, Roma, 2009. Per molti versi nella medesima direzione dell'economia civile, come osserva S. Zamagni (ad es. in *Introduzione: slegare il Terzo settore*, 55) il celebre saggio di A. Sen, *La ricchezza della ragione. Denaro, valori, identità*, Bologna, 2000, così come Id., *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano, 2000.

profitto[128]. Si tratta di una nuova tipologia di soggetti imprenditoriali[129], che per molti versi è antica, se solo si considera la fioritura di opere sociali proprio durante l'Umanesimo italiano[130].

Ebbene, questa realtà del mercato sociale non solo è *compatibile* con la Costituzione, ma, più ancora, risulta per molti versi *favorita e protetta*. Nell'universo di attività di rilevanza economica riconducibili al cosiddetto del Terzo settore, infatti, l'iniziativa economica è direttamente volta all'utilità sociale e il diritto proprietà mostra chiaramente una funzione sociale. Più ancora, l'economia civile è, in sé, effettiva partecipazione di lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, mentre, al contempo, rappresenta un modo costituzionalmente emblematico per soddisfare il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società (art. 4, comma 2).

Dimostra di aver riconosciuto tale realtà la risoluzione del Parlamento europeo del 19 febbraio 2009 sull'economia sociale[131], in cui si afferma che «*l'economia sociale, unendo redditività e solidarietà, svolge un ruolo essenziale nell'economia europea, permettendo la creazione di posti di lavoro di qualità e il rafforzamento della coesione sociale, economica e territoriale*»[132].

La giurisprudenza, da parte sua, ha dato un contributo importante per il chiarimento di molteplici aspetti legati con tali realtà.

Il Consiglio di Stato, in particolare, richiamando lo stesso principio di sussidiarietà orizzontale, si è riferito alla nozione di "cittadinanza societaria" coniata in sociologia[133] e ha chiarito che «*esistono forme di impegno e di attività, soprattutto nel versante sociale (...) che sono dislocate a livello di soggetti utenti e agenti al medesimo tempo*», che sorgono dalla consapevolezza

[128] S. Zamagni, *Introduzione: slegare il Terzo settore*, in *Libro bianco del Terzo settore*, a cura dello stesso S. Zamagni, cit., 22.

[129] Tali soggetti sono simili alle società commerciali in quanto operano con sistematicità nel mercato ma sono dissimili da tali figure in quanto non mirano al profitto e per questo appaiono simili alle fondazioni e alle associazioni e dissimili alle società di cui al libro V del codice civile. Cfr. in proposito, sulle nuove identità imprenditoriali, C. Borzaga, L. Fazzi, *Manuale di politica sociale*, Milano, 2010.

[130] Riferimenti in S. Zamagni, L. Bruni, *Dizionario di economia civile*, cit.

[131] 2008/2250 (Ini).

[132] Per un commento a questa risoluzione e per la verifica di quanto sia il Terzo settore a produrre *welfare* e di quanto invece non sia lo stesso *welfare* a produrre Terzo settore, E. Stradella, *Welfare e Terzo settore: un rapporto biunivoco?*, in *Diritto di welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, cit., 361 ss.

[133] Il riferimento è all'espressione coniata da P. Donati, *La cittadinanza societaria*, cit. Allo stesso autore si deve l'altra espressione, ormai entrata nel gergo del Terzo settore, quella di «*privato sociale*» (già in P. Donati, *Teoria relazionale della società*, Milano, 1991), come ricorda S. Zamagni, *Introduzione: slegare il Terzo settore*, cit., 21.

democratica che sempre più emerge dalla società civile. Più ancora - precisa il Consiglio di Stato - «*la metodica dell'ausilio finanziario pubblico erogato in ambiti territoriali determinati può essere applicata anche ai fenomeni tipici della sussidiarietà orizzontale, purché sussistano tutte le condizioni che implicitamente sono poste dai precetti (costituzionali e ordinari)*»[134].

La Corte costituzionale ha poi da tempo affermato che il volontariato è «*la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale* (...) *base della convivenza civile normativamente prefigurata dal Costituente*»[135]. Ha inoltre difeso «*la libertà sociale della persona*», protetta dagli articoli 2, 17 e 18 Cost. e ha sottratto le fondazioni di origine bancaria da una serie di controlli pubblici sulla base del riconoscimento delle stesse quali «*soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali*», che operano appunto per scopi di utilità sociale[136]. In altra occasione la Corte ha poi ritenuto che il sistema degli incentivi alle associazioni non lucrative non contrasta con il principio comunitario della libera circolazione delle persone e dei servizi[137].

Proprio a questo riguardo, viene spesso in rilievo, negli ultimi tempi, la difficoltà rappresentata dalla *tutela della concorrenza* da un lato (materia di competenza esclusiva ex art. 117, comma 2, lett. *e)*, ma anche materia nella quale vi sono «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario») e il *favor* costituzionale per le iniziative *senza fini di speculazione privata*[138]. Il legi-

[134] C.d.S., Sez. consultiva per gli atti normativi, 3 settembre 2003, n. 1440. Per ulteriori riferimenti sia consentito rinviare a G. Razzano, *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà e le imprese*, in *Giur. cost.*, 2004, 718 ss. Interessante è che in questa occasione il supremo organo di giustizia amministrativa sia stato severo, negando che possa di per sé essere espressione di sussidiarietà orizzontale la convergenza fra interessi imprenditoriali privati e interessi degli enti locali ed esprimendo quindi un parere sfavorevole allo schema di regolamento sottoposto all'attenzione della Sezione, il quale, in ultima analisi, avrebbe consentito ad imprese private (*for profit*, si intende) di accedere al Fondo per la tutela e lo sviluppo economico-sociale delle isole minori. Riferimenti al principio di sussidiarietà da parte del Consiglio di Stato già in C.d.S., IV sez., 20 marzo 2000, n. 1493 e C.d.S., II sez., 5 febbraio 2003, n. 2691/02.

[135] Corte cost., sent. n. 75 del 1992, con commento di E. Rossi, *Principio di solidarietà e legge quadro sul volontariato*, in *Giur. cost*., 1992, 2348 ss.; G. Parodi, *La legge n. 266/1991 come legge di principi*, in *Regioni*, 1993, 104 ss.; F. Rigano, *L'attuazione dei principi della legge sul volontariato: l'istituzione dei registri regionali, ivi*, 1993, 120 ss.; E. Palici Di Suni, *Il volontariato tra i valori costituzionali supremi ed autonomia regionale*, in *Giur. it*., 1992, I, 1205 ss. Cfr. altresì le sentenze nn. 202 e 355 del 1992 e 500 del 1993.

[136] Corte cost., sent. nn. 300 e 301 del 2003.

[137] Corte cost., sent. n. 365 del 1998, con nota di F. Rigano, *Le associazioni non lucrative a confronto con la disciplina comunitaria del mercato*, in *Giur. cost*., 1998, 3531 ss.

[138] Sul tema cfr. i contributi raccolti nel volume a cura di S. Prisco, *Unione europea e limiti sociali del mercato*, Torino, 2002. Sulla gestione del servizio pubblico in regime di mercato e di concorrenza, fra Corte di giustizia, Corte costituzionale e Consiglio di Stato, anche in riferimento alle attività *non-profit* e in particolare alle fondazioni bancarie (che possono, in quanto imprese, ottenere benefici fiscali solo ove dimostrino di esercitare in modo prevalente

slatore italiano è chiamato infatti a «*temperare la generale propensione alla competizione per il mercato anche a vantaggio di aspetti sociali*»[139].

In proposito rileva una recente sentenza della Corte di giustizia[140], appunto sulle imprese cooperative[141]. La loro situazione, riconosce il giudice europeo, non è «*di fatto e di diritto analoga a quella delle società commerciali, purché, tuttavia, esse operino nell'interesse economico dei loro soci e intrattengano con questi ultimi una relazione non puramente commerciale, bensì personale particolare, in cui essi siano attivamente partecipi e abbiano diritto ad un'equa ripartizione dei risultati economici*» (punto 61). Anche per questo «*dette cooperative beneficiano quindi di un'agevolazione fiscale cui non possono invece accedere le società a scopo di lucro*» (punto 51)[142].

Anche la composizione di questo equilibrio e la considerazione del *valore sociale aggiunto* che presentano alcune tipologie di imprese[143], come le cooperative sociali, è dunque un obiettivo che si inserisce in quello più vasto della convergenza fra mercato e giustizia sociale[144].

attività sociali, di beneficienza e culturali), I. SIGISMONDI, *Il principio di buon andamento fra politica e amministrazione*, cit., 213 ss.

[139] M. BRAGAGLIA, *Mercato e cooperazione sociale. Spiragli per una diversa concezione della concorrenza alla luce dei principi*, in *Rivista AIC*, 1/2012.

[140] Corte di giustizia 8.09.2011, procedimento riuniti C-78/08, C-79-08 e C-80/08.

[141] Il 2012 è l'anno dedicato dall'Onu all'impresa cooperativa (risoluzione della 64° assemblea delle Nazioni Unite). Le cooperative, anche quelle di dimensione medio-piccola, rappresentano la decima economia mondiale. Sul tema, di recente, S. FIORENZANO, *L'impresa cooperativa nello scenario europeo. Analisi dei modelli e prospettive di armonizzazione nell'era della globalizzazione*, Roma, 2011.

[142] In ogni caso deve essere alta l'attenzione rispetto agli abusi, che rischiano di trasformare in privilegi le esenzioni. Proprio per questo non si può che aderire alle critiche piovute da più parti in merito alla recente decisione del Governo (d.l. 2 marzo 2012, n. 16) di chiudere l'Agenzia per il Terzo settore (cfr. in proposito E. ROSSI, *Fine – ingloriosa – dell'Agenzia per il Terzo settore?,* cit.) che ha rappresentato invece, in coordinamento con l'Agenzia delle entrate, una garanzia contro illeciti ed abusi. Da ultimo l'Agenzia aveva redatto le *Linee guida per le buone prassi e la raccolta dei fondi nei casi di emergenza umanitaria* (presentate il 16 novembre 2011 al CNEL) cui sarebbe seguito un elenco di Ong che avrebbero aderito ad documento. La necessità di discernimento si rende necessaria anche in relazione alla complessità della normativa fiscale vigente per il composito mondo *Non profit* e alla complessità dello stesso Terzo settore, al quale appartengono organizzazioni di volontariato, fondazioni, associazioni di promozione sociale, organizzazioni non governative, cooperative sociali e imprese sociali (su queste principali famiglie E. ROSSI, P. ADDIS, F. BIONDI DAL MONTE, E. STRADELLA, E. VIVALDI, *Identità e rappresentanza del Terzo settore*, in *Libro bianco del Terzo settore*, cit., 85 ss.).

[143] A questo proposito va comunque rimarcata la necessità e l'opportunità che anche il Terzo settore si sottoponga a valutazioni, in base ad "un ordinamento (*ranking*) di meritorietà", soprattutto quando accede a fondi pubblici o a capitali di rischio, come ritiene S. ZAMAGNI, *Introduzione: slegare il terzo settore*, cit., 53-58, che prova ad elencare alcuni parametri di giudizio.

[144] In questo senso, se si considera che alla categoria della piccola e media impresa (il 95% delle imprese italiane) si riconducono molte imprese cooperative, è stato riconosciuto come

È per le considerazioni appena svolte che può finalmente proporsi la definizione secondo cui i *diritti sociali sono quei diritti di rango costituzionale che, attraverso l'azione della pubblica autorità e l'iniziativa libera, responsabile e solidale degli stessi cittadini, singoli e associati, tutelano l'uomo come singolo e nelle formazioni in cui si svolge la sua personalità*[145]*, al fine di rimuovere situazioni di svantaggio e di promuovere l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*[146].

In ogni caso sembra auspicabile un sistema economico equilibrato, con la *compresenza di pubblico, privato e privato sociale*. Una complessità rispetto alla quale risulta a maggior ragione insostituibile il ruolo dei pubblici poteri e la relativa responsabilità nel garantire i diritti sociali. Su questi aspetti, relazionati con il *binomio fra diritti di libertà e diritti sociali*, ci si soffermerà nel prossimo paragrafo.

## 8. Sul binomio *diritti sociali e diritti civili di libertà*: sussidiarietà e ruolo dei pubblici poteri

Come si osservava in apertura, la dibattuta questione relativa al binomio diritti di libertà/diritti sociali e alle supposte differenze fra le due categorie attiene, in ultima analisi, ai modi della garanzia[147], in riferi-

un segnale positivo (M. Bragaglia, *Mercato e cooperazione sociale*, cit.) la modifica apportata all'art. 2 del Codice dei contratti pubblici dalla legge n. 214 del 22 dicembre 2011 (che ha convertito il d.l. varato il 6 dicembre 2011, n. 201, c.d. "salva Italia"), art. 44, settimo comma: «Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, *al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese*, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali» (corsivo mio).

[145] Per le ragioni costituzionali sopra esposte (§ 6) in una posizione peculiare è la famiglia, se si considera l'art. 29, per cui la Repubblica riconosce *i diritti della famiglia* come società naturale fondata sul matrimonio. Se è vero, in generale, che i diritti sociali hanno "carattere individualistico", nel senso che non sono diritti di gruppo e valgono pure se non si appartiene ad un gruppo (M. Mazziotti, *Diritti sociali*, cit., 804), altrettanto ineludibile è questa norma costituzionale e quelle che seguono.

[146] Con tale definizione si vorrebbero ricomprendere tutte le situazioni soggettive rilevanti sotto il profilo sociale che la Costituzione contempla, anche quelle rispetto alle quali vi è l'impegno di promozione, di tutela, di rimozione di ostacoli, ecc., ma non vi è una concreta *actio* da spendere in giudizio in capo ad un individuo. Con la conseguenza di rimarcare, ad es., *la doverosità costituzionale delle politiche per la famiglia e di quelle per la piena occupazione*. Per una differente definizione, cfr. M. Benvenuti, *Diritti sociali*, cit., § 1.2, che qualifica come *diritti sociali* quelli ad un tempo pretensivi e redistributivi. Resta in tal modo fuori, tuttavia, la rilevanza costituzionale della famiglia, perno del nuovo Stato sociale. Resta altresì fuori anche il lavoro, condizione di realizzazione della persona (come posto in luce più volte dallo stesso M. Benvenuti), che i pubblici poteri *devono innanzitutto assicurare a tutti*.

[147] A questo riguardo vale quanto considerato da M. Mazziotti, *Diritti sociali*, cit., 805-806, il quale ha mostrato come vi siano diritti sociali che non richiedano integrazione legislativa (come il diritto all'equo salario, *ex* art. 36 Cost.) e, invece, diritti di libertà, come i diritti

mento alla questione della necessità o meno di un intervento del legislatore per garantire i primi e, soprattutto, i secondi. La relativa controversia sembra ormai superata, principalmente per il sopraggiungere di due circostanze.

La prima è che il principio di sussidiarietà, come si è cercato di dire, ha reso più evidente il legame della libertà con i diritti sociali, come dimostra la stessa endiadi "*libertà sociale*", avvalorata dalla stessa Corte costituzionale[148], cosicché fra gli uni e gli altri non sembra più esservi l'antica dicotomia. La seconda è che, in realtà, «*la sussidiarietà obbliga molto di più lo Stato, sia ad attività che concernono il suo essere Stato sociale, sia a quelle che riguardano il suo essere Stato di diritto*»[149], di modo che l'intervento legislativo per la garanzia della *libertà sociale* si rende comunque necessario. Se infatti è vero che l'attore pubblico non è più il monopolista della erogazione, egli resta comunque *insostituibile con riguardo alle esigenze di universalità, con riguardo alle linee guida degli interventi, con riguardo al controllo sulla qualità dei servizi*[150].

È soprattutto per questo che non è compatibile con la Costituzione l'esclusivismo statale in relazione alla garanzia dei diritti sociali. Lo ha chiarito la stessa Corte costituzionale, ancor prima che apparisse esplicitamente, nell'ordinamento, il principio di sussidiarietà (prima con Maastricht, poi con le "leggi Bassanini", infine con la riforma costituzionale del 2001). Il giudice delle leggi ha infatti sancito il principio del «*pluralismo delle istituzioni in relazione alla possibilità di pluralismo nelle istituzioni*» e il «*superamento del principio di pubblicizzazione generalizzata*»[151], confermando l'opzione per un modello di protezione sociale non interamente assorbito nella statualità[152],

civili, la cui effettiva tutela suppone comunque un'organizzazione giurisdizionale e, dunque, l'intervento legislativo. Cfr. *supra*, § 1.

[148] Sent. nn. 50 del 1998, 300 e 301 del 2003.

[149] I. Colozzi, *La sussidiarietà come principio regolatore del nuovo stato sociale, in Sociologia e politiche sociali*, 1998, 1, 58. L'autore prosegue affermando che «proprio perché deve coltivare il bene comune, che non deriva automaticamente, per un processo del tipo "mano invisibile", dalla molteplicità degli interessi perseguiti da persone e gruppi, lo Stato deve intervenire nella società ma per sostenere e stimolare i sottoinsiemi sociali e, in definitiva i cittadini, nella disponibilità a sviluppare iniziative proprie e a compiere sforzi per migliorare le loro prestazioni».

[150] Cfr. il Libro bianco sul futuro del modello sociale, "*La vita buona nella società attiva*", cit., 60.

[151] Corte cost., sent. nn. 173 del 1981 e 396 del 1988, in *Le Reg*., 1988, II, 1331, con nota di E. Ferrari, *La Corte e la legge Crispi: il nome e la "effettiva natura" delle istituzioni (e della libertà) di assistenza*; cfr. anche U. De Siervo, *La tormentata fine delle I.P.A.B*., in *Giur. cost*., 1988, 1757.

[152] E neppure, occorre aggiungere, nelle stesse istituzioni decentrate, come le regioni e gli enti locali. Al riguardo cfr. Corte cost., sent. n. 310 del 2006, che, in riferimento agli usi civici, ha dichiarato incostituzionale una legge regionale che attribuiva ai comuni il potere di rilasciare autorizzazioni con l'effetto di rendere immediatamente utilizzabili i suoli destinati ad uso civico. La Corte ha infatti affermato l'esistenza di una «stretta connessione fra l'interesse

posto che dal disegno costituzionale non risulta l'esclusività del potere pubblico in questo impegno[153].

Quanto invece all'insostituibilità dello Stato per ciò che concerne le esigenze di universalità, ancor prima della riforma costituzionale relativa ai livelli essenziali delle prestazioni, con la sentenza n. 215 del 1992, la Corte costituzionale aveva avuto modo di affermare «*la necessità di assicurare condizioni di uniformità su tutto il territorio nazionale*» e, qualora si renda necessario operare differenziazioni in favore di categorie svantaggiate, l'esigenza di operare senza «*difformità e deroghe in relazione alle diverse aree geografiche e politiche del Paese*»[154].

Se insomma oggi vi è ancora una "questione" concernente la necessità dell'intervento legislativo per l'attuazione dei diritti sociali, *questa è diventata quella dell'individuazione della competenza legislativa statale e/o regionale nei diversi momenti dell'individuazione, della programmazione, dell'organizzazione e del soddisfacimento dei diritti sociali*. Fermo restando che nell'ordinamento decentrato la costruzione di una cittadinanza sociale esige unità e che questa rappresenta un limite alla differenziazione del potere politico[155].

Rispetto a tale "questione", il criterio-guida può ritrovarsi proprio nel principio costituzionale di sussidiarietà, tanto verticale, quanto orizzontale,

della collettività alla conservazione degli usi civici e il principio democratico di partecipazione alle decisioni in sede locale, corrispondente agli interessi di quelle popolazioni, di cui sono diventate esponenti le regioni» e ha ritenuto necessario il coinvolgimento, di volta in volta, delle popolazioni interessate.

[153] A. D'Aloia, *Autonomie territoriali e "autonomie sociali" nelle dinamiche di garanzia del principio di uguaglianza sostanziale*, in *Evoluzione dello Stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali*, cit., 102 ss., richiama in proposito, a suffragio di questa constatazione, la vicenda della condanna dell'Italia da parte della Corte di Giustizia della CE (causa C-55/96) per il monopolio pubblico nel campo dell'attività di mediazione e di interposizione tra domanda e offerta di lavoro (collocamento).

[154] Sulla sentenza si sofferma A. D'Aloia, *Autonomie territoriali e "autonomie sociali"*, cit., 95. In seguito alla riforma del Titolo V, la Corte costituzionale ha ribadito più volte il medesimo concetto (cfr. ad es. sent. n. 282 del 2002) per cui al legislatore statale è riservato il compito di «porre le norme necessarie e ad assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento delle prestazioni garantite, come contenuto essenziale dei diritti civili e sociali, senza che la legislazione regionale possa limitarle e condizionarle», fermo il divieto di attrazione a livello statale di interi settori materiali (sent. n. 181 del 2006), il divieto di prevedere prescrizioni organizzative per le Regioni e il rispetto della leale collaborazione nella definizione dei livelli essenziali stessi, attraverso l'intesa (sent. n. 88 del 2003).

[155] Così A. Poggi, *Differenziazioni territoriali e cittadinanza sociale,* in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, IV, cit., 1715. Sul tema, fra gli altri, M. Luciani, *A mo' di conclusione: le prospettive del federalismo in Italia*, in A. Pace (a cura di) *Quale dei tanti federalismi?*, Padova, 1997, 215; L. M. Diez – Picazo, *Diritti sociali e federalismo*, in *Pol. Dir*., 1999, 17; G. Ferrara, *Eguaglianza e federalismo (ovvero del federalismo virtuoso e di quello perverso),* in *Evoluzione dello Stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali*, a cura di L. Chieffi, cit., 31.

tanto nella sua valenza implicante *intervento*, quanto in quella che implica *riconoscimento*[156]. Sia la "*libertà sociale*", sia l'esigenza di unitarietà, se è vero che non implicano l'esclusività del potere pubblico nell'ideazione e nella diretta realizzazione di attività che soddisfino i diritti sociali, è altresì vero che comportano, tuttavia, la perdurante necessità dell'intervento del legislatore, sia regionale che statale[157]. È necessario infatti, proprio per tradurre in pratica la sussidiarietà, un indirizzo politico e dunque un'attività legislativa, che in molti casi suppone a sua volta una previa e costruttiva attività di concertazione[158].

Non c'è infatti sussidiarietà quando il Terzo settore o comunque taluni soggetti privati integrano le prestazioni dei servizi pubblici e sussidiano lo Stato e le istituzioni, che "non arrivano"[159]; al contrario, come si è appena ricordato, la sussidiarietà c'è quando le istituzioni pubbliche valorizzano i corpi intermedi e gli attori della comunità locale puntando al valore costituzionale e democratico della *partecipazione* all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese[160]. Oltretutto è esattamente nella prospettiva tracciata che si evita il rischio di un atteggiamento di disimpegno e di comodo rinvio al privato da parte delle istituzioni pubbliche, le quali restano invece pienamente responsabili.

Ciò è vero in particolare per il legislatore statale. La stessa Corte costituzionale, con la sent. n. 10 del 2010, ha difeso la competenza legislativa statale ad erogare direttamente una determinata provvidenza, specie «*quando ciò sia reso imprescindibile da peculiari circostanze e situazioni, quale una fase di congiuntura economica eccezionalmente negativa*»[161].

[156] Su questi aspetti, tra gli altri, A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà,* in *Quad. cost*., 1/2001, 13 ss.; A. POGGI, *Le autonomie funzionali, «tra» sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001. V. BALDINI, *La sussidiarietà come «valore» e come formula organizzatoria: riflessioni su una schlagwort del diritto pubblico*, in L. CHIEFFI (a cura di) *I diritti sociali*, cit., 62; ID., *La sussidiarietà: un principio vecchio e nuovo*, in *Sussidiarietà e diritti*, a cura dello stesso V. BALDINI, Napoli, 2007, 3 ss.; S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici, in Sussidiarietà e diritti*, cit. (già apparso in *federalismi.it*, n. 5/2006).

[157] Cfr. sul punto A. POGGI, *Istruzione, formazione professionale e titolo V: alla ricerca di un indispensabile equilibrio tra cittadinanza sociale, decentramento regionale e autonomia funzionale delle Istituzioni scolastiche*, in *Regioni*, 2002, 811.

[158] Al riguardo A. POGGI, *Differenziazioni territoriali e cittadinanza sociale*, cit., 1746 ss. vede nella determinazione dei livelli essenziali una potestà «esclusiva ma non escludente poiché la sua effettività necessita della legislazione regionale attuativa», mentre osserva l'assenza di una concreta volontà di concertazione e, ancor prima, la carenza di un indirizzo politico nel settore.

[159] È questa l'impostazione, ad esempio, di G. U. RESCIGNO, *Il principio di sussidiarietà*, cit.

[160] Sul collegamento fra l'art. 4, secondo comma, e l'art. 118, ult. comma Cost., M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri*, cit., 412. V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà*, cit., 660 e 671 osserva come la frattura fra libertà e uguaglianza sia sanata dal principio di solidarietà e da quello di sussidiarietà.

[161] Sulla sentenza A. RUGGERI, *'Livelli essenziali' delle prestazioni relative ai diritti e ridefinizione delle sfere di competenza di Stato e Regioni in situazioni di emergenza economica (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2010)*, in *forumcostituzionale.it*, 24 febbraio 2010.

L'intervento legislativo statale è poi richiesto non solo dall'ambito relativo alla determinazione dei livelli essenziali, ma anche da tutta un'altra serie di ambiti in cui pure rileva la *libertà sociale* e, insieme, la necessità di costruire una *cittadinanza sociale unitaria*. Ne è una dimostrazione lo stesso istituto del "cinque per mille", espressione di sussidiarietà regolato, appunto, dal legislatore statale, che la stessa Corte costituzionale ha legittimato a fronte di ricorsi regionali[162]. Ne è una dimostrazione, altresì, la vicenda degli asili nido nei luoghi di lavoro, settore in cui operano fondamentalmente cooperative sociali, disciplinato anch'esso dal legislatore statale, con l'art. 91 della l. 289 del 2002[163]. Ne è una dimostrazione, da ultimo, anche la prospettiva per cui la strategia energetica nazionale tracciata dal legislatore statale è meritevole di richiedere alle Regioni *doveri di solidarietà economica e sociale*[164].

Del resto è lo stesso mondo del Terzo settore a chiedere, anziché "mani invisibili" o astensione[165], l'intervento del legislatore statale, con riguardo a tutta una serie di questioni aperte, quali, ad esempio, la necessità di individuare parametri di valutazione delle attività poste in essere dallo stesso Terzo settore[166], l'ordinamento civile[167], la materia della concorrenza[168] e, naturalmente, la determinazione dei livelli essenziali con riguardo alla salute e all'istruzione[169].

[162] Sent. n. 202 del 2007.

[163] Che anche in questo caso la Corte costituzionale, con sent. n. 370 del 2003, ha sottratto alla competenza residuale regionale in quanto ricadrebbe nell'ambito della materia dell'istruzione e della tutela del lavoro.

[164] Cfr. *supra*, § 4, con particolare riguardo alla sent. n. 331 del 2010 della Corte costituzionale.

[165] Interessante, per esemplificare, è che l'11° Rapporto del Centro Astalli (che si occupa di accoglienza ai rifugiati) denunci una gestione caotica, *delegata al volontariato* e l'assenza di un sistema di accoglienza stabile e organizzato (corsivo mio).

[166] Così auspica S. Zamagni, *Introduzione: slegare il Terzo settore,* cit., 54-58. Con riguardo al termine "Terzo settore", occorrerebbe peraltro tenere conto - come osservato da P. Donati, *Sociologia delle politiche sociali*, cit., 323 - che il termine è equivoco, perché mescola insieme le imprese sociali (che stanno sul mercato, anche se non sono di mercato) e il privato sociale (che non è di mercato né sta sul mercato, anche se compie operazioni economicamente rilevati). Cfr. al riguardo G. Arena, *Cittadini attivi*, cit., 135-141.

[167] La prospettiva è quella di una riforma globale del libro I del codice civile e, più ancora, quella di portare ad una maggiore organicità la normazione sul Terzo settore. Sulla questione, di recente, E. Rossi, P. Addis, F. Biondi Dal Monte, E. Stradella, E. Vivaldi, *Identità e rappresentanza del Terzo settore*, cit., 95-98.

[168] A cui si è accennato *supra*, § 7. In relazione a ciò rileva anche l'idea di una borsa sociale e di un mercato dedicato di capitali per imprese a finalità sociale, sulla base di esperienze in ambito internazionale che hanno come obiettivo la costruzione di mercati finanziari in grado di favorire l'investimento in attività economiche a forte valenza socio-ambientale (su cui D. Dal Maso, D. Zanoni, *Sostenere l'economia civile attraverso la creazione di un mercato di capitali per Imprese a finalità sociale*, in *Libro bianco sul terzo settore*, cit., 373.

[169] A. Poggi, *Differenziazioni territoriali e cittadinanza sociale,* cit., 1748.

Quanto alle Regioni, alle quali la stessa Corte ha riconosciuto la competenza legislativa residuale nella materia delle "politiche sociali"[170] e che già intervengono in materia dimostrando «la volontà di auto-assunzione della garanzia dell'effettività dei diritti sociali»[171], molteplici sono i settori[172] in cui si esprime la *libertà sociale* e in cui è parimenti necessario un chiaro e condiviso indirizzo politico-sociale[173].

In definitiva è la stessa sussidiarietà a richiedere alle istituzioni pubbliche attività di programmazione, consultazione, normazione e controllo. Si tratta evidentemente di compiti complessi, che richiedono una visione lungimirante e responsabile, tanto più necessaria, quanto più è critico il momento presente[174]. È d'altronde la stessa garanzia dei diritti sociali nel tempo della crisi economica e di quella politica a pretendere proprio dalla politica, ancora una volta[175], la capacità di elaborare strategie e di coinvolgere, attraverso forme in parte ancora da sperimentare, i destinatari e i beneficiari delle azioni sociali[176].

Probabilmente, rispetto ai profili qui considerati, si sta vivendo un cambiamento epocale. Come a suo tempo l'estensione del suffragio ha comportato, dopo le libertà civili, la domanda di diritti sociali, così l'acquisizione della soggettività sociale da parte dei cittadini sta comportando, oggi, la domanda di scelta e quella di partecipazione all'organizzazione stessa dei servizi, richiedendo allo Stato compiti nuovi e diversi.

[170] Corte cost., sentenze nn. 287 e 427 del 2004; 219 e 432 del 2005.

[171] A. Poggi, *Differenziazioni territoriali e cittadinanza sociale*, cit., 1745-1746.

[172] Quali, ad esempio, l'istruzione e la formazione professionale, l'artigianato, il commercio, l'agricoltura e il turismo, che la Corte costituzionale ha ritenuto di competenza residuale regionale e «nei quali sono storicamente attivi i soggetti del privato sociale», come osserva G. Tiberi, *La dimensione costituzionale del Terzo settore*, in *Dove lo Stato non arriva*, cit., 62. Cfr. inoltre, quanto all'attitudine degli enti locali a promuovere e a confrontarsi con i soggetti dell'autonomia sociale A. D'Aloia, *"Ideologie" costituzionali, dimensione sociale e tecniche legislative di promozione del volontariato: l'esperienza regionale*, in *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova, 1999, a cura di L. Chieffi, 269.

[173] Così P. Leon, Relazione "Le politiche sociali e lo sviluppo" alla Conferenza del Forum del Terzo settore "Cresce il *welfare*, cresce l'Italia", Roma, Centro congressi Frentani, 1° marzo 2012.

[174] Osserva A. Spadaro, *Diritti sociali*, cit., 7, che «occorre che i legislatori, nazionali e comunitari, svolgano precise indagini e ricerche sugli effetti "nel tempo" delle normative che intendono adottare - c.d. analisi dell'impatto economico del diritto - senza le quali non v'è una reale *fattibilità* pratica». Ritiene inoltre che proprio dalla soddisfazione di questo requisito dipenderà, in Italia e in Europa, l'esigibilità e la giustiziabilità dei diritti sociali, auspicando una concertazione internazionale e una tutela internazionale uniforme.

[175] Cfr. in proposito, A. Barbera, *La «cittadinanza» e le forme della rappresentanza politica*, in *La sostenibilità della democrazia nel XXI secolo*, cit., 85 ss.

[176] Cfr. sent. n. 310 del 2006.

## 9. Osservazioni conclusive, considerando il binomio *diritti sociali e contesto europeo e globale*

L'auspicio per una politica responsabile in riferimento ai diritti sociali, capace di azioni a lunga gittata, delle quali si sia capaci di valutare in anticipo l'impatto e dunque le conseguenze in caso di errori e soprattutto di omissioni, vale anche per un contesto più ampio, come quello europeo e quello globale. È infatti pur sempre l'incapacità della politica a contenere la speculazione alla radice dell'attuale crisi economico-finanziaria, come ritengono autorevoli analisti[177]. Ed è pur sempre la paralisi della politica l'ostacolo maggiore per l'attuazione e per l'effettivo esercizio dei diritti sociali in Europa[178].

Certamente uno sforzo in tal senso non può essere sostenuto solo dai singoli Stati, «entità divenute sempre più piccole e impotenti di fronte alla mondializzazione dell'economia»: in questo quadro, infatti, «la manutenzione ed anche il recupero dei diritti sociali non può che essere tentato e sostenuto da un'entità più grande e maggiormente attrezzata, quale è appunto l'Unione europea»[179].

La prospettiva, dunque, per cui le istituzioni comunitarie, il WTO, la Banca mondiale e le altre sedi internazionali dettano le coordinate finanziarie e si sottraggono al potere politico, sacrificando i diritti sociali alle libertà economiche[180], *non sembra storicamente ineluttabile*. Né l'unica lettura pos-

[177] Fra questi F. Morin, *Un mondo senza Wall Street?*, Milano, 2011, il quale auspica una finanza a servizio dell'uomo e quindi dell'*economia reale*, alla quale deve prioritariamente *far credito*. L'autore propone inoltre una *governance* internazionale delle attività finanziarie. Egli addebita alla responsabilità degli Stati l'attuale crisi, che hanno abbandonato la politica sulla regolazione dei rapporti fra le valute, lasciandoli alle grandi banche e alla speculazione. In questo senso movimenti come *Occupy* e *Indignados* avrebbero avuto il grande merito di far luce sulla speculazione finanziaria e sull'incapacità della politica di contenerla. Nella direzione di una maggiore trasparenza per prevenire il rischio fallimenti sembra andare il testo del regolamento recentemente approvato in prima lettura dal Parlamento europeo (accordo del 9 febbraio), che prevede, dal 2013, maggiori garanzie per i prodotti finanziari scambiati nei mercati non vigilati. Cfr. poi il vol. di Astrid a cura di G. Amato, *Governare l'economia globale. Nella crisi e oltre la crisi*, Firenze, 2009 e in particolare al contributo di C. Pinelli, *La crisi finanziaria e l'Unione europea. Le prime reazioni*, 317 ss.

[178] C. Pinelli, *Il discorso sui diritti sociali fra Costituzione e diritto europeo*, cit., 415. Di "missione" dell'Europa per il mondo globalizzato ragiona P. Barcellona, Prefazione ad A. Cantaro, *Europa sovrana. La Costituzione dell'Unione tra guerra e diritti*, Bari, 2003, 8.

[179] P. Costanzo, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, cit.

[180] R. Bin, *Diritto contrapposti, diritti imposti, diritti "esposti"*, in *Giurisprudenza costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di S. Staiano, Torino, 2006, 985 ma già Id., *Stato di diritto*, cit., 112-113. Sull'Europa come occasione di svuotamento dello Stato sociale e dei diritti sociali, G. Ferrara, *I diritti politici nell'ordinamento europeo*, in *Annuario AIC*, 1999, Padova, 2000, 491; Id., *Costituzione e revisione costituzionale nell'età della mondializzazione*,

sibile è quella del conflitto di legittimazione tra diritto comunitario e diritto costituzionale[181], o quella della dicotomia insuperabile fra mercato (che poi allo stato puro non esiste[182]) e i diritti sociali[183].

Quanto sostenuto in precedenza circa una possibile ed auspicabile convergenza fra giustizia sociale ed economia di mercato, che poi è il programma dell'ordinamento costituzionale italiano, vale anche per l'Europa[184]. Occorre infatti considerare che tale impostazione è ascrivibile al patrimonio comune dei sistemi costituzionali a vocazione cosmopolitica[185], che vi è un diritto costituzionale comune (statale e comunitario insieme) sull'eguaglianza e sul

in *Scritti in onore di G. Guarino*, II, Padova, 1998, 286; ID., *Dell'eguaglianza*, in *La democrazia di fine secolo*, a cura di M. Luciani, Roma-Bari, 1994, 29; M. Luciani, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea,* in *Pol. dir*., 1992, 589; C. De Fiores, *Corte, legislatore e indirizzo politico*, in *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., 194 ss. Sugli effetti negativi della globalizzazione rispetto ai diritti sociali, C. Amirante, *Diritti fondamentali e diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritti di libertà e diritti sociali tra giudice costituzionale e giudice comune*, Napoli, 1999, 233 ss.

[181] Così C. De Fiores, *op. ult. cit*., 187.

[182] Cfr. al riguardo *Caritas in veritate*, § 36; M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica*, cit., 6 ss. Cfr. inoltre A. Spadaro, *Diritti sociali di fronte alla crisi,* cit., 2-3, con riguardo alla «pericolosa contrapposizione fra due modelli che allo stato puro neanche esisterebbero: l'Europa *dei mercanti* e l'Europa *sociale*».

[183] Auspica un rapporto armonico e di non contrapposizione fra i diritti sociali e le logiche di mercato S. Giubboni, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" 46/2006, 19. Pur sempre in rapporto alla presunta dicotomia, è inoltre degno di attenzione il punto di vista di J. H. H. Weiler, da ultimo in *Europa: "Nous coalisons des Etats, nous n'unissons pas des hommes"*, cit., 51, il quale considera storicamente «una leggenda» l'idea che l'integrazione europea si sia sviluppata come progetto originariamente solo economico, che lentamente ha assunto una natura politica. Lo stesso Preambolo al Trattato di Parigi dimostra che il progetto, al contrario, si proponeva profondi fini politici e «concepì gli strumenti economici come mezzi per raggiungere quei fini». Analisi che coesiste con una profonda critica dell'autore all'evoluzione attuale dell'Unione europea, che sta diventando un sistema giuridico fortemente individualista, in forte tensione con l'ideale spirituale dell'integrazione umana, dove la cittadinanza, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, concepisce l'individuo più come fattore della produzione che come persona con una cultura e un'identità da riconoscere e ri-comprendere (*Ibidem*, 81-83).

[184] Interessa al riguardo quanto osservato P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 150-151, il quale ha posto in evidenza la divaricazione fra «l'impostazione unitaria fatta propria dai Costituenti del secondo Dopoguerra», per la quale i diritti sociali sono riconducibili ai diritti fondamentali, e la *bipartizione tra la sfera dei diritti fondamentali classici e quella dei diritti sociali* che, di fatto, si è venuta a determinare allorché si sono separate, da un lato, l'Onu, con le sue finalità, e, dall'altro, le Istituzioni di Bretton Woods, il GATT, il WTO, con finalità di carattere monetario ed economico.

[185] Q. Camerlengo, *La vocazione cosmopolitica dei sistemi costituzionali alla luce del comune nucleo essenziale,* in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, cit., 95.

sistema economico-finanziario[186] e che è la stessa unificazione dei sistemi economici a sospingere verso una strategia unitaria dei sistemi di protezione sociale[187].

Quella del bilanciamento *tra competitività mondiale dell'Unione e livello qualitativo della vita di tutti i suoi cittadini*[188] è comunque una grossa sfida. E pure a questo riguardo vale il discorso sul "minimo vitale", declinato, in chiave anche di diritto internazionale, quale *diritto umano fondamentale alla sussistenza e al progresso*. Non è ad esempio ammissibile, con specifico riguardo all'attuale situazione di alcuni Paesi della Comunità europea - e dunque in riferimento allo stesso diritto costituzionale comune[189] - che i debiti contratti siano pagati con sacrifici insostenibili, al punto da indurre alla disperazione intere popolazioni. Anche questo problema è certamente un aspetto della "questione sociale" del momento.

Ma il problema della confluenza fra giustizia ed economia appare nevralgico anche nel contesto globale. A questo riguardo, proprio per rimanere allo "*statuto* costituzionale dei diritti sociali", occorre tenere conto dell'art. 11 Cost., secondo cui l'Italia «*consente, in condizione di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni*». Sembra infatti importante, proprio in questo frangente, ricordare il senso e gli obiettivi delle organizzazioni rivolte

[186] Cfr. art. 34, co. 3, della Carta europea dei diritti fondamentali, che afferma: «Al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali». In proposito A. D'Aloia, *Equilibrio finanziario e indirizzo politico nel "diritto costituzionale comune" (europeo e nazionale)*, cit., 486; ID., *Diritti sociali e politiche di eguaglianza nel processo costituzionale europeo*, cit.; C. Pinelli, *Il discorso sui diritti sociali*, cit., 410 ss., che osserva al riguardo un atteggiamento differente a seconda che si tratti di diritto del lavoro e dei diritti a prestazione pubblica. Cfr. a questo proposito S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003; ID., *Diritti e politiche sociali nella "crisi" europea*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2004.

[187] G. Amato, *Tra Stato sociale e dimensione europea*, in E. Ghera, A. Pace (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Napoli, 2009, 143. Quanto alla configurazione di posizioni giuridiche soggettive tutelabili in ambito europeo proprio per il principio della "cittadinanza europea" e per quello di sussidiarietà, M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. del dir*., 2000, 367 ss. Giova forse, a questo riguardo, richiamare anche la sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 30 giugno 2009, per la quale se è compito e responsabilità dello Stato garantire un ordine sociale giusto, è altresì importante vincolare il potere pubblico europeo ad una responsabilità sociale, nell'ottica del coordinamento, fino a un graduale ravvicinamento.

[188] P. Costanzo, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, cit.

[189] Cfr. note § 10 vers. *maior* per maggiori riferimenti sul problema del nucleo fondamentale di prestazioni socio-assistenziali di valore economico minimo fra Corte di giustizia e Corti costituzionali nazionali.

a tale scopo, che la Costituzione «promuove e favorisce». L'art. 11 è, fra l'altro, l'unica disposizione del testo costituzionale in cui il termine "giustizia" appare in tale accezione, trattandosi, negli altri casi, di riferimenti all'amministrazione della giustizia.

Tale formulazione risente del clima mondiale del Dopoguerra[190], di cui sono sintomatici brevi stralci di due discorsi importanti di quegli anni, assai significativi per la nostra storia recente: quello del Segretario di Stato George Marshall, all'Università di Harvard, il 5 giugno 1947 e quello di Robert Schuman, a Parigi, il 9 maggio 1950. Nel primo si legge, in un passaggio: «*È logico che gli Stati Uniti facciano quanto è in loro potere per contribuire a restaurare nel mondo quelle condizioni economiche normali senza le quali non ci può essere stabilità politica, né sicurezza di pace*». Nel secondo Schuman afferma, fra l'altro, che «*...la solidarietà ... farà sì che una qualsiasi guerra tra la Francia e la Germania diventi non solo impensabile, ma materialmente impossibile*».

La continuità logica e assiologica fra la pace, l'economia e la giustizia[191] è dunque evidente, così come la consistenza di chiari e assai lungimiranti obiettivi politici[192]. Tra questi, si ritrova proprio la "giustizia" intesa in senso sostanziale, da cui si era partiti all'inizio di queste riflessioni, citandola come virtù aristotelica e come *criterio per la distribuzione e l'uso di beni scarsi*.

A ben vedere, la scarsezza di taluni beni è una condizione comune fra il contesto attuale e quello di allora. Quella che sembra mancare ora è invece una visione preponderante delle ragioni della dignità umana e della solidarietà rispetto alle azioni economiche[193], comodamente ritenute *tecniche*,

[190] Rispetto al quale è di grande interesse il volume dell'Istituto Poligrafico dello Stato, *Lo sviluppo dell'economia italiana nel quadro della ricostruzione e della cooperazione europea*, Roma, 1952.

[191] A confronto con queste affermazioni appare paradossalmente più vago, cinquanta anni dopo, il Preambolo della Carta europea dei diritti fondamentali, per il quale «*i popoli europei nel creare tra loro un'unione sempre più stretta hanno deciso di condividere un futuro di pace fondato su valori comuni*» (che di seguito vengono menzionati: *dignità umana, libertà, uguaglianza e solidarietà*). Sulla costruzione europea come garanzia di pace, di cui è una riprova già l'esperienza di questi decenni, insiste molto G. TESAURO, ad es. ne *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. dell'uomo*, 1992.

[192] Afferma J. J. H. WEILER, *op. cit*., 70, proprio con riguardo a quegli anni, in cui erano ancora vivi nella mente e nella memoria l'indicibile barbarie dell'occupazione tedesca e gli orrori della guerra, che l'idea dominante era quella di "una comunità di uguali" come sostegno strutturale per una pace di lungo termine tra i nemici degli anni precedenti e che ciò «*rappresentava più di un saggio parere tra esperti uomini di Stato. Era anche un appello al perdono, una profonda sfida spirituale a superare un comprensibile odio. In quel particolare contesto storico la nozione schumaniana di pace echeggia ed è evocativa del discorso, delle immagini e dei valori distintivi dell'amore cristiano*».

[193] In questo senso all'"*economia*" - come del resto alla "*scienza*" - non può essere chiesto di *totalizzare* e di piegare, in base alle sue proprie e peculiari "*leggi*", fenomeni, problemi e

*meccaniche* e, soprattutto, *impersonali*. Per questo non è un caso che autori distanti nella formazione e nelle competenze convergano nel ribadire la rilevanza giuridica ed economica della *virtù* e di un ordinamento e di una società che la favoriscano[194].

obiettivi propri di altre discipline e di "altre scienze", specie quelle che concernono l'uomo e le sue relazioni con gli altri e con l'Altro. In questo senso, almeno mi sembra, R. SCHIATTARELLA, *Crisi e culture economiche*, in *Diritto di welfare*, cit., 38, ha osservato che, per quanto il mercato abbia il suo ruolo nello sviluppo, non bisogna giungere ad «attribuirgli virtù che non gli sono proprie».

[194] Cfr. ancora J. J. H. WEILER, *op. cit*., 56-65 e S. ZAMAGNI, *op. cit*., 44-53.

# I DIRITTI SOCIALI NELLA DIMENSIONE MULTILIVELLO TRA TUTELE GIURIDICHE E CRISI ECONOMICA

di Diletta Tega

Sommario: 1. Premessa: i diritti sociali al tempo della crisi. 2. I diritti sociali europei e i documenti che li proclamano. 2.1. La Carta dei diritti dell'Unione europea. 2.2. La Carta sociale comunitaria e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. 3. *Smith abroad, Keynes at home: still possible and moreover still desirable?* Da Roma a Lisbona: che cosa è cambiato. 4. L'ora dei diritti sociali: il ruolo della Corte di giustizia. 5. Prime conclusioni: i diritti sociali tra crisi economica e globalizzazione dei mercati.

## 1. Premessa: i diritti sociali al tempo della crisi

Questa relazione è stata pensata, scritta e presentata in un arco di tempo nel quale la grave crisi economica, che ha colpito in modo sostanziale molte economie dei Paesi dell'Unione europea, si è evoluta, come è purtroppo ben noto, in esiti persino drammatici nei singoli Stati. Così, per quanto concerne il livello comunitario[1], le riflessioni sulla tenuta dell'euro non sono più appannaggio esclusivo di movimenti politici antieuropeisti, ma anche di un più ampio e diffuso dibattito, tanto che Mario Draghi, Presidente della Banca centrale europea, ha dovuto rassicurare i temuti "mercati" e le ormai sempre più inattendibili agenzie di rating che la scelta della moneta unica è irreversibile. Tale scenario si riverbera più in generale sul futuro della stessa costruzione europea. Mentre, riguardo l'ambito più propriamente nazionale, la cronaca dell'estate 2012 ci rimanda l'immagine di Paesi, mi riferisco esemplarmente al nostro, nei quali i cittadini si ritrovano a lottare, con una disperazione alla quale non eravamo abituati, per mantenere un lavoro che può arrivare a uccidere[2].

[1] Si è deciso di utilizzare nello scritto l'espressione "diritto comunitario", anche se sarebbe più corretto utilizzare l'espressione "diritto dell'Unione europea".

[2] Il riferimento alle due vicende dell'Ilva di Taranto e dell'Alcoa del Sulcis è credo il miglior (leggasi più sconcertante) specchio di una crisi economica che è capace di travolgere le conquiste della stagione che ha portato, nel 1970, in Italia al varo dello Statuto dei lavoratori. Penso anche ai numerosi episodi di suicidi, legati a ristrutturazioni aziendali, che si sono registrati in diversi Paesi dell'Unione (basti pensare all'ondata di suicidi di lavoratori che ha colpito France Telecom a partire dal 2008). Il conflitto sociale torna a essere fomentato dalle scelte che "i mercati" impongono quotidianamente, così R. Bin, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali,* 2007, 51-52.

Con l'approvazione del cd. *Fiscal Compact* (Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione Economica e Monetaria)[3] quanto spazio rimane per i modelli di stato sociale nazionali?[4] Se è vero che i diritti sociali sono una condizione di pensabilità di una comunità statale a quale livello di governo questa condizione si deve ricostruire oggi, a fronte della riduzione delle capacità e delle "autonomie" finanziarie statali e comunitarie? L'irrompere e, soprattutto, il perdurare della crisi economica e della recessione[5] pone di fronte, ancora una volta, a quella domanda che, da sempre, ha accompagnato il difficile affermarsi dei diritti sociali sia all'interno che all'esterno dei confini nazionali, e cioè quanto le politiche finanziarie e le strategie di *dumping* sociale (volte a eludere i vincoli sociali nazionali) influiscano sul godimento di questi diritti[6].

Le politiche di *welfare* sono oggetto di profonde modifiche, collegate inestricabilmente alla crisi economica (basti pensare, da ultimo, in Italia ai cd. tagli alla scuola o alla sanità, attuati con una serie di decreti-legge, poi convertiti a partire dall'estate del 2011 o all'inasprimento della pressione fiscale, approvato a fine 2011)[7]. È la stessa Unione europea, da un lato, a imporre misure di risanamento delle economie degli Stati più in difficoltà e, dall'altro, a dimostrare, a livello europeo, la sempre più evidente interdipendenza delle

[3] Cfr. le riflessione di A. Spadaro, *I diritti sociali alla prova della crisi economica*, Relazione al convegno su *I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano, Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema*, Reggio Calabria, 5 novembre 2011; nonché i commenti di F. Fabbrini, R. De Liso, G. Pitruzzella, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 427 ss. Per un efficace inquadramento si veda anche G. Bronzini, *Le tutele dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza*, reperibile in *Osservatorio sui diritti fondamentali in Europa*, *Newsletter n. 32 Maggio 2012*. Si rimanda inoltre allo scritto in questo volume di L. Trucco.

[4] Cfr. S. Gambino, W. Nocito, *Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto*, presentata al seminario *"Crisi dello Stato nazionale, governo dell'economia e tutela dei diritti fondamentali"*, Università di Messina, 7 maggio 2012, reperibile al sito h*ttp://www.astrid-online.it/Giustizia-1/Studi--ric/Gambino_Nocito_12_07_12.pdf*.

[5] L'impatto sociale legato a filo doppio alla crisi economica è dimostrato, per esempio, dalla diffusione di contratti a tempo determinato, dalla deregolamentazione del mercato occupazionale, dalle cattive condizioni dei luoghi di lavoro.

[6] Cfr. I. Ciolli, *I diritti sociali alla prova della crisi economica*, relazione presentata in occasione del seminario *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, presso la Facoltà di Economia, Università di Roma "Sapienza", 26-27 marzo 2012.

[7] Va ricordato che le politiche sociali, per esempio quelle inerenti il mercato del lavoro e la sicurezza sociale, sono cosa differente dai diritti sociali: se cioè sulle politiche sociali l'Unione ha una maggiore esperienza fattuale, il riconoscimento dei diritti sociali e del linguaggio diverso che li accompagna trasferisce il tema a un livello prettamente costituzionale. Non a caso la proclamazione della Carta di Nizza, di cui parleremo tra poco, era strumentale all'impresa, fallita come ben sappiamo, del "Trattato che istituisce una costituzione per l'Europa".

economie e dell'integrazione dei mercati e l'impossibilità dei singoli Paesi a mettere in pratica autonomi ed efficaci poteri di prevenzione e contenimento[8]. L'Unione, nel 2008, ha lanciato un programma di incentivi fiscali, lo *European Economic Recovery Programme* (Eerp) e, nel 2009, il Comitato speciale sulla crisi finanziaria economica e sociale. In particolare l'Eerp ha identificato come priorità il sussidio al reddito per i più colpiti dalla crisi, in nome della cd. *flexicurity*[9]. Le misure proposte dall'Unione per uscire dalla crisi si basano in sintesi sul potenziamento della deregolamentazione del mercato del lavoro, ma anche sulla ricollocazione dei lavoratori e la formazione permanente (si pensi ad esempio all'estensione attuata dal governo italiano dei cd. ammortizzatori sociali a donne e giovani).

Il *discorso sui diritti sociali*[10] appare dunque ancor più problematico da affrontare - rispetto a quello che coinvolge il ben più maturo riconoscimento ottenuto dai diritti civili – alla luce delle politiche di razionalizzazione della spesa pubblica, legate ad una crisi economica che si protrae ormai dal 2007[11], stanno riducendo i livelli di prestazione. Una lettura di questo tipo, se ne è consapevoli, rischia di avvalorare ancora una volta il pensiero in base al quale la limitazione di tali diritti è necessaria e inevitabile in momenti di mancanza di risorse, dato il particolare scopo perseguito dalla categoria dei diritti sociali (sviluppatasi in tempi e con modalità diverse rispetto a quella dei diritti civili e politici), il cui contenuto si articola anche attraverso enunciati linguistici caratterizzati da una certa vaghezza.

Tuttavia l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il primo dicembre 2009 (sottoscritto il 13 dicembre 2007), e l'ingresso della Carta dei diritti fondamentali tra le fonti primarie del diritto comunitario (o più correttamente del diritto dell'Unione europea) – sebbene esclusivamente mediante il richiamo contenuto nell'art. 6 del Trattato (testo consolidato) – avevano concorso, in primo luogo, a rinverdire il dibattito sulla tutela dei diritti, tanto, nell'ambito delle competenze assegnate all'Unione europea, quanto, di riflesso, negli ordinamenti nazionali.

[8] Sul versante della *governance* economica europea si veda da ultimo G. Napolitano, *L'incerto futuro della nuova governante economica europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 141 ss. Sui cambiamenti cui è andato incontro il *welfare* si veda, tra gli altri, M. Ferrera, *Trent'anni dopo. Il welfare state europeo tra crisi e trasformazione*, in *Stato e mercato*, 81/2007.

[9] Va ricordato che, attraverso i cd. fondi strutturali, il primo dei quali – il Fondo sociale europeo - venne creato già nel 1957, ci si prefigge di sviluppare vari settori economici nelle aree comunitarie maggiormente in difficoltà, cfr. A. De Vita, *Il ruolo delle regioni italiane nell'attuazione della politica sui fondi strutturali*, in E. Balboni (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Napoli, 2008, 79 ss.

[10] C. Pinelli, *Il discorso sui diritti sociali fra Costituzione e diritto europeo*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012, 121.

[11] In merito si veda l'analisi condotta da G. Pitruzzella, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 9 ss.

Il modello sociale europeo, lentamente costruito dai Trattati, dal diritto derivato e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, proprio ora che il Trattato di Lisbona pareva, finalmente, aver consolidato un rinnovato spazio comunitario per i diritti sociali, come verrà influenzato dalla crisi economica? E ancora, l'Unione europea si trova veramente ad un bivio drammatico della sua storia? Se ciò fosse vero l'alternativa sarebbe tra prendere atto della fine della sua esperienza politica, in concomitanza con il riemergere delle identità nazionali (si pensi al governo del premier di centro-destra ungherese Viktor Orban[12] e ai risultati che l'estrema destra ha riportato al primo turno delle elezioni politiche francesi dell'aprile 2012) e imboccare, al contrario, la via di una sorta di rigenerazione. La stessa Conferenza di Brighton sul futuro della Corte europea dei diritti, tenutasi il 19 e 20 aprile 2012 su iniziativa del Regno Unito, presidente di turno del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, si può interpretare anche come una riprova del riemergere della cd. questione nazionale, data forse prematuramente per morta in questi anni di euforia, associatasi all'esplosione del fenomeno della cd. tutela multilivello dei diritti[13].

Se da un lato si avverte dunque la necessità, all'interno dei confini degli Stati colpiti dalla crisi, di valorizzare e proteggere la tipicità non solo produttiva, ma anche costituzionale (una sorta di protezionismo non solo economico, ma anche di civiltà giuridica che, per esempio, si concretizza nella tutela dell'autonomia dei sindacati e nell'assistenza sociale diffusa), dall'altro non può essere dimenticato che l'Unione influenza, ed è influenzata dalle dinamiche del mercato economico globale, con cui è chiamata a confrontarsi[14].

[12] Il commissario europeo per la Giustizia e i Diritti fondamentali ha chiesto il deferimento del governo di Budapest alla Corte di giustizia, al momento in cui si scrive è stata chiusa la procedura di infrazione sull'indipendenza della Banca centrale ungherese, ma rimangono ancora aperte quelle sulla authority chiamata a vigilare sui dati personali e quella sulla nuova normativa che riguarda il pensionamento dei magistrati. La Commissione inoltre si è riservata di aprire una procedura sulla creazione dell'ufficio giudiziario nazionale, ritenuto dal Consiglio d'Europa una minaccia all'indipendenza della magistratura.

[13] La Dichiarazione si può leggere all'indirizzo *http://www.coe.int/en/20120419-brighton-declaration*. In estrema sintesi l'incontro di Brighton è stato preceduto da una serie di critiche statali, mosse in particolare da ambienti politici, ma anche dottrinali inglesi, che denunciavano l'eccessiva pervasività della giurisprudenza della Corte di Strasburgo rispetto alle scelte politiche statali. La Dichiarazione in sintesi auspica, da un lato, una Corte Edu più concentrata su casi particolarmente gravi di violazioni dei diritti umani, pronta a rifiutare di pronunciarsi su casi già adeguatamente giudicati a livello nazionale, e, dall'altro, governi nazionali più attenti ad introdurre a livello nazionale istituzioni per la difesa dei diritti dell'uomo, legislazioni che implementano la Convenzione e una formazione più approfondita sui diritti umani per i dipendenti dell'amministrazione pubblica e per i giudici. Cfr. A. Bultrini, *La Conferenza di Brighton sul futuro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *Quaderni. costituzionali*, 2012, 668 ss. Più in generale sul tema sia permesso rinviare a D. Tega, in *I diritti in crisi tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012.

[14] Tra i tanti possibili esempi, basta anche solo ricordare che il Presidente della Banca centrale americana, Ben Bernanke a fine agosto 2012 ha denunciato una "crisi occupazionale preoccupante", avvertendo che i problemi irrisolti dell'eurozona accentuano l'incertezza globale.

La difficile affermazione dei diritti sociali a livello comunitario, come peraltro lo è stata, anche se per ragioni diverse (e ben note) negli ordinamenti costituzionali, richiede, alla luce del momento giuridico ed economico attuale, di indagare innanzitutto se il diritto comunitario - normativo e giurisprudenziale - comporti un arretramento nella protezione dei diritti sociali a vantaggio delle libertà economiche nello spazio europeo, rispetto a quella assicurata a livello nazionale o, al contrario, una nuova valorizzazione.

Sono dunque questi, a mio avviso, i due poli, giuridico ed economico, che influenzano il bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali, tanto a livello dell'ordinamento interno quanto di quello comunitario e sovranazionale.

Da un punto di vista giuridico l'indagine va condotta in una triplice direzione, domandandosi se: a) nei Trattati e nel diritto originario, rappresentato *in primis* dalla Carta dei diritti di Nizza, esista o meno una gerarchia tra diritti sociali e libertà economiche; b) come l'attività pretoria della Corte di giustizia incida sugli uni e sulle altre; c) come, in definitiva, sono stati disegnati i contorni del modello sociale europeo, prima che la crisi ne modificasse i tratti salienti[15].

Se è vero che su questi temi la dottrina giuslavorista ha da sempre fornito un apporto fondamentale - come dimostrano i numerosi e approfonditi studi cui si farà riferimento nel corso di questa relazione - è altrettanto vero che tocca, anche, ad una riflessione costituzionalistica apprezzare se e con quali modalità l'ordinamento comunitario, ispirato a logiche ontologicamente differenti da quelle sulle quali si basano i sistemi costituzionali interni[16], influenzi il contenuto e la tutela dei diritti sociali - per come si sono affermati nella storica peculiarità dei singoli stati nazione - fino a modificarli, in senso peggiorativo o migliorativo. Ancora una volta merita di essere indagato l'impatto della tutela multilivello sia nell'ottica *ottimistica* fatta propria da quello è stato definito anche *costituzionalismo cosmopolita*, sia in quella più *preoccupata* e *difensiva*, tipica di un atteggiamento più scettico che si riconosce, in ultima analisi, nella nota teoria dei cd. controlimiti, temendo l'indebolimento dei diritti sociali per come sono inverati nelle tradizioni giuridiche nazionali[17].

[15] Si veda in proposito lo scritto di G. Ricci, *La costruzione giuridica del modello sociale europeo (con una postilla sul MSE al tempo della crisi globale)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"; INT – 88/2011.

[16] Al di là della notissima definizione di un'Europa *socialmente frigida o algida*, data da Federico Mancini, ora in *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004, 259 ss. è difficile non considerare, almeno in prima battuta e per quanto concerne i primi passi dell'esperimento comunitario, l'impronta più economica rispetto a quella dello stato sociale di diritto.

[17] I possibili esiti di una tale indagine sono stati sintetizzati, efficacemente, in questa terna: indifferenza, conflitto o integrazione?, in particolare, tra i molti studi sul tema di B. Caruso, cfr. Id., *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2008, 11 ss.

## 2. I diritti sociali europei e i documenti che li proclamano

La distinzione tra diritti civili, politici e sociali è, notoriamente, consustanziale all'evolversi del costituzionalismo: le prime due categorie si affermano nel XVIII secolo, mentre quelli sociali, anche se riconosciuti - come ricorda Norberto Bobbio - sotto forma di diritto all'istruzione pubblica e di provvedimenti in favore del lavoro per chi non può procurarselo già nel titolo primo della Costituzione francese del 1791 (per poi essere uno dei temi della costituente francese del 1848, pur non apparendo poi in Costituzione), entrano nella storia del costituzionalismo europeo solo con la costituzione di Weimar del 1919, dopo la fondazione dell'ILO (Trattato di Versailles nel 1919)[18]. Le tutele sociali si sviluppano - al di là di un livello di protezione comune e a differenza di ciò che accade per i diritti civili e politici – con modalità e contenuti molto diversi[19].

Alla base di questa netta separazione ci sono molteplici considerazioni: c'è, come è ben noto, la convinzione che i diritti sociali - come quello alla casa, all'istruzione o all'assistenza sociale - siano meri programmi da realizzarsi in maniera graduale, piuttosto che diritti soggettivi azionabili dinnanzi ad un giudice; l'idea che i diritti sociali, collegati alla protezione del diritto al lavoro, siano connotati fortemente da un punto di vista ideologico, creando obbligazioni positive sui poteri statali; la constatazione che la realizzazione di questi diritti sia inestricabilmente proporzionale all'investimento di risorse economiche; la consapevolezza che richiedono, per la loro protezione, l'accrescimento dei poteri dello Stato. La netta separazione, appena ricordata, viene inverata anche nell'ambito della cd. dimensione multilivello - che, per quanto concerne il continente europeo, implica l'esistenza, come è noto, di tre livelli di tutela: quello costituzionale, quello comunitario e quello sovranazionale[20] - per essere superata, come vedremo, solo ad opera della Carta dei diritti dell'Unione europea, che, per la prima volta, enuncia le tre categorie di diritti in un unico documento.

Se una tale distinzione ha certamente il merito di mettere in evidenza, da un punto di vista teorico, la difficoltà definitoria e di tutela legata all'emersione dei

[18] Cfr. per una ricostruzione storica G.A. Ritter, *Storia dello Stato sociale*, Roma-Bari, 2007.

[19] Basti ricordare che in Italia a fronte di un sistema sanitario e scolastico che ancora assicura istruzione e assistenza sanitaria alle fasce più in difficoltà della popolazione, non esiste, a differenza di altri Paesi, il cd. reddito minimo.

[20] Si veda tra i moltissimi contributi in argomento I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 2002, 511 ss.; L. Garliki, *Cooperation of courts: The role of supranational jurisdictions in Europe*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2008, 509-530. Se si vuole D. Tega, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in M. Cantarbia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.

diritti sociali[21] allo stesso tempo l'esperienza fattuale dimostra in realtà che questi argomenti appaiono poco convincenti. È infatti altrettanto noto che: i diritti civili e politici possono essere pienamente esercitati solo garantendo a ciascuno quel minimo di accesso ai diritti sociali che consenta di vivere con dignità; i diritti civili e politici hanno un costo e implicano obbligazioni positive, essendo più che *libertà negative*, vere e proprie *istituzioni di libertà*[22]; i diritti sociali sono giustiziabili, come dimostrano le esperienze giuridiche nazionali nonché quella del Comitato europeo per i diritti sociali, in particolare in seguito alla riforma del 1991[23], per non dire delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo, su cui *infra*.

### 2.1. La Carta dei diritti dell'Unione europea

Nel tentativo di "umanizzare" la logica del mercato comune[24] nel 1989, dopo l'entrata in vigore dell'Atto unico europeo e l'adesione di Spagna e

[21] N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 259. Nel classico volume del 1949 *Citizenship and the Social Class Cittadinanza e classi sociali* (ult. ed. italiana 2002, Roma-Bari), T. H. Marshall esplica molto chiaramente le "difficoltà" dei diritti sociali ad affermarsi. L'A. sostiene che, mentre i diritti civili e politici sono definiti con nettezza, i diritti sociali lo sono molto meno e in ultima analisi si pongono, a differenza dei diritti civili che in quanto intensamente individuali si armonizzano con la fase individualistica del capitalismo, in tensione con il mercato poiché l'incorporazione di diritti sociali nello *status* della cittadinanza implica la creazione di un diritto a percepire una guadagno non proporzionato al valore di mercato di colui che lo reclama. I diritti sociali implicano cioè la subordinazione del prezzo di mercato alla giustizia sociale, la sostituzione del libero mercato con la dichiarazione dei diritti. Ai diritti sociali, inoltre, mancava uno status giuridico definito, ragion per cui era preferibile implementarli tramite la legislazione, piuttosto che attraverso il ricorso al giudice. Anche F. Hayek, fortemente critico del cd. modello *welfare state*, nella raccolta di suoi saggi dal titolo *Law, Legislation and Liberty*, pubblicata nel 1980, ha affrontato il tema del contrasto tra diritti sociali e mercato. Come è noto la legislazione in materia sociale serve per coordinare le aspettative del cd. agente individuale, mentre il mercato e il diritto privato concorrono a quell'ordine spontaneo che è la base del benessere della società e delle libertà di ciascuno.

[22] A. Barbera, *Commento all'art. 2 Cost.,* in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1975, 59 ss. Più in particolare sui diritti sociali D. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003; C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in R. Romboli, (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali*, Torino, 1994; Id., *I Diritti sociali*, in A. Vignudelli (a cura di), *Lezioni magistrali di Diritto Costituzionale*, Modena, 2011; A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. Giur*., XI, 1989, 28 ss.; P. Costanzo, S. Mordeglia, *Diritti sociali e servizio sociale dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, Milano, 2005; M. Benvenuti, *Diritti sociali*, *Enc. Giur.*, *Aggiornamento*, 2012. Sul cd. costo dei diritti cfr. la traduzione italiana di S. Holmes, C. R. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000.

[23] Si rimanda allo scritto di Straziuso in questo volume.

[24] Così si esprimono K. Lenaerts e P. Foubert, *Social Rights in the Case-Law of the European Court of Justice. The Impact of the Charter of Fundamental Rights of the European Union on Standing Case-Law*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 267-296, 2001.

Portogallo, è stata proclamata la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali. Solo il Regno Unito, tra i dodici Stati che all'epoca costituivano la CE, inizialmente se ne chiamò fuori, ritenendo i diritti in essa enunciati estranei alle competenze della Comunità, per ratificarla solo nel 1998. Le disposizioni della Carta comunitaria, pur non possedendo valore giuridico (viene richiamata anche all'art. 151 del TFUE), hanno rappresentato negli anni una costante fonte di ispirazione per le direttive in tema di protezione della maternità, dei giovani lavoratori, dell'organizzazione e dei tempi di lavoro.

L'Unione europea non ha ratificato alcuna dichiarazione internazionale in tema di tutela dei diritti sociali. Gli stessi Patti Onu, adottati nel dicembre del 1966 ed entrati in vigore solo nel 1976, continuano a corroborare la netta distinzione tra diritti civili e politici, proclamati appunto nel Patto sui diritti civili e politici, e quelli sociali, affermati dal Patto Onu sui diritti economici, sociali e culturali. Entrambi i Patti sono stati ratificati dai Paesi membri dell'Unione europea solo singolarmente[25].

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata il 7 dicembre 2000[26], ha segnato, come si è anticipato, una rottura con il passato appena descritto, suscitando molti interrogativi sui possibili cambiamenti, in tema di tutela in particolare dei diritti sociali. La Carta cioè potrebbe giocare un ruolo significativo nel bilanciamento tra diritti sociali e le libertà economiche. Nonostante le perplessità che accompagnano la reale portata dei diritti che essa proclama e, l'altrettanto travagliato tragitto che l'ha portata ad avere lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6.1), è non solo la prima dichiarazione dei diritti a livello comunitario, ma anche il primo documento nel diritto sovranazionale, ad affermare - non senza diversi tentativi in direzione contraria - i diritti sociali e societali[27] (come sono definiti dalle Conclusioni del Consiglio europeo di Nizza del dicembre 2000) insieme a quelli civili e politici[28], precedentemente sempre proclamati in fonti diverse.

La Carta ha scelto, del resto, di suddividere i diritti in base a "categorie di valori", abbandonando le tradizionali distinzioni (come all'epoca della

[25] L'Italia per esempio lo ha fatto il 15 settembre 1978, con la legge del 25 ottobre 1977, n. 881. Cfr. A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma- Bari, 1999, 65. Id., *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005, 75 ss.

[26] Un testo modificato della Carta è stato proclamato dalle stesse istituzioni, e cioè dal Consiglio e dalla Commissione, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, la cd. Carta di Strasburgo (in G.U.C.E. n. C 303 del 14 dicembre 2007).

[27] Come ricorda B. Bercusson, *Social and Labour Rights under the EU Constitution*, in G. de Búrca, B. De Witte (edited by), *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005.

[28] A dir il vero è la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1986 il primo documento sovranazionale a proclamare sullo stesso piano i diritti sociali, civili e politici. È tuttavia auto evidente la centralità della Carta Ue. Sia permesso rinviare a D. Tega, *La Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli ha finalmente visto la luce. Un nuovo tassello nel sistema universale di protezione dei diritti*, in *http://www.forumcostituzionale.it.*

stesura della Carta, evidenziarono i componenti della Convenzione). Delle disposizioni contenute, inizialmente come è noto, sono stati destinatari le istituzioni e gli organi dell'Unione, come pure gli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione (art. 53)[29]. La maggior parte dei diritti sociali che la Carta riconosce sono ricognitivi di quelli già individuati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, nelle fonti del diritto derivato comunitario, nonché dalla Carta sociale europea e dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali[30]. Nonostante le evidenti limitazioni contenute negli articoli di chiusura, non c'è dubbio però che tale proclamazione abbia reso maggiormente visibili, in particolare, i diritti sociali, benché, come è stato sostenuto, la loro *traiettoria* rimanga a sé stante in seno all'Unione[31].

La Carta dei diritti rappresenta dunque, nonostante gli evidenti limiti, ciò che di *nuovo dei diritti* c'è nell'ambito dell'Unione, inserendosi in quella tendenza assai nota all'internazionalizzazione e alla specificazione dei diritti[32]. Non è questa la sede per ripetere le molte considerazioni che sono state fatte sulla genesi, le fonti e l'impatto della Carta[33], tuttavia è importante richiamare le motivazioni e le intenzioni che ne sono alla base e, in particolare, quelle che hanno coinvolto i diritti sociali. Innanzitutto la Carta si presenta, nelle intenzioni dei suoi promotori, come un indispensabile presupposto per la legittimazione dell'Unione, al fine di sancire – si disse al Consiglio europeo

[29] L'elaborazione della Carta è stata fortemente promossa dalla presidenza tedesca dell'Unione durante il primo semestre del 1999: nel programma della presidenza si sottolineava infatti che "i processi decisionali comunitari devono essere significativi per i cittadini dell'Unione, che le politiche comunitarie, così come quelle dei singoli paesi membri, devono rispettare i diritti dei popoli e che per tali motivazioni la Germania supporta fortemente il progetto di una Carta dei diritti da inserire negli stessi trattati istitutivi". Il ministro degli esteri tedesco, Joschka Fischer, davanti al Parlamento europeo il 12 gennaio 1999, affermava che la futura Carta avrebbe rappresentato un fattore di consolidamento della legittimazione e dell'identità dell'Unione europea.

[30] Come affermano le spiegazioni relative ai singoli diritti enunciati. Anche alcune Direttive, sempre secondo le Spiegazioni (in particolare agli artt. 27, 30, 33) sono state fonti dei diritti sociali riconosciuti nella Carta, ottenendo come effetto un intreccio tra diritto originario e derivato.

[31] Così B. De Witte, *The Trajectory of Fundamental Social Rights in the European Union*, in G. De Búrca, B. De Witte (edited by) *Social Rights in Europe*, cit., 153 ss.

[32] Basti ricordare di nuovo per tutti N. Bobbio, *op. cit*.

[33] Tra i numerosissimi contributi sul tema, si veda per una riflessione sul contenuto, gli scopi, il valore della Carta A. Barbera, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ricognizione?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2001; Id., *La Carta europea dei diritti e la Costituzione italiana*, in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea*, *Atti della giornata di studio in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2002, 107 ss.; A. Spadaro, *Verso la Costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti*, in *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003, 128 ss. Sia anche permesso rinviare a D. Tega, *La Carta europea dei diritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in L. Califano (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004.

di Colonia – in modo visibile l'importanza capitale e la portata dei diritti fondamentali per i cittadini dell'Unione. Lo stesso Preambolo della Carta antepone, molto significativamente se solo si pensa al Trattato istitutivo della Comunità economica del 1957, i valori della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà alla libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali, nonché alla libertà di stabilimento. La persona – continua il Preambolo – è posta dall'Unione al centro della sua azione.

Tra i numerosi e significativi compiti riconosciuti in capo alla Carta, vanno almeno richiamati per quanto riguarda il tema di cui si scrive: la maggiore visibilità dei diritti stessi (così come previsto nel mandato di Colonia e nel Preambolo della Carta); il rafforzamento della tutela dei diritti sociali ed economici, derivante dalla previsione dell'indivisibilità dai diritti civili e politici; la presentazione ai Paesi in procinto di diventare membri, e non solo, di una piattaforma comune di valori, principi e diritti di riferimento; il potenziamento della tutela del cittadino comunitario nei confronti dell'azione delle istituzioni e delle burocrazie comunitarie (è previsto sin dalla proclamazione della Carta, in base ad una Comunicazione diretta ai Servizi della Commissione, che ogni procedura debba essere formulata in modo da rispettarne il dettato); il ravvicinamento tra il diritto comunitario e i diritti nazionali attraverso il riferimento, ormai sempre più comune, delle Corti costituzionali nazionali ai documenti internazionali in chiave interpretativa dei diritti interni (in Italia ciò è reso possibile in base al dettato dell'art. 2 Cost.); l'evoluzione del sistema di protezione dei diritti fondamentali da sempre monitorato con forte attenzione da parte delle Corti nazionali, soprattutto tedesca e italiana.

I diritti sociali e societali maggiormente significativi affermati al Titolo IV, intitolato Solidarietà, sono[34]: il diritto dei lavoratori all'informazione alla consultazione nell'ambito dell'impresa (art. 27); il diritto di negoziazione e di azioni collettive sia per i lavoratori che per i datori di lavoro (art. 28); la tutela in caso di licenziamento ingiustificato (art. 30); il diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque (31), il divieto di lavoro minorile e la protezione dei giovani sul luogo di lavoro (art. 32); la garanzia della protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale, la tutela contro il licenziamento per motivo di maternità e il diritto al congedo retribuito di maternità e parentale (art. 33); il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale, ai servizi sociali e all'assistenza abitativa (art. 34); la protezione della salute (art. 35); l'accesso ai servizi d'interesse economico generale (art. 36); la tutela dell'ambiente (art. 37); la protezione dei consumatori (art. 38).

[34] Nella Decisione del Consiglio europeo relativa all'elaborazione della Carta si afferma che, nell'elaborazione di tale documento, occorrerà inoltre prendere in considerazione diritti economici e sociali quali sono enunciati dalla Carta sociale europea e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (136 TCE), nella misura n cui essi non sono unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione.

Vanno ricordati inoltre i diritti, rubricati al Titolo III, intitolato Uguaglianza: del minore (art. 24); degli anziani (art. 25); il diritto all'inserimento delle persone con disabilità (art. 26), nonché - sotto al Titolo II, Libertà[35] - quelli all'educazione (art. 14), alla libertà professionale e al diritto di lavorare (art. 15). Nel ricco elenco, appena ricordato, ci sono anche significative omissioni (legate a forti implicazioni economiche), basti pensare al diritto ad un'equa retribuzione e a quello all'abitazione che, invece, sono proclamati, come si vedrà, nella Carta sociale[36]. I destinatari di tali diritti non sono solo i "lavoratori", ma anche "ogni persona", estendendo significativamente in tal modo la titolarità di tali diritti anche ai cittadini non comunitari, pur senza alterare in ogni caso i parametri del diritto comunitario.

Le critiche alla Carta sono state numerose, tanto riguardo al contenuto quanto alle tecniche di redazione. Parte della dottrina costituzionalistica italiana[37], per esempio, ha stigmatizzato i capi relativi a Libertà e Uguaglianza (ora Titoli II e III) perché complessivamente il contenuto assicurato risulta - se posto a confronto con gli articoli corrispondenti della Costituzione italiana - poco garantista, debole ed inefficace, una sorta di "passo indietro" nella tutela delle situazioni soggettive. Molte perplessità si sono appuntate sull'insufficienza e sulla arretratezza dell'art. 15 in tema di diritto di lavorare che la Carta pone sullo stesso piano della libertà professionale (la Costituzione italiana afferma, al contrario, un diritto al lavoro, espressione non solo più garantista, ma capace di dare alla stessa Costituzione una cifra culturale molto forte), sulla pochezza dell'art. 20 in materia di eguaglianza, sulla laconica affermazione della libertà personale (art. 6). Ha suscitato scetticismo anche la tecnica normativa dei singoli articoli, poiché, si è detto, il non aver previsto, contestualmente all'affermazione delle singole libertà, anche le restrizioni applicabili dal legislatore, dimostrerebbe la debolezza intrinseca delle

[35] Per un commento ai singoli articoli della Carta si veda R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001. In particolare sui diritti sociali enumerati nella Carta si rimanda, fra i molti contributi, a T. Hervey, J. Kenner (edited by), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Righs. A legal perspective,* Oxford-Portland Oregon, 2003.

[36] Si veda anche O. De Schutter, *La garantie des droits et principes sociaux dans la Chartre des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in J. – Y. Carlier, O. De Schutter (edited by), *La Chartre des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2002, 117, 144-146.

[37] Cfr. U. De Siervo, *I diritti fondamentali europei ed i diritti costituzionali italiani (A proposito della Carta dei diritti fondamentali),* in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 153 ss.; A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 35 ss. G. Azzariti, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, *Politica del diritto*, 2003, in particolare 331 ss.; Id., *Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza*, in M. Siclari (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2003; Id., *Le Garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, *www.europeanrights.eu*, 2011.

previsioni stesse. Si è poi sottolineato che la Carta contiene una lista molto selettiva e incompleta di diritti sociali che distingue tra diritti giustiziabili e vaghi principi, lasciando al legislatore, nazionale o comunitario che sia, la definizione in concreto di situazione soggettive che eleva a diritti[38].

Per quanto concerne l'attuale valore della Carta nel sistema delle fonti del diritto comunitario lo scatto in avanti è stato fatto dall'art. 6 del TUE che sancisce il riconoscimento da parte dell'Unione dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti nella Carta che, nella versione di Strasburgo del 2007, viene ad acquisire il medesimo valore giuridico dei Trattati. Lo stesso articolo, come è noto, prevede anche l'adesione della Ue alla Cedu (non prevedendo, al contrario, l'adesione anche alla Carta sociale europea).

Venendo alle disposizioni finali che disciplinano l'interpretazione e l'applicazione della Carta in particolare l'art. 51 prevede, da un lato, che la Carta si applica alle istituzioni, organi e organismi comunitari nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione e afferma, dall'altro, che non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle sue competenze, né che ne introduce di nuove né che modifica le competenze e i compiti definiti nei Trattati. Ciò significa, per esempio, che la Carta non si applica nei rapporti tra cittadini e Stato al di fuori dell'attuazione del diritto comunitario. Tale articolo introduce poi una significativa e ambigua[39] distinzione tra diritti e principi quando afferma che: «Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati». Tale distinzione, alla luce di quanto si è sostenuto in tema di tecniche definitorie classiche dei diritti sociali, potrebbe anche costituire un elemento di forte ridimensionamento della scelta di proclamare le tre tipologie dei diritti insieme.

L'art. 52, a sua volta accuratamente rivisto nel testo della Carta proclamato nel 2007, nello specificare la portata e l'interpretazione dei diritti enunciati, precisa che tali diritti riconosciuti dalla Carta che trovano fondamento nei Trattati comunitari o nel Trattato sull'Unione europea si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dagli stessi. Laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla Convenzione. Tale disposizione non preclude, in ogni caso, che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa. Ma non solo, quando la Carta riconosce diritti

[38] Cfr. P. Bianchi, *I diritti sociali dopo Lisbona: prime risposte dalla Corte di giustizia*, in M. Campedelli, P. Carrozza, L. Pepino (a cura di), *Diritto di Welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, 2010, 126.

[39] Cosi G. Azzariti, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, cit., 333.

fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti devono essere interpretati in armonia con dette tradizioni.

Lo stesso articolo inoltre limita il raggio d'azione delle disposizioni che contengono principi, stabilendo che possano essere applicate in giudizio solo ai fini dell'interpretazione e del controllo della legalità degli atti legislativi o esecutivi che le applicano (tali principi cioè non obbligano alla loro attuazione, potendo essere posti in essere da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti degli Stati membri, nel dare attuazione al diritto dell'Unione). C'è da dire che in base alle spiegazioni relative ai diritti contenuti nella Carta (di cui l'art. 52 dice che i giudici *tengono conto*) paiono essere considerati principi gli artt. 26, 34, 35, 37 e 38. Tale distinzione del resto risale - come è stato ricordato - agli inizi della riflessione dottrinale e istituzionale sull'inserimento dei diritti sociali nei Trattati[40].

Tali disposizioni mirano certamente a ribadire che la Carta, come si è detto, non aumenta le competenze dell'Unione; ma, altrettanto sicuramente, offrono (e non è cosa di poco conto) come è stato notato, ulteriori "ragioni" alla base delle competenze che l'Unione ha già. La Carta può cioè costituire la base per nuove richieste di azioni o di legislazione dell'Unione in materie nelle quali le disposizioni dei Trattati ne riconoscono la competenza.

Come è stato evidenziato l'art. 51 impone l'obbligo agli Stati e all'Unione di promuovere l'applicazione dei diritti contenuti nella Carta[41]. Che tale previsione in base alla quale la Carta si applica ai Paesi membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione, nella sua accezione più restrittiva, è d'altronde smentita da una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia che richiama al rispetto dei diritti fondamentali l'azione degli Stati, non solo quando applicano il diritto comunitario, ma anche quando vi derogano (si pensi alle decisioni Wachauf del 1989 ed Elleniki del 1991)[42].

L'efficacia dei diritti sociali, e non solo, enunciati nella Carta, dipenderà in ultima analisi dalla interpretazione che la Corte di giustizia darà delle disposizioni che ne disciplinano l'interpretazione e l'applicazione[43]. È signi-

[40] Si veda S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"; INT – 16/2003. Si tratterebbe dei diritto all'inserimento delle persone con disabilità diritti ai servizi sociali e all'assistenza abitativa; della protezione della salute ; della tutela dell'ambiente; della protezione dei consumatori.

[41] M. Cartabia, *Articolo 51*, in *L'Europa dei diritti*, *op. cit*., 344 ss.

[42] M. Poiares Maduro, *The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Economic and Social Rights*, *op. cit.*, 291.

[43] Del resto va ricordato che, attraverso il principio di interpretazione conforme del diritto comunitario, anche quando la Carta era stata appena proclamata ed era ancora lontana dall'avere valore giuridico, gli stessi giudici nazionali vi hanno fatto riferimento (come del resto ha fatto, a partire dal 2002, anche la Corte costituzionale italiana). Anzi il Tribunale costituzionale spagnolo, il 30 novembre 2000, in una sentenza (n. 292/2000) che dichiarava

ficativo, del resto, che la prima volta in cui la Carta è stata richiamata nelle conclusioni di un Avvocato generale è stata in merito ad un diritto sociale, ovvero a quello delle ferie pagate[44]. Così è da accogliere favorevolmente, ad esempio, la decisione del 1 marzo 2011, *Association belge des Comsommateurs Test-Achats ASBL c. Consiglio dei ministri* (C-236/09), con la quale la Corte di giustizia ha, per la prima volta, annullato parzialmente una direttiva sulla parità uomo – donna, per lesione ingiustificata del principio della parità tra i sessi, ex artt. 21 e 23 della Carta dei diritti[45].

### 2.2 La Carta sociale comunitaria e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

Ben prima della proclamazione della Carta di Nizza, il Consiglio d'Europa, come è ben noto, ribadiva la distinzione tra diritti civili e sociali proclamando, da un lato, la Convenzione dei diritti dell'uomo che enuncia solo due diritti sociali: la libertà di associazione sindacale, affermata esplicitamente dall'art. 11, e il diritto all'educazione, previsto dall'art. 2 del Protocollo n. 1; e, dall'altro, la Carta sociale europea, firmata a Torino nel 1961, poi riveduta nel 1996 ed entrata in vigore, nel testo modificato, nel 1999[46]. L'esistenza di questa distinzione fa si che, almeno in teoria, i diritti sociali nell'ambito del Consiglio d'Europa non siano implementati dalla Corte dei diritti di Strasburgo, ma dal Comitato europeo per i diritti sociali, riformato del 1998[47].

l'illegittimità costituzionale di alcuni articoli della legge 15/99 in materia di *privacy*, utilizza, tra i *fundamentos jurídicos* alla base della sua decisione, proprio la Carta, si badi bene all'epoca nemmeno proclamata.

[44] Avv. Tizzano, C-173/99.

[45] Ancora la Corte in una decisione del 21 novembre 2011, *Scarlet Extended SA*, (C-70/2010), ha escluso - in nome del diritto alla privacy e della libertà di informazione - che esista in capo ad un fornitore di accesso a Internet un obbligo di prevedere il filtraggio delle comunicazioni che transitano per i suoi servizi, mediante per esempio i cd. programmi *peer to peer*. La Corte stabilisce che le direttive coinvolte vanno lette in combinato disposto e interpretate tenendo presenti le condizioni derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali applicabili (§ 54). Simile attitudine viene mostrata in *Asociaciòn national de establecimientos financieros de crédito* del 24 novembre 2011 (C-468/10 e C-469/10), come ricorda G. Bronzini, *op. cit.* Sull'utilizzo "incoerente" della Carta si veda P. Bianchi, *I diritti sociali dopo Lisbona*, *op. cit.*, 129 ss.

[46] È un trattato internazionale che riunisce in un solo strumento tutti i diritti garantiti dalla Carta del 1961 e dai Protocolli addizionali del 1988 e del 1995. Dei quarantasette paesi del Consiglio d'Europa solo Svizzera e Liechtenstein non l'hanno firmata nel testo rivisto, mentre quindici firmatari non l'hanno ancora ratificata, si veda lo stato delle ratifiche al sito *http://conventions.coe.int* (aggiornato al 4 aprile 2012). Cfr. sulle garanzie apprestate dal Consiglio d'Europa S. Hennion, M. Le Barbier-Le Bris, M. Del Sol, *Droit social européen et international*, Paris, 2010, 21 ss.

[47] Cfr. C. Panzera, *Per i cinquant'anni della Carta sociale europea*, intervento al convegno *I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. I diritto al lavoro fra*

Per quanto concerne il cd. sistema Cedu va ricordato che almeno in un paio di occasioni, nel 1987 e nel 1999, il Consiglio d'Europa ha caldeggiato l'ipotesi di adozione di un Protocollo sui diritti sociali[48]. In ogni caso, anche in assenza di un'articolata proclamazione dei diritti sociali, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è stata in grado di ricavare la protezione dei diritti sociali, attraverso un'interpretazione estensiva della Cedu, dai limiti al diritto di proprietà (art. 2 del Protocollo n. 1); dal rispetto della vita privata e familiare (sancito dall'art. 8, vera e propria "porta di ingresso" dei diritti non scritti in Convenzione); dal divieto di discriminazione, affermato non solo dall'art. 14 Cedu, ma ora anche dal Protocollo 12[49] (entrato in vigore nel 2005 per gli Stati che lo hanno ratificato)[50]. Con particolare riguardo al Protocollo 12, e al *potenziale sociale* del divieto di discriminazione, anche per la Corte di Strasburgo potrebbe valere una constatazione similare a quella che, si vedrà in seguito, vale per l'ordinamento comunitario. In particolare per quanto concerne la Cedu infatti si può immaginare che, negli anni futuri, sia proprio questo il grimaldello in grado di potenziare il ruolo della Corte nella tutela dei diritti sociali. Non va dimenticato infatti che il Protocollo 12, nel garantire che il godimento di ciascun diritto previsto dalla *legge* deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, fa entrare nel campo di attrazione della Cedu, e di conseguenza dei giudici di Strasburgo, tutti i diritti (e dunque anche quelli sociali) riconosciuti alla persona dal diritto nazionale, dalla Carta sociale europea (per i Paesi che l'hanno ratificata), dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Recentemente la *pervasiva* giurisprudenza della Corte di Strasburgo è arrivata a riconoscere il diritto alla contrattazione collettiva, tramite il rife-

*riforme delle regole e vincoli di sistema*, Reggio Calabria, 5 novembre 2011; G. Guiglia, *Le prospettive della Carta sociale europea,* in *Forum di Quaderni costituzionali*. Il meccanismo di controllo della Carta si basa su un sistema di reclami collettivi e di rapporti annuali che gli Stati membri sottopongono ad un Comitato di quindici esperti indipendenti, eletto dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa. Peraltro entrambi gli Autori citati si domandano se non sia possibile, in base all'art. 117, comma 1, della Costituzione, un avvicinamento della Carta sociale alla Cedu, al fine chiaramente di rafforzare il valore della Carta. Va ricordato che l'art. 52 della Carta non menziona in alcun modo l'attività del Comitato.

[48] In senso problematico si veda F. Sudre, *La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme: un exercise de «juisprudence fiction»?*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 55/2003, 755 ss.

[49] Nella decisione *Airey c. Irlanda* del 1979, la Corte espressamente afferma che: «*The Court therefore considers, like the Commission, that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention*» (§ 26). Si veda per esempio *Stec c. Regno Unito* del 12 aprile 2006. Cfr. S. Sonelli, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, Torino, 2010, 174 ss.; G. Cinelli, *I "diritti sociali" nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, reperibile al sito *http://www.europeanrights.eu*.

[50] Il Protocollo è entrato in vigore solo in diciotto Stati, tra cui non figura l'Italia.

rimento al diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire ad essi per la difesa dei propri interessi previsto dall'art. 11 Cedu[51]. In questa sentenza la Corte utilizza non solo un'interpretazione particolarmente evolutiva, ma anche il riferimento alla Carta sociale europea, nella versione riveduta, ma non ratificata dalla Turchia (cioè lo Stato condannato!). La Corte ha poi riconosciuto il diritto di sciopero come uno dei più importanti diritti sindacali nei casi *Satilmis e altri c. Turchia* del 17 luglio 2007[52], e *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia* del 21 aprile 2009.

In queste decisioni la Corte articola il suo ragionamento facendo pendere il giudizio di proporzionalità tra libertà economica e diritti sociali a favore di questi ultimi. Non si tratta certamente di un filone giurisprudenziale cospicuo eppure non va sottovalutato per diversi motivi. Il più significativo è collegato al dettato dell'art. 53 della Carta che sposta l'asticella a favore del livello di protezione assicurato dalla Cedu o dalle costituzioni nazionali in tutti i casi in cui la Carta dei diritti assicuri un livello di tutela inferiore[53].

In conclusione alla Carta sociale[54] - che pur non è diritto comunitario e non è compresa, come si è detto, nella procedura di adesione della Ue alla Cedu - si richiama il Preambolo dell'Atto unico europeo del 1986, così come

[51] Caso *Demir e Baykara c. Turchia* del 12 novembre 2008.

[52] Al § 64 della decisione si legge: «*En ce qui concerne le droit de grève, la Cour rappelle que si l'article11 ne le consacre pas expressément, son octroi représente sans nul doute l'un des plus importants des droits syndicaux, mais il y en a d'autres. De surcroît, les États contractants ont le choix des moyens à employer pour garantir la liberté syndicale (Schmidt et Dahlström, §§3436; UNISON c. Royaume-Uni)*».

[53] Si rimanda più in generale sul tema all'intervento di A. Guazzarotti in questo stesso volume.

[54] Cfr. R. Brillat, *La protezione dei diritti dell'uomo e a Carta sociale europea. Da Roma '90 a Roma 2000: dieci anni di cambiamenti per la Carta*, in B. Nascimbene (a cura di) *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002, 187 ss. Tra i diritti previsti nella Carta - attraverso l'utilizzo di disposizioni formulate come principi generali, più che come precetti immediatamente applicabili - si ritrovano tra gli altri il diritto: al lavoro; ad eque condizioni di lavoro; alla sicurezza e all'igiene sul lavoro; ad un'equa retribuzione; i diritti sindacali; alla negoziazione collettiva; delle lavoratrici madri ad una tutela; alla protezione della salute; alla sicurezza sociale; all'assistenza sociale e medica; ad usufruire di servizi sociali; delle persone portatrici di handicap all'autonomia, all'integrazione sociale ed alla partecipazione alla vita della comunità; della famiglia ad una tutela sociale giuridica ed economica; dei lavoratori migranti e delle loro famiglie alla protezione ed all'assistenza; alla parità di opportunità e di trattamento in materia di lavoro e di professione senza discriminazioni basate sul sesso; all'informazione ed alla consultazione e a partecipare alla determinazione ed al miglioramento delle condizioni di lavoro e dell'ambiente di lavoro; ad una tutela in caso di licenziamento; alla protezione dei loro crediti in caso d'insolvenza del loro datore di lavoro; alla dignità sul lavoro; all'informazione ed alla consultazione nelle procedure di licenziamenti collettivi; alla protezione contro la povertà e l'emarginazione sociale; all'abitazione; alla protezione contro la povertà e l'esclusione sociale; alla protezione contro le molestie sessuali ed alle altre forme di molestie; diritti del lavoratori aventi delle responsabilità familiari all'uguaglianza di opportunità e di trattamento.

nel Trattato CE[55]. Si può in ogni caso affermare che essa ha segnato l'inizio di una stagione di adozione di direttive sulle politiche sociali e che ha influenzato il Protocollo sulla politica sociale, annesso al Trattato di Maastricht, poi integrato nel Trattato di Amsterdam del 1997 nel Titolo relativo alla politica sociale, come prova il richiamo esplicito effettuato dall'art. 151 versione consolidata (*ex* art. 136 del Trattato CE).

### 3. *Smith abroad, Keynes at home: still possible and moreover still desirable?* Da Roma a Lisbona: che cosa è cambiato

L'emersione e il riconoscimento dei diritti sociali a livello comunitario si caratterizza, innanzitutto, per una *sfasatura temporale* rispetto all'affermarsi nel secondo dopoguerra degli Stati sociali europei e, in particolare per quanto concerne l'Italia, del periodo delle conquiste delle tutele dei lavoratori che, come è noto, trovano il loro apice nella proclamazione nello Statuto dei lavoratori[56]. La costruzione, da un lato, dello stato sociale e, dall'altro, del mercato comune europeo è proceduta in maniera in qualche modo parallela, ma distinta, icasticamente descritta con l'espressione «*Smith abroad, Keynes at home*»[57]. Al cuore dunque dell'integrazione europea ci sono le disposizioni sulle libertà di circolazione e di stabilimento, chiave di volta dell'accesso ai mercati nazionali, mentre i diritti sociali occupano una posizione subalterna (anche solo l'ordine nel quale si susseguono gli articoli del Trattato consolidato[58] lo dimostra: l'art. 6 richiama i diritti civili e politici contenuti nella Cedu, l'art. 151 quelli sociali). I Trattati istitutivi della Cee e della Ceca ten-

[55] La Corte l'ha utilizzata poco, si ricorda nella decisione *Regno Unito c. Consiglio* del 1996, C-84/94.

[56] S. Giubboni, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità,* relazione al Convegno *"Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani"*, Perugia, 25-26 marzo 2011, Facoltà di giurisprudenza. Id., *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, in part. 31 e ss.

[57] C. Pinelli, *I rapporti economici-sociali fra Costituzione e Trattati europei*, in C. Pinelli, T. Treu (a cura di), *La costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010, 26 ss. che ricorda anche questa efficace sintesi di R. Gilpin. Nonché P. Ridola, *Diritti di libertà e mercato nella «costituzione europea»*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 15 ss.; L. Azzena, *L'integrazione attraverso i diritti dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino, 1999, 49 ss.

[58] Come è noto il Trattato di Lisbona modifica sia il Trattato sull'Unione europea (TUE) che il Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE): in particolare l'art. 1 modifica il TUE e l'art. 2 il TCE che acquista anche un nome nuovo, cioè Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). L'Unione, che si sostituisce e succede alla Comunità europea, si fonda ora su due trattati, il TUE e il TFUE (art. 1 TUE). L'Euratom rimane in vigore, con alcune modifiche. Una versione consolidata del TUE e del TFUE è stata pubblicata nella G.U.C.E. n. C del 9 maggio 2008. Nello scritto ci si riferisce alla versione consolidata del Trattato sull'Unione europea (TUE) e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), oggi in vigore in seguito alla modifica di Lisbona.

devano dunque a favorire l'obiettivo dell'integrazione economica, occupandosi di politiche sociali esclusivamente in funzione di tale integrazione, lasciando per il resto agli Stati membri l'ideazione e il potenziamento di tali politiche[59]. Tale divisione dei compiti non venne dettata dalla convinzione *naïf* che il modello sociale si potesse tenere diviso da quello mercantile, ma dalla precisa volontà di lasciare ad appannaggio degli Stati l'autonomia nelle politiche di *welfare*[60]. Del resto una delle cifre storiche che ha caratterizzato il processo di integrazione europea è stata l'indifferenza e, per alcuni, l'incompatibilità fra i principi ispiratori di alcune Costituzioni nazionali più attente al riconoscimento dei diritti sociali e del principio di eguaglianza cd. sostanziale, da un lato, e la riconduzione, dall'altro, dell'ordine giuridico europeo al modello del cd. *homo oeconomicus*.

In secondo luogo un'altra importante caratteristica della costruzione europea è stata la scelta di avanzamenti lenti e costanti sulla strada dell'integrazione, anche se, in qualche caso, contraddittori e opachi[61]. Le politiche sociali comunitarie - che si è già detto son cosa diversa dai diritti sociali[62] - hanno risentito naturalmente dell'essere frutto delle maggioranze di volta in volta costituitesi nel Consiglio e di una commistione fra culture giuridiche molto diverse, radicate in tradizioni costituzionali e sindacali differenti[63]. Presto ci si è resi conto, oltre che del cd. deficit democratico[64], anche dell'assenza di una coerente strategia in merito alla protezione dei diritti (del resto si tratta di due ambiti strettamente legati alla sovranità statuale).

Pur senza ripercorrere le tappe che hanno portato alla creazione dell'Unione europea, già tante volte ricordate dalla dottrina[65], il dato da cui vale la pena ripartire è l'iniziale disinteresse per i temi legati alla promozione della democrazia e dei diritti umani che sono stati, al contrario da sempre, appannaggio del Consiglio d'Europa.

Lo stesso nome Comunità economica europea che i sei Paesi fondatori scelsero era, del resto, indicativo dello scopo che si voleva perseguire e che

[59] Per quanto concerne l'esperienza italiana si rimanda alla relazione di G. Razzano.

[60] S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit., 40-41; M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in *I diritti in azione*, cit., 14-15.

[61] Cfr. P. Costanzo, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, relazione alle *Primeras Jornadas Internacionales de Justicia Constitucional (Brasil-Espana_ Italia), Belém do Parà (Brasil), 25-26 de agosto-Verano 2008*, consultabile al sito *Consulta online*.

[62] Cfr. P. Bianchi, *I diritti sociali dopo Lisbona: prime risposte dalla Corte di giustizia*, *op. cit*., 125.

[63] Così S. Sciarra, *Diritti collettivi e interessi transnazionali: dopo Laval, Viking, Rüffert, Lussemburgo*, in *Libertà economiche e diritti sociali nel'Unione europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Rüffert e Lussemburgo,* Roma, 2009, 24.

[64] Si veda in merito S. Ninatti, *Giudicare la democrazia. Processo politico e ideale democratico nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, Milano, 2004.

[65] I contributi sono innumerevoli, tra gli altri si veda, L. Azzena, *L'integrazione attraverso i diritti*, Torino, 1998; P. Costanzo, cit.

si vuole ancora oggi, nonostante il cambio di nome, difendere. Mentre le libertà economiche vengono scolpite nei Trattati sin dall'inizio, costituendo un numero chiuso, i diritti, in particolare quelli sociali, trascurati dal diritto originario sono qualcosa di molto diverso: e cioè soprattutto il portato della giurisprudenza della Corte di giustizia, e oggi, della Carta di Nizza, oltre che elementi costitutivi delle tradizioni costituzionali comuni.

Il Trattato di Roma del 1957 proclamava all'art. 3 le quattro libertà (definite poi fondamentali dalla Corte di giustizia) di circolazione di merci, persone, servizi, capitali, insieme alla sicurezza sociale dei lavoratori e al principio della parità di retribuzione tra uomo e donna, oggi art. 157.1 TFUE (disposizione voluta all'epoca con forza dalla Francia per evitare che le proprie imprese subissero la concorrenza di paesi dove il differenziale retributivo era molto evidente), secondo una logica interamente propedeutica al mercato comune e all'eliminazione degli eventuali ostacoli (come dimostrano anche gli artt. 115 e 151 del TFUE).

Eppure dopo la crisi economica che diversi Paesi membri negli anni '70 del secolo scorso dovettero affrontare, senza trovare nella Comunità un'organizzazione capace di giocare un ruolo di aiuto e supporto, emerse la necessità di potenziare le competenze in materia sociale del Trattato. Si può cioè forse constatare che ogni volta in cui i Trattati istitutivi sono stati modificati la parte dedicata alle politiche sociali o alle competenze della Comunità in queste materie ha acquistato uno spessore crescente.

Un ulteriore momento legato alla lenta e faticosa emersione dei diritti sociali nel diritto comunitario originario è rappresentato da due passaggi in particolare. In primo luogo dalla proclamazione del Preambolo dell'Atto unico europeo del 1986 che contiene un timido richiamo alla Carta sociale europea, alla giustizia sociale, al rafforzamento della coesione economica e sociale, e che introduce l'attuale art. 153 TFUE che prevede la maggioranza qualificata per l'adozione di direttive in materia sicurezza, salute dei lavoratori e tutela dell'ambiente di lavoro. In secondo luogo dal varo del Trattato di Amsterdam del 1997 (in particolare agli articoli 136 al 145 TUE) che supera le resistenze del Regno Unito in merito all'espansione delle politiche sociali, già manifestate in occasione della proclamazione del Trattato di Maastricht e del Protocollo sulla politica sociale (al quale appunto aderirono tutti gli Stati membri, tranne appunto il Regno Unito). In questa fase lo *status* dei diritti sociali risulta ancora appena accennato, anche se in crescita rispetto agli albori della Comunità economica europea, anche grazie al cd. metodo aperto di coordinamento (espressione che si inizia a utilizzare nei lavori della presidenza portoghese del Consiglio di Lisbona del marzo 2000)[66]. In particolare

[66] Si vedano le riflessioni critiche di M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, in Associazione italiana dei costituzionalisti Annuario 2009, *La Costituzione europea, Atti del XIV Convegno annuale*, Perugia 7-8-9 ottobre 1999, Padova, 2000, 507 ss. Così anche S.

l'articolo 151 TFUE, affida alla Comunità e agli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali definiti dalla Carta sociale e da quella comunitaria, l'implementazione - in nome della competitività dell'economia e del funzionamento del mercato comune - della promozione dell'occupazione e il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro in modo da consentire all'Unione e agli Stati membri la parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione.

Lo stesso art. 6.2 TUE, nel proclamare il rispetto dei diritti fondamentali, intesi come principi generali, precisa che le fonti di questi diritti sono rappresentate dalla Cedu e dalle tradizioni costituzionali comuni ed evidenzia la posizione diversa riconosciuta ai diritti sociali, seppure in nuce, dall'art. 136[67]. Tra le critiche di parte della dottrina[68], il Trattato di Amsterdam, così come modifica l'art. 6.2, richiamando espressamente la Cedu (e non la Carta sociale europea, il cui riferimento viene spostato nel Preambolo, non vincolante), rilega in ultima analisi i diritti sociali in secondo piano. I diritti sociali dunque vanno tenuti presenti, ma non costituiscono limite assoluto o fine prioritario dell'azione della Comunità[69]. La marginalità di tali diritti rispetto alle libertà economiche rimane dunque un elemento caratterizzante della Comunità per molti anni e, anche quando si riduce, la tensione tra obiettivi economici e sociali permane.

Il Trattato di Amsterdam si rivela significativo, ai fini di una riflessione sui diritti sociali, anche e soprattutto perché proclama l'eguaglianza - fino ad allora inserita tra le finalità generali della Comunità, ma non nell'art. 6 che elenca i principi su cui si fonda l'Unione – valore da perseguire, attraverso il potere conferito alle istituzioni comunitarie di adottare provvedimenti per combattere le discriminazioni basate su sesso, razza, origine etnica, religione, convinzioni personali, handicap, età, tendenze sessuali (art. 13, ora modificato nell'art. 19 TFUE). Ciò ha comportato che le discriminazioni venissero contrastate non più poiché "falsavano" il funzionamento del mercato interno, ma poiché lesive della eguale dignità delle persone[70].

Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale, op. cit.* Cfr. M. Barbera (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Milano, 2006. Si entra in questo caso nelle cd. fonti di *soft law* (le parole d'ordine in questo ambito sono derogabilità, opzionalità, contrattazione collettiva, prassi nazionali) che hanno lo scopo di innescare processi di convergenza nazionale.

[67] Come evidenzia R. O'Gorman, *The ECHR, the EU and the Weakness of Social Rights Protection at the European Level*, in *German Law Journal*, 2011, 1835 ss.

[68] Si veda per tutti S. Sciarra, *From Strasbourg to Amsterdam: Prospects for the Convergence of European Social Rights Policy*, in P. Alston, M. Bustelo, J. Heenan (edited by), *The EU and Human Rights*, 1999.

[69] M. V. Ballestrero, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT. – 55/2007.

[70] Tra gli altri F. Ghera, *Il principio di uguaglianza nella Costituzione italiana e nel dirit-*

Più recentemente il Trattato di Lisbona[71] con la previsione da un lato, come si è appena ricordato, del conferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione del medesimo valore dei Trattati e, dall'altro, dei nuovi obiettivi previsti dall'art. 3.3 TUE pare portare a termine la lenta affermazione dei diritti sociali. Il nuovo articolo 3.3 TUE infatti introduce per la prima volta il fine della piena occupazione, di uno sviluppo sostenibile dell'Europa, basato non solo su una crescita economica equilibrata, ma soprattutto su un'*economia sociale di mercato* fortemente competitiva. L'Unione inoltre – continua l'articolo – combatte l'esclusione sociale, le discriminazioni e promuove la *giustizia e la protezione sociale*. L'art. 3.5 TUE estende il metodo del coordinamento e, di conseguenza, anche i processi di convergenza tramite strumenti di *soft law*. Non c'è dubbio che, al di là delle ricadute pratiche di queste affermazioni in particolare in un momento di grave crisi economica come quello che si sta vivendo, l'inserimento per la prima volta di questi termini nei Trattati concorre ad aumentare l'importanza dei diritti sociali all'interno della gerarchia dei valori sui quali si fonda l'Ue[72]. Detto questo, va però sottolineato che l'espressione *economia sociale di mercato* e *fortemente competitiva* potrebbe prestarsi ad essere interpretata in un senso fortemente riduttivo della valenza dell'inserimento dei diritti sociali, nella direzione di una subordinazione delle politiche sociali statali ai meccanismi del mercato.

Credo inoltre opportuno sottolineare che anche le politiche antidiscriminatorie, perseguite dall'Unione attraverso le diverse generazioni di direttive che si sono susseguite, hanno svolto un ruolo particolarmente significativo per quanto concerne lo sviluppo della tutela dei diritti sociali: non solo, infatti, hanno colpito le pratiche di *social dumping*, cioè di distorsione del mercato del lavoro, ma hanno anche perseguito il progresso sociale (obiettivo che la Corte di giustizia, nella sentenza *Defrenne* del 1976, aveva già riconosciuto insito alle disposizioni sulla parità del trattamento retributivo, contenute in questo caso nel Trattato). La riprova di quanto si sostiene è fornita dagli articoli 9 e 10 del TFUE che tengono insieme lotta alle discriminazioni e all'esclusione sociale[73]. In particolare occorre fare riferimento anche alle direttive

*to comunitario*, Padova, 2003; A. D'Aloia, *Uguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002.

[71] Si veda per una raccolta di testi e documenti B. Nascimbene, *Unione Europea Trattati*, Torino, 2010. Sui diritti in particolare si veda F. Sorrentino, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona*, in *Il Corriere giuridico*, 2/2010, 145 ss. Gli articoli che il Trattato di Lisbona dedica in particolare all'argomento sono gli articoli 45-48, 49-55, 56-62, 145-150, 151-161 nella versione consolidata del Trattato.

[72] In questo senso anche R. O'Gorman, *op. cit.*, 1852. Anche il ruolo delle parti sociali sembra, del resto, valorizzato.

[73] L'art. 9 TFUE prevede che «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione so-

che dagli anni '70 in poi del XX secolo si occupano: di parità di genere, sviluppando il potenziale di tutela sociale che aveva in sé l'art. 119 del Trattato di Roma (art. 157 TFUE), soprattutto dopo la lettura che la Corte ne diede in *Defrenne* (prima la direttiva 76/207/Ce, poi la 2002/73/Ce, la 2004/113/Ce, la 2006/54/Ce); nonché di sicurezza nell'ambiente di lavoro, fondate sull'art. 118 A (introdotto nel Trattato di Roma dall'Atto unico); di tutela della lavoratrice madre; di lavoro flessibile; di parità di trattamento per motivi di razza e di etnia, direttiva 2000/43/Ce (artt. 18 e 19 TFUE, ex art. 13 del Trattato di Amsterdam)[74]. O ancora si pensi alla legislazione a protezione dell'eguale esercizio dei diritti sociali per i residenti extracomunitari: il preambolo della direttiva 109/2003, riguardante lo status dei nazionali extracomunitari lungo residenti, si rifà alla Carta dei diritti, garantendo eguale trattamento per i lungo residenti anche per quanto riguarda l'educazione, la protezione sociale, incluse l'assistenza sociale e le cure mediche, così la competenza dell'Unione (ex art. 63 TCE) di definire lo status legale di questi soggetti nei paesi di residenza è stato interpretato dalle istituzioni comunitarie come la richiesta di adozione di misure atte a promuovere l'esercizio dei diritti enunciati nella Carta da parte dei lungo residenti.

In conclusione si può affermare che il modello sociale europeo si caratterizza anche per la sovrapposizione di fonti normative derivate che se ne occupano. Mentre al diritto comunitario (originario e derivato) si è precipuamente e più efficacemente riconosciuto il compito di combattere le discriminazioni di *status* (discriminazioni nel trattamento retributivo, lavorativo,

ciale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana. Mentre l'art. 10 stabilisce che nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

[74] Su tale normativa derivata si veda G. Ricci, *op. cit.*, 13 ss., nonché C. Favilli, *Il principio di non discriminazione nell'Unione europea e l'applicazione ai cittadini di paesi terzi*, in D. Tega (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 46 ss. L'articolo 18 TFUE (ex articolo 12 del TCE) stabilisce che «Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni». L'articolo 19 TFUE (ex articolo 13 del TCE) prevede che «1. Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. 2. In deroga al paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare i principi di base delle misure di incentivazione dell'Unione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi di cui al paragrafo 1».

ecc.), in capo agli Stati membri si sono affidate le politiche redistributive[75], in qualche modo si potrebbe dire le due facce del principio di eguaglianza. Dunque la dimensione sociale dei diritti entra al centro della sfera pubblica comunitaria anche attraverso la via del cd. diritto antidiscriminatorio[76]. E così, per esempio, nella sentenza *Defrenne II* del 1978 la Corte afferma che al principio antidiscriminatorio corrispondono diritti umani fondamentali (in qual caso della classe sottorappresentata).

## 4. L'ora dei diritti sociali: il ruolo della Corte di giustizia

Come è ben noto, la Corte di giustizia, nell'assenza di un catalogo scritto di diritti fondamentali comunitari, è venuta consolidando negli anni un cospicuo filone giurisprudenziale sul tema[77]: a partire dalla decisione n. 29/69, *Stauder* contro la città di *Ulm*, in cui, pur in assenza di "diritto scritto", si affermò che «i diritti fondamentali della persona fanno parte dei principi generali del diritto, di cui la Corte garantisce l'osservanza […]». Nella decisione *Internationale Handelsgesellschaft* del 1970 la Corte stabilì che la salvaguardia dei diritti fondamentali doveva essere informata alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri; nel 1974 con la sentenza *Nold* la Corte indicò tra le "fonti" a tutela dei diritti fondamentali anche i trattati internazionali ratificati dagli Stati, pur non facendo menzione della CEDU cui la Corte fece esplicito riferimento solo con la decisione *Rutili* del 1975. La protezione dei diritti a livello comunitario ha continuato a svilupparsi come dimostrano il caso *Hauer* del 1979 e numerosi altri fino ad arrivare, nella causa *Tanja Kreil*, dell'11 gennaio 2000, a sanzionare addirittura il rispetto del principio di eguaglianza in una materia, l'ammissione femminile alle forze armate federali, non comunitaria (in questo caso la Corte di Giustizia ha

[75] C. Pinelli, *op. cit.*, in C. Salvi (a cura di), 128. Sull'intreccio tra ordinamenti si vedano le riflessioni di A. D'Aloia, *Diritti sociali e politiche di eguaglianza nel "processo" costituzionale europeo*, in M. Scudiero (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo: principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2001, 853 ss.

[76] M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007. Sulla valorizzazione della nozione di discriminazione come chiave d'ingresso nel discorso comunitario di significati e di implicazioni anche dell'eguaglianza sostanziale cfr. A. D'Aloia, *Diritti sociali e politiche di eguaglianza, op. cit.*, in particolare 853 ss.

[77] Si veda M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, 13-66; M. E. Gennusa, *La Cedu e l'Unione europea*, *ibidem*, 91-144; Tale giurisprudenza è stata giudicata, a dire il vero, in modi opposti, si veda nel primo senso il notissimo saggio di J. H. H. Weiler, N. Lockart, *"Taking Rights Seriously" Seriously*, in *Common Market Law Review,* 1995, 51-94 e 579-627, nel secondo, J. Coppel A. O'Neill, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously*, in *Common Market Law Review*, 1992, 669 ss. Così B. De Witte, *The Trajectory of Fundamental Social Rights in the European Union*, *op. cit.*, 157, ritiene che, a fronte dell'importanza costituzionale formale di questa giurisprudenza, la stessa abbia poca rilevanza pratica.

ritenuto che l'art. 12a, comma 4, della Costituzione federale tedesca, interpretato nel significato di proibire l'ammissione delle donne alle forze armate, risultasse appunto in aperta violazione al principio di non discriminazione garantito dalla stessa giurisprudenza comunitaria)[78]; nella decisione *Schmidberger c. Austria* del 2003, la Corte afferma la preminenza della libertà di manifestazione del pensiero e di riunione sulla libera circolazione dei beni; mentre nella sentenza *KB*, del 7 gennaio 2004, la Corte sancisce il diritto alla pensione di reversibilità anche per un uomo (originariamente di sesso femminile) che non aveva ottenuto la correzione dei propri dati personali, dopo aver acquisito il nuovo sesso; nel caso *Omega*, del 14 ottobre 2004, la Corte stabilisce che il divieto di commercializzare un gioco di guerra, che simulava l'uccisione di persone, non costituisce violazione del libero scambio di servizi, ma restrizione legittima in nome del principio del rispetto della dignità umana, così come protetta nella Costituzione tedesca.

Questa intensa attività giurisdizionale ha trovato, soprattutto in questi anni, tanto nella Carta dei diritti quanto nella giurisprudenza elaborata dalla Corte dei diritti di Strasburgo "riferimenti naturali". La Corte di giustizia ha cioè dimostrato una spiccata tendenza a farsi giudice dei diritti, utilizzando tutti gli strumenti a disposizione: le Costituzioni nazionali, la Carta di Nizza, la Cedu e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, richiamata esplicitamente dall'art. 53 (ora II-113). Come ha evidenziato Francisco Balaguer Callejòn al Convegno annuale dei costituzionalisti italiani, dedicato al 50° anniversario della Corte costituzionale[79], la Corte di giustizia ha incarnato, nell'elaborazione di una tutela pretoria dei diritti, una sorta di potere para costituente più che mero potere giudiziario.

Gli sviluppi giurisprudenziali per quanto concerne i diritti sociali sono strettamente collegati sia all'obiettivo del corretto funzionamento del mercato comune, sia al cd. diritto antidiscriminatorio. Per quanto concerne il buon funzionamento del mercato è ben nota la posizione a favore del riconoscimento del diritto sociale alle ferie annuali retribuite espressa dall'avvocato generale Tizzano nel già citato caso *Bectu*[80], come lo sono altrettanto quelle,

[78] S. Ninatti, *Le donne e il servizio di leva in Germania*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 240 ss.

[79] Paper presentato al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Roma 27-28 ottobre 2006, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

[80] Le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, poi disattese dalla decisione resa dalla Corte, sono dell'8 febbraio 2001, causa C-173/99 *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)* contro *Secretary of State for Trade and Industry*, (par. 26, 27 e 28). L'Avvocato generale, nel sostenere, nel caso di specie, che il diritto alle ferie annuali retribuite è un diritto sociale fondamentale, richiama una serie di documenti internazionali e comunitari che esplicitamente lo annoverano come tale, ma ritiene che la sua affermazione nella Carta (art. 31.2) sia la conferma più qualificata e definitiva della sua natura di diritto fondamentale. È significativo notare che l'Avvocato ricorda le peculiari modalità che hanno portato alla

di segno opposto, degli avvocati Jacobs in *Albany International* del 1999 e Lenz in *Bergemann* del 1988[81] (da ultimo si veda la decisione 3 maggio 2012, C-337/10, sull'indennità finanziaria per ferie annuali retribuite non godute per malattia). Nel febbraio del 2000 nel caso *Schröder* e in altri collegati, si autorizzò la Germania a estendere il principio della parità di retribuzione uomo donna anche ai lavoratori *part-time*, per la prima volta la Corte di giustizia affermò che tale principio, anche alla luce dell'ex art. 141 TCE, perseguiva uno scopo sociale espressione di un diritto fondamentale, piuttosto che un semplice scopo di mercato, come fino ad allora era stato inteso. La notissima decisione *Bosman* del 1995 sulla libera circolazione dei lavoratori, afferma indirettamente il diritto al lavoro e di sceglierlo liberamente.

Non sempre però la posizione della Corte di giustizia è andata nella direzione di un'implementazione dei diritti, come i notissimi casi *Laval* e *Viking* del 2007[82] hanno dimostrato in merito alla "tensione" tra diritto di sciopero e di azioni collettive e la libertà delle imprese di assicurare un servizio. Nella dottrina che se ne è occupata c'è chi le ha considerate un evidente esempio di dumping sociale, collegato alla mobilità transfrontaliera delle imprese; chi ha messo in guardia da una possibile contaminazione delle tradizioni nazionali costituzionali; chi ha constatato[83] la porosità del diritto comunitario deriva-

stesura e alla proclamazione della Carta, come a voler sottolineare non solo le differenze rispetto agli altri documenti internazionali, ma soprattutto una sorta di maggiore "legittimazione".

[81] In entrambi i casi si precisa che la Carta sociale europea contiene diritti che rappresentano più dei programmi che dei diritti tutelabili dinnanzi ad un giudice. Nel caso *Albany International* l'avvocato generale ritenne che non esistesse un diritto alla contrattazione collettiva nel diritto comunitario anche alla luce dell'interpretazione restrittiva che la Corte Edu aveva dato dell'art. 6 della Carta sociale europea e che dunque fosse inappropriato per la Corte di giustizia muoversi più velocemente della Corte Edu.

[82] Queste decisioni sono state oggetto di molti commenti, tra gli altri si vedano le riflessioni di S. Sciarra *Diritti collettivi e interessi transnazionali*, cit., 30 ss. ; V. Angiolini, *Laval, Viking, Rüffert e lo spettro di Le Chapelier*, *ibidem*, 51 ss.; B. Caruso, *Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?*, *ibidem*, 101 ss. In realtà il filone giurisprudenziale della Corte è, sia prima che dopo queste decisioni così note, decisamente costante nel senso di privilegiare il principio della concorrenza e dell'iniziativa economica privata, così per esempio *Albany, Job centre* (1997); *Van der Woude* (21 sett 2000); *Martinez Sala* (1998); *BECTU* (2001); *Robinson-Steele* (2006); *Ruffert* (2008); *Commissione c. Lussemburgo* (giugno 2008); *Kattner* (2009); *Commissione c. Germania* (luglio 2010); *Santos Palhota* (ottobre 2010); Zambrano (marzo 2011); *Association Belge des consommateurs* (marzo 2011); *Vicoplus* (febbraio 2011).

[83] P. Syrpis, T. Novitz, *Economic and social rights in conflict: Political and judicial approaches to their reconciliation*, in *Eur. Law Rew.*, 2008, 3, 411. Da ultimo in materia di misure di protezione sociale e di controllo previste da una direttiva e adottate dai singoli stati membri, la Corte di giustizia ha ritenuto tale misure eccessivamente limitative dell'attività d'impresa e restrittive anche della libertà di prestazione dei servizi (*Commissione c. Lussemburgo* e *Commissione c. Germania* del 2010, C-271 del 2010). La Corte in sintesi in questi casi ha proceduto nel ragionamento in questo modo: ci sono diritti fondamentali; c'è una normativa di tutela; il diritto di sciopero come gli altri diritti di contrattazione collettiva è "parte integrante dei

to all'interpretazione giudiziale: le direttive nelle quali emerge un potenziale conflitto tra diritti sociali, tutela del lavoro in particolare, e libertà di impresa lasciano ampi margini al bilanciamento giudiziale; chi infine ha contestato il tipo di bilanciamento operato dalla Corte tra libertà economiche e diritti sociali[84]. Senza ripercorrere nuovamente casi sui quali già tanto è stato scritto, vale la pena evidenziare, ai fini del ragionamento che qui interessa condurre, che la Corte, pur riconoscendo il diritto di azioni collettive come fondamentale, in quanto principio generale del diritto comunitario, nonché alla luce dell'art. 28 della Carta Ue, ha poi affermato che può essere limitato (la Carta ha cioè una funzione solo di individuazione della norma, senza che ne consegua un'affermazione nel caso concreto). I diritti sociali non sembrano cioè accedere allo stesso livello di protezione riservato agli altri diritti: in particolare il caso *Viking* ha mostrato l'assenza nei Trattati di una disposizione sui diritti sociali simile a quella contenuta nell'art. 6 TUE. Son pronunce, in sostanza, che lasciano intravedere un *vulnus* ai diritti sociali di natura collettiva, intesi come diritti capaci di bilanciare gli effetti dell'esercizio delle libertà economiche. Come del resto è stato dimostrato, prendendo in considerazione, alcune tematiche come l'assistenza sanitaria o l'educazione, i diritti sociali, così come inverati nelle Costituzioni nazionali, una volta attratti nell'ambito dell'ordinamento comunitario, rischiano di ricevere una tutela minore, dovendo essere bilanciati con le libertà economiche.

Meriterebbe insistere piuttosto sul *mainstreaming* anche giurisprudenziale (e non solo legislativo) che i diritti sociali possiedono, in particolare per quanto concerne la non discriminazione. Invero c'è chi, a giusta ragione, ha evidenziato che, se è vero che la giurisprudenza sui diritti elaborata dalla Corte di giustizia è stata, almeno fino alla fine degli anni '90, formalmente importante, è altrettanto vero che ha avuto ben poca rilevanza. Al contrario la Corte ha dimostrato di poter proteggere i diritti sociali attraverso un'interpretazione del diritto comunitario *scritto*, originario e derivato, usando il linguaggio dell'antidiscriminazione piuttosto che quello dei diritti fondamentali. Basti pensare alla decisione *Mangold*[85], nella quale il principio di

principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto", richiamando espressamente l'art. 28 della Carta; tuttavia l'esercizio di tali diritti può essere limitato alla luce del dato che le libertà economiche coinvolte sono, a loro volta, "principi fondamentali della Comunità", sanciti nelle norme dei Trattati. In tali casi i giudici comunitari hanno operato un bilanciamento che è risultato sostanzialmente libero a sfavore, almeno in questi casi, ai diritti sociali. Ma allora la loro tutela a livello comunitario dipende dalla saggezza del giudice che si trova in Corte in quel momento?

[84] Sul cd. bilanciamento ineguale cfr. M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.

[85] Sul caso Mangold e la giurisprudenza che ne è seguita si vedano da ultimo le riflessioni di A. D'Aloia e L. Cappuccio in M. Cartabia (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, 109 ss.

non discriminazione in ragione dell'età risulta determinante per superare i limiti imposti dalla direttiva 2000/78; o ancora alla sentenza *Kucukdeveci* (C-555/07) in cui la Corte si pronuncia nuovamente sul principio di non discriminazione per età; ai casi *Roca Alvarez* (C-104/09) e *Danosa* (C-232/09) sulla parità di trattamento tra uomini e donne (in entrambi i casi la Corte decide sul rapporto tra la normativa nazionale e la direttiva sulla non discriminazione in cause che coinvolgono privati); al caso *Maruko* sulla pensione di reversibilità e la discriminazione diretta in base all'orientamento sessuale; alla decisione *Romer* (C-147/08) in cui la Corte, ritornando sulla disciplina tedesca sulle unioni civili, conferma l'impostazione seguita in *Maruko*.

In sintesi va ribadito che la Corte, nel riconoscere la tutela ai diritti fondamentali, verifica che il diritto in discussione rientri tra quelli richiamati nei Trattati (tra questi certamente i diritti civili e politici riconosciuti dalla Cedu o dalle tradizioni costituzionali nazionali) e lo bilancia, in base ad un giudizio di proporzionalità, con le libertà economiche proclamate. Al contrario i diritti sociali intesi sia come quelli emergenti dalle tradizioni costituzionali comuni, sia come quelli riconosciuti in Trattati internazionali, ratificati dagli Stati membri, non sono mai, o raramente, stati riconosciuti dalla Corte come parte dei principi generali del diritto comunitario. In realtà molti degli sviluppi che si sono avuti in questo ambito sono collegati agli obiettivi del buon funzionamento del mercato comune, per esempio soprattutto volti a prevenire la distorsione della concorrenza e non a perseguire valori sociali di per sé, imprinting genetico difficile da superare.

I diritti sociali nella dimensione dell'Unione non vanno dunque intesi come diritti che attribuiscono ai cittadini comunitari la possibilità di sindacare la politica comunitaria (che del resto non ha mai perseguito come scopo autonomo e assoluto il godimento dei valori sociali), ma come strumenti utili a correggere le pratiche distorsive e a evitare che la concorrenza indebolisca la tutela sociale prevista dai singoli Stati membri. È forse anche per questo che la Corte non ha sviluppato una giurisprudenza consistente sui diritti sociali. Dunque si può concludere, in qualsiasi modo si giudichi la giurisprudenza della Corte sui diritti (per il vero altalenante), che un giudice che non era stato pensato come giudice dei diritti ha oggi una competenza che si può quasi definire concorrente con quella delle altre Corti dei diritti, nazionali e sovranazionali[86]. Del resto il processo d'integrazione europea ha avuto i suoi maggiori interpreti proprio nei giudici. Ma ora come ora, nell'ambito più specifico dell'Unione, il ruolo giocato dalla Corte può bastare? Perché anche se può apparire che tale ruolo non sia sufficiente ad una strategia di integrazione, non pare però nemmeno tanto il diritto originario, quanto quello derivato ne sappiano prescindere.

[86] Così G. Azzariti, *Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, carta dei diritti e corte di giustizia dell'unione europea*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, cit., 83.

## 5. Prime conclusioni: i diritti sociali tra crisi economica e globalizzazione dei mercati

La tutela dei diritti sociali è un'acquisizione lenta e recente per il diritto comunitario originario, anticipata dall'azione pretoria della Corte di giustizia. Il riconoscimento a livello comunitario di principi e diritti sociali, in ultima analisi, risulta anche come il tentativo di compensare l'espansione del processo di integrazione comunitaria degli ultimi decenni, di riequilibrare il rapporto asimmetrico tra libertà economiche e diritti sociali nazionali, dopo che il modello binario originario è andato in crisi[87].

Inizialmente la scelta di riservare la sfera delle politiche sociali ai singoli Stati era parsa, come si è detto, una garanzia dell'autonomia statale, poi quando tale argine viene man mano eroso dalla pervasività delle aumentate competenze comunitarie emerge un *deficit sociale europeo* che fa il paio con il più noto *deficit democratico* dell'Unione. I vincoli cioè posti dalle politiche comunitarie di mercato a quelle nazionali sono sempre più stringenti, finendo per riverberarsi anche sulla tutela dei diritti. Quest'ultimo aspetto interessa, in particolar modo, chi cerca di studiare non solo quali siano i diritti sociali garantiti a livello comunitario, ma anche quale significato assumano e in che modo arricchiscano o, al contrario, *scolorino* i diritti affermati dalle Costituzioni nazionali e tutelati davanti giudici nazionali. Va dunque valutato come il fenomeno della cd. protezione multilivello dei diritti, intendendo questa espressione come puramente descrittiva di più livelli di tutela, influisca sulla tutela dei diritti nel cd. spazio costituzionale europeo.

Nel tirare le somme di ciò che si è detto gli elementi da considerare riguardo la protezione dei diritti sociali nel multilivello sono molteplici. Ne provo a elencare qualcuno. In primo luogo emerge chiaramente che a livello europeo la giustiziabilità dei diritti sociali è ancora ridotta, mentre è più sviluppata una sorta di protezione legata a sistemi di supervisione e di monitoraggio, come dimostra l'esperienza della Carta sociale europea (dal 1998 è possibile per sindacati, associazioni di lavoratori e ONG presentare un ricorso contro la violazione dei diritti in essa prevista)[88].

A livello più strettamente comunitario si è visto come la Carta dei diritti preservi lo *status quo* e, allo stesso, tempo abbia inaugurato un disegno di costituzionalizzazione dell'Unione attraverso l'*icona* dei diritti fondamentali[89]: al di là di tutte le perplessità dalle quali è stata accolta, può indubbiamente svolgere un effetto di *mainstreming*.

[87] S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa*, *op. cit.*, 57.

[88] Così anche S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale*, cit.

[89] Avverte Massimo Luciani che l'assenza in campo sociale di significativi doveri di solidarietà dimostra che l'Unione non è una comunità politica in senso proprio, oltre all'inesistenza di veri e propri diritti sociali, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., 550-552.

Vanno poi considerate le possibili reciproche limitazioni e sovrapposizioni che si possono avere, in un panorama giuridico così stratificato[90], tra le disposizioni della Carta, quelle contenute nei Trattati e l'interpretazione che di esse fornisce la Corte di giustizia. Basti ripensare da un lato all'art. 28 della Carta che proclama il diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro di ricorrere, in caso di conflitto, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, comprensive dello sciopero e, dall'altro, all'art. 153 TFUE che, allo scopo di favorire gli obiettivi previsti dall'art. 151, prevede la possibilità di adottare misure a favore dei lavoratori, escludendo però il diritto di sciopero dall'alveo di applicazione, neutralizzando in sostanza il dettato dell'art. 27 (anche grazie all'art. 52.2 della Carta che dispone che i diritti riconosciuti dalla Carta per i quali i Trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti).

Ma ancora va ribadito, a questo proposito, che l'Unione non ha ratificato né la Carta sociale, né il Patto Onu sui diritti economici, sociali e culturali, né le convenzioni ILO. Ora poiché gli Stati membri hanno trasferito poteri all'Unione in campi coperti da questi strumenti internazionali essi stessi non sono più in grado di assicurare piena applicazione a tali documenti, creando possibili vuoti nella protezione dei diritti sociali. Lo stesso potrebbe poi valere per i diritti sociali previsti nelle Costituzioni nazionali: poiché rilevanti competenze sono state trasferite a livello comunitario, queste previsioni costituzionali rischiano, nel concreto, di perdere il ruolo di linee guida delle politiche statali.

Si potrebbe forse valorizzare il dettato della Carta Ue, per quanto concerne la proclamazione dei diritti sociali, rispetto a due aspetti: la limitazione dell'impatto deregolatorio del diritto comunitario sulle politiche di *welfare* nazionali e la formulazione di doveri di agire per le istituzioni comunitarie. La Carta esemplifica, ancora una volta, la tensione tra il concepirla come *Bill of rights* di una comunità politica e, al contrario, come mero strumento per garantire la conformità degli accresciuti poteri dell'Unione ai diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati fondatori (risultando, in tal caso, uno strumento limitativo più che espansivo dei poteri dell'Unione). A tal proposito,

[90] Si veda a tal proposito lo scritto di A. Ruggeri, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, Relazione all'incontro di studio su *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma 28 febbraio - 2 marzo 2007, reperibile su Consultaonline, *http://www.giurcost.org/studi/Ruggeri12.pdf*; nonché Id., *Tutela dei diritti fondamentali, squilibri nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti europee, ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*, testo rielaborato di un intervento ad una tavola rotonda conclusiva del Corso di Alta Formazione in *Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti*, Pisa 3 febbraio 2012, e di uno al Corso su *Accesso alla giustizia e pluralismo delle giurisdizioni*, Palermo 23 febbraio 2012 reperibile al sito *http://gruppodipisa.it*.

Miguel Maduro ha ricordato un tipico cliché sulla Carta[91]: essa rappresenta un paradosso costituzionale, poiché riflette il trend emergente sull'uso del linguaggio tipico del costituzionalismo nell'integrazione europea, senza però essere davvero omogenea al concetto di costituzionalismo, sotteso a tale linguaggio.

A sua volta il Trattato di Lisbona che, a differenza dei precedenti, si arricchisce di un compiuto riconoscimento dei diritti sociali, quanto riuscirà, alla luce della crisi economica, a segnare una cesura con il cliché dell'*homo oeconomicus* inverato all'inizio della parabola comunitaria?

Si avverte forse più che mai nel momento presente la necessità di abbandonare la dicotomia natura mercantile/natura sociale dell'Unione, per contestualizzare invece la tutela dei diritti sociali europei nell'ambito di due fattori: quello della crisi e quello della globalizzazione economica. Provo a fare qualche esempio: i fenomeni di localizzazione e delocalizzazione (al di fuori UE o nei paesi dell'est UE) della produzione potrebbero porre nel nulla l'affermazione dei diritti sociali. Il Regno Unito, dal canto suo, eccede il limite massimo delle ore lavorative, fissato a quarantotto dalla direttiva del 1993, i controlli sulla salute e la sicurezza nelle fabbriche sono sistematicamente elusi in Grecia, il lavoro minorile è ancora diffuso negli stati dell'Europa del sud, ecc.. È evidente alla luce di questi esempi che le condizioni della competizione nell'Unione sono a rischio, in particolare l'area della contrattazione collettiva e del diritto di associazione. Un problema ulteriore è poi quello del rispetto dei diritti sociali negli stati legati da accordi associativi con la Ue.

Una volta ricordato tutto ciò mi chiedo quali direzioni politico culturali potrebbero essere oggetto di future riflessioni. Quale spazio concreto ci potrebbe essere per esempio, in questo momento storico, per quell'elemento della solidarietà - inteso come fondamento dei diritti, come ha ricordato Peces-Barba[92] - invocato nel preambolo della Carta dei diritti, come valore indivisibile e universale sul quale si fonda l'Unione, insieme a quelli della dignità umana, della libertà e dell'uguaglianza, e scelto come uno dei sette Titoli nei quali si articola la Carta. Lo studioso spagnolo ha ricordato che la solidarietà può essere vista come una correzione al contrattualismo classico, pur non essendo incompatibile con esso, alla base di una società che viene creandosi come frutto di rapporti di integrazione e non di semplice coordinazione. Ma per ottenere ciò occorre la creazione di una società di cui tutti si considerino membri e superino, in seno ad essa, i bisogni fondamentali, nella quale non vi siano salti qualitativi fra i gruppi nei quali gli uomini sviluppano la propria vita e la propria attività, una società in cui tutti possano realizzare la propria vocazione morale come esseri autonomi e liberi. La solidarietà offre fondamento

[91] M. Maduro, *The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Economic and Social Rights*, *op. cit*., 268 ss.

[92] G. Peces-Barba, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993, 251 ss.

ai diritti indirettamente, vale a dire tramite l'intermediazione dei doveri, di doveri positivi che corrispondono direttamente ai poteri pubblici. I diritti corrispondenti a tali doveri si basano in tal modo sul principio di solidarietà.

Insieme al riferimento alla solidarietà, mi pare che meriterebbe di essere tenuto in osservazione il potere "generante" del principio di eguaglianza per come è affermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Esiste infatti una giurisprudenza in cui la Corte di giustizia nel decidere sulla non discriminazione ha di fatto, per quanto indirettamente, riconosciuto un beneficio, un interesse, un vantaggio, rifiutato a causa della cittadinanza, del sesso, della razza, dell'età, dell'handicap, delle tendenze sessuali, dell'origine etnica, delle convinzioni personali[93]. Questo filone giurisprudenziale lascia trasparire molto chiaramente la vocazione del principio di non discriminazione a costituire un fattore di riconoscimento indiretto di diritti sociali, attraverso l'estensione di benefici alle "categorie" escluse dal dettato normativo nazionale. Si impongono due brevi notazioni problematiche: *in primis* il risultato "virtuoso" di questo tipo di giurisprudenza si accompagna ad un'equazione che non può essere accettata interamente (innanzitutto perché contraria al dettato costituzionale italiano), in base alla quale principio di eguaglianza = diritto all'eguaglianza; in secondo luogo la ricaduta economica interna che deriva da questo tipo di decisioni, ovvero l'erogazione in capo a soggetti non previsti dalla normativa interna di prestazioni, a carico dei bilanci nazionali, bilanci ai quali l'Unione impone al medesimo tempo il rispetto di parametri economici sempre più rigorosi.

Forse la crisi economica dei paesi della Ue potrebbe alla fine trovarci, anziché divisi in modo odioso tra Stati virtuosi e i cd. Stati PIGS (le iniziali

[93] Così per esempio L. Cappuccio, *op. cit.*, 113, elenca una serie di decisioni della Corte che esemplificano questo trend: «Più recentemente, la Corte (*Ioannidis*, C-258/04) afferma che, in base al divieto di discriminazione del lavoratori a motivo della cittadinanza, uno Stato membro non può rifiutarsi di erogare il beneficio dell'indennità di disoccupazione giovanile ad un cittadino di un altro Stato membro alla ricerca di una prima occupazione, per il solo motivo che l'interessato ha terminato i suoi studi secondari in un altro Paese dell'Unione. Sempre in tema di indennità di disoccupazione, nel caso *Petersen* (C-228/07) la Corte giudica discriminatoria l'interruzione da parte delle autorità nazionali, a causa del trasferimento di residenza del ricorrente in un altro Stato europeo, del versamento dei contributi di disoccupazione. Ancora, nel caso *Martinez Sala* (C-85/96) la Corte si occupa dell'erogazione di un'indennità di educazione, una prestazione non contributiva di natura familiare destinata a compensare gli oneri familiari; nel caso *Grzelczyk* (C-184/99) un cittadino francese, residente in Belgio, chiede la corresponsione del beneficio del pagamento del minimo dei mezzi di sussistenza; nel caso *Trojani* (C-456/02), il ricorrente chiede l'attribuzione di una prestazione sociale non contributiva, il *minimex* (il minimo dei mezzi di sussistenza), visto che non dispone, per sé e per i propri familiari, di un'assicurazione di malattia e di risorse sufficienti». A sua volta, le pronunce sul principio di non discriminazione in base al sesso hanno favorito il riconoscimento alle donne di una serie di vantaggi economici, cfr. per la ricostruzione delle principali decisioni C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008.

di Portogallo, Italia, Grecia, Spagna significano, in inglese, "maiali"..), finalmente appartenenti a quel *demos* europeo sempre vagheggiato? Del resto è stato correttamente fatto notare che all'epoca del Trattato di Roma le condizioni economiche erano più floride rispetto all'immediato dopo guerra, anche se l'aspirazione alla prosperità era avvertita come una condizione di riscatto sociale e di dignità umana[94] da ottenere attraverso la creazione di un mercato comune. Oggi l'affermazione dei diritti sociali, finalmente più decisa, per quanto faticosa, come si è tentato di spiegare in questo scritto, porterà a riflettere, in maniera più ampia, anche sulla natura della costruzione dell'Unione?

A questo punto ha ragione chi ha sottolineato che ormai i problemi della dimensione sociale dell'Unione sono inseparabili da quelli nazionali, caratterizzati cioè non più tanto da conflitti tra principi, ma da una dispersione di interventi fra sfere di governo, dalla tutela giurisdizionale multilivello e da un politica in difficoltà[95]. C'è chi ha già da tempo descritto il processo *in fieri* della costruzione della tutela europea dei diritti fondamentali, anche sociali, come un *sentiero tortuoso* la cui meta auspicata è uno *ius commune europeo dei diritti*. Secondo questo pensiero è auspicabile tentare il raggiungimento di un cd. parallelismo delle giurisprudenze tra Corti nazionali, Corte Edu e Corte di giustizia, in modo da evitare che, alla luce anche della stratificazione normativa di cui si è tentato di dare conto, non si corra il rischio di avere almeno tre *interpretazioni* differenti su un medesimo diritto. In sostanza se è vero che l'idea di sovranità nazionale, fondata sulla mera autorità politica, è per molti osservatori un modello in superamento, almeno per certi versi, il punto cruciale oggi è rappresentato dalla tutela della sovranità nazionale, intesa come identità nazionale, sistema di valori e principi[96], come ha dimostrato anche il noto *Lissabon - Urteil* del Tribunale costituzionale tedesco[97].

Si è tentato in questo scritto di evidenziare alcuni degli ostacoli al compimento dello *ius commune* in materia di diritti sociali. Certamente la diversa concezione, il diverso contenuto, la diversa garanzia di questi diritti negli Stati membri (riconducibili non soltanto alla schematizzazione dicotomica paternalismo/individualismo); la crisi economica (e gli interessi nazionali e protezionistici); l'assenza della proclamazione dei diritti sociali nel testo della Cedu, per quanto la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in qualche modo stia approntando un'iniziale tutela, come si è detto; la non cogenza della Carta sociale e della Carta comunitaria.

[94] J.H.H. Weiler, *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 1998.

[95] C. Pinelli, *op. cit*., 38.

[96] Così G. Silvestri, *Tutela nazionale ed europea dei diritti civili e dei diritti sociali*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, *op. cit.*, 60.

[97] Tra i molti commenti si veda P. Faraguna, *Limiti e contro limiti nel Lissabon-Urteil del Bundesverfassungsgricht: un peso, due misure*, in *Quaderni costituzionali* 1/2010.

In particolare in riferimento al primo ostacolo evidenziato le notissime decisioni Laval in materia di prestazione di servizi e Viking, sulla libertà di stabilimento, della Corte di giustizia hanno provato, una volta di più, che, se da un lato, il tentativo di bilanciare una libertà economica fondamentale, quale quella di stabilimento, con il diritto sociale di sciopero senza dubbio dimostra una valorizzazione dei diritti sociali, dall'altro però hanno eroso, diminuendola, la tutela che invece tale diritto riceve negli ordinamenti costituzionali come il nostro.

Gaetano Silvestri, cui si deve la felice espressione *ius commune europeo*, manifesta una preoccupazione che è certamente vera e stringente nell'ambito della tutela dei diritti nell'Unione, e cioè che nell'attirare verso l'alto la tutela giurisdizionale dei diritti, questi vadano a bilanciarsi in un ambiente estraneo e ostile alla loro natura, perdendone pienezza[98]. In sostanza non sempre l'affermazione in base alla quale un diritto sociale può limitare il godimento di una libertà economica fondamentale è nei fatti "remunerativa": i casi *Viking* e *Laval* hanno dimostrato che in linea astratta il diritto sociale viene "riconosciuto", ma che poi viene sacrificato in un bilanciamento il cui esito è il contrario di quello al quale si approderebbe nell'ordinamento nazionale (va detto che la Corte di giustizia in questi due casi ha puntualizzato che spetterà poi al giudice del rinvio valutare come si deve bilanciare il diritto di sciopero).

A me pare che questa constatazione, soprattutto per quanto concerne i diritti sociali, si riveli giusta e dimostri che il cd. parallelismo delle giurisprudenze, benché possa apparire un risultato auspicabile per i motivi già indicati, presenti dei rischi perché capace di acclarare una tutela dei diritti "al ribasso". In ogni caso ancora più rischioso e, altrettanto inarrestabile, mi sembra la devoluzione, come ricorda tra gli altri Roberto Bin, del potere di imporre regole di liberalizzazione dei mercati verso sedi tecnocratiche internazionali, ben lontane da qualsiasi forma di controllo democratico, come ad esempio l'Organizzazione mondiale del commercio (WTO)[99]. La riprova cioè dell'emersione di un nuovo assetto di poteri che si candida a sostituire l'antico sovrano nazionale[100].

[98] ID., *op. cit*., 64.

[99] R. BIN, *op. cit.*, 50.

[100] Il riferimento è al pensiero espresso da Massimo LUCIANI nel noto scritto *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, 1998, 792 ss., in particolare sul sistema di protezione sociale 787.

# RELAZIONI

## II SESSIONE

# DIRITTI SOCIALI E LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI TRA POLITICHE LEGISLATIVE E CORTE COSTITUZIONALE*

di Lara Trucco

Sommario: 1. Premessa. – 2. Gli approcci "massimalista" e "minimalista" ai LEP. – 3. La procedura di determinazione dei LEP tra (proposte della) dottrina e (realtà) normativa…– 3.1. *Segue:* … e nella giurisprudenza costituzionale. – 4. La configurazione sostanziale dei LEP tra (proposte della) dottrina e (realtà) normativa… – 4.1. *Segue:* … e nella giurisprudenza costituzionale. – 5. Le promesse (sinora) mancate dai LEP. – 6. Dal "federalismo sanitario" al "federalismo fiscale" (passando per i LEP). Il contributo al "traghettamento" della Corte costituzionale. – 7. I LEP tra principio personalista e interessi economici. – 8. "Governo tecnico" e (continuità dell') "accentramento" delle politiche di spesa: una "fase due" dei livelli essenziali delle prestazioni?

## 1. Premessa

La clausola dei "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" (LEP), di cui ragiona l'art. 117, comma 2, lett. *m)* della Costituzione, fornisce una singolare chiave di lettura dell'attuale "statuto" dei diritti sociali. Assumendo, peraltro, quale ottica privilegiata di questo studio, la giurisprudenza costituzionale, la clausola, porta, infatti, a (ri)considerare risalenti – e finora non ancora del tutto risolte – questioni concernenti il delicato rapporto tra il piano dei diritti (a) e quello dei poteri (b) nel loro reciproco intreccio, e con riguardo ai due aspetti singolarmente considerati. Così:

(a) sul piano dei diritti, la ricerca di un qualche equilibrio tra le ineludibili esigenze di un libero e, in principio, incomprimibile sviluppo della persona (c.d. "universalità" del godimento dei diritti) e la sostenibilità finanziaria "delle ragioni" della solidarietà (c.d. "selettività" nel godimento dei diritti stessi); e

(b) sul piano dei poteri, la ricerca, anche qui, di un adeguato equilibrio tra le ragioni dell'unità e quelle dell'autonomia politica e del decentramento amministrativo, da un lato; e, tra il modello di gestione "pubblico" e quello "privato", dall'altro lato, con quanto ne consegue sul regime di sanzionabilità e giustiziabilità delle situazioni giuridiche riguardate, e sui tipi di "responsabilità" politico/gestionali ad essi connessi.

* Per una versione più estesa sia nel testo, sia nell'apparato di note, si rinvia alla Rivista telematica dell'Associazione "Gruppo di Pisa" (http://www.gruppodipisa.it/?page_id=1379).

Da un punto di vista strettamente tecnico, la clausola dei LEP induce ancora ad interrogarsi sull'opportunità (e sulla stessa "possibilità") nell'"*époque numérique*" (in un periodo, cioè, in cui tutto sembra riducibile a "seriali" di cifre e ciò dà un illusorio senso di "certezza" e di "gestibilità" delle situazioni) di applicare a situazioni intimamente concernenti gli individui talune logiche e metodologie tradizionalmente appartenenti al mondo dell'impresa (si pensi, emblematicamente, all'idea di standardizzazione del (fab)bisogno). Per diverso profilo, essa porta a riflettere sull'inusitato paradigma della "tutela dei diritti di chi circola", segnatamente, sulle rinnovate opportunità indotte dalla maggiore facilità di movimento e, per contrario paradosso, sulla discriminazione di chi, essendo del tutto privo di mezzi, non ha modo di "evadere" dalla propria residenza. In quest'ottica, dunque, non sfuggiranno, sia pur in controluce (e, in questa sede, del tutto *en passant*), gli influssi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea con riguardo all'ambito dei diritti civili e sociali.

In particolare, nell'età che, parafrasando un "classico", si può denominare "dei diritti che costano", non si potrà non prendere atto dei rischi che porta con sé proprio la "riduzione" del dibattito sui diritti e sul *welfare* (in atto anche al di là della più ristretta area "nazionale" e financo eurounitaria) ad una riflessione esclusivamente incentrata sulla sostenibilità finanziaria dei diritti medesimi. E della collegata necessità di accompagnare un tale ordine di preoccupazioni alla presa in conto dell'imprescindibilità, in vista della tenuta "di lungo periodo" del sistema, del valore e delle esigenze della persona umana, in funzione della quale gli stessi sistemi ordinamentali sono o dovrebbero essere organizzati. Ciò, a maggior ragione se si convenga nel ritenere che, lungi dal costituire motivo di ostacolo o di impaccio per la competitività sul piano internazionale, gli obiettivi di solidarietà e di coesione sociale rappresentano fattori di non secondario rilievo per la crescita in un contesto "globale".

## 2. Gli approcci "massimalista" e "minimalista" ai LEP

L'articolo 117, 2° comma, lett. *m)* della Costituzione, introdotto, com'è noto, dalla riforma del Titolo V, ha trattenuto, dunque, in capo al legislatore statale, il delicato compito di determinare "i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale".

La dottrina (specialmente giuspubblicistica) ha preso da subito "sul serio" una tale "novità", auspicandone una pronta attuazione. In particolare, la clausola è sembrata subito ai primi, attenti, commentatori un sintomo evidente del fatto di trovarcisi «di fronte a "transizioni" più generali; che investono direttamente la teoria costituzionale (e l'effettività) dei diritti e il loro legame con i "processi" di dislocazione della sovranità[1]». Inoltre, è stata considerata «senza dubbio, una

[1] Così A. D'Aloia, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *La riforma del titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale,* in

delle clausole di maggiore interesse introdotte dalla riforma costituzionale del 2001, sotto molteplici punti di vista[2]»; e, addirittura «il ponte di collegamento fra la tutela dei valori legata al perseguimento dell'eguaglianza sostanziale dei cittadini, che costituisce l'aspetto essenziale della Costituzione del 1948, e il limite della spinta alla differenziazione delle comunità territoriali substatuali che sta invece a fondamento del nuovo titolo V[3]». Ritenendosi «acquisito, alla luce del nuovo Titolo V, che questo concetto dei "livelli essenziali ed uniformi" [avesse] ormai assunto una valenza autonoma», configurandosi «come il parametro di riferimento in materia di diritti sociali e, a quanto pare, anche civili[4]».

Nel contempo, la medesima clausola è stata intesa, da altri, come «la nuova frontiera della riflessione teorica in materia di diritti e di libertà», e, particolarmente, l'occasione per «riprendere l'analisi della loro effettività a partire sia dalla considerazione delle problematiche della loro implementazione legislativa a livello regionale, sia dalla prospettazione della nuova e più complessa funzione cui è chiamata l'amministrazione regionale[5]», pure nella prospettiva di un'effettiva applicazione del principio di uguaglianza sostanziale[6]. Non è mancato, poi, chi, più icasticamente, ha definito i livelli essenziali uno «strumento fondamentale», «la chiave di volta del rapporto tra *welfare* e federalismo», nonché, più in generale, «per un legislatore dotato di coraggio e intelligenza», «una grande occasione di ridefinizione del *welfare* nel suo complesso», offrendo «tutela e garanzia ai bisogni e ai rischi che oggi non ricevono copertura e riequilibrando le disparità e le ingiustizie fra le categorie, i settori e i territori[7]».

Ebbene, è stato proprio, ci pare, muovendo in una tale consapevolezza, ovvero nella persuasione dell'idoneità della clausola a dare un volto aggiornato ed al passo coi tempi al *welfare* nostrano, nonché, d'altra parte, del rischio, connaturato alla medesima, di uno "scivolamento" verso il basso della tutela dei diritti stessi, che la menzionata dottrina non ha esitato a confron-

*Quaderni del Gruppo di Pisa* (Atti del seminario svoltosi a Pavia il 6-7 giugno 2003), Torino, 2004, e in *Le Regioni*, 2003, 1064.

[2] Così E.A. Ferioli, *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia ed eguaglianza,* in *http://www.forumcostituzionale.it/site/index3.php?option=com_content&task=view&id=1068*, 1.

[3] Così 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.

[4] Così E. Balboni, *Il concetto di "livelli essenziali e uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le Istituzioni del Federalismo* (reperibile, tra l'altro, in *http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/rivista_6_2001/balboni.pdf*), 2001, 1109.

[5] Così S. Gambino, *I diritti sociali e la "riforma federale"*, in *Quad. cost*., 2001, 353.

[6] Cfr., al riguardo, C. Tubertini, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, Bologna, 2008, 33 e ss.

[7] Così L. Torchia, nella *Premessa* a Id. (a cura di), *Welfare e federalismo*, Bologna, 2005, 10, 14 e 15.

tarsi con le molteplici "sfide" interpretative ed applicative che l'"ariosità" della nuova disposizione costituzionale, all'evidenza, poneva[8]. E, dinnanzi al "bivio", come si vedrà a breve, se adottare – sia sul piano procedurale, sia sul piano dei contenuti – un approccio "*minimalista*", volto a mettere in luce il carattere, per così dire, "tecnico-amministrativistico", dei LEP, o un approccio "*massimalista*", attento, invece, a valorizzarne la natura a tutti gli effetti "politico-costituzionalistica", ha, in modo sostanzialmente unanime, auspicato il percorrimento della seconda strada.

### 3. La procedura di determinazione dei LEP tra (proposte della) dottrina e (realtà) normativa…

Volendo portare ora l'attenzione sulla procedura di determinazione dei LEP, può osservarsi come l'indicazione di maggior rilievo fornita dal dettato costituzionale sia di tipo topografico, dato che la clausola è collocata nell'elencazione delle materie di legislazione esclusiva dello Stato.

Una tale *sedes materiae* ha indotto già i primi commentatori a considerare come l'atto di determinazione di tali livelli avrebbe costituito oggetto di una decisione politica assai estesa nella sua latitudine, in merito alla quale solo l'intervento del legislatore statale avrebbe potuto legittimare successive determinazioni della pubblica Amministrazione, essendo la clausola, come è stato sostenuto, «chiaramente coperta da una riserva (ancorché relativa) di legge[9]». Inoltre, anche in sede istituzionale[10] è stata ammessa la possibilità, per lo Stato (si noti, sia *ex ante,* in applicazione della lettera *m)*, del 2° comma, dell'art. 117 Cost., sia *ex post,* in via sostitutiva, *ex* art. 120 Cost.[11]), di penetrare trasversalmente il limite delle materie, irrompendo anche nel dominio riservato alle Regioni qualora fosse sorta l'esigenza di garantire il rispetto dei livelli essenziali. Tanto da portare in dottrina[12] ad adombrare

[8] Cfr., al proposito, G. Guiglia, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Milano, 2007, 2 e ss.

[9] Così 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, 352.

[10] Cfr. quanto emerso in occasione dell'Audizione dei rappresentanti delle organizzazioni sindacali, delle associazioni degli enti locali e delle associazioni professionali, nell'ambito dell'indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento della revisione del Titolo V, della parte II della Costituzione (Senato della Repubblica, 1ª Comm. perm., seduta del 16 gennaio 2002, *http://www.consiglio.regione.toscana.it/leggi-e-banche-dati/documentazione-ed-elaborati/titolo-quinto/audizione_associazioni_varie.htm*).

[11] Cfr., al proposito, *infra*, la nota 67.

[12] Cfr., sul punto, M. Luciani, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, in *Lav. pubbl. amm.* (suppl.: il nuovo Titolo V della Costituzione), 2002, spec. 17 ss.; e A. Anzon, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale*, Torino, 2002, 107 e ss.

l'idea che gli stessi LEP potessero in definitiva coincidere con l'*interesse nazionale*[13].

All'interrogativo su come, poi, in concreto, questa sorta di "scavalcamento trasversale" del limite delle materie sarebbe potuto avvenire, si sono avute principalmente due risposte:

*1)* quella di chi, in modo più idealistico, è parso aderire alla proposta già avanzata, proprio sul tema dei livelli essenziali, dalla Commissione De Mita-Iotti (XI Leg.) favorevole all'adozione di leggi di ampia portata (di tipo organico), idonee ad operare la ricognizione settore per settore (in ambito civile e sociale) dello "stato dell'arte". Segnatamente, ad individuare, per ciascuno, le linee generali ed i «bisogni prioritari» cui dare soddisfazione, ponendo, contestualmente «principi e criteri», nonché procedure per la definizione dei LEP. Con inevitabili ricadute, per intuibili ragioni, di una tale scelta "di metodo", sulla stessa organizzazione "per" e "dei" Ministeri, e con conseguenze "a cascata" in tutti i settori ordinamentali[14]; e

*2)* quella, invece, di chi, in modo più pragmatico, ha prefigurato come verosimili interventi legislativi "più *soft*", sebbene, comunque, di rilievo e, pure in una tale prospettiva, si badi, «per tutte le materie, anche per quelle di competenza regionale»; nonché l'eventualità che l'atto statale di concreta determinazione, di volta in volta, dei LEP fosse «più probabilmente, vista la complessità dei dati da considerare», «un atto amministrativo "apicale", come un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri[15]».

Entrambe le posizioni, peraltro, hanno ritenuto "intollerabili" coperture legislative meramente "formali" degli atti di rango secondario di effettiva definizione dei LEP, ed a maggior ragione, «aggiramenti» del Parlamento nazionale[16], dato che l'indubbia sussistenza di una riserva di legge renderebbe, comunque,

[13] Tuttavia, che i LEP non conducano ad esiti analoghi a quelli cui aveva condotto la clausola dell'"*interesse nazionale*" la Consulta lo avrebbe chiarito sin già nella sent. n. 370 del 2003, coll'affermare a chiare lettere che «Una categoria giuridica del genere è […] estranea al disegno costituzionale vigente», dato che «l'interesse nazionale non costituisce più un limite di legittimità, né di merito, alla competenza legislativa regionale» (v., nello stesso senso, la sent. n. 303 del 2003 e la sent. n. 16 del 2004).

[14] Cfr., per questo tipo di approccio, emblematicamente, il complessivo studio curato da L. Torchia, *Welfare e federalismo*, cit. (anche se è bene precisare che i riferimenti nel testo si devono, in particolare, a F. Giglioni, *I servizi sanitari*, in *Welfare e federalismo*, cit., 35-36; e A. Comino, A. De Marco, A. Natalini, *La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, ivi*, 97 e ss.).

[15] Così M. Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni,* cit., 354; e, ancora da ultimo, Id., *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia (curr.), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, 24.

[16] Così F. Giglioni, *I servizi sanitari*, in *Welfare e federalismo*, cit., 36 e ss.; cfr., sul punto, altresì, e A. Comino, A. De Marco, A. Natalini, *La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, ivi*, 121 e ss.

necessaria una copertura "a monte", da parte del legislatore statale, contenente la puntuale indicazione dei «limiti della discrezionalità governativa[17]».

È opportuno, però, rilevare che la prima posizione, che potremmo definire "massimal-proceduralista" condurrebbe ad escludere persino «in questo caso specifico» la possibilità di delega alle Regioni (*ex* art. 117, comma 6, Cost.), «giacché il connotato di "aterritorialità"» che caratterizzerebbe i LEP e che sarebbe «decisivo per la salvaguardia dei diritti fondamentali e dei diritti comuni di cittadinanza sociale[18]» richiederebbe di scongiurare alla radice altrimenti possibili diversificazioni di discipline tra le aree territoriali del Paese (evitando, in particolare, di attribuire alle Regioni «un margine di discrezionalità nell'individuazione concreta dei LEP»), coi connessi rischi di disparità di trattamento di quanto, per l'appunto, "essenziale". Per diverso profilo, tale rigorosa posizione concorda, comunque, con chi ammette *de plano* la possibilità, per lo Stato, là dove lo ritenga opportuno, di far precedere il proprio atto unilaterale di determinazione dei LEP da procedure consensuali, tese ad identificarne il contenuto. Anzi, specie di fronte alla rivendicazione della *facoltà* di «legiferare alla luce delle norme generali […] in un quadro generale di regole definite dallo Stato, che non sia però necessariamente realizzato con le stesse caratteristiche dei vari settori[19]», si è sottolineata l'"estrema utilità" che potrebbe avere la valorizzazione, in sede di definizione dei LEP, non di una semplice facoltà ma di un preciso *obbligo* di trovare un'intesa vuoi con le Regioni stesse, vuoi con le organizzazioni rappresentative delle diverse componenti del settore «in modo che i livelli essenziali [siano] il frutto di un ampio consenso a copertura dei molteplici e diversi interessi[20]»[21].

[17] Così M. Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni,* cit., 354; e nello stesso senso, tra gli altri, R. Finocchi Ghersi, *I servizi sociali e l'assistenza*, in *Welfare e federalismo*, cit. 77; C. Pinelli, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.)*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, 892; e F. Pizzolato, *La procedura per la determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociale*, in E. Balboni (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Napoli, 2008, 316.

[18] Così, ed anche per la considerazione virgolettata che segue nel testo, F. Giglioni, *I servizi sanitari*, in *Welfare e federalismo*, cit., 36. Con riguardo, poi, al «discorso della delega di funzioni amministrative» nei casi di discipline sussumibili «nell'ambito dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, comma 2, lett. m)», cfr. S. Parisi, *Se la legge statale è il fondamento positivo dei provvedimenti regionali... e un atto di soft law ne preorienta i contenuti*, in *http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2011/0020_nota_248_2011_parisi.pdf*, 10.

[19] V. l'Audizione dei rappresentanti delle organizzazioni sindacali, delle associazioni degli enti locali, delle associazioni professionali, Senato della Repubblica, cit.

[20] Così A. Comino, A. De Marco, A. Natalini, *La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni,* in *Welfare e federalismo*, cit. 105.

[21] Va peraltro rilevato come, con riguardo alla previsione di forme di coinvolgimento, nella determinazione dei LEP, di componenti sociali direttamente toccati dai LEP medesimi, nella

All'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Titolo V della Costituzione, tra i primi interventi normativi di determinazione dei LEP su cui ha avuto modo di confrontarsi la dottrina, v'è stato quello portato da un *emendamento* ad una *legge di conversione* di un *decreto legge,* motivato dalla stessa intervenuta revisione costituzionale[22] con cui è stato stabilito che i livelli essenziali di assistenza sanitaria (d'ora in poi, LEA), ovverosia, la configurazione dei LEP nel settore, sarebbero dovuti essere ridefiniti, si badi, con lo strumento del "*decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri*", adottato "d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano" (ai sensi dell'art. 1 del d. lgs. n. 502 del 1992 e succ. modif.). È stato, pertanto, su questa base, che, una volta conseguita tale intesa (il 22 novembre 2001), è intervenuto il d.P.C.m 29 novembre 2001, definendo i (*rectius*: ratificando l'accordo raggiunto sui) "nuovi livelli essenziali di assistenza" in ambito sanitario.

Siffatto *modus procedendi* ha finito, come prevedibile, per suscitare le critiche di quella parte della dottrina "massimal-proceduralista" che, muovendo, come s'è anticipato, dall'idea della «intrinseca natura politica oltreché tecnica» dei livelli essenziali l'ha ritenuto «fuori dell'attuale quadro costituzionale[23]». Nell'occasione, infatti, non solo ci si era astenuti dal promuovere un qualche coinvolgimento delle "parti sociali" (in particolare, delle "confederazioni sindacali maggiormente rappresentative"[24]), ma, salvo il momento della conversione del decreto-legge, pure l'organo parlamentare era risultato «completamente pretermesso[25]» (non essendo, tra l'altro, stato più nemmeno previsto il parere delle Commissioni parlamentari, secondo il modello del piano sanitario nazionale[26]). Tuttavia, tali critiche non hanno evidentemente sortito alcun effetto, se è vero che il procedimento (inclusi "gli esiti") seguito in quel frangente è stato tranquillamente replicato dalla legge finanziaria per il 2003, e riproposto[27] per le determinazioni dei futuri LEA (v. i d.P.C.m. 5

sent. n. 162 del 2007, in cui rilevava il divieto imposto dallo Stato di sospensione, per motivi tecnici, delle liste di attesa (rientrante tra i LEA) la Corte abbia operato un "ritaglio" di tale LEA, escludendone l'obbligo imposto (dallo Stato) alle Regioni di sentire "le associazioni a difesa dei consumatori e degli utenti […]", nella gestione delle liste stesse, considerandone la riconducibilità, in forza del suo elevato livello di dettaglio, nell'ambito della competenza regionale.

[22] Si trascura qui la questione legata all'attuazione di tale intervento con un emendamento ad una legge di conversione di un decreto-legge, apportato all'art. 6 del *d.l.* n. 347 del 2001, antecedente alla riforma costituzionale, dalla legge di conversione n. 405 del 2001, successiva, invece, alla medesima riforma costituzionale (datata 18 ottobre 2001).

[23] Così F. Giglioni, *I servizi sanitari*, in *Welfare e federalismo*, cit., 35.

[24] Secondo quanto auspicato, particolarmente, dal CNEL, *La definizione e la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della riforma costituzionale del Titolo V,* in *www.cnel.it/*, 18 (cfr., però, *contra*, quanto rilevato, *supra*, alla nota 21).

[25] Così F. Giglioni, *ibidem,* 35.

[26] V. spec. l'art. 1 del d.lgs. n. 502 del 1992, cit.

[27] La l. n. 289 del 2002, infatti, all'art. 54 "confermò", "dal 1º gennaio 2001" i LEA

marzo 2007 e, soprattutto, il d.P.C.m. 23 aprile 2008, a tutt'oggi vigente[28]). Così come, del resto, non deve aver suscitato soverchie preoccupazioni l'ulteriore rilievo dello spostamento degli equilibri a vantaggio del Governo[29] e, più in generale, il prevalere di una "cultura" certamente sensibile alle ragioni della copertura finanziaria delle prestazioni ma fondamentalmente estranea ai valori costituzionali (cfr., al proposito, *infra*, il §9).

### 3.1. *Segue:* …e nella giurisprudenza costituzionale

Significativo è il fatto per cui talune delle voci dottrinali maggiormente critiche con riguardo al percorso in concreto intrapreso in punto di procedura di determinazione dei LEP, abbiano, all'epoca, chiamato in campo[30], a loro conforto, una tra le prime decisioni della Corte costituzionale rese sul tema, cioè la sent. n. 88 del 2003. In tale pronuncia, infatti, essa aveva avuto modo di considerare non solo che l'art. 117, comma 2, lett. *m)*, Cost. «attribuisce al legislatore statale un *fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti*, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto», ma, corrispondentemente, che, la «forte incidenza» sull'autonomia legislativa ed amministrativa regionale «impone *evidentemente* che queste scelte, almeno nelle loro linee generali, siano operate dallo Stato *con legge*, che dovrà inoltre determinare *adeguate procedure* e *precisi atti formali* per procedere alle specificazioni ed articolazioni ulteriori che si rendano necessarie nei vari settori» (v. oltre alla sent. n. 88 del 2003 poco più sopra menzionata, la sent. n. 134 del 2006).

Si noti che la Corte ha avuto successivamente altre occasioni per consolidare questa sua giurisprudenza (si pensi, ad es., alla sent. n. 8 del 2011), aggiungendo, nel contempo, ulteriori tasselli al disegno complessivo della procedura di determinazione dei LEP. Per tale via, essa è arrivata, con appa-

"previsti" (*rectius*: menzionati) "dall'articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni" (1° comma), stabilendo, tra l'altro, che le prestazioni riconducibili ai suddetti LEA e garantite dal Servizio sanitario nazionale sarebbero dovute essere "quelle individuate all'allegato 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 29 novembre 2001" (2° comma), e che "le modifiche" sarebbero dovute essere "definite con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano" (3° comma).

[28] V. l'Intesa Stato-Regioni del 5 ottobre 2006 (c.d. "Patto sulla salute") e il comma 796 dell'art. 1 della legge finanziaria per il 2007 (l. n. 296 del 2006).

[29] Tra le voci maggiormente critiche al riguardo, si segnala M.C. Guerra, *Federalismo, in gioco il finanziamento dei Lep*, in *Guida agli enti locali*, 2008, 96.

[30] Ci si riferisce, ancora, al proposito, a F. Giglioni, *I servizi sanitari*, in *Welfare e federalismo*, cit., 35.

rente paradosso, a invalidare una norma regionale[31] in quanto contenuta in una legge e non in un *atto amministrativo*, in violazione di quanto prescritto dal legislatore statale (all'art. 6, comma 2, del d.l. n. 347 del 2001[32]), in forza dell'art. 117, comma 2, lett. *m)*, Cost. (sent. n. 271 del 2008; v., altresì, la sent. n. 44 del 2010) resuscitando, in qualche modo, la vecchia idea di una *riserva di amministrazione*[33], benché problematicamente istituita a livello legislativo.

A ben vedere, però, la contestazione della Corte nel caso di specie non ha riguardato l'inidoneità dell'atto-fonte in quanto tale, ma la mancata "autorizzazione" all'atto-fonte stesso (per l'appunto, nell'ipotesi in esame, "alla legge regionale") da parte della norma legislativa statale. Una chiara prova di ciò si ha proprio nella sent. n. 88 del 2003 di cui si stava ragionando per l'innanzi: nel caso di specie, infatti, la Corte è addivenuta all'annullamento di un *decreto ministeriale* recante la disciplina di determinati LEA[34] ma non (anche qui) per l'inidoneità dell'atto-fonte in sé, quanto perché «*Al di là di ogni valutazione di merito* sul procedimento configurato e sulla stessa adeguatezza dei livelli essenziali in tal modo individuati», «resta indubbio che in tutto il settore sanitario esiste attualmente una precisa procedura, individuata con fonte legislativa», rispetto alla quale l'atto ministeriale è estraneo (v., in senso analogo, anche, partic., la sent. n. 80 del 2007)[35]. Risultando, da ciò, quindi, «del tutto infondata la pretesa che il decreto ministeriale, adottato da un organo e con una procedura radicalmente difforme da quella *così disciplinata*, possa essere ritenuto espressivo del potere statale garantito dall'art. 117, secondo comma, lettera *m)*, Cost.». Un ruolo di indubbio rilevo è stato giocato poi da un altro elemento procedurale, sia pur ridondante sugli aspetti sostanziali, e, cioè, il *principio di leale collaborazione,* ritenuto violato per la mancanza di qualsiasi forma di intesa con le regioni nella formazione del decreto ministeriale testé menzionato[36], come previsto, questa volta, dalla normativa primaria[37]. Così che, se possono condividersi le considerazioni

[31] Vale a dire, l'art. 13 della legge della Regione Liguria, 3 aprile 2007, n. 15.

[32] V. lo *supra,* alla nota 22.

[33] Secondo quanto sostenuto da M. Nigro, in *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 67; e ripreso, da ultimo, in particolare, da E. Casetta, nel suo *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 58.

[34] Segnatamente, dei livelli essenziali dei servizi per le tossicodipendenze delle aziende sanitarie locali (SERT).

[35] Per la precisione, la Corte si riferisce a quanto determinato in materia dal d.P.C.m. 29 novembre 2001, adottato sulla base dell'art. 6 del d.l. n. 347 del 2001 (v.lo *supra,* alla nota 22).

[36] Anzi, come rileva la Corte, tale decreto non solo non era stato preceduto dal parere della Conferenza permanente, ma, per di più, vi era stato «un successivo esplicito dissenso, per tale motivo, del rappresentante della Conferenza dei Presidenti regionali».

[37] V., *amplius,* sul tema, S. Agosta, *Dalla leale collaborazione alla tutela dei diritti fondamentali (e ritorno): il cerchio che si chiude nell'esperienza regionale siciliana,* in *http://*

dottrinali che hanno rinvenuto in ciò l'esistenza di una *riserva di legge relativa e rinforzata*[38], non sembri fuor di luogo anche la considerazione del *valore parametrico "interposto" ed "indiretto"* assunto dalla normativa statale di attuazione dell'art.117, comma 2, lett. *m)* Cost.

Insomma, posta di fronte al bivio se, come sarebbe stato nelle sue possibilità, portare alle estreme conseguenze le affermazioni di principio operate in direzione "massimalista" (coll'imporre il perseguimento del *principio di legalità sostanziale*), o agire in modo più cauto (accontentandosi del rispetto del meno impegnativo *principio di legalità formale*), la Corte ha optato per la seconda strada, ammettendo, per così dire, la sufficienza di una procedura "a cannocchiale" (di determinazione dei LEP), sempre che ne risulti verificata la costituzionalità.

Le ragioni di una tale scelta la Corte le avrebbe esplicitate nella sent. n. 134 del 2006, quando, trovatasi dinnanzi alla contestazione della mancata previsione, da parte della legge, di una "disciplina di base idonea a circoscrivere il potere normativo secondario", avrebbe dichiarato la questione infondata «Tenendo presente che si opera nell'ambito di una *materia altamente tecnica* come quella della individuazione delle prestazioni relative all'assistenza sanitaria», per cui «le pur limitate predeterminazioni legislative di criteri e di limiti al potere normativo secondario appaiono sufficienti per escludere il vizio denunciato»[39].

Ci pare che ad un tale filone giurisprudenziale debba riconoscersi quanto meno il merito di aver saputo, in qualche modo, "bloccare" la "propensione" del legislatore ad operare ulteriormente al "ribasso", quanto alla scelta della "fonte normativa" di determinazione dei LEP (decreto del Presidente del Consiglio *vs.* decreto ministeriale; intesa con Conferenza permanente *vs.* decisione unilaterale dei Ministri della salute, del lavoro e delle politiche sociali). Anche se, specie nella contezza di come si sarebbero sviluppate le cose, la dottrina più sensibile a questi temi ha avuto gioco facile nel lamentare l'insufficienza ed inadeguatezza dell'effettuazione, da parte del giudice delle leggi, del solo sindacato sulla "regolarità formale" del procedimento di determinazione dei livelli essenziali, col ritenere un sindacato pure "di merito" per quanto arduo, comunque «assolutamente necessario e non sostituibile[40]».

*www.giurcost.org/studi/agosta.pdf*, spec. 69 e ss.; e, Id. *La leale collaborazione tra Stato e regioni,* Milano, 2008, spec. 179 e ss.

[38] Cfr., sul punto, A. Andronio, *I livelli essenziali delle prestazioni sanitarie nella sentenza della Corte costituzionale 13-27 marzo 2003, n. 88,* in *http://www.federalismi.it/,* dell'11 settembre 2003, 12.

[39] Cfr. G. Guiglia, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, cit., 130.

[40] Così A. Simoncini, *Livelli essenziali delle prestazioni e diritto alla salute dopo la legge n. 42 del 2009: basta la «leale collaborazione?»,* in *Verso il decentramento delle politiche di wel-*

## 4. La configurazione sostanziale dei LEP tra (proposte della) dottrina e (realtà) normativa…

Venendo ora, invece, sulla scorta di quanto da ultimo osservato, ad esaminare quale sia l'aspetto sostanziale dei LEP, si può osservare come, da qualcuno, essi siano stati reputati «una "scatola vuota" che i responsabili dell'indirizzo politico nazionale [avrebbero potuto] riempire scegliendo questo o quello, a loro discrezione[41]».

In questo quadro, il concetto in assoluto più dibattuto – in ragione, all'evidenza, della sua decisività a "fini applicativi" (oltre che "teorici") – è stato quello di "*essenzialità*" delle prestazioni, intorno al quale sono stati prospettati principalmente due tipi di approcci. Così, il primo, minoritario in dottrina – che, volendo riprendere la dicotomia che si già proposta, potremmo chiamare "sostanzial-minimalista" – identifica l'"essenzialità" con l'idea di "*sufficienza*" della prestazione, tenuto conto, principalmente, se non, addirittura in "modo esclusivo"[42], della capacità finanziaria del sistema erogatore dei servizi. Mentre la seconda, che si potrebbe definire "sostanzial-massimalista", la connette all'idea di "*adeguatezza*" della prestazione stessa e della sua idoneità a conseguire obiettivi di benessere e di equità che vanno oltre il piano strettamente finanziario[43].

*fare*, L. Violini (a cura di), Milano, 2011, 89 e ss. e 123, il quale estende il ragionamento anche al "versante contenutistico" (oltre che "procedurale") di determinazione dei livelli essenziali (di cui ci occuperemo nei prossimi paragrafi), ritenendolo, a questo proposito, imprescindibile onde «riaffermare la preesistenza dei nuclei essenziali dei diritti civili e sociali rispetto ad azioni pubbliche lesive, anche se "lealmente" concordate e finanziariamente sostenibili».

[41] Così E. Balboni, *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione*, in *le Regioni,* 2003, 1191; cfr., altresì, al riguardo, E. Balboni, P. G. Rinaldi, in *Livelli essenziali, standard e leale collaborazione,* cit., 3; e, sempre in tal senso, L. Principato, *I diritti costituzionali e l'assetto delle fonti dopo la riforma dell'art. 117 della Costituzione*, in *Giur. Cost.,* 2002, 1183; e S. La Porta, *Liveas e posizioni giuridiche soggettive degli utenti*, in E. Balboni (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, cit. 393.

[42] Così, in modo critico, E. Balboni, *Il concetto di "livelli essenziali e uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali",* cit., 1109.

[43] Così, esemplare del primo tipo di approccio è la l. n. 386 del 1989, relativa alla partecipazione delle province autonome alla ripartizione di fondi speciali "istituiti per garantire *livelli minimi di prestazioni"* su tutto il territorio nazionale" (*ex* art. 5, comma 1), e, soprattutto, la l. n. 421 del 1992 (su cui tornerà a ragionare *infra*, al §8) col ricollegare, in particolare, le prestazioni erogate dal Servizio sanitario nazionale all'idea, per l'appunto, di "*soglia minima di riferimento"*, da garantire a tutti gli assistiti. Ancora, in direzione "minimalista" si sono citate le proposte di riforma costituzionale avanzate dal c.d. "Comitato Speroni"; e dalla c.d. "Bicamerale D'Alema"; anche se, in realtà, nella versione definitiva del testo di quest'ultima si è optato per la formula – più neutra – della "determinazione dei *livelli delle prestazioni concernenti i diritti sociali* che devono, comunque, essere garantiti in tutto il territorio nazionale" (*ex* art. 58, comma 1, lett. *r)*). All'indomani dello sfortunato esito dei lavori della stessa Commissione Bicamerale (e prima della riforma del Titolo V della Costituzione), poi, l'impiego del

Ebbene, come meglio si vedrà (*infra*, al §8), è innegabile che il settore sanitario sia quello che ha avuto modo di conoscere e sperimentare più da tempo e più in profondità le implicazioni dell'uno e dell'altro tipo di approccio. Anzi, a ben vedere esso, a tutt'oggi, risulta il solo settore "di peso" – a meno di non volervi ricondurre quelli relativi all'istruzione e allo studio[44] ed al mercato del lavoro[45], di cui, peraltro, sembra ancora troppo presto tracciare un qualche bilancio – in cui è stato sinora possibile addivenire ad una qualche "determinazione" tendenzialmente compiuta dei LEP medesimi (v., da ultimo, il menzionato d.lgs. n. 68 del 2011). E infatti, se ci si discosta dal settore sanitario, ci si avvede di come gli altri ambiti siano stati toccati in modo comparativamente marginale dalla legislazione statale sui LEP e, per quanto riguarda il profilo economico-finanziario, con implicazioni tutto sommato modeste. Sì che quello che, in una prospettiva "massimalista" sarebbe potuto essere un punto di forza dell'art. 117, comma 2, lett. *m)* (la mancata, precisa, identificazione, cioè, della portata con la quale si sarebbero dovuti definire i livelli essenziali in questione) ha finito, a ben vedere, per rivelarsi uno dei suoi lati più deboli[46].

Così, tra i grandi assenti rileva, a tutt'oggi, il campo dell'*assistenza sociale* (art. 38 Cost.). Qui, infatti, fors'anche perché la materia ha trovato una propria compiuta "definizione", tutto sommato, di recente (v. l'art. 128 del d. lgs. n. 112 del 1998 e, quindi, la l. n. 328 del 2000), la situazione che si presenta è pressoché speculare[47] a quella esistente in ambito sanitario. Pertanto, non solo risulta di difficile individuazione la "spesa storica" del settore e, con essa, del fabbisogno finanziario nazionale, ma il sistema dei servizi

concetto di "essenzialità" nei testi normativi appariva ancora controverso, potendosi trovare traccia di entrambi gli approcci sopra ricordati.

[44] Cfr., al proposito, *infra*, la nota 96.

[45] Ci si limita, al proposito, a riferire la modifica apportata, dal comma 33 dell'art. 4 della l. 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. "Riforma Fornero"), all'art. 3 del d.lgs. n. 181 del 2000 (finanziaria 2007), con la sostituzione, in particolare, della rubrica: "Indirizzi generali ai servizi per l'impiego ai fini della prevenzione della disoccupazione di lunga durata", con la nuova "dizione": "Livelli essenziali delle prestazioni concernenti i servizi per l'impiego" (v. *amplius*, sul punto, E. Paparella, *Riforma del mercato del lavoro e "livelli essenziali delle prestazioni" in materia di politiche attive del lavoro e servizi per l'impiego*, in *http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Paparella_0.pdf*, 1-2; per l'approfondimento del tema si rinvia, inoltre, allo studio di G. Canavesi, *Livelli essenziali delle prestazioni e servizi per l'impiego. Brevi note su competenze, nodi normativi, strumenti regolatori,* in *Diritto delle relazioni industriali*, 2009, 333 e ss.; e ai contributi di E. Ales, M. Dau, *I livelli essenziali nel settore del lavoro*, in *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, 2003, 329 e ss. e 339 e ss.).

[46] Volendo riprendere l'espressione di E.A. Ferioli, *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia ed eguaglianza,* cit.

[47] Cfr., sul punto, partic., M. C. Guerra, *Audizione informale,* cit., 3; e R. Finocchi Ghersi, *I servizi sociali e l'assistenza*, in *Welfare e federalismo*, cit. 43 e ss.

sociali conosce un'accentuata disomogeneità a livello territoriale, e presenta un modesto grado di standardizzazione dell'offerta, fors'anche in ragione della spiccata "personalizzazione" delle prestazioni[48]. Soprattutto, esso sta conoscendo ormai da (troppo?) tempo una progressiva riduzione del finanziamento statale. Sicché, al di là di ogni possibile considerazione sulla concreta volontà del legislatore di intervenire al riguardo, non stupisce che in un tale ambito – a dispetto della quantità e qualità degli studi[49] e delle proposte avanzate[50] – si stenti a definire compiutamente i livelli essenziali di assistenza (c.d. LIVEAS).[51].

Al di là del settore sanitario, tra i versanti invece riguardati dai LEP va certamente menzionato quello concernente l'*accesso agli atti,* e di una serie di situazioni giuridiche riconducibili al "filo rosso" della trasparenza e semplificazione amministrativa, la cui natura (di meri interessi legittimi piuttosto che di "diritti soggettivi") era ancora, almeno in parte, controversa e che, invece, proprio l'innesto nel tronco dei LEP[52] ha contribuito in modo decisivo a chiarire (nella direzione della presa di forma, a tutti gli effetti, del "diritto soggettivo")[53]. Ma il punto più avanzato di attuazione dei LEP in settori "extrasanitari" sembra realizzato dalla l. n. 133 del 2008[54] dalla quale sono stati ritenuti "attenere" ai

[48] Cfr. a proposito di tali profili tematici, A. Banchero, *I livelli essenziali delle prestazioni nell'ambito dei servizi alla persona: dalla tutela della salute alla protezione sociale*, in *http://www.robertobin.it/REG10/Banchero.pdf*, 471 e ss.

[49] V., *ex multis*, Aa.Vv., *Livelli essenziali delle prestazioni sociali. Dai principi alla pratica?*, in *Prospettive sociali e sanitarie,* 2003; P. E. Ranci Ortigosa (a cura di), *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni (ricerca promossa dall'Osservatorio sull'attuazione della Legge 328/2000)*, Milano, 2008; e Aa.Vv., *Definire i livelli essenziali delle prestazioni,* Milano, 2009.

[50] Tra queste, ad es., vi è la proposta – a nostro avviso problematica, specie per le ragioni che, sia pur *en passant*, si sono riferite – di "integrare" i LIVEAS nei LEA (v., al riguardo, E.A. Ferioli, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, cit. 247 e ss.).

[51] Col pericolo, tra l'altro, come rilevato dalla Corte dei Conti, che «in mancanza di una chiara definizione dei livelli essenziali delle prestazioni sociali, la riforma [del c.d. "federalismo fiscale"] possa portare, non tanto ad un'auspicabile concentrazione delle risorse sulle condizioni effettivamente meritevoli, ma ad una ulteriore compressione delle politiche a sostegno dei non autosufficienti» e, più in generale, delle stesse politiche sociali (v. Corte dei Conti, sez. un. di controllo, *Elementi per l'audizione sull'A.C. 4566 "Delega al Governo per la riforma fiscale e assistenziale"* (11 ottobre 2011) reperibile, tra l'altro, in *http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/controllo/sezioni_riunite/sezioni_riunite_in_sede_di_controllo/2011/delibera_52_2011_aud.pdf*, 18-19).

[52] Avvenuto da parte delle leggi n. 15 del 2005 e n. 69 del 2009, di modifica della l. n. 241 del 1990.

[53] Cfr., in senso critico, G. Morbidelli, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali dell'ordinamento*, in *Giustamm.it.,* §4; e, da una diversa prospettiva, E. Frediani, *La disciplina del diritto di accesso tra Stato e Regioni in un recente parere del Consiglio di Stato*, in *Rass. Parl.*, 2006, 1083 e ss.

[54] Si noti, non specificamente dedicata ai LEP ma di conversione del d.l. n. 112 del 2008 recante "disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria".

livelli essenziali delle prestazioni "per garantire uniformemente i diritti civili e sociali": la dichiarazione di inizio attività e la richiesta del titolo autorizzatorio all'attività imprenditoriale (c.d. "impresa in un giorno", *ex* art. 38); l'installazione e l'esercizio continuativo di impianti di distribuzione di carburanti (*ex* art. 83-*bis*); il rilascio di certificazioni ambientali o di qualità, da parte di certificatori accreditati (*ex* art. 30); nonché il fabbisogno abitativo (*ex* art. 11). Tra queste "materie", è stata, in particolare, la riconduzione del rilascio di certificazioni ("di qualità") alle imprese nell'ambito dei LEP – passata positivamente al vaglio del giudice costituzionale[55] – a suscitare le maggiori perplessità in seno alla dottrina[56]. Anche se ci pare che, specie muovendo in un'ottica "massimalista", meritino almeno altrettanta attenzione quei casi in cui l'impiego della clausola – anche per il modo "estemporaneo" di legiferare – risulta finalizzata, fondamentalmente (se non in modo esclusivo) ad "assicurarsi" la/"appropriarsi" della potestà legislativa sulla "materia" da parte del legislatore statale[57]. Ed altresì quelli in cui la stessa risulta "spia" dell'incertezza del legislatore sulla "strada" – pubblica/privata – da seguire nel disciplinare determinati settori[58].

Ad ogni modo, dinnanzi al prodursi di una legislazione così occasionale e disorganica in punto di LEP, il giudice costituzionale ha dimostrato di voler comunque mantenere la "regia" della situazione, riservandosi non solo, se del caso, di censurare *autoqualificazioni legislative "improprie"* (dei LEP)[59], ma di voler chiude-

[55] Un tale filone giurisprudenziale che, volendo riprendere le parole dello stesso giudice costituzionale, ha a che fare con «quella evoluzione in atto nel sistema amministrativo tesa ad una accentuata semplificazione di talune tipologie procedimentali», è stato inaugurato dalla sent. n. 322 del 2009 ed ha trovato due conferme di rilievo ancora di recente, allorché la Corte ha ritenuto che, rispettivamente, il "procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica per gli interventi di lieve entità" (v. la sent. n. 164 del 2012 e la sent. n. 203 del 2012) e la disciplina della "segnalazione certificata di inizio attività" (v. la sent. n. 207 del 2012) siano riconducibili al parametro di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., tenendo, altresì, più in generale, a chiarire «che l'attività amministrativa può assurgere alla qualifica di "prestazione", della quale lo Stato è competente a fissare un livello essenziale a fronte di uno *specifico diritto di individui, imprese, operatori economici e, in genere, soggetti privati*» (v., ancora, la sent. n. 164 del 2012, cit.).

[56] Si fa qui riferimento al commento critico alla sentenza di G. Così G. Tarli Barbieri, *La sentenza 322/2009 della Corte costituzionale: cosa rimane dell'autonomia regionale?,* in *http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2009/0051_322_2009_tarli.pdf*, 1 e ss.

[57] V., ad es., l'art. 16, della l. n. 112 del 2004 e, per diverso profilo, l'art. 66 del d. lgs. n. 79 del 2011.

[58] Si pensi, ad es., alla prescrizione (su cui è stata chiamata a pronunciarsi anche la Corte, nella sent. n. 164 del 2012) da parte dell'art. 49, comma 4-*ter,* del d.l. n. 78 del 2010 (conv. nella l. n. 122 del 2010), per cui la segnalazione certificata di inizio attività "attiene alla tutela della concorrenza ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, e costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi della lettera m) del medesimo comma".

[59] A tal fine, la Corte ha ripreso quella propria giurisprudenza che vuole che «per individuare la materia alla quale devono essere ascritte le disposizioni oggetto di censura, non assume rilievo la qualificazione che di esse dà il legislatore, ma occorre fare riferimento all'oggetto

re, altresì, le porte, vuoi all'impiego della clausola dei LEP come un "*passepartout*" (in forza, in particolare, della "natura trasversale" dello "strumento") nelle mani del legislatore, da utilizzare a seconda delle esigenze del caso, vuoi all'eventualità di esser essa stessa chiamata alla determinazione dei LEP medesimi, ritenendo necessaria, di norma, ai fini dell'applicazione della clausola, quella previa conformazione da parte del legislatore di cui s'è già riferito (v. la sent. n. 88 del 2003, cit.). Sì da portare la più attenta dottrina a prendere atto di come un tale "potere" sarebbe dovuto «quindi, essere esercitato sulla base di apposite leggi e non meramente dedotto da alcune prescrizioni contenute nella legislazione o comunque deducibili dall'ordinamento vigente[60]» e a rimarcare "la volontà" della «giurisprudenza immediatamente successiva all'entrata in vigore della l. cost. n. 3/2001 […] di arginare un'interpretazione omnicomprensiva del titolo competenziale in esame[61]».

### 4.1. *Segue:* …e nella giurisprudenza costituzionale

Volendo mantenere la nostra attenzione sulla giurisprudenza costituzionale, è opportuno rilevare come la Corte abbia avuto modo di porre le basi della propria giurisprudenza sul versante contenutistico dei LEP, tra le prime volte, nella sent. n. 282 del 2002, in materia, anche qui, sanitaria, col chiarire «che *non si tratta di una "materia"* in senso stretto, 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». Nella perdurante incertezza circa la portata della competenza statale in questione, ha poi avuto modo di chiarire come comunque lo Stato non possa giocare questo suo titolo di legittimazione se non in relazione a «*specifiche prestazioni*» delle quali la normativa statale stessa abbia già definito «*il livello essenziale di erogazione*», risultando, viceversa, «*del tutto improprio e inconferente* il riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera *m)*, Cost., al fine di individuare il fondamento costituzionale della disciplina, da parte dello Stato, di *interi settori materiali*» (v. la sent. n. 285 del 2005)[62].

ed alla disciplina delle medesime, tenendo conto della loro *ratio* e tralasciando gli aspetti marginali e gli effetti riflessi, così da identificare correttamente e compiutamente anche l'interesse tutelato» (sent. n. 207 del 2010, in cui vengono richiamate le sentt. n. 430, n. 169 e n. 165 del 2007; nonché, più di recente, la sent. n. 179 del 2012).

[60] Così F. Casalotti, *La Corte costituzionale e i criteri di riparto delle competenze con riferimento ai servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V Parte II della Cost.: la sentenza n. 272 e l'ordinanza n. 274 del 2004*, in *http://www.forumcostituzionale.it/site/index3.php?option=content&task=view&id=606*, 11.

[61] Così G. Tarli Barbieri, *La sentenza 322/2009 della Corte costituzionale: cosa rimane dell'autonomia regionale?,* cit., 8.

[62] V., inoltre, in tal senso, la sent. n. 383 del 2005; la sent. n. 106 del 2006; la sent. n. 181

Tali prese di posizione sono state in seguito ulteriormente perfezionate, ribadendosi che la previsione costituzionale «consente […] una forte restrizione dell'autonomia legislativa delle Regioni *al solo scopo di assicurare un livello uniforme di godimento* dei diritti civili e sociali tutelati dalla Costituzione stessa» (v. la sent. n. 387 del 2007)[63]. Pertanto, «l'attribuzione allo Stato della competenza *trasversale* ed *esclusiva* di cui all'art. 117, comma secondo, lettera *m*), Cost. si riferisce alla determinazione degli *standard strutturali e qualitativi* delle prestazioni, da garantire agli aventi diritto su tutto il territorio nazionale, in quanto concernenti il soddisfacimento di diritti civili e sociali» (v., ancora, la sent. n. 387 del 2007)[64].

Non va, peraltro, dimenticato come (specialmente nella sent. n. 387 del 2007) la Corte avesse cercato di definire anche cosa *non possa costituire un LEP*, affermando la non inquadrabilità, in tale categoria, della «regolamentazione dell'assetto *organizzativo e gestorio* degli enti preposti all'erogazione delle prestazioni[65]. In altri più precisi termini (come si vedrà problematicamente *infra*, al §7) la Corte ha messo in guardia dalla possibilità di confondere «i livelli essenziali di assistenza, che attengono all'erogazione dei servizi in campo sanitario, e le strutture che strumentalmente vengono predisposte per la prestazione dei servizi stessi» (così nella sent. n. 99 del 2009).

Il giudice costituzionale ha avuto poi modo di dettagliare meglio questa giurisprudenza, distinguendo, in particolare, il concetto di "*prestazione*" (come "erogazione" di un qualche servizio, in dipendenza delle strutture all'uopo predisposte), a cui vanno ricollegati i LEP, e quello, per l'appunto, di "*strutture*", intese in funzione "strumentale", da un lato, e di "*autodeterminazione*", come "scelta individuale" circa l'usufruizione del servizio stesso, dall'altro lato. In particolare, sotto diverso profilo, ha ritenuto "concettualmente inappropriato" ricondurre nell'ambito normativo dell'art. 117, secondo comma, lettera *m),* della Costituzione, la *libertà di scelta "della struttura"* (v., ad es., la struttura dove curarsi), dato che «La natura intrinseca dei livelli essenziali delle prestazioni, previsti dalla norma costituzionale […], esclude, per evidenti ragioni logico-giuridiche, che la stessa norma possa essere indicata come fondamento di un principio di libertà di scelta, da parte dell'utente, tra strutture pubbliche e private», avendosi, in questi casi, a che fare col terreno non delle prestazioni,

del 2006; la sent. n. 248 del 2006; sent. n. 387 del 2007; ancora, la sent. n. 371 del 2008; la sent. n. 10 del 2010; e la sent. n. 207 del 2010; e la sent. n. 232 del 2011.

[63] V., inoltre, in tal senso, la sent. n. 371 del 2008; la sent. n. 322 del 2009; la sent. n. 10 del 2010; e la sent. n. 232 del 2011.

[64] V., inoltre, in tal senso, la sent. n. 248 del 2006; la sent. n. 387 del 2007; la sent. n. 50 del 2008; la sent. n. 168 del 2008; la sent. n. 350 del 2008; la sent. n. 207 del 2010, la sent. n. 232 del 2011; e la sent. n. 248 del 2011.

[65] In tale pronuncia la Corte richiama, tra i propri precedenti, la sent. n. 120 del 2005; v., inoltre, in seguito, la sent. n. 387 del 2007; la sent. n. 166 del 2008; ancora, la sent. n. 371 del 2008; la sent. n. 200 del 2009; la sent. n. 207 del 2010; sent. n. 235 del 2010; e l'ord. 323 del 2010.

ma delle modalità con le quali l'utente può fruire delle prestazioni stesse (v. la sent. n. 387 del 2007; e, più di recente, la sent. n. 248 del 2011)[66].

In quest'ordine di idee la Corte ha escluso di aversi a che fare con LEP – si noti, con l'annessa attivabilità dei poteri sostitutivi (*ex* art. 120, 2° comma, Cost.)[67] – in presenza vuoi di discipline di pagamento e riscossione "delle somme di modesto ammontare e di qualsiasi natura", «posto che l'effetto indiretto di rinuncia al soddisfacimento coattivo dei crediti nei confronti di soggetti privati, non contribuisce certo a determinare lo *status* fondamentale del cittadino come soggetto di diritti e di obblighi» (v. la sent. n. 30 del 2005); vuoi di norme recanti «semplicemente» la disciplina di «un nuovo complesso procedimento amministrativo finalizzato a garantire la produzione e l'approvvigionamento dell'energia elettrica» (v. la sent. n. 6 del 2004).

Il perseguimento di un simile, calibrato, approccio – verosimilmente, nel timore di sconfinare al di là del delicato perimetro della discrezionalità legislativa –, come si diceva, ha consentito, tra l'altro, alla Corte, di scongiurare, al possibile, l'eventualità di esser essa stessa chiamata alla determinazione dei LEP. È, però, indubbio che esso possa presentare inconvenienti gravi se non addirittura irreparabili, specie in quei casi in cui la definizione o l'esclusione, dal novero dei LEP, di una qualche prestazione abbia dirette ricadute su situazioni esistenziali (si è fatto, ad es., riflettere sulla differenza «tra la vita o la morte di un paziente» che può fare «la differenziazione dell'accesso alla rimborsabilità del farmaco»[68]...)[69].

[66] Si noti, peraltro, come già in precedenza, alla Corte fosse apparsa "impropria" la riconduzione alla clausola costituzionale della legislazione sui *dati personali*, dato che questa «non concerne prestazioni, bensì la stessa disciplina di una serie di diritti personali attribuiti ad ogni singolo interessato, consistenti nel potere di controllare le informazioni che lo riguardano e le modalità con cui viene effettuato il loro trattamento» (v. la sent. n. 271 del 2005 e, con riguardo al "consenso informato" la sent. n. 438 del 2008).

[67] Con riguardo all'esercizio dei poteri sostituitivi, di cui all'art. 120, 2° comma, della Costituzione, quando lo richieda "la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali", il giudice delle leggi ha avuto modo di chiarire:

- che lo Stato deve avere previamente esercitato la propria potestà legislativa di tipo esclusivo» in punto di determinazione dei livelli essenziali stessi (v. la sent. n. 6 del 2004; e la sent. n. 278 del 2010); e
- che l'intervento statale deve realizzarsi secondo procedure predeterminate «dalla legge» (e non, per es., da atti di natura amministrativa) «atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione» (v. la sent. n. 209 del 2009; e, più in generale, la sent. n. 236 del 2004; con specifico riguardo, invece, ai piani di rientro sanitari, v. la sent. n. 78 del 2011; e, fatte le dovute differenze del caso, la sent. n. 2 del 2010).

[68] Così a commento della sent. n. 330 del 2011, cit., G. Demuro, *La leale collaborazione nella differenziazione della spesa farmaceutica,* in *http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2011/0024_nota_330_2011_demuro.pdf.*

[69] Decisamente critico al riguardo è Guiglia, il quale ritiene che «non entrando nel merito della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni effettuata dallo Stato», e così riconoscendo «seppure implicitamente, la massima libertà in capo al legislatore statale nel

Può pensarsi che sia stato proprio muovendo in una tale consapevolezza che, la Corte, in casi, per vero, più unici che rari, ha giocato, per così dire, "di anticipo" rispetto al legislatore ordinario. È quanto accaduto nel settore dell'*edilizia residenziale pubblica,* del quale la Corte si è occupata a più riprese "preparando" il terreno alla già menzionata l. n. 133 del 2008, intesa (in linea con quanto prospettato, per l'appunto, dal giudice delle leggi) a "garantire su tutto il territorio nazionale i livelli minimi essenziali di fabbisogno abitativo per il pieno sviluppo della persona umana" (*ex* art. 11)[70]. Soprattutto, un tale approccio è stato portato alle estreme conseguenze allorquando la Corte s'è trovata ad avere a che fare con la complessa materia dei servizi sociali (cfr., *supra*, il precedente paragrafo)[71].

Non è dato sapere quanto abbia inciso sul *decisum* la situazione (come s'è visto) di sostanziale "stallo" nella regolamentazione del settore. Sta di fatto, però, che, la Corte, pur non avendo dubbi sulla riconduzione della materia nell'ambito dell'assistenza e dei servizi sociali, di competenza residuale regionale (v. «per tutte» le sentenze n. 168 e n. 124 del 2009; e n. 50 del 2008) è giunta alla conclusione che «La finalità delle disposizioni impugnate» [erogazione di una "*social card*"] «e l'ambito sul quale esse incidono non consentono [...] di negare il potere del legislatore statale di realizzare l'intervento

definire, ove ritenga di farlo, la misura di siffatti livelli» la Consulta avrebbe finito per mancare di apporre un qualche argine alla scelta del legislatore statale di percorrere, invece che «il sentiero, irto di difficoltà, dell'appropriatezza e dell'adeguatezza», la più «comoda via del minimalismo, camuffata dalla gradualità e dalla sostenibilità delle opzioni, ma in realtà incline alla realizzazione di un deludente sistema di Welfare residuale» (G. Guiglia, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, cit., 130; cfr., altresì, al riguardo, *supra*, la nota 40).

[70] Nella propria giurisprudenza in materia di *edilizia residenziale pubblica,* infatti, la Corte ha chiarito che la determinazione dell'*offerta minima di alloggi* destinati a soddisfare le esigenze dei ceti meno abbienti, qualora esercitata, va ricondotta nell'ambito della competenza esclusiva dello Stato, ai sensi, specificamente, dell'art. 117, comma 2, lettera *m*), Cost. –, dato che «in essa si inserisce la fissazione di principi che valgano a garantire l'*uniformità dei criteri di assegnazione* su tutto il territorio nazionale, secondo quanto prescritto dalla sent. n. 486 del 1995» (v. la sent. n. 94 del 2007). Inoltre, sempre ai sensi dell'art. 117, 2° comma, lett. *m*), della Costituzione, continua a spettare allo Stato «la determinazione dell'offerta minima di alloggi destinati a soddisfare le esigenze dei ceti meno abbienti» e «la determinazione di quei *livelli minimali di fabbisogno* abitativo che siano strettamente inerenti al *nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana*» (v. la sent. n. 166 del 2008, che si rifà alla sent. n. 94 del 2007, nonché, più di recente, la sent. n. 121 del 2010).

[71] L'occasione è stata offerta dall'impugnativa di alcune Regioni (col lamentare la violazione della propria potestà legislativa in materia) dell'istituzione, da parte della ridetta l. n. 133 del 2008 (art. 81, commi da 29 a 38-*ter*) di "un Fondo speciale destinato al soddisfacimento delle esigenze prioritariamente di natura alimentare e, quindi, anche energetiche e sanitarie dei cittadini meno abbienti", tramite l'elargizione di una carta acquisti (la c.d. "*social card*", per l'appunto) finalizzata all'acquisto di beni e servizi, con onere a carico dello Stato (*ex* art. 81, comma 32, che, si noti, non parla di LEP).

in esame» (sent. n. 10 del 2010), in quanto una normativa posta a protezione delle situazioni di *estrema debolezza della persona umana*, benché, come si diceva, rientrante nella materia dei servizi sociali e di assistenza di competenza residuale regionale, «deve essere ricostruita anche alla luce dei principi fondamentali degli artt. 2 e 3, secondo comma, Cost., dell'art. 38 Cost. e dell'art. 117, secondo comma, lettera *m*), Cost.»[72].

È stato quindi tenendo conto del «complesso di queste norme costituzionali», ed in ultima analisi del rischio di pregiudizio del valore della *dignità umana* dovuto alla mancata soddisfazione, financo, del "livello minimale di fabbisogno" della persona, che la Corte è potuta arrivare a "ribaltare", in un certo senso, l'approccio normalmente seguito nella propria giurisprudenza, col procedere non per "via induttiva" (dalla normativa all'accertamento della sussistenza dei LEP), ma "per via deduttiva" (dalla "situazione di bisogno" ai LEP)[73]. Nel percorrimento di questa strada, la Corte ha finito per mettere in discussione ciò che – nel contemperamento delle ragioni dell'autonomia con quelle dell'uguaglianza – fino a quel punto aveva costituito una "costante" della sua giurisprudenza[74]: la difesa, cioè, come s'è visto (*supra*, già al §3), della prima, dalle potenzialità erosive della clausola dei LEP. Al punto da rendere «forte», «a prima lettura, l'impressione che, quando – come qui – sono in gioco interessi pressanti e bisognosi di pronta ed adeguata regolazione, possa "saltare" (ed effettivamente "salti") il riparto costituzionale delle competenze su basi materiali[75]». Peraltro, della portata prorompente "nel metodo" e "nel merito" della decisione[76] lo stesso giudice costituzionale è parso pienamente

[72] Ad un tale approdo, la Consulta è giunta non solo e non tanto richiamando la propria giurisprudenza in punto di LEP, quanto, soprattutto – qui sta la novità – affermando la possibilità di invocare «siffatto parametro costituzionale», «anche nei particolari casi in cui la determinazione del livello essenziale di una prestazione *non permetta, da sola,* di realizzare utilmente la finalità di garanzia dallo stesso prevista (espressiva anche dello stretto legame esistente tra tale parametro ed i principi di cui agli artt. 2 e 3, secondo comma, Cost.)».

[73] In dottrina, i punti di contatto tra la previsione dell'art. 117, comma 2, lett. *m)* della Costituzione ed il principio di pari dignità umana sono messi a fuoco, in particolare, da Ruotolo, il quale considera, tra l'altro, come la clausola dei livelli essenziali sarebbe chiamata a «tradursi anche […] nella garanzia di un minimo vitale in quanto condizione materiale indispensabile per poter esercitare i diritti e, consequenzialmente, per poter partecipare alla vita politica, economica e sociale del Paese» (M. Ruotolo, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in *Dir. pubbl*., 2011, 403).

[74] Cfr., sul punto, E.A. Ferioli, *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia ed eguaglianza,* cit.

[75] Così A. Ruggeri, *"Livelli essenziali" delle prestazioni relative ai diritti e ridefinizione delle sfere di competenza di Stato e Regioni in situazioni di emergenza economica (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2010),* in *http://www.giurcost.org/decisioni/2010/0010s-10.html*, 1, secondo cui sarebbe «come dire, insomma, che il fine giustifica il mezzo ed è perciò degno di ricevere il benevolo avallo da parte del massimo garante della legalità costituzionale».

[76] Tanto da indurre a scorgervi la presa di forma di un «nuovo diritto [...] avente ad ogget-

consapevole, tanto da avvertire l'esigenza di rispolverare[77], per l'occasione, la clausola del "*contenuto essenziale del diritto*", la quale, si noti, era dalla decisione "capostipite" in punto di LEP[78] che non era più stata chiamata in causa dalla Corte[79], quanto meno in modo così esplicito[80]. Soprattutto, le tali e tante cautele messe in campo dalla Consulta[81] rendono verosimile l'idea che (a seconda di come evolveranno le cose…) una tale pronuncia, – pur destinata, come è stato rilevato «a lasciare il segno, nel bene o nel male[82]» – rimanga un "pezzo" più unico che raro nella giurisprudenza costituzionale.

## 5. Le promesse (sinora) mancate dai LEP

Nella giurisprudenza costituzionale ha dunque preso progressivamente forma una configurazione dei LEP alla stregua di una (pre)determinata misura di una prestazione, ovvero, in ultima analisi, di una "*certa erogazione*" secondo una "*determinata quota*" di un "*qualche servizio*" da assicurare obbligatoriamente a "*fruitori*" individuati (v., la sent. n. 92 del 2011)[83] del servizio

to le norme sulla cd. *social card*» v. S. Scagliarini, *«L'incessante dinamica della vita moderna» i nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale»*, in *http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/08/ScagliariniDEF.pdf*, 30.

[77] Con riguardo al «"contenuto minimo/essenziale" dei diritti sociali», v., per tutti, C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, 129 e ss.

[78] Ovverosia (come s'è riferito *supra,* al §4), la sent. n. 282 del 2002.

[79] Ciò, sebbene non fossero mancate varie sollecitazioni, in tal senso, ad opera delle parti processuali: v., ad es., le sentt. n. 370 del 2003; n. 432 del 2005; e n. 80 del 2007.

[80] Tra le decisioni in cui la Corte si è avvicinata maggiormente all'idea del "contenuto essenziale del diritto" può menzionarsi, significativamente, la "innovativa" sent. n. 166 del 2008 in materia di edilizia residenziale pubblica (v.la, *supra*, alla nota 70).

[81] In particolare, la Corte sottolinea la straordinarietà, l'eccezionalità e l'urgenza di un simile intervento, dovute alla situazione di crisi internazionale, economica e finanziaria, quale quella «che ha investito negli anni 2008 e 2009 anche il nostro Paese» ed auspica «che, in condizioni di normalità, le procedure concertative possano essere riprese» ovvero che «una volta cessata la situazione congiunturale che ha imposto un intervento di politica sociale esteso alla diretta erogazione della provvidenza, dagli strumenti di coinvolgimento delle Regioni e delle province autonome non si possa prescindere, avendo cura così di garantire anche la piena attuazione del principio di leale collaborazione, nell'osservanza del riparto delle competenze definito dalla Costituzione».

[82] Così C. Panzera, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione*, in *http://www.giurcost.org/decisioni/2010/0010s-10.html*, 1.

[83] Così, ad es., su questa base, la Corte non ha esitato ad affermare che «l'erogazione di farmaci rientra nei livelli essenziali di assistenza (LEA), il cui godimento è assicurato a tutti in condizioni di uguaglianza sull'intero territorio nazionale (v., *ex multis*, la sent. n. 282 del 2002); mentre ha escluso, ad es., dal loro novero, l'accertamento medico-legale sui dipendenti pubblici assenti dal servizio per malattia (v. la sent. n. 207 del 2010).

stesso[84]. Ciò che, ci pare, già di per sé dimostra l'innegabile rilievo del ruolo svolto dal giudice costituzionale in tema, sì da rendere senz'altro condivisibile l'«impressione» (espressa in tempi non sospetti) che un tale «rompicapo creato dal legislatore di revisione» sarebbe stato «destinato ad essere determinato dal lavorio giurisprudenziale della Corte costituzionale[85]».

È altrettanto indubbio, però, che questa stessa nozione dei livelli essenziali prodottasi per via giurisprudenziale presenti taluni profili problematici certamente non trascurabili.

[84] Non si approfondisce in questa sede come meriterebbe la delicata questione dei rapporti intrattenuti dai LEP (così come emersi nella e dalla giurisprudenza costituzionale) coi "*servizi pubblici*", e particolarmente, col "*servizio universale*". Istituto giuridico, quest'ultimo, che, si noti, secondo la Commissione europea, è destinato a divenire «un pilastro portante della politica comunitaria sui servizi di interesse economico generale» (v. il Libro verde "Sui servizi di interesse generale", COM(2003) 270 def., del 21 maggio 2003, §53, 16) a cui, a ben vedere, si richiede di soddisfare esigenze analoghe a quelle di cui s'è detto per l'innanzi (a proposito dei LEP): particolarmente quella di garantire "un insieme minimo di servizi di una qualità determinata, accessibili a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni nazionali specifiche, offerti ad un prezzo accessibile" (*ex* art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 259 del 2003, lett. *ll)*). Quanto mai opportuno, quindi, s'è rivelato l'intervento, sul punto, della sent. n. 272 del 2004, a seguito della quale, a mo' di chiarificazione, può dirsi che (cfr. sul punto, L. Vandelli, *Il sistema delle autonomie locali*, cit., 156-157) mentre:

- per i *servizi "a rilevanza economica"* (a cui possono farsi corrispondere, in ambito eurounitario, i "servizi di interesse economico generale"), la legislazione statale, in linea di massima, *non dovrebbe poter intervenire* per stabilire i "livelli essenziali" (*ex* art. 117, comma 2, lett. *m),* Cost.), rilevando, semmai, eventuali interventi dello Stato, sul piano della "tutela della concorrenza" (*ex* art. 117, lett. *e)*) e della predisposizione del "servizio universale"; sarebbe, invece, con riguardo ai

- *servizi "privi di rilevanza economica"* (a cui possono farsi corrispondere, in ambito eurounitario, i "servizi di interesse generale privi di rilievo economico") che la legislazione statale, *potrebbe* invece stabilire i "*livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*").

Anche se deve immediatamente avvertirsi di come un tale quadro "nostrano", così apparentemente "cristallino" in quanto limpidamente ricostruito sulla base della distinzione tra servizi "con" e "privi" di rilevanza economica, sottenda, in realtà, criticità di assoluto rilievo, derivanti, in ultima analisi, dall'impossibilità, a tutt'oggi, di prevedere con sufficiente certezza in che modo evolveranno le cose (cfr., sul punto, il Libro bianco "*sui servizi di interesse generale*", Commissione, COM(2004) 374 def., del 12 maggio 2004, §1, 4), non solo e non tanto, si badi, sul piano interno, quanto soprattutto, sul versante sovranazionale: se, cioè, nella direzione della dissoluzione ("*dinamica estensivista*") o, all'opposto, della valorizzazione della distinzione tra servizi con/privi di rilevanza economica ("*dinamica distintivista*"), dato che le conseguenze sul regime dei LEP che verosimilmente de discenderebbero sarebbero affatto differenti (cfr. al riguardo, A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile),* in *http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/articolorivista/i-diritti-sociali-di-fronte-alla-crisi-necessit-di-un-nuovo-modello-sociale-europeo,* 14 e ss.; e, più in generale, sul tema, *ex multis*, P. Costanzo, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, in *http://www.giurcost.org/studi/CostanzoBelem.htm*; e S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012).

[85] Così M. Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni,* cit., 356.

Uno di questi, peraltro, almeno inizialmente, era parso tra i meno controversi e "controvertibili": ci si riferisce alla questione della loro "estensione territoriale". Il dettato costituzionale sembrerebbe, infatti, lasciare poche alternative all'idea che la formula coniata dal legislatore di revisione punti a garantire i LEP su "tutto il territorio nazionale", all'insegna, quindi, dell'omogeneità contenutistica ed insieme di una certa uniformità applicativa (si rammenti l'idea di "aterritorialità" di cui s'è riferito, *supra*, al §3). Su questa base, la dottrina, confortata, peraltro da talune pronunce della Corte al riguardo[86], si è trovata, come si diceva, da subito ampiamente concorde sul fatto che la clausola non avrebbe potuto ammettere «differenziazione in ragione dello spazio», mentre si sarebbe potuta rivelare necessaria la predisposizione di risorse (economiche) aggiuntive e "compensative" tra territori, nonché l'effettuazione di interventi speciali (*ex* art. 119, comma 5) e/o, a seconda dei casi, l'attivazione dei poteri sostitutivi (*ex* art. 120, comma 2, della Costituzione)[87].

Nondimeno, sempre in ambito dottrinale, pur condividendosi, come si diceva, l'idea che l'obiettivo di uniformità della clausola costituzionale dei LEP fosse "sicuramente avvertibile" dalle Regioni, in quanto «vincolo che il centro impone agli altri enti territoriali, costringendoli a garantire almeno il livello di prestazioni prestabilito», è stata considerata da subito la possibilità di intendere tale parametro «non in termini di tetto, bensì di soglia minimale[88]», soddisfatta la quale si sarebbero potuti aprire spazi di differenziazione importanti tra i diversi territori all'interno dello Stato[89]. Insomma, sulla scor-

[86] Ci si riferisce specificamente a quella giurisprudenza costituzionale favorevole all'estensione dei LEP a tutte le Regioni (v. le sentt. n. 467 del 2005; n. 88 del 2006; n. 134 del 2006; n. 162 del 2007, e, più di recente, le sentt. n. 232 del 2011 e n. 187 del 2012), data l'esigenza «di determinare livelli essenziali di prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, compreso quello delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome» (v., in maniera così esplicita, sent. n. 207 del 2012, in cui la Corte richiama la sent. n. 164 del 2012). Con riguardo, poi, particolarmente, alla "vigilanza" del rispetto dei LEP e "sanzionatori" a seguito di violazione dei LEP stessi si vedano le sentt. n. 384 del 2005; n. 80 del 2007; n. 240 del 2007 e le sentt. n. 162 del 2007 e n. 240 del 2007).

[87] Cfr., al proposito, *supra*, la nota 67.

[88] Cfr., E. Balboni, *Il concetto di "livelli essenziali e uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali",* cit., 1110-1.

[89] Più in generale, ci sembra che sia stata data da subito per scontata la possibilità, per le Regioni, in forza della propria (accresciuta) autonomia legislativa, e pur sempre, come si diceva, a condizione che, nelle materie oggetto di intervento statale, si trattasse di previsioni volte ad innalzare il livello di tutela, di contemplare, a loro volta, negli ambiti di propria competenza e nel rispetto dei LEP statali, LEP e poteri sostitutivi nei confronti degli enti locali del proprio territorio (regionale). Su questa base, sarebbe dunque stato possibile (ri)proporre, nei rapporti tra Regioni ed enti locali, un modello di gestione/organizzazione del sistema di *welfare,* di tipo "centralista" (c.d. *welfare* regionale) o, all'opposto, più favorevole al "decentramento" e alla delocalizzazione (c.d. *welfare* locale) delle prestazioni.

ta dei lavori preparatori[90] alla riforma, e, soprattutto, degli interventi del legislatore regionale[91] e di talune decisioni rese al riguardo dallo stesso giudice costituzionale[92], è parso ad un certo punto evidente che la clausola dei LEP se, da un lato, puntava a sottrarre alle Regioni l'individuazione di prestazioni essenziali in forza del principio di eguaglianza, dall'altro lato, lasciava, però, alle stesse lo "spazio" per apportare una eventuale *reformatio in melius* della disciplina nazionale in forza del principio del decentramento[93].

Il fatto è che, ci pare, e con questo veniamo al punto, una tale ravvisata possibilità, per le regioni, in forza della propria autonomia, di innalzare il livello delle prestazioni rispetto alla soglia di "essenzialità" prevista e garantita dallo Stato può rivelarsi problematica, là dove, specie nei settori più delicati, finisca per trasformarsi in una vera e propria *discriminazione*, per i destinatari, in ragione non tanto della diversa abilità gestionale degli amministratori, quanto, soprattutto, della diversa capacità economica (in concreto, del gettito fiscale) dei territori nei quali gli utenti hanno la residenza. Di

[90] Cfr., al proposito, emblematicamente, quanto si ebbe già modo di considerare durante i lavori della Commissione parlamentare per le riforme costituzionali (v.la *supra*, alla nota 43), spec. nella seduta di venerdì 19 settembre 1997, cit., 2283.

[91] Talvolta, poi, è stato lo stesso legislatore statale a rendere esplicita "la potestà delle Regioni e degli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, di garantire livelli ulteriori di tutela" (v., ad es., l'art. 30 della già menzionata l. n. 133 del 2008). Guardandosi, tuttavia, alle normative regionali, sono più unici che rari i disposti legislativi che prevedono «strumenti di tutela e promozione […] *aggiuntivi e migliorativi* dei livelli essenziali delle prestazioni previsti dalla disciplina nazionale» (si segnala, al proposito, l'art. 2 della l. dell'Emilia-Romagna n. 17 del 2005), e pressoché assenti contenuti analoghi in norme statutarie (a meno di non volervi includere l'art. 8, lett. *o)* dello Statuto della Campania, là dove "impegna" la Regione a promuovere ogni utile iniziativa per favorire "la realizzazione di un elevato livello delle prestazioni concernenti i diritti sociali"); mentre sono piuttosto frequenti clausole di puro stile (come "nel rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali definiti a livello nazionale"), e di richiamo all'osservanza dei LEP statali che sono tenute a garantire sul proprio territorio (v., da ultimo, sul punto, Corte cost., sent. n. 115 del 2012).

[92] Ed un tale assunto ha trovato una importante sponda vuoi nella giurisprudenza costituzionale che, nel ritenere interpretazioni di segno diverso "palesemente irragionevoli", ha ammesso «la possibilità per ciascuna regione», ferma restando la garanzia dell'erogazione dei LEP, «di incrementare, senza oneri per lo Stato, le quote di rispettiva competenza» (sent. n. 279 del 2005); vuoi in quella in cui è stata reputata «evidente» la possibilità che nell'ambito dei LEP «che pure hanno una generale finalizzazione di tipo egualitario», «una Regione possa differenziare per il suo territorio il livello» di erogazione di una determinata prestazione, anche perché «il limite della competenza esclusiva statale […] può essere relativamente mobile e dipendere concretamente dalle scelte legislative operate» (v., le sentt. n. 271 del 2008; e n. 330 del 2011; nonché, in senso analogo, le sentt. n. 200 del 2009; e n. 44 del 2010).

[93] A proposito degli "spazi" di intervento regionale quando si abbia a che fare con LEP, cfr. M. Belletti, *Percorsi di ricentralizzazione del regionalismo italiano nella giurisprudenza costituzionale (tra tutela di valori fondamentali, esigenze strategiche e di coordinamento della finanza pubblica),* Roma, 2012, 166 e ss.

qui, dunque, l'importanza della valorizzazione, da un lato, degli strumenti di mobilità tra un territorio e l'altro (si pensi, per es., in un quadro quale quello attuale, che sta conoscendo un forte incremento delle migrazioni sanitarie[94] verso le regioni "più dotate", il rilievo che ha la possibilità di ottenere il rimborso di quanto speso per le cure ottenute "altrove"[95]), e, dall'altro lato, degli strumenti di compensazione tra i territori (a partire dalla c.d. "perequazione finanziaria" *ex* art. 119 Cost.), da parte dello Stato.

Per diverso profilo, potrebbe essere proprio quel "*versante organizzativo e gestorio delle prestazioni*" che, come s'è visto (*supra*, al §6), ha costituito e costituisce un terreno scrupolosamente riservato dal giudice delle leggi all'autonomia delle Regioni, a porre i maggiori problemi, con riguardo al delicato equilibrio tra unità e differenziazione[96]. In particolare, se, in un quadro di rinnovato riconoscimento e di valorizzazione dell'autonomia regionale è ineludibile che alle Regioni venga riservata una qualche possibilità di intervento nella messa a punto della disciplina, quanto meno, delle modalità amministrative di erogazione delle prestazioni (cfr., sul punto, partic., le sentt. n. 209 del 2009 e n. 467 del 2005) solleva, invece, interrogativi la riconduzione, nell'ambito organizzativo e gestorio delle prestazioni, di quel particolare – e decisivo – elemento che è *la disciplina dell'accesso* – segnatamente, dei "*requisiti di accesso*" alla prestazione –, trattandosi della *condicio sine qua non* di usufruizione delle prestazioni essenziali medesime[97], per cui il riconoscimen-

[94] Cfr., in argomento, ad es., *Migrazioni sanitarie: la situazione in Italia,* in *http://www.fondazioneserono.org/221?news_progetto_centralita=172*, del 5 maggio 2011.

[95] Cfr., al proposito, *infra,* la nota 138.

[96] Al proposito, non può dirsi, forse, un caso, che il settore in cui l'elemento della "differenziazione", col sostanziale consenso del giudice costituzionale (v. le sentt. n. 120 del 2005; n. 200 del 2009; n. 235 del 2010; e n. 92 del 2011), è stato sinora maggiormente "coltivato" sia quello dell'*istruzione*, trattandosi di un ambito in cui questo tipo di "difformità" possono apparire non solo, nell'immediato, meno gravide di conseguenze, ma addirittura benvenute (in ragione della loro idoneità a valorizzare specificità ed identità culturali), rispetto ad altri contesti. Fors'anche in ragione di questo, esso è stato tra i primi a sperimentare una legge di delega al Governo "per la definizione delle norme generali" e "dei livelli essenziali delle prestazioni" (contenuta nella l. n. 53 del 2003, a cui ha dato parziale attuazione il d. lgs. n. 59 del 2004, con riguardo alla scuola dell'infanzia e al primo ciclo di istruzione, ed il d. lgs. n. 226 del 2005 con riferimento al secondo ciclo di istruzione e formazione). Delega che è stata bene accolta da quella dottrina preoccupata dai rischi del «potenziale di differenziazioni territoriali» che il Titolo V legittima «tanto più se rapportato alle diverse condizioni economiche e sociali delle Regioni del Nord rispetto a quelle del Sud» e nel contempo attenta alla «costruzione di una cittadinanza unitaria "sociale" (cui sono finalizzati i LEP) come limite al potere "politico" di differenziazione (così e *amplius* sul tema A. Poggi, *I LEP in materia di istruzione e formazione professionale nell'attuale contesto costituzionale e Istituzionale*, in V. Campione, A. Poggi, *Sovranità, decentramento, regole. I livelli essenziali delle prestazioni e l'autonomia delle istituzioni scolastiche*, Bologna, 2009, 76).

[97] Si noti, ad un tale riguardo, come lo stesso Baldassarre, nell'evidenziare il «ruolo primario» svolto dai diritti sociali nella «divisione del potere», tenga a rilevare oltre alla loro importanza nel

to di possibili, variabili, interventi dei legislatori regionali sul punto rischia di rivelarsi pregiudizievole per le pari opportunità di accesso alle prestazioni stesse (si pensi, anche ad un tale riguardo, all'accesso alla rimborsabilità del farmaco a cui già si accennava in precedenza)[98].

Simili questioni sono venute di attualità a seguito dell'ordinanza T.A.R. Toscana[99], con cui è stata chiamata a pronunciarsi la Corte (lamentandosi il contrasto dell'art. 14 comma 2, lett. *c)*, della L.R. Toscana n. 66 del 2008 con l'art. 117, comma 2, lett. *m)*, della Costituzione). La questione, infatti, verte proprio, in ultima analisi, sui requisiti di accesso ai servizi sociali della Regione, di persone con *handicap* grave o ultrasessantacinquenni non autosufficienti; segnatamente, sul fatto se, appunto, per l'accesso rilevi: *a)* la situazione economica del solo assistito, come prevede la normativa statale (d. lgs. 31 marzo 1998, n. 109, art. 3); o, *b)* altresì, la situazione reddituale e patrimoniale del coniuge e dei parenti in linea retta entro il primo grado, come stabilisce la legge regionale (art. 14 della L.R. Toscana 18 dicembre 2008, n. 66); dato che, all'evidenza, dall'applicazione dell'uno o dell'altro criterio, possono discendere conseguenze affatto diverse sull'accesso ai percorsi integrati di natura sociosanitaria dei soggetti necessitanti di assistenza. Sicché è evidente che una tale fattispecie risulta per noi, di grande interesse, anche perché a seconda della risposta che darà la Corte (sempreché, per vero, si arrivi ad una pronuncia "di merito" sulla questione[100]) potranno aprirsi scenari affatto differenti sulla regolamentazione e la portata stessa dei livelli essenziali[101].

presiedere «alla ripartizione del potere tra centro e periferia», proprio il fatto che essi «stanno a base di molti "diritti di accesso"» (A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit. 150).

[98] Ci pare, del resto, che si muova in una tale consapevolezza quella giurisprudenza costituzionale che, nel riconoscere «che, nell'ambito dei LEA, che pure hanno una generale finalizzazione di tipo egualitario, una Regione possa differenziare per il suo territorio il livello» di erogazione della prestazione, ha preteso (in tempi recenti), proprio in funzione garantistica, che «la eventuale determinazione amministrativa regionale» sia preceduta dal procedimento individuato dalla legge dello Stato (sent. n. 330 del 2011); e si è inoltre preoccupata di valorizzare massimamente sedi e strumenti di concertazione (v.la sent. n. 423 del 2004) e «di non rendere più o meno onerose nelle diverse Regioni prestazioni che si collocano nella fascia delle prestazioni minime indispensabili per assicurare a tutti i cittadini il godimento del diritto» (sent. n. 203 del 2008).

[99] V. T.A.R. Toscana, sez. II, ord. 22 novembre 2011, n. 1795.

[100] Si osservi, al proposito, come, tra i primi interventi predisposti e "rilanciati", ancora di recente, dal governo tecnico (v. M.C. Guerra, *Politiche sociali L'agenda del Governo sull'assistenza sociale*, in *Prospettive Sociali e Sanitarie*, n. 8, 2012, 1-5) vi sia (stata), anche e proprio, la revisione delle "modalità di determinazione e i campi di applicazione dell'indicatore della situazione economica equivalente (ISEE)" (*ex* art. 5 del D.l. n. 201 del 2011, cit.). Anche se poi la previsione che la riforma avvenga con d.P.C.M. in assenza di qualche forma di coinvolgimento di Regioni o Conferenza Unificata, è stato uno dei principali motivi che hanno indotto la Regione Veneto a presentare ricorso (n. 29 del 23 febbraio 2012), per cui, si attende, anche qui, il verdetto del giudice delle leggi.

[101] Così, secondo una prima prospettazione, potrebbe essere agevole per il giudice delle leggi rifugiarsi in una decisione processuale di manifesta inammissibilità, col riproporre le argomenta-

Più in generale, i LEP risultano (sinora) aver disatteso quella che molti, *in primis* i fautori dell'approccio "massimalista" al tema, avevano considerato la loro principale promessa: l'idoneità, cioè (anche e soprattutto in forza dell'avvenuta sussunzione, sotto l'art. 117, comma 2, lett. *m)* della Costituzione, dei diritti "civili *e sociali*", vale a dire di «tutti i diritti», costituzionali ed altresì legislativi «a prescindere dalla "casella" nella quale si ritenga di classificarli[102]» e con riguardo al "territorio" in cui sono erogati) di operare "al rialzo", col conferire pari dignità di "diritti soggettivi" ai diritti di prestazione, con ciò stesso, rendendoli, per l'appunto, immediatamente azionabili davanti ai giudici. Mentre diritti civili e sociali, lungi dall'omologarsi, continuano ad operare, di norma, in modo parallelo e talora financo disconnesso tra di loro (v., ancora da ultimo, la sent. n. 330 del 2011).

In questo senso, significativo è il fatto che, a dispetto delle loro innegabili potenzialità essi costituiscono un territorio a tutt'oggi in massima parte inesplorato da parte dei giudici ordinari. Sicché non stupisce che il terreno privilegiato su cui si è sviluppata la giurisprudenza costituzionale sui LEP sia stato quello del giudizio in "via principale", e che un ruolo del tutto marginale sia stato invece giocato vuoi dalla "via incidentale", vuoi da quella dei "conflitti intersoggettivi (in ambo i casi, solo una quindicina); per di più, nel primo ambito, con riguardo, in genere, a leggi regionali e per iniziativa, prevalentemente, dei T.A.R. (più dell'80%), tanto da far puntualmente osservare come «il vero protagonista del momento del controllo [sia] il giudice amministrativo[103]». E non sorprende nemmeno che la Corte non si sia ancora pronunciata "nel merito" delle questioni di costituzionalità portate alla sua attenzione da parte dei giudici ordinari, avendo avuto, essa, sinora, buon gioco nel mettere a punto pronunce processuali di inammissibilità al riguardo (v. ad es., la ord. n. 526 del 2002)[104]. Mentre proprio il fatto che "la via principale"

zioni dell'ord. n. 224 del 2006, visto che, come allora, anche qui la prestazione socioassistenziale risulta esser già stata erogata ed è piuttosto labile il legame tra la «effettiva tipologia delle prestazioni godute» ed i LEP, per cui il giudice costituzionale potrebbe cavarsela affermando di non poter «appurare la effettiva rilevanza della questione nel giudizio *a quo*». Diversamente, la Corte, ampliando il parametro di giudizio, potrebbe reputare il criterio configurato dal legislatore regionale discriminatorio tra persone che, sulla base di una medesima "condizione personale e sociale" (tipi di *handicap* gravi) necessitano, comunque, di un'assistenza continuativa (riproponendo, in tal senso, l'*iter* logico seguito nella sent. n. 432 del 2005). Oppure ancora, potrebbe cogliere l'occasione per riprendere e consacrare quella propria giurisprudenza particolarmente attenta a garantire l'uniformità dei *criteri di "accesso" alle prestazioni* su tutto il territorio nazionale (v., ad es., la sent. n. 486 del 1995), sottraendone, una volta per tutte, la definizione al comparto materiale regionale (ovvero all'"assetto organizzativo e gestorio") dei LEP, per ricondurli alla sfera degli "standard strutturali e qualitativi" dei LEP medesimi, di competenza statale (v. *supra*, il §6).

[102] Così M. Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni,* cit., 350.

[103] Così C. Panzera, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni,* in *Giur. cost*., 2011, 3380.

[104] Tra le occasioni in cui ci è andata più vicino, si menziona qui quella presentatasi nell'am-

continui a "farla da padrona" rivela come, allo stato, la clausola dei LEP sia intesa ed utilizzata soprattutto in funzione di *criterio di riparto* della competenza legislativa tra Stato e Regioni. Sì che, a distanza di tempo, può dirsi che abbia finito per concretizzarsi quanto presagito (non senza perplessità…) in dottrina circa la possibilità che i LEP si riducessero «a pura disciplina della allocazione delle competenze tra Stato ed enti di autonomia[105]».

## 6. Dal "federalismo sanitario" al "federalismo fiscale" (passando per i LEP). Il contributo al "traghettamento" della Corte costituzionale

Per una sorta di eterogenesi dei fini, la clausola costituzionale dei livelli essenziali pare, insomma, aver finito per dare risalto a taluni aspetti dei diritti sociali[106] che s'era creduto che potesse, invece, contribuire, quanto meno, ad attenuare, se non a (definitivamente) eliminare (a tutto vantaggio dell'elemento "valoriale/costituzionalistico"[107]): *il profilo, cioè, "prestazionale/amministrativistico"* e, in ultima analisi, *l'idea della natura "finanziariamente condizionata"* – segnatamente, della *"conformabilità", per "via finanziaria"* – dei diritti sociali stessi[108].

bito di una controversia in cui era in discussione la condanna di un soggetto al pagamento del corrispettivo per una prestazione socio-assistenziale rientrante nei LEP. Secondo il giudice *a quo,* infatti, le norme regionali riguardate, col non consentire, da un lato, alla generalità dei possibili beneficiari di godere degli interventi socio-assistenziali rientranti nei LEP, e col non prevedere, dall'altro lato, la gratuità di tali interventi seppur rientranti nei livelli essenziali, avrebbero violato gli artt. 2, 3, 38, terzo comma, e 117, comma 2, lett. *m)*, della Costituzione. Tuttavia, nell'occasione, la Corte ha avuto buon gioco nel dichiarare la manifesta inammissibilità della questione, dato che la prestazione era già stata erogata e le indicazioni fornite dal rimettente non avrebbero consentito di appurare la effettiva rilevanza della questione nel giudizio *a quo* (ord. n. 224 del 2006).

[105] Così R. Finocchi Ghersi, F. Giglioni, *Conclusioni,* in *Welfare e federalismo*, cit. 84.

[106] Così, ad es., la "differenza" «morfologica», in grado di riflettersi «anche sul modo e sui tempi della rispettiva realizzazione» dei diritti sociali rispetto ai diritti di libertà è evidenziata, tra gli altri, da P. Grossi, *I diritti di libertà ad uso delle lezioni*, Torino, 1991, 275 e ss.

[107] Si richiama, in particolare, la posizione di Baldassarre, il quale rileva «che la maggioranza della dottrina italiana fa tuttora ricorso a definizioni unitarie dei diritti sociali, ancorandoli, per lo più, alle tradizionali categorie dei diritti pubblici soggettivi e, in particolare, alla figura dei "diritti civici"» col ritenerli «essenzialmente diritti del cittadino a una prestazione positiva da parte dello Stato», in contrapposizione ai diritti di libertà «i quali sarebbero, invece, pretese a un non-facere o, comunque, diritti che presuppongono una libera attività che esige soltanto di essere rispettata da parte dello Stato»; considerandosi, tuttavia, come «per quanto grande sia la forza della tradizione» una tale distinzione «si [porrebbe] oggi in palese contraddizione con una concezione dei diritti sociali come diritti costituzionali del singolo (come correttamente li considera invece la Corte costituzionale) e, oltre a non essere in grado di riassumere in se stessa la complessa varietà dei diritti sociali, non [riuscirebbe] neppure a coglierne la reale differenza con i diritti di libertà» (A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 209-210).

[108] Ci pare, peraltro, che una conferma in tal senso sia rinvenibile nel complessivo studio di V. Molaschi, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazi-*

Del resto, non può dirsi certamente un caso che, sin dagli "esordi" – nell'ambito di politiche volte al perseguimento degli obiettivi di risanamento della finanza pubblica necessitati, in quel frangente, specie dall'adesione al Trattato di Maastricht[109] – i livelli essenziali abbiano avuto la precipua funzione di orientare i *meccanismi di finanziamento della spesa*: segnatamente, della spesa sanitaria (che, notoriamente, costituisce una delle principali voci di spesa gravante sui conti pubblici), nell'ambito di politiche volte alla valorizzazione, in particolare[110], del "*principio autonomista*" (e di *decentramento*

*oni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008; una posizione particolarmente critica al riguardo è fatta propria da R. Bin, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Studi in onore di G. Berti*, Napoli, 2005, 368 ss.

[109] Circa "i condizionamenti", in Italia, dell'allora Comunità economica europea «e l'impossibilità di prescinderne», v., in partic., G. Amato, A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, V ed., Bologna, 1997, 118. Ad oggi, poi, è soprattutto la c.d. "zona euro" ad essere messa, per così dire sotto "pressione" nella conduzione delle politiche sociali. È noto, infatti, che l'adesione all'Unione economica e monetaria ha comportato l'accettazione di vincoli ben precisi (c.d. "*parametri di Maastricht*"), e che tali parametri sono rimasti intatti all'indomani non solo del c.d. "Patto di stabilità e crescita" del 1997 (primo tentativo di coordinare le politiche fiscali degli Stati membri della zona euro), ma anche della stipula del Trattato di Lisbona. Dal canto suo, la ben nota "crisi economica greca" ha finito per gettar luce su uno dei principali limiti della stessa Unione economica e monetaria: l'inadeguatezza, cioè, della procedura prevista per *deficit* eccessivi (PDE) e, particolarmente, del sistema "di monitoraggio" e sanzione in caso di sforamenti dei predetti parametri, da parte delle Istituzioni UE. Ad essa – e, più in generale, alla c.d. "*crisi del debito sovrano*", l'Unione europea ha risposto con la messa a punto del "Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* dell'Unione economica e monetaria" (TSCG), (meglio noto come "*Fiscal compact*", o "patto di bilancio") il quale, tra l'altro, ha posto le basi per un monitoraggio più rigoroso all'interno della zona euro, prevedendo l'eventuale coinvolgimento (nell'ambito della suddetta procedura) del giudice di Lussemburgo (*ex* art. 8). È in questo quadro che si è proceduto sul nostro piano interno alla modifica degli artt. 81, 97, 117 e 119 della Costituzione al fine, in particolare, di introdurre il principio del "*pareggio di bilancio*" nel dettato costituzionale. Di una tale riforma rileva, qui, la mancata considerazione proprio dei livelli essenziali delle prestazioni…se non "in negativo" (ovvero "nelle fasi avverse del ciclo economico" o al verificarsi di "eventi eccezionali" quali "gravi recessioni economiche", "crisi finanziarie", "gravi calamità naturali"…): ciò che può esser visto come un'occasione perduta, specie per chi auspicava una qualche, più nitida, indicazione (v. ad es., la previsione di "riserve di bilancio") circa il metodo per il loro finanziamento. Più in generale, poi, non si può trascurare "la stretta" alla spesa per tutti i livelli di governo anche con riguardo a quelle forme di indebitamento che, storicamente, sono state fonte di finanziamento – e di investimento – per la "sana" spesa sociale. Ciò che ha indotto ad interrogarsi circa la reale capacità di tale rigore finanziario di condurre a forme "più efficienti" (e comunque adeguate) di soddisfacimento dei diritti sociali (c.d. Stato sociale competitivo) favorendo, in questo senso, la crescita; o, all'opposto, a una riduzione delle prestazioni e, cioè, ad una ulteriore mortificazione del *welfare,* almeno per come lo conosciamo.

[110] In quel quadro, infatti, un'altra leva di tali politiche di "risanamento" fu costituita dalla messa a punto delle "Nuove norme in materia di bilancio e di contabilità dello Stato" (v. la l. n. 362 del 1988), col dichiarato intento di rendere più rigorosa la copertura finanziaria delle leggi, e, soprattutto, di manovre finanziarie particolarmente "gravose" (v. la c.d. "manovra Amato").

*fiscale* (v. la l. n. 142 del 1990, la legge delega n. 421 del 1992 ed il d.lgs. n. 504 del 1992, che vi fece seguito).

È stato così che, pur nella persistenza di trasferimenti erariali (al fine di garantire comunque il finanziamento dei "servizi indispensabili"), si è cominciato a "consentire" (!) "alle Regioni, alle Province ed ai Comuni di provvedere ad una rilevante parte del loro fabbisogno finanziario attraverso risorse proprie" (v. l'art. 4 della l. n. 421 del 1992, cit.), introducendosi, tra l'altro, a tal fine, si ricorderà, l'imposta comunale sugli immobili (ICI), destinata, com'è noto, a giocare un ruolo centrale nella fiscalità comunale. Anche se, per vero, il medesimo testo normativo rileva in questa sede per i punti di contatto dallo stesso prefigurati tra "la finanza territoriale" e "la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità". È stato, infatti, col decreto di attuazione alla menzionata l. n. 421 del 1992 (e, cioè, il d.lgs. n. 502 del 1992: c.d. "riforma-*bis*" del SSN) che si è provveduto al "riordino della disciplina in materia sanitaria", sancendosi l'impegno del Servizio sanitario nazionale ad assicurare "i livelli di assistenza" (stabiliti con il Piano sanitario nazionale), da determinarsi "contestualmente all'individuazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio sanitario nazionale", si badi, "nel rispetto delle compatibilità finanziarie definite per l'intero sistema di finanza pubblica nel Documento di programmazione economico finanziaria" (*ex* art. 1, comma 3)[111].

Soprattutto, è stato col d.lgs. n. 56 del 2000 (recante, si noti, "Disposizioni in materia di federalismo fiscale", ben prima che intervenisse la Riforma del titolo V della Costituzione), che, sempre con riguardo al settore sanitario, hanno preso forma, *ante litteram*, quelli che, con gli adattamenti del caso, avrebbero costituito i «capisaldi»[112] sui quali, più tardi, si sarebbe sostenuto l'impianto complessivo del federalismo delineato dalla l. n. 42 del 2009 (di "Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione"), vale a dire, proprio:

- i *livelli essenziali delle prestazioni* che devono essere garantiti sul territorio nazionale e
- i *costi standard* ed il *fabbisogno standard* che a tali livelli essenziali sono correlati.

Il sistema di finanziamento dei LEP avrebbe infatti previsto la soppressione (*ex* art. 1, comma 1 lett. *d)*, del d.lgs. n. 56 del 2000) dello schema di finanziamento fondato sul riparto del Fondo sanitario nazionale (FSN)[113]; e,

[111] Cfr., in senso analogo, successivamente, l'art. 1, comma 3 del d. lgs. n. 229 del 1999.

[112] V., sul punto, lo studio di M. Scheggi, *Costi standard e livelli essenziali di assistenza. problemi applicativi del federalismo nel settore sanitario*, in *http://www.health-management.it/CSLEA.pdf,* 2009, 4.

[113] Che poteva dirsi un vero e proprio fondo a destinazione vincolata che annualmente lo Stato distribuiva tra le Regioni per il finanziamento degli stessi LEA, a cui andava ad aggiun-

in luogo di questo, la previsione del finanziamento del SSN con imposte – il cui gettito fu già allora considerato una "entrata propria" delle Regioni, sebbene l'imposta fosse istituita con legge dello Stato –, sia *dirette* (addizionale IRPEF ed IRAP), sia *indirette* (compartecipazione all'IVA ed accise sulla benzina); a cui andavano ad aggiungersi i trasferimenti erariali in via residuale (*ex* art. 1, comma 4) e le entrate dirette derivanti dai *ticket* sanitari e dalle prestazioni rese a pagamento[114].

Il risultato è stato ed è un sistema di finanziamento pubblico dei LEA al quale, nelle sue linee essenziali, *si è ispirato* il "nuovo" art. 119 della Costituzione (e, quindi, in tempi più recenti, la legge delega in materia di federalismo fiscale). Un sistema, cioè, lo si ribadisce, costituito in prevalenza da risorse definite regionali (ciò che ne vuole giustificare la denominazione e considerazione alle stregua di una "riforma federalistica")[115] in cui non appaiono più, è vero, *vincoli di destinazione delle risorse trasferite*, anche se i medesimi risultano implicati, proprio, almeno, dalle risorse stanziate *al fine di garantire l'erogazione dei livelli essenziali delle prestazioni*. Inoltre, il sistema ha mantenuto in vigore una delle principali caratteristiche del precedente meccanismo di riparto: e, cioè, la quantificazione – in netta controtendenza rispetto alla valorizzazione delle c.d. "entrate autonome proprie" delle regioni (che dovrebbe essere alla base di qualunque riforma "in senso federale" che voglia ritenersi tale) – dell'ammontare totale delle risorse disponibili (per il settore sanitario) *al livello statale*[116]. Sotto un ulteriore profilo (già) in quell'occasione era stato costituito un "*Fondo perequativo nazionale*", alimentato da una quota del gettito della compartecipazione all'IVA, utilizzata per la realizzazione degli obiettivi di solidarietà interregionale (*ex* art. 7, d.lgs. n. 56 del 2000, cit.), a favore delle

gersi una quota di contributi (i c.d. "contributi sanitari"). Così, secondo quanto si rileva nel c.d. "*Libro Bianco*" «Al Fondo sanitario nazionale, che copriva in media il 44% delle risorse pubbliche destinate alla sanità, si aggiungevano i contributi sanitari a carico dei lavoratori dipendenti, dei liberi professionisti, dei lavoratori autonomi e degli imprenditori, la cui percentuale di incidenza rispetto al Fondo sanitario nazionale variava da regione a regione, passando da un equilibrio del 35% contributi sanitari – 65% FSN della Calabria ad un assetto del 73% (contributi sanitari) – 27% (FSN) della Lombardia» (v. *Libro Bianco sui principi fondamentali del SSN*, curato dal Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "V. Bachelet", 2008, 47).

[114] Di cui poteva disporre l'erogatore del servizio, *in primis* le aziende sanitarie locali (v., sul punto, *ex multis*, la sent. n. 390 del 2008).

[115] Ovverosia, IRAP, addizionale IRPEF, compartecipazione all'IVA, accise sulla benzina, ed altre entrate proprie.

[116] Si rammenti, infatti, come la procedura di riparto delle risorse disponibili si articolasse in due fasi:

- la legge finanziaria individua(va) il fabbisogno sanitario nazionale, che tecnicamente veniva determinato sulla base di una stima preventiva delle risorse disponibili necessarie per il finanziamento dei livelli essenziali di assistenza; e, quindi,

- si procede(va) alla determinazione del fabbisogno regionale con un Accordo in sede di Conferenza Stato-Regioni, successivamente recepito dal CIPE.

regioni con insufficiente capacità fiscale, onde scongiurare l'eventualità che la predetta quantificazione risultasse insufficiente a finanziare i LEA[117].

Il sistema appena descritto dà ampiamente ragione delle preoccupazioni manifestate da subito dalla Corte costituzionale circa il rischio che il ricorso a finanziamenti *ad hoc* potesse diventare «uno strumento indiretto ma pervasivo di ingerenza dello Stato nell'esercizio delle funzioni degli enti locali, e di sovrapposizione di politiche e di indirizzi governati centralmente a quelli legittimamente decisi dalle Regioni negli ambiti materiali di propria competenza» (v. le sent. n. 16 del 2004; e la sent. n. 423 del 2004)[118]. In ciò, provvedendo essa, in qualche modo, nella latitanza del legislatore, a trarre le prime conseguenze della intervenuta revisione costituzionale, ovvero voltando pagina col conferire effettività all'abbandono dello schema "della copertura finanziaria vincolata"[119]. Per tale via, la Corte si è fatta infatti promotrice, per quanto di ragione, della immediata precettività[120] della disciplina della spesa

[117] Tale meccanismo di perequazione a favore delle regioni con insufficiente capacità fiscale è stato dalla legge chiamato ad operare, si noti, fino al 2013, con riduzione progressiva e costante delle quote integrative (*ex* art. 7, comma 4, del d.lgs. n. 56 del 2000).

[118] Di qui, dunque, i ripetuti interventi del giudice costituzionale, recanti l'auspicio di una pronta attuazione legislativa del dettato costituzionale, al fine, in particolare, «di concretizzare davvero quanto previsto nel nuovo Titolo V della Costituzione, poiché altrimenti si verrebbe a contraddire il diverso riparto di competenze configurato dalle nuove disposizioni» (v., in senso analogo, *ex multis*, le sentt. n. 37 del 2004; n. 222 del 2005; n. 98 del 2007; nonché, con specifico riguardo alla "materia sociale", la sent. n. 10 del 2010, di cui s'è ragionato *supra*, al §6).

[119] Fatta salva, s'intende, la previsione dei meccanismi di perequazione e degli "interventi speciali" (di cui all'art. 119 Cost.).

[120] Nel contempo, secondo un modulo ormai classico, la Corte si è preoccupata di puntualizzare la vigenza, fino all'attuazione della norma costituzionale, di quell'«ulteriore limite per il legislatore statale, rappresentato dal divieto imposto di procedere in senso inverso a quanto oggi prescritto dall'art. 119 della Costituzione […] o di procedere a configurare un sistema finanziario complessivo che contraddica i principi del medesimo art. 119» (v. le sentt. n. 37 del 2004; n. 423 del 2004; n. 222 del 2005; n. 118 del 2006; e n. 142 del 2008). Quanto al merito, su questa base la Corte è stata ferma nel censurare stanziamenti, da parte dello Stato, di somme a *destinazione vincolata*, ovvero l'apposizione di "vincoli puntuali relativi a singole voci di spesa", in materie e funzioni la cui disciplina sia di spettanza del legislatore regionale, «siano esse rientranti nella competenza esclusiva delle Regioni ovvero in quella concorrente, pur nel rispetto, per quest'ultima, dei principi fondamentali fissati con legge statale» (v. la sent. n. 423 del 2004, in cui vengono richiamate le sentt. n. 370 del 2003 e n. 16 del 2004; v. inoltre, in senso analogo, successivamente, *ex multis*, la sent. n. 287 del 2005 e la sent. n. 105 del 2007). E, più in generale, nell'arginare le varie forme di "prosecuzione" «di una pratica di trasferimento diretto di risorse dal bilancio dello Stato ai Comuni per scopi determinati dalla legge statale, in base a criteri stabiliti, nell'ambito della stessa legge, dall'amministrazione dello Stato: pratica che ha trovato nel passato frequente impiego, sulla base della premessa per cui la finanza locale era materia rimessa alla legislazione statale e alla gestione amministrativa del Ministero dell'interno […], ma che oggi risulta del tutto estranea al quadro costituzionale delineato dal nuovo articolo 119 della Costituzione» (sent. n. 16 del 2004; v., inoltre, la sent. n. 399 del 2006, e, nello stesso senso, già in precedenza, la sent. n. 370 del 2003).

e del trasferimento di risorse dal bilancio statale, «in conformità al nuovo riparto di competenze e alle nuove regole» di cui all'art. 119 Cost. (sempre nelle decisioni poco più sopra menzionate), non senza trascurare l'operatività del principio di leale collaborazione che, secondo la Corte stessa, deve ispirare l'intero impianto della riforma (v. la sent. n. 222 del 2005)[121].

In particolare, per quanto più direttamente ci riguarda, la Corte si è opposta a letture volte ad utilizzare i LEP come "cavallo di troia" in vista, esclusivamente, della riproposizione di fondi statali con vincoli di destinazione[122], ad eccezione del caso in cui gli stanziamenti siano volti ad assicurare il finanziamento di LEP già legislativamente determinati[123]. Inoltre, un altro interessante campo di intervento della Corte costituzionale è stato costituito dai c.d. "*patti di rientro sanitari*" (v., ad es. la sent. n. 98 del 2007; e, da ultimo, la sent. n. 131 del 2012)[124] che, in base alla giurisprudenza così formatasi, risultano chiamati comunque a garantire il «rispetto dei livelli essenziali di assistenza» (ord. n. 204 del 2011; e, per profili diversi, la sent. n. 2 del 2010 e la sent. n. 325 del 2011)[125].

[121] Cfr., *supra*, la nota 37.

[122] In quest'ottica (e sulla base di quanto s'è osservato *supra*, al §6), essa ha, pertanto, censurato normative che, lungi dal determinare un qualche «livello di prestazione», si limitavano a prevedere, nella sostanza, solo «somme a destinazione vincolata» (v., in tal senso, ancora la sent. n. 423 del 2004, in cui si richiamano le sentt. n. 282 del 2002, e n. 88 e n. 370 del 2003), o «soltanto meri finanziamenti di spesa» (v. la sent. n. 50 del 2008; e, nello stesso senso, la sent. n. 168 del 2008).

[123] Il giudice delle leggi si è dimostrato, invece, più accondiscendente nell'ammettere la possibilità che, a seguito di manovre di finanza pubblica, si determinino riduzioni nella disponibilità finanziaria delle Regioni, «purché esse non siano tali da comportare uno squilibrio incompatibile con le complessive esigenze di spesa regionale e, in definitiva, rendano insufficienti i mezzi finanziari dei quali la Regione stessa dispone per l'adempimento dei propri compiti» (v. la sent. n. 155 del 2006; e, in precedenza, la sent. n. 29 del 2004).

[124] Trattasi, com'è noto, per l'appunto di "patti" stipulati, periodicamente, tra Stato e Regioni, funzionali a definire gli impegni finanziari dei diversi livelli territoriali di governo della sanità e a promuovere una responsabilità condivisa in merito al rispetto degli equilibri di bilancio (v. ad es. l'Accordo Stato-Regioni del 3 agosto 2000; l'Accordo Stato-Regioni dell'8 agosto 2001; l'Intesa Stato-Regioni del 23 marzo 2005; l'Accordo Stato-Regioni del 28 ottobre 2006), v., *amplius,* sul punto il dossier curato dalla Camera dei deputati: "*Controllo della spesa sanitaria. I disavanzi sanitari regionali*". Chiamata a pronunciarsi sulla loro legittimità, la Corte ne ha fatto salve le ragioni, col chiarire che il finanziamento (da parte statale) «ben può essere subordinato a particolari condizioni finalizzate a conseguire un migliore o più efficiente funzionamento del complessivo servizio sanitario, tale da riservare in ogni caso alle Regioni un adeguato spazio di esercizio delle proprie competenze nella materia della tutela della salute», nel rispetto, pur sempre, del principio di leale cooperazione, e ferma restando la possibilità per le stesse Regioni di scegliere se aderire o meno alla proposta dello Stato, s'intende, restando, nella seconda ipotesi, obbligate a far fronte al *deficit* «con i propri strumenti finanziari ed organizzativi» (!) (v, la sent. n. 98 del 2007).

[125] Diversamente, secondo la Consulta, è all'origine della «lesione di un principio fondamentale della materia del coordinamento della finanza pubblica di cui all'art. 117, terzo comma, Cost.», in ragione dell'incoerenza che presenta rispetto agli obiettivi fissati dal Piano

## 7. I LEP tra principio personalista e interessi economici

Come s'è in parte anticipato (nel precedente paragrafo), il "modello" di finanziamento inizialmente previsto per il (solo) settore sanitario e ripreso dal "nuovo" art. 119 della Costituzione, sarebbe stato destinato a bene integrarsi, ad una certa distanza di tempo, coi "presupposti" della legge delega in materia di federalismo fiscale[126]. Analogamente a quello, infatti, anche la l. n. 42 del 2009 ha previsto sia la *soppressione dei trasferimenti statali diretti* (*ex* art. 8, lett. *f)*), sia l'*istituzione di un fondo perequativo* (*ex* art. 9). Più nel dettaglio, la normativa, in un quadro notevolmente complesso, si è premurata di distinguere nettamente tra spese relative ai LEP e tutto ciò che non attiene ai LEP[127], riservando alle prime una *"dotazione fiscale"* finanziata con il gettito:

- dei *tributi propri derivati delle regioni*[128]
- dell'addizionale IRPEF e
- della compartecipazione regionale all'IVA; nonché, se del caso,
- da *trasferimenti perequativi* di tipo verticale (dallo Stato alle Regioni)[129],

di rientro, una legislazione regionale che, in una situazione di *deficit*, preveda l'introduzione di livelli essenziali di assistenza aggiuntivi (v. la sent. n. 32 del 2012; la sent. n. 163 del 2011; e, per diverso profilo, la sent. n. 33 del 2012).

[126] Tanto da indurre a considerare come il meccanismo di finanziamento della sanità «già [soddisfacesse], in larga parte, i criteri della delega» e a considerare l'impianto previsto dalla l. n. 42 del 2009 alla stregua, specificamente, di «uno schema pensato per la sanità» (così M. C. Guerra, *Audizione informale* del 22 febbraio 2011, sullo Schema di decreto legislativo recante "Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle Regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario" (atto n. 317), presso la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale), 2. Cfr., in tal senso, da ultimo, anche A. Petretto, *Modelli economici di organizzazione sanitaria e finanziamento*, e R. Balduzzi, *Alcune conclusioni: la difficile equivalenza dei sottosistemi sanitari regionali*, entrambi in *Diritto alla salute tra uniformità e* differenziazione, cit., rispettivamente, a p. 101 e a p. 165.

[127] Precisa il legislatore (all'art. 8, comma 1, lett. *a),* della l. n. 42 del 2009): nell'ambito delle spese "connesse a materie di competenza legislativa di cui all'articolo 117, terzo e quarto comma, della Costituzione nonché delle spese relative a materie di competenza esclusiva statale, in relazione alle quali le regioni esercitano competenze amministrative". Con riguardo alle forme di finanziamento delle spese non riconducibili ai LEP, cfr., *ex multis*, G. Pisauro, *I rapporti finanziari tra lo Stato e le Regioni*, in V. Nicotra, F. Pizzetti, S. Scozzese (curr.), *Il federalismo fiscale*, Roma, 2009, 73 e ss.; V. Ceriani, *I rapporti finanziari tra lo Stato e le Regioni*, ivi, 87 e ss.; A. Zanardi, *La perequazione regionale*, 99 e ss.; e A. Poggi, *Costi standard e livelli essenziali delle prestazioni*, 122 e ss.

[128] Tributi, cioè, come precisa l'art. 7, comma 1, lett. *b)*, n. 1, istituiti e regolati da leggi statali, il cui gettito, "valutato ad aliquota e base imponibile uniformi", è attribuito alle regioni" (v., ad es., l'IRAP); v., *amplius*, sul punto, *ex multis*, L. Salvini, *I tributi propri di Regioni, Province e Comuni. Profili tributari*, in *Il federalismo fiscale,* cit. 213 e ss.

[129] V., per il solo anno 2013, l'art. 15, commi 5 e 7, del d. lgs. n. 68 del 2011 (recante "Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario").

in modo tale da garantire "il finanziamento integrale in ciascuna regione" del fabbisogno *standard*. Là dove, si noti, con riferimento a quest'ultimo tipo di finanziamento, per le spese diverse dai LEP la copertura è collegata non al "fabbisogno standard" ma alla "capacità fiscale" delle Regioni, per cui (*ex* art. 9, lett. e), 1)): "le Regioni con maggiore capacità fiscale, ossia quelle nelle quali il gettito per abitante del tributo regionale [...] supera il gettito medio nazionale per abitante, non ricevono risorse dal fondo" (c.d. "perequazione parziale")[130].

Il legislatore di attuazione, dal canto suo, ha proceduto ad individuare singolarmente i settori relativi ai LEP ritenuti di immediato interesse, e, cioè, sanità, assistenza, istruzione, e trasporto pubblico locale, là dove solo per la sanità emerge, però, la preoccupazione di prefissare con precisione i criteri di finanziamento (*ex* art. 14, del d. lgs. n. 68 del 2011), rinviandosi, invece, a separati provvedimenti – da adottarsi, si noti, *con d.P.C.m.*, previa intesa con la Conferenza unificata – per la definizione dei fabbisogni per altri settori (secondo, dunque, lo schema di cui s'è ragionato *supra*, al §3).

Tra le varie critiche che una tale normativa ha suscitato, talune hanno avuto di mira, proprio, la diversificazione di disciplina in materia di perequazione, la quale, con lo «scardinare la visione unitaria che il legislatore costituzionale ha manifestato nell'art. 119 della Carta» non è parsa «in linea con il divieto costituzionale di imposizione di vincoli di destinazione[131]». Inoltre, si guarda con cautela e con una certa preoccupazione all'eventualità che, specie nei momenti di crisi, possa essere solo l'"essenziale" (ovvero, in concreto, ciò che è considerato tale dal legislatore) ad essere "garantito"[132] dallo Stato. E, a maggior ragione, all'«ipotesi in cui il superamento del limite di spesa individuato mediante il ricorso ai costi standard avvenga in un contesto di tassazione locale già esercitata ai massimi livelli consentiti dalla legge» per cui i LEP potrebbero risultare «*de facto* non erogabili e quindi inesigibili da parte della collettività[133]».

Quanto appena osservato conduce, si può dire, sia pure continuando a mantenere come paradigma il settore sanitario, al cuore del problema: ossia alla questione del *metodo di finanziamento dei LEP*. Si tratta, in altri termini, dell'individuazione dell'equilibrio tra bisogni individuali (e, nel complesso,

[130] Sui profili di dubbi di costituzionalità di una tale previsione normativa, cfr. *ex multis*, A. Simoncini, *Livelli essenziali delle prestazioni e diritto alla salute dopo la legge n. 42 del 2009: basta la «leale collaborazione?»*, in *Verso il decentramento delle politiche di welfare*, cit., 110.

[131] Così N. Longo, *I livelli essenziali della prestazioni quale clausola di omogeneità sul territorio nazionale*, Roma, 2012, 151 e ss.

[132] Cfr., al proposito, I. Ciolli, *I diritti sociali alla prova della crisi economica* (vers. provv. della relazione tenuta nel Convegno sul tema: "*Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Roma, 26-27 aprile 2012), 16 e ss.

[133] Così, ancora, N. Longo, *I livelli essenziali della prestazioni quale clausola di omogeneità sul territorio nazionale*, cit., 152.

sociali) e costi (e quindi spesa) da finanziare, essendo su questo rapporto che si regge l'intera impalcatura del sistema di finanziamento dei LEP stessi. Deducendosi, da ciò, che, almeno in linea teorica, i bilanci pubblici dovrebbero finanziare integralmente i bisogni *seriamente* ed *effettivamente accertati*: che è quanto dire che i diritti sociali hanno a loro volta diritto ad essere sostenuti finanziariamente e che da parte dello Stato e degli altri enti di natura politica v'è l'obbligo di finanziare integralmente questi diritti: pena la loro incompiuta giustiziabilità. Ciò che è tanto più vero, specie se si condivide l'idea che «nei sistemi costituzionali avanzati (dei sistemi economicamente progrediti)» le risorse economiche siano «così elevate che il problema sta assai meno nel loro totale che non […] nella loro distribuzione tra i vari impieghi[134]». Di qui, tra l'altro e detto solo per inciso, l'indubbio favore con cui si può ed anzi si deve guardare alle varie forme di contrasto non solo agli "sprechi", ma anche alla corruzione e all'evasione fiscale[135]..."opportunità" tendente a divenire vera e propria "doverosità", da parte degli organi di governo, se solo si pensa che, ad es., la "spesa" per il comparto sanitario, che è tra quelle maggiormente incidenti sui conti pubblici, risulta nel complesso perfettamente in linea con la media dei paesi OECD e nettamente inferiore rispetto a paesi a noi molto vicini (come, ad es., la Francia).

Trattasi, insomma, a ben vedere, dell'eterna "contesa" non solo e non tanto tra le ragioni della "politica" e quelle dell'"economia", quanto, soprattutto, tra quelle inerenti al *valore della persona* in sé e di per se stessa considerata, da un lato, e ad *interessi di altro tipo*, dall'altro lato[136]… nel dispiegarsi

[134] Così M. Luciani, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, cit. 14.

[135] Cfr., al proposito, la Relazione del Procuratore generale della Corte dei conti, presentata in occasione della Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario (il 6 febbraio 2012), da cui emerge che «ogni anno lo Stato perde tra costi della corruzione ed evasione fiscale (spesso collegata alla prima) un'ingente quantità di denaro» (pp. 100-101). Così, mentre si apprende da altre fonti che nel 2010 i redditi non dichiarati sono ammontati a circa 49,2 miliardi di euro (v. Il Sole24ore del 31 gennaio 2010) è lo stesso giudice contabile a segnalare che «l'entità monetizzata della corruzione annuale in Italia è stata correttamente stimata in 60 miliardi di euro», per cui «rispetto a quanto rilevato dalla Commissione EU l'Italia deterrebbe il 50% dell'intero giro economico della corruzione in Europa!».

[136] Cfr., sul punto, Caretti, il quale tiene a considerare che «fra esigenze economico-finanziarie ed esigenze sociali il bilanciamento va comunque compiuto, e la nostra Costituzione impone che si tratti di un bilanciamento ineguale, o meglio ancora che non si tratti di un vero e proprio bilanciamento (che è sempre fra eguali), perché il fine (il soddisfacimento dei diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l'efficienza economica)», ovvero, in quanto «il fine è sempre e solo il soddisfacimento dei diritti della persona, non mai l'efficienza economica in sé e per sé» (P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2011, 491). Da un punto di vista più particolare, sottolinea la necessità di avere sempre presente «che il sistema sanitario e socio-sanitario ha come obiettivo il completo benessere psico-fisico delle persone, le quali non possono (e non devono) essere

della quale la Corte, proprio in tema di LEA sanitari, non ha esitato a prendere una posizione di aperto supporto per il primo dei due termini del binomio, affermando di non condividere quell'approccio ermeneutico «che fa dipendere totalmente gli interventi pubblici in materia sanitaria dalle esigenze finanziarie di bilancio», dovendosi rapportare i livelli di assistenza «agli obiettivi di tutela della salute individuati a livello internazionale», e «prevedere livelli di assistenza che siano comunque garantiti a tutti i cittadini» (v. la sent. n. 355 del 1993[137], confermata, per un tale profilo, dalla successiva giurisprudenza concernente il diritto alla salute[138]).

Ebbene, mi pare che dal c.d. "disegno federalista" non emerga una netta presa di posizione a favore di un tale approccio ("*personalista*"). Anzi, semmai, tutta una serie di elementi inducono a ritenere il contrario, a partire dal fatto che l'intero impianto richiede (per necessità o per vocazione) di operare nell'ambito dei vincoli finanziari vigenti, non dovendone derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, per arrivare alla considerazione del contesto in cui è avvenuta la riforma. "Nel mezzo", poi, il palesato intento della legge di superare lo schema della "finanza derivata", fondato

considerate come mere entità numeriche da modellare su logiche di tipo mercantile o pseudo-aziendalistico, che spesso servono solo a nascondere visioni imperniate nell'esclusiva (e malintesa) prospettiva del profitto» A. De Tura, in *Il rapporto tra legislazione statale e legislazione delle Regioni ad autonomia differenziata in sanità: il "modello" Sardegna*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2012, 15.

[137] Nel caso di specie la Regione Valle d'Aosta aveva impugnato, tra l'altro, l'art. 1 del d.lgs. n. 502 del 1992, lamentando il fatto che un tale disposto avrebbe subordinato gli interventi pubblici in materia sanitaria alle esigenze finanziarie di bilancio, così ledendo il diritto dei cittadini alla sicurezza sociale (*ex* art. 38 Cost.) e lo stesso diritto alla salute (*ex* art. 32 Cost.).

[138] V., in partic., la sent. n. 185 del 1998, dove si afferma che «nei casi di esigenze terapeutiche estreme, impellenti e senza risposte alternative, come quelle che si verificano in alcune patologie tumorali, va considerato che dalla disciplina della sperimentazione, così prevista, scaturiscono indubbiamente aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute. Sì che non può ammettersi, in forza del principio di uguaglianza, che il concreto godimento di tale diritto fondamentale dipenda, per i soggetti interessati, dalle diverse condizioni economiche». Nonché, le sentt. n. 309 del 1999 e n. 354 del 2008, in cui lo stesso giudice costituzionale rammenta di aver «ripetutamente affermato che la tutela del diritto alla salute non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone» e di aver, però, «anche precisato […] che le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana» (richiamando tra i propri precedenti – le si può menzionare tutte insieme – le decisioni: n. 455 del 1990, n. 247 del 1992, n. 218 del 1994, n. 304 del 1994, n. 416 del 1995, n. 267 del 1998, n. 509 del 2000, n. 252 del 2001, e n. 432 del 2005). Cfr. sul tema, E. Cavasino, *Perché costruire il diritto alla salute come "diritto a prestazione" rende le forme normative dell'uguaglianza dipendenti dal limite economico-finanziario e ridimensiona l'effetto garantistico del "contenuto minimo essenziale"*, e, da una diversa prospettiva, A. Rovagnati, *La pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*.

sull'applicazione dei criteri del "pié di lista" e della "spesa storica"[139], a tutto vantaggio, in prospettiva, di un modello di "sostentamento" (auto)finanziato, in massima parte, dagli stessi enti territoriali[140], sulla base di "costi" al possibile "convergenti"[141]. Anche se è poi, soprattutto, l'uso ambiguo, fatto dal legislatore, del concetto di "*fabbisogno standard*" a suscitarmi i più forti interrogativi, essendo, questo, nella e dalla legge associato non ai "bisogni individuali" effettivi (ovvero, alla "domanda" proveniente dalla società), ma ai "costi standard"[142] *presunti* dallo stanziatore delle risorse (ovvero, all'"of-

[139] Criteri che, secondo parte della dottrina, favorirebbero il fatto per cui «chi più ha speso in passato può continuare a farlo, mentre chi ha speso meno – perché è stato più efficiente – deve continuare a spendere di meno» (così, in partic., L. Antonini, *La rivincita della responsabilità. A proposito della nuova Legge sul federalismo fiscale*, in *http://www.csfederalismo.it/index.php/it/progetti/osservatorio-sul-federalismo-fiscale/note-e-commenti/item/118*, 8). Si suole al proposito ricordare come, alla fine degli anni Settanta, coi "decreti Stammati" (e, cioè, il d.l. n. 2 del 1977, recante "Consolidamento delle esposizioni bancarie a breve termine di comuni e province", conv. nella l. n. 62 del 1977, e il d.l. n. 946 del 1977, recante "Provvedimenti urgenti per la finanza locale", conv. nella l. n. 43 del 1978) si fossero estinti tutti i debiti degli enti locali, addossandone il peso sul bilancio dello Stato, coll'autorizzare la Cassa depositi e prestiti a concedere mutui decennali per trasformare in finanziamento a lungo termine i debiti da questi contratti e le loro anticipazioni di tesoreria. Per diverso profilo, significativo è che nella prima metà degli anni Ottanta (v.d. il c.d. "decreto-legge Andreatta1", convertito con la L. n. 153 del 1981; e la l. n. 131 del 1983, di conversione del decreto-legge "Goria 1") si sia posto, tra le prime volte, l'obbiettivo di operare un riequilibrio delle dotazioni degli enti locali, attraverso la istituzione di un fondo perequativo (nel 1985, pari al 3,5%), che andò ad affiancarsi ai trasferimenti ordinari sulla base della spesa storica (nel 1985, pari 70% delle entrate totali); ed alle entrate proprie, divise in entrate tributarie (nel 1985, pari al 12%) ed entrate extratributarie (nel 1985, pari al 14,5%). Nel frattempo, la spesa pubblica italiana aveva raggiunto il 40,6% del PIL contro il 30,1% del 1960.

[140] Ciò, nella convinzione, in particolare, che «la sostituzione del criterio della spesa storica quello del costo standard [determinerebbe] in se stessa un effetto virtuoso, perché l'inefficienza non [verrebbe] più finanziata», dato che «se una Regione volesse continuare a superare il costo standard» quella amministrazione regionale non potrebbe più chiedere allo Stato di pagare a piè di lista quella spesa, ma dovrebbe aumentare le proprie imposte sui propri cittadini «Che chiederanno il conto e giudicheranno con il voto» Così L. Antonini, *La prospettiva del nuovo federalismo fiscale*, in *www.legatuonomie.it,* 5-6.

[141] Cfr., a tale riguardo, da ultimo, A. Sterpa, *Diritti e* forma di regione, in R. Nania (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali,* Torino, 2012, 475 e ss.

[142] Nozione a cui è stato riconosciuto, significativamente, un «ruolo chiave» (C. Buratti, *Federalismo fiscale all'italiana: il ruolo chiave dei livelli essenziali delle prestazioni e dei costi standard*, in *http://www-3.unipv.it/websiep/wp/631.pdf* ); che è stata considerata «il nucleo» della riforma c.d. "federalista"(così A. De Petris, *La legge delega n. 42/2009 sull'attuazione dell'art. 119 Cost. in materia di federalismo fiscale: aspetti procedurali e sostanziali*, in J. Woelk (a cura di) *Federalismo fiscale tra differenziazione e solidarietà. Profili giuridici italiani e comparati*, Bolzano, 2010, 28); nonché «l'architrave» del federalismo fiscale (così A. Petretto,

ferta" dello Stato). E infatti, l'ammontare dei finanziamenti viene calcolato in base al "costo standard" di ciascuna prestazione, determinato a livello centrale. Ciò che, tra l'altro, con più specifico riguardo ai LEP, porta a concludere che la "copertura integrale" della spesa sia associata – e, quindi, circoscritta – ai soli costi "standardizzati" (ovvero, per l'appunto, al fabbisogno *standard*) e non, invece, a quelli che (sulla base del reale bisogno) rischierebbero di "sforare" un tale "tetto" di spesa. Che, poi, quella da ultimo richiamata non sia un'ipotesi puramente teorica è dato di vedere in quegli studi che dimostrano "per via matematica"[143] qualcosa d'intuitivo: la difficoltà, cioè, a procedere ad una qualche "standardizzazione" bisogno sociale[144].

Si può forse solo pensare che al legislatore sia mancato il tempo o la volontà di comprendere la difficoltà, tendente a divenire, in settori particolarmente complessi (come quello sociale), vera e propria impossibilità, di trasformare *ex ante,* in un valore numericamente apprezzabile, un elemento per sua stessa natura estremamente imprevedibile, quale "il bisogno sociale", che dunque può essere quantificato, con una certa precisione, solo "*ex post*"[145].

*Costi e fabbisogni standard nei comuni: grande innovazione istituzionale o utopia?,* in *http://www.irpet.it/storage/attivitaallegato/490_Nota%20Federalismo%206.pdf*, 1).

[143] V., ad es., C. Cislaghi, E. Di Virgilio, I. Morandi, G. Tavini, *Bisogni, Consumi, Costi: determinazione e riparto delle risorse del Servizio Sanitario Nazionale*, 2008, in *http://www.agenas.it/agenas_pdf/Bisogni_Consumi_Costi.pdf*.

[144] Significativo, peraltro, è il fatto che a tali conclusioni arrivano anche coloro i quali, adottando un approccio di tipo economico al problema della determinazione dei livelli essenziali, si trovano a dover concludere per la necessaria «integrazione del modello economico nel modello umanistico», considerando come sia «quasi impossibile pensare di poter anche solo grossolanamente misurare o stimare tutte le variabili necessarie per applicare il modello stesso» (v. M. Braga, C. Cislaghi, *Problemi di modellizzazione dei livelli essenziali di assistenza*, in *http://www.agenas.it/agenas_pdf/1_Livelli_essenziali_articolo.pdf*, 10).

[145] Ciò che, ci pare, è tanto più verosimile se solo si pensa al fatto che la l. n. 42 del 2009 prevede che le aliquote dei tributi e delle compartecipazioni destinati al finanziamento delle spese riconducibili al vincolo dei livelli essenziali siano determinate "al livello minimo assoluto sufficiente ad assicurare il pieno finanziamento del fabbisogno corrispondente ai livelli essenziali delle prestazioni" (*ex* art 8, lett. *g)*). Così parte della dottrina s'è interrogata «sulla stessa sostenibilità [partic. sanitaria] del federalismo fiscale» e ad auspicare, «da parte del legislatore delegato e di tutto il complesso Parlamento-Governo-Autonomie, una particolare attenzione volta a interpretare tale disposizione adeguandola alla lettera e allo spirito dell'art. 117, comma 2, lett. *m)*, Cost., e dunque restando saldamente agganciati al termine "essenziali" (così R. Balduzzi, *Alcune conclusioni: la difficile equivalenza dei sottosistemi sanitari regionali*, in *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, cit., 163).

È stato, poi, proprio e soprattutto in sede di attuazione[146] che è emerso quale sia stato, in concreto, l'approccio seguito – e, cioè, in sintesi estrema, un *approccio economico-finanziario "a risparmio"*[147] –, di cui il richiamo agli "obiettivi di servizio[148]" (contenuto nella stessa rubrica dell'art. 13 del d. lgs. n. 68 del 2011), certamente più familiari in altri sistemi (culture?) di *welfare*[149], possono reputarsi qualcosa di più di un semplice "segnale".

## 8. "Governo tecnico" e (continuità dell') "accentramento" delle politiche di spesa: una "fase due" dei livelli essenziali delle prestazioni?

All'approccio testé richiamato ha dato nuovo smalto il "governo tecnico" formatosi nel novembre 2011, col portare avanti in modo insolitamente fluido la ormai ben nota politica di revisione della spesa pubblica, altrimenti denominata "*spending review*" (un tempo, probabilmente, sempre volendo rifarsi a termini stranieri, si sarebbe parlato, più accoratamente, di "*austeri-*

[146] Il d. lgs. n. 68 del 2011 ha, infatti, previsto un procedimento piuttosto complesso nell'ambito del quale risulta determinante la *quantificazione dei costi e dei fabbisogni standard regionali* (*ex* art. 27), per la quale si prevede di applicare i valori di costo rilevati in tre regioni di riferimento (là dove, ai sensi dell'art. 27, comma 5, le "regioni pilota" sono scelte tra le cinque, appositamente individuate con decreto, che hanno garantito i LEA in condizione di equilibrio economico, di efficienza e appropriatezza). Per la precisione, il riparto regionale (FSR) viene effettuato tenendo a riferimento il "valore percentuale di fabbisogno di ciascuna Regione" dato dal rapporto tra il fabbisogno sanitario *standard* di ciascuna regione e la somma dei fabbisogni regionali *standard*, risultanti dall'applicazione a tutte le regioni dei costi rilevati nelle suddette tre "regioni pilota", rappresentabile dalla proporzione che segue, da cui emerge l'"azione" a risparmio del meccanismo elaborato dal legislatore, dato che i costi nelle "regioni pilota" prese a parametro sono minori rispetto ai costi delle regioni "ordinarie" ed è ai primi che queste ultime sono chiamate ad adeguarsi):

| **Fabb. san. nazionale (FSN) : Fabb. san. regionale (FSR) = Costi regioni pilota (CP) : Costi regioni ord. (CR)** | | | |
|---|---|---|---|
| 100% | (X) | <100% | 100% |

[147] Lo stesso giudice contabile, del resto, ha dimostrato «la possibilità di realizzare», nella messa a punto di un simile impianto normativo (con riguardo al comparto sanitario) «una riduzione del costo complessivo netto di circa 2,3 miliardi, pari al 2,7 per cento in meno rispetto al risultato 2007» (v. Corte dei conti, sez. riunite in sede di controllo, *Elementi per l'audizione in materia di federalismo fiscale* (audizione presso le Commissioni riunite bilancio e finanze della Camera) del 12 febbraio 2009 (reperibile, tra l'altro, in *http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/documenti_per_il_parlamento/12_febbraio_2009_federalismo_fiscale.pdf*, 7).

[148] V., al proposito, anche quanto si illustra sul sito istituzionale del Ministero per lo sviluppo economico (in *http://www.dps.tesoro.it/obiettivi_servizio/*).

[149] Cfr, in particolare, la nozione di "*target*" e, fatte le dovute differenze del caso, quello di "costo standard" (che ricorda molto da vicino lo "*standard spending assessment*" britannico.

*ty*"…). Così, l'8 agosto 2012 è stata promulgata la legge di conversione del D.L. n. 95 del 2012[150], vale a dire, uno dei pilastri normativi della politica governativa di revisione (*rectius*: riduzione), per l'appunto, della spesa pubblica. Intervento normativo che è andato a toccare pressoché tutti i vari capitoli di spesa del bilancio dello Stato: Ministeri, amministrazione pubblica, e, per quanto di ragione, anche gli enti territoriali[151]…con l'obiettivo di ottenere un «risparmio per lo Stato [...] di 4,5 miliardi per il 2012, di 10,5 miliardi per il 2013 e di 11 miliardi per il 2014[152]». E che comunque non ha messo in discussione una seconda traiettoria evolutiva che pare accomunare la più gran parte dei sistemi nell'area europea, alla ricerca di moduli alternativi di "gestione" del *welfare*: il coinvolgimento, cioè, nell'accresciuta compartecipazione al finanziamento, da parte dei beneficiari[153].

[150] Trattasi, per la precisione, del d.l. n. 95 del 2012 (Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini), conv., con modif., nella l. n. 135 del 2012.

[151] In particolare, il decreto prevede la riduzione per l'acquisto di beni e servizi e trasparenza delle procedure; delle dotazioni organiche delle pubbliche amministrazioni; delle spese in materia di pubblico impiego; la razionalizzazione del patrimonio pubblico e la riduzione dei costi per le locazioni passive; delle società pubbliche e *in house*; della spesa dei ministeri; di pubblica istruzione, università, enti di ricerca; e della sanità.

[152] È quanto si legge nel Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri del 5 luglio 2012, da cui si ricava, altresì, che ad un tale esito si dovrebbe pervenire attraverso la riduzione «degli eccessi di spesa delle pubbliche amministrazioni [Stato centrale, Regioni, Province, Comuni ed enti pubblici non territoriali], per la parte relativa ai beni e servizi» (la stima dell'eccesso di spesa in capo alle amministrazioni dovrebbe avvenire tenendosi a parametro un *benchmark* di riferimento: il c.d. «indicatore di valore mediano di spesa», per il cui calcolo sono state prese in considerazione, tra l'altro, 72 merceologie), e «delle dotazioni organiche delle pubbliche amministrazioni» (oltre che per tramite della «razionalizzazione del patrimonio pubblico, l'organizzazione degli enti pubblici e la soppressione di enti e società»), nonché, sulla base di quanto emerso dall'«elaborazione svolta dai Ministeri, ciascuno per la parte di propria competenza».

[153] Il meccanismo di contribuzione dei singoli (assistiti) ai costi delle prestazioni (c.d. "*ticket*"), concorre, attualmente – anche in forza del sostanziale avallo della giurisprudenza costituzionale (v., esemplarmente, la sent. n. 203 del 2008) – a pieno titolo alle disponibilità finanziarie complessive per il finanziamento della spesa pubblica di settore. Da una tale situazione né e scaturita, si noti, un po' come per il "servizio universale" (v., *supra*, la nota 84), l'esigenza di coniugare «una necessaria opera di contenimento della spesa» (v. le sentt. n. 271 del 2008 e n. 330 del 2011, nonché, con più specifico riguardo al *ticket*, già la sent. n. 279 del 2006) con la garanzia della *continuità dell'erogazione della prestazione*, e, altresì, del rispetto del principio della *sostenibilità economica dei costi* da parte degli utenti. Il che è tanto più vero se si ammette, come fa il giudice delle leggi, che «dell'offerta concreta fanno parte non solo la qualità e quantità delle prestazioni che devono essere assicurate sul territorio, ma anche le soglie di accesso, dal punto di vista economico, dei cittadini alla loro fruizione» (v., da ultimo, la sent. n. 187 del 2012). Tuttavia, il fatto che tale meccanismo tenga a parametro il *livello di reddito*, garantendo la gratuità della prestazione (solamente) agli individui meno abbienti, induce a riflettere sull'importanza di un efficace *censimento dei contribuenti*: pena, il rischio concreto di una iniqua duplicazione impositiva sempre sugli stessi soggetti.

In attesa di vedere come evolverà la situazione nella c.d. "fase due" del governo tecnico[154], rileva in questa sede proprio la (non tanto inattesa) continuità[155] tra i due governi che si sono avvicendati nel corso della XVI Legislatura, quanto al perseguimento, appunto, della politica di contenimento della spesa pubblica (si pensi, emblematicamente, oltre che alla "razionalizzazione e riduzione" della spesa degli enti territoriali[156], alla "revisione delle circoscrizioni giudiziarie"[157]): sia pur con la non trascurabile differenza data dal fatto che mentre, in un caso, *l'iter* parlamentare risultava pressoché impraticabile, nell'altro, lo stesso pare più agevolmente percorribile. E, sul versante più prettamente politico (ma i due profili, all'evidenza, si tengono), che la "centralità" del Ministero dell'economia e delle finanze nell'ambito del Consiglio dei Ministri[158] mal si conciliava (almeno in una prospettiva di più lungo periodo) con quell'idea c.d. "federalista" sui cui si è portata l'attenzione, fatta propria, principalmente, com'è noto, da una delle forze politiche che sostenevano il precedente esecutivo. Sicché, era inevitabile giocare sull'equivoco – bene incorporato, si badi, anche dai concetti di "costo" (compresa la "convergenza dei costi") e "fabbisogno" *standard* di cui s'è ragionato per l'innanzi – dell'ottenimento di un "risparmio" che "nel presente" risultava essere "gestito", per così dire, "dall'alto" epperò in un futuro "perdurantemente prossimo" sarebbe dovuto essere affidato al "basso" (vale a dire, ad

[154] Questo il titolo dato dai principali quotidiani del 23 agosto 2012, alla vigilia del primo Consiglio dei ministri dopo la sospensione feriale, volendosi riferire alla "fase della crescita".

[155] Cfr., in particolare, in tal senso, quanto rilevato di recente dalla stessa Corte dei Conti nel "Rapporto 2012 sul coordinamento della finanza pubblica", del maggio 2012 (reperibile in *www.corteconti.it*).

[156] Proprio nell'ottica della "continuità" di cui si diceva per l'innanzi, si osservi il fatto che la "riorganizzazione", "dal centro", della "geografia" e financo della "morfologia" (oltre che delle funzioni), degli enti territoriali, col dichiarato intento di "Riduzione del costo degli apparati politici ed amministrativi", prima di essere consacrata dal "Titolo IV" del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, era stata "anticipata" dal d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. "decreto salva-Italia", conv., nella l. 22 dicembre 2011, n. 214: v., spec., l'art. 23) dello stesso governo tecnico e, soprattutto e prima ancora, era stata prevista dal d.l. n. 31 maggio 2010 n. 78, messo a punto, invece, dal precedente esecutivo (v. spec. il "capo II").

[157] Segnatamente, oltre a quanto previsto dal comma 26 del d.l. n. 95 del 2012, v. il decreto legislativo di revisione delle circoscrizioni giudiziarie (messo a punto sulla base della delega contenuta nell'art. 1, comma 2, della menzionata L. n. 148/2011), approvato dal Consiglio dei Ministri n. 42 del 10 agosto 2012 (di interesse, è, inoltre, il dossier di approfondimento curato dal Governo in *http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/revisione_circoscrizioni_giudiziarie/revisione_circoscrizioni.pdf*).

[158] Con specifico riguardo al Ministero della salute, significative risultano le modifiche apportate dalla l. n. 172 del 2009 (di istituzione del Ministero della Salute) alla l. n. 300 del 1999, in quanto volte, indubbiamente, a rinforzare il ruolo del Ministero dell'economia e delle finanze nell'ambito delle politiche sanitarie, prevedendone il coinvolgimento "per tutti i profili di carattere finanziario" (*ex* art. 1 di modifica dell'art. 47-*bis*), "anche quanto ai piani di rientro Regionali" e "con riferimento ai livelli essenziali delle prestazioni" (*ex* art. 1 di modifica dell'art. 47-*ter*).

enti regionali e locali)[159]. Ciò che sarebbe stato in linea, per l'appunto, con "lo spirito" federale, a detrimento del "centro" rispetto alla "periferia".

Da questo punto di vista, dunque, al c.d. "governo tecnico" va ascritto quanto meno il merito di aver reso più chiare le direttrici del percorso intrapreso, anche e particolarmente, come si accennava, in ragione della scelta (irreversibile?) di "congelare" il *trend* evolutivo del c.d. "federalismo fiscale" (così come "pianificato" nella ridetta l. n. 42 del 2009), a tutto vantaggio di politiche centralisticamente determinate[160]. Che poi si sia trattato di una scelta opportuna (se non a tutti gli effetti "necessitata", è dato di vedere – si badi, indipendentemente dal fatto, di far propria "*a priori*" una posizione favorevole o contro l'idea(le) "autonomista" – dagli elementi di debolezza (veri e propri "*bug*" del sistema) imprescindibili per la realizzazione di riforme "federaliste", che sono nel tempo emersi, anche, proprio, con apparente paradosso, in occasione delle stesse, proclamate, riforme c.d. "federaliste". Ci si riferisce specificamente alla grave carenza di basi informative (c.d. "*gap* informativo"), persino di tipo anagrafico e contabile (!) a tutt'oggi sussistente nel nostro Paese[161]. Così che può non sorprendere che, da ultimo, proprio a tal fine, siano stati attribuiti (v. gli artt. 4 e 5 del c.d. decreto-Bondi[162]) poteri ispettivi assai incisivi su tutte le amministrazioni pubbliche ad un organo "monopersonale" (il c.d. "supercommissario per la *spending review*")[163].

[159] Emblematico, al riguardo, il titolo dello studio di D.P. Giarda, *La favola del federalismo fiscale,* in *Federalismo fiscale tra diritto ed economia*, A. Cerri, G. Galeotti, P. Stancati (curr.), Roma, 2009, 57.

[160] Con l'ingresso sulla scena politica del c.d. "Governo Monti", infatti, la c.d. "riforma federalista" è stata non solo ridimensionata (anche sul piano mediatico), ma sembra aver subìto una vera e propria battuta di arresto. Si pensi (si direbbe, quasi "simbolicamente") ad uno dei primi atti del nuovo Esecutivo: il regime di "tesoreria unica" (previsto dall'art. 35 del c.d. "decreto liberalizzazioni": il d.l. n. 1 del 2012, conv. nella l. n. 27 del 2012), reputato, assai significativamente, da parte alcuni, come un «ritorno» agli istituti in voga negli anni Ottanta (istituti a proposito dei quali, si rinvia allo studio di P. Costanzo, G.G. Floridia, *Sistema c.d. di tesoreria unica e autonomia finanziaria delle regioni*, in *Quad. reg.*, 1986, 85 e ss. e, ora, in G.G. Floridia, *Scritti minori*, raccolti da F. Sorrentino, Torino, 2008, 945 e ss.).

[161] Cfr., ad es., sul punto, L. Antonini, *Il federalismo fiscale. Più società e meno Stato*, in *http://www.sussidiarieta.net/files/Antonini.pdf*, 11; e, in senso analogo, A. Comino, A. De Marco, A. Natalini, *La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni,* in *Welfare e federalismo*, cit., 136 e ss.

[162] Trattasi, per la precisione, del d.l. 7 maggio 2012, n. 52 (recante "Disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica"), conv. nella l. 6 luglio 2012, n. 94.

[163] E fa quanto meno riflettere (circa l'adeguatezza del mezzo), la scelta operata dal d. lgs. n. 216 del 2010 di addivenire all'"identificazione delle informazioni e dei dati di natura strutturale e contabile necessari" per la determinazione dei "fabbisogni standard", acquisendoli, tra l'altro, "tramite rilevazione diretta con appositi questionari" (!) "da inviare ai Comuni e alle Province, anche ai fini di una riclassificazione o integrazione delle informa-

Per diverso profilo, la riforma del Titolo V ha messo in luce la (perdurante) mancanza di "luoghi" e di "modi" istituzionalizzati di concertazione[164], per cui concreto è il rischio che ciò possa riflettersi anche all'atto di determinazione dei LEP. Soprattutto, sul piano teorico (ma non privo di conseguenze pratiche) resta certamente suscettibile di ulteriori riflessioni la questione delle interconnessioni tra il disegno c.d. "federale" ed i livelli essenziali delle prestazioni. E infatti, specie se si condivide l'idea che nella determinazione dei livelli essenziali (va precisato: per come essa è andata sviluppandosi nel tempo, in chiave, cioè, "minimalista") «assume un carattere assolutamente decisivo e cruciale l'aspetto relativo al finanziamento delle prestazioni[165]» ed il «raccordo» tra questo e la "spesa"[166], deve ammettersi che il rinnovato contesto sta facendo emergere un aspetto (specie nei settori diversi da quello sanitario) sinora lasciato in ombra[167]. Ci si riferisce a quella che può essere immaginata come l'"altra faccia della medaglia" dei livelli essenziali: la loro idoneità, cioè, ad innestarsi pure in un contesto che veda il prevalere dell'elemento "unitario" e, per l'appunto, "centralisticamente determinato" (specie con riguardo alle politiche di spesa), trattandosi di una delle "vie di finanziamento" (rimaste) attraverso cui "convogliare" trasferimenti a destinazione vincolata (nell'ambito, s'intende, della "cornice" "di legittimità" tracciata dalla Consulta[168]). Il che, peraltro, "a bocce ferme" presuppone che alla "fissazione" di

zioni contenute nei certificati contabili" (*ex* art. 4, lett. *a)*). Mentre si guarda con favore sia alla previsione (da parte della menzionata legge sul c.d. "federalismo fiscale", e della nuova legge di contabilità nazionale n. 196 del 2009) dell'armonizzazione dei bilanci e dei sistemi contabili delle pubbliche amministrazioni; sia, più, in generale, alla riconduzione, da parte della riforma costituzionale del 2012, della "materia" "armonizzazione dei bilanci pubblici" dalla competenza concorrente (terzo comma) alla competenza esclusiva dello Stato (secondo comma dell'art. 117 Cost.).

[164] Cfr., sul punto, F. Pizzetti, V. Nicotra, *Nuova governance istituzionale e coordinamento fra livelli di governo*, *Il federalismo fiscale*, cit., 69; e l'approfondita analisi di S. Agosta, *La leale collaborazione tra Stato e regioni*, cit., 158 e ss., e

[165] V. CNEL, *Osservazioni e proposte. La definizione e la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della riforma costituzionale del Titolo V,* in *www.cnel.it/* , 2002, 11.

[166] Cfr., sul punto, F. Pammolli, N. C. Salerno, in *http://www.cermlab.it/_documents/_argomenti/CONCLUSIONI.pdf*, 82, che rilevano come proprio un tale raccordo abbia costituito «Una delle mancanze più evidenti del c.d. della Legge 42 e del Decreto 68», dato che per «compierlo, è necessario fissare regole precise e operative sia per la spesa sia per il finanziamento, cosa che il Legislatore non è arrivato fare».

[167] A proposito dell'«indeterminatezza» ed «ambiguità», del testo costituzionale e dei conseguenti ampi spazi di manovra lasciati all'interprete, cfr. D.P. Giarda, *La favola del federalismo fiscale,* in *Federalismo fiscale tra diritto ed economia*, cit., 76.

[168] Cfr., al proposito, *supra*, le note da 118 a 122.

*an*, *quomodo* e *quantum* delle risorse faccia seguito il loro effettivo trasferimento dal livello statale ai livelli inferiori di governo[169], a pena di un rischio concreto di *black out* dell'intero sistema ordinamentale.

[169] Cfr., in tal senso, *ex multis*, D. P. Giarda, *Il pareggio di bilancio nella Costituzione: una prospettiva economica*, in *http://www.astrid-online.it/COSTITUZIO/Documenti/Piero-Giarda-25-ottobre-2011.pdf,* 11. Per un diverso approccio cfr., invece, il Documento dell'Osservatorio per la finanza e la contabilità degli enti locali, approvato nella riunione generale del 7 settembre 2006 e presentato al Ministro dell'Interno, in cui si sostiene che «Non c'è nessuna norma, nel Titolo V, che preveda l'accollo allo Stato del costo dei LEP: ad essi si applica, come a tutte le altre spese per le funzioni pubbliche, il disposto del comma 4 dell'art. 119 Cost.»; mentre ci sarebbe «una garanzia generale di finanziamento di fabbisogni di spesa "normali" date le caratteristiche dell'ente e all'interno di questo finanziamento l'ente dovrà trovare le risorse per soddisfare i LEP» ("*LEP e perequazione finanziaria*", in *http://osservatorio.interno.it/studi/20060907lep.pdf*, 4-5). E quanto dichiarato dall'allora Ministro Sacconi, secondo cui: «Le Regioni devono, con entrate proprie o derivate non importa» (sic!) «garantire l'organizzazione di un adeguato sistema di servizi sociosanitari tarati sui Lea, il tutto sulla base dei costi migliori. Vuol dire che i Lea sono garantiti dappertutto? No, ma neppure adesso. Noi li garantiamo in teoria, poi l'amministratore locale deve essere capace di offrirli; se non è capace deve essere commissariato. Si devono cambiare le regole del gioco. Il federalismo fiscale si sostiene sulla sanzione del commissariamento, che nel Sud può essere rivoluzionario. I Lea sono un *benchmark*, un riferimento, non un diritto» (in *http://www.ftsa.it/_files/download/Allegati/tagli%20fnps/fnps_nazionale_n.pdf*, 7).

# LA PRETESA DI RICEVERE PRESTAZIONI SANITARIE NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE REPUBBLICANO

di Andrea Rovagnati

Sommario: 1. Cenno introduttivo. – 2. Quale tutela per la salute? I dubbi della giuspubblicistica nell'immediato dopoguerra. – 3. Interpretazioni e trasformazioni dell'art. 32, comma 1, Cost. Nei primi trent'anni della storia repubblicana. – 4. Il processo di riforma sanitaria davanti alla Corte costituzionale. – 5. Attuazione legislativa e amministrativa del diritto alla salute negli anni Ottanta. – 6. La garanzia dell'assistenza sanitaria tra giurisdizioni comuni e Corte costituzionale. – 7. Verso un nuovo modello di tutela della salute. – 8. La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale. – 9. L'accesso a prestazioni sanitarie tra organi legislativi, amministrativi, giurisdizionali e Corte costituzionale. Brevi considerazioni conclusive.

## 1. Cenno introduttivo

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana sarebbe stato impensabile teorizzare che uno qualsiasi degli enunciati contenuti in quell'atto potesse essere indicato come base giuridica delle pretese dei singoli di ricevere prestazioni sanitarie dagli apparati pubblici. Oggi, invece, giuristi pratici e teorici condividono la tesi secondo la quale richieste di quel tipo sarebbero garantite dalla Legge fondamentale della Repubblica; stando alla concezione prevalente in questo momento nella comunità degli interpreti, più precisamente, le pretese di vedersi somministrate le cure necessarie per prevenire, vincere o stabilizzare le malattie discenderebbero dall'art. 32 Cost., potendosi e dovendosi ricavare da tale disposizione non solo l'obbligo delle istituzioni pubbliche di attivarsi per la tutela di interessi generali collegati con la salute degli individui, ma anche un "diritto alle prestazioni sanitarie e, quindi, un diritto ad essere curati" di questi ultimi[1].

Com'è noto, il riconoscimento giuridico della dimensione prestazionale del diritto alla tutela della salute non è derivato dall'approvazione di emendamenti al testo originario della Costituzione, ma è conseguito a una profonda e complessa evoluzione che ha caratterizzato l'interpretazione degli enunciati costituzionali indicati oggigiorno come fondamento di quel diritto. Le pagine seguenti ripercorrono alcuni momenti della storia legislativa, giurisprudenziale e dottrinale del secondo dopo guerra, soffermandosi sugli

[1] P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011, 522. Analogamente, *ex multis*, C. Tripodina, *Art. 32*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 325. In giurisprudenza, v. *infra*, par. 6 e 8.

atti normativi, sulle decisioni giudiziarie e sugli scritti teorici che più di altri documentano il realizzarsi dell'evoluzione di cui si è detto, e che meglio di altri consentono di valutare come sia stata considerata realmente nel tempo la pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano.

## 2. Quale tutela per la salute? I dubbi della giuspubblicistica nell'immediato dopoguerra

Non si sostiene certamente nulla di originale se si afferma che i modi di intendere la portata e il significato delle formule costituzionali alle quali si riconduce la pretesa di ottenere trattamenti finalizzati alla cura della salute sono cambiati, anche notevolmente, nell'arco di poco più di mezzo secolo. Per averne contezza potrebbe essere sufficiente ricordare che, nel periodo in cui si svolsero i lavori dell'Assemblea costituente e in quello immediatamente successivo alla loro conclusione, chiunque avesse parlato di un rapporto giuridico intercedente fra l'individuo e lo Stato in ragione dell'art. 32, comma 1, Cost., come oggi si fa comunemente, avrebbe corso il rischio di essere frainteso o non compreso del tutto. Alla cultura giuridica del tempo, infatti, era estranea l'idea stessa che dall'enunciato costituzionale in esame potesse ricavarsi obblighi giuridici per gli apparati pubblici cui corrispondessero situazioni giuridiche soggettive di vantaggio per i cittadini. Piuttosto, i giuristi del secondo dopo guerra si interrogavano sulla natura da riconoscere alle formule enuncianti forme d'intervento dello Stato finalizzate alla tutela della salute, essendo presenti e confrontandosi tesi secondo le quali tali formule dovevano considerarsi esprimere concetti meramente politici e tesi che sostenevano che ad esse dovesse riconoscersi anche carattere giuridico, sebbene non in senso pieno[2]. Neppure i propugnatori di queste ultime tesi, in

[2] Nell'imminenza e all'indomani dell'entrata in vigore della Carta repubblicana, tra chi si orientò per la tesi della valenza giuridica prossima al nulla dell'art. 32 Cost., comma 1, v. G. Treves, *La difesa delle libertà individuali nella Costituzione*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1947, I, 138, che ipotizzò potersi farsi ricorso alla disposizione in commento per l'interpretazione delle leggi in materia, giudicando peraltro che una simile efficacia non avrebbe meritato l'inclusione della disposizione nella Carta fondamentale. Nello stesso senso, G. Balladore Pallieri, *La nuova Costituzione italiana*, Milano, 1948, 58. Assai più numerosi furono i sostenitori della tesi opposta, secondo la quale dall'enunciato "*La Repubblica tutela la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività*" e da quello "*assicura cure gratuite agli indigenti*" avrebbero dovuto trarsi norme giuridiche aventi natura direttiva e programmatica, implicanti cioè un obbligo per il legislatore, che sarebbe stato sfornito di sanzioni giuridiche sino a quando esso non avesse adottato provvedimenti attuativi delle norme medesime, mentre sarebbe stato vincolante dopo tale momento, non potendo il legislatore legiferare in contrasto con tali atti. In tale senso, v. V. Crisafulli, *Costituzione e protezione sociale*, in Id., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 129-132, secondo cui il sistema generale protettivo delineato nella Costituzione imponeva sia l'obbligo di adottare leggi

ogni caso, teorizzavano che la Costituzione conferisse ai singoli una pretesa giuridicamente qualificata a un concreto e fattivo intervento degli apparati pubblici nel campo della protezione, assistenza e promozione della salute[3].

L'evoluzione che ha interessato l'interpretazione delle disposizioni costituzionali che proclamano l'obbligo dei poteri pubblici di tutelare la salute può essere colta però anche da un altro angolo visuale, se si raffronta cioè il significato sostanziale attribuito a quella disposizione nell'immediato dopo guerra con quello che oggi si ritiene che essa esprima. È invero ragionevole ipotizzare che la più parte di coloro che elaborarono il testo della Costituzione prefigurasse un modello di protezione sanitaria destinato a fondarsi su forme di assistenza mutualistica o assicurativa per i lavoratori conformi a quelle che già esistevano all'epoca in cui l'Assemblea svolse la propria attività, con l'integrazione di forme sussidiarie di assistenza sanitaria pubblica a favore degli indigenti analoghe a quelle previste dalla legislazione allora vigente[4]. Presupporre una simile visione, in effetti, spiegherebbe il tenore delle formulazioni che furono riversate nella Carta costituzionale, la quale da un lato stabilì, all'art. 38, che i lavoratori avessero diritto a che fossero preveduti e assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, dall'altro proclamò la salute come diritto fondamentale degli individui prescrivendo per questa ragione alla Repubblica, all'art. 32, l'obbligo di assicurare cure gratuite a coloro che, trovandosi in condizioni di indigenza materiale, non fossero stati in grado di accedere autonomamente a prestazioni sanitarie necessarie per la tutela della loro salute. L'ipotesi che i costituenti fossero orientati alla visione anzidetta e dunque che i significati originari degli enunciati costituzionali fossero quelli

di riforma in ambito sanitario, previdenziale e assistenziale (ivi, 25-27), sia l'obbligo di non attenuare le forme di tutela già in essere all'entrata in vigore della Carta fondamentale e quelle adottate successivamente (ivi, 18-19); M. Lega, *Il diritto alla salute in un sistema di sicurezza sociale*, Roma, 1952, 40-44; C. Lavagna, *Basi per uno studio delle figure soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in *Studi Univ. Cagliari*, Padova, 1953, 18, il quale, pur avendo teorizzato che il diritto alla salute dovesse essere considerato come "*una semplice situazione raccomandata all'introduzione legislativa di provvidenze a tutela della salute*", aveva poi precisato: "*con la solita conseguenza, però, di trasformare detta situazione in altrettante situazioni garantite, ove le provvidenze siano effettivamente legiferate*".

[3] V. però, *infra*, nota 21.

[4] All'epoca dei lavori dell'Assemblea costituente, alle spese per l'assistenza medica e farmaceutica dei lavoratori provvedevano questi ultimi direttamente ovvero indirettamente, previa stipulazione di contratti di assicurazione o adesione a mutue o a casse di previdenza. Per i poveri, invece, il T.U. delle leggi sanitarie (R.D. n. 1265/1934) stabiliva la gratuità sia dell'assistenza medico-chirurgica e ostetrica sia della somministrazione dei farmaci, ponendo le relative spese in capo al Comune, che peraltro avrebbero avuto l'obbligo di provvedere solo quando le forme di assistenza suddette non fossero state assicurate altrimenti. Per quanto riguarda le spese di spedalità per gli indigenti, esse erano state poste a carico dei prossimi congiunti che fossero in grado di sostenerle e, solo in assenza di questi, dei Comuni, dalla L. n. 1580/1931.

appena ricordati, sembrerebbe trovare indiretta conferma dall'analisi delle interpretazioni di quei medesimi enunciati che, sul finire degli anni Quaranta e nei primi anni Cinquanta, furono avanzate dalla dottrina giuspubblicistica. Stando all'opinione della maggioranza degli autori di quel tempo, infatti, per essere conforme alla Costituzione l'azione futura del legislatore sarebbe dovuta essere volta a consolidare e migliorare le esistenti forme di tutela sanitaria, rispettando le logiche delle politiche pubbliche sviluppate nei decenni precedenti e, comunque, svolgendosi in modi commisurati alle possibilità finanziarie dello Stato e della società civile[5].

## 3. Interpretazioni e trasformazioni dell'art. 32, comma 1, Cost. nei primi trent'anni della storia repubblicana

Se è valida l'ipotesi storica sul modello di tutela della salute consegnato nel testo della Costituzione che si è sopra sommariamente delineata[6], è d'ob-

[5] In dottrina, così, espressamente, G. La Selva, *La Costituzione della Repubblica italiana. Principi fondamentali e diritti e doveri dei cittadini*, La Spezia, 1949, 218; implicitamente, V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Roma, 1948, 114, a giudizio dei quali l'ultimo periodo dell'art. 32, comma 1, voleva segnare una direttiva al legislatore per il perfezionamento dell'allora esistente attrezzatura e organizzazione per l'assistenza profilattica e terapeutica ai bisognosi, "*pur rimanendo libera l'assistenza privata (ultimo comma dell'art. 38), e con netta distinzione dalla legislazione sociale (art. 38) per i lavoratori, i quali si* [*sarebbero precostituiti*] *da se stessi, col metodo assicurativo o mutualistico, il diritto a un'adeguata assistenza profilattica e terapeutica*"; S. Lessona, *La tutela della salute pubblica*, in P. Calamandrei, A. Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, I, 335, il quale, pur manifestandosi favorevole alla possibilità di ricavare dall'art. 32, comma 1, l'obbligo per il legislatore di "*assicurare un adeguato trattamento in caso di malattia anche a chi* [fosse] *considerato indigente relativamente all'importanza dei mezzi diagnostici e terapeutici di cui la scienza*" avesse disposto, espresse il convincimento che quella disposizione fosse stata approvata per impegnare la Repubblica unicamente a garantire agli assolutamente indigenti i mezzi necessari a conservare o a ripristinare la propria tutela fisica. *Contra*, V. Crisafulli, *Costituzione e protezione sociale*, cit., 138-141, secondo cui gli artt. 32 e 38 Cost. avevano sì confermato principi vigenti nella preesistente legislazione assistenziale e previdenziale, ma avevano altresì introdotto principi nuovi, in attuazione dei quali gli organi legislativi avrebbero dovuto istituire un sistema di protezione sociale capace di assicurare una completa tutela della integrità fisica e delle esigenze di vita dei cittadini che avessero vissuto del proprio lavoro, in qualsiasi ipotesi di bisogno e sempre attraverso interventi di carattere pubblicistico.

[6] Autorevoli ricerche storiche sugli sviluppi delle politiche sociali in Italia sono giunte alle medesime conclusioni sostenute nel testo. M. Ferrera, *Modelli di solidarietà. Politiche e riforme sociali nelle democrazie*, Bologna, 1993, 233-246, secondo il quale la ragione ultima del rifiuto dell'assunzione di un modello di protezione sociale universalistico ad opera dell'Assemblea costituente si sarebbe dovuta individuare nel fatto che tale modello non era "*sorretto da una adeguata coalizione categoriale e/o da uno schieramento politico effettivamente interessati a promuoverlo*" (ivi, 240).

bligo allora constatare che negli anni successivi quel modello fu messo in crisi e poi abbandonato dagli organi titolari della funzione di indirizzo politico, i quali, com'è noto, si orientarono verso un sistema sanitario pubblico fondato sul principio della universalità dell'accesso a un insieme assai ampio di prestazioni sanitarie, al finanziamento del quale si sarebbe dovuto provvedere con la fiscalità generale.

La volontà politica di intraprendere questo nuovo corso, implicante il superamento dell'allora vigente sistema legislativo di tutela della salute, fu formalizzata nella L. n. 685/1967, con la quale si stabilirono le direttive del programma pluriennale da perseguire nel settore sanitario negli anni a venire[7]. Esse furono individuate nell'istituzione di un servizio sanitario nazionale "*finanziato dallo Stato attraverso il contributo dei cittadini in proporzione alla rispettiva capacità contributiva*", da realizzarsi gradualmente previa "*fusione degli Istituti mutualistici e degli Enti pubblici operanti nel settore della mutualità*", e nell'ambito del quale "*le prestazioni sanitarie – preventive, curative e riabilitative* – [sarebbero dovute essere] *estese a tutti i cittadini*"[8]. Il programma delineato nella legge ricordata fu attuato in tempi ben più lunghi di quelli preventivati, mediante l'assunzione di una pluralità di provvedimenti legislativi statali e regionali[9] e mediante la conseguente creazione di apparati amministrativi ai quali furono affidate funzioni di organizzazione dei servizi sanitari e di erogazione delle prestazioni curative. Superando le difficoltà politiche, istituzionali e finanziarie che avevano rallentato il processo di riforma intrapreso negli anni Sessanta[10], sul finire degli anni Settanta

[7] L'adozione della L. n. 685/1967 diede rilievo giuridico a un processo politico avviato, a livello istituzionale, su impulso del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro. Quest'ultimo, infatti, facendo propri alcuni suggerimenti avanzati dalla Commissione permanente per il lavoro, la previdenza sociale e la cooperazione, istituita in seno ad esso all'inizio del 1960, già nel 1963 aveva raccomandato – tra l'altro – l'estensione della tutela sanitaria a tutti i cittadini, cominciando dall'assistenza ospedaliera, *"attraverso una gestione unica nazionale finanziata dallo Stato"* (v. *Osservazioni e proposte sulla riforma della previdenza sociale*, Roma, 1963).

[8] Art. 71, L. n. 685/1967.

[9] A livello statale, tra le tappe principali del tormentato percorso compiutosi con l'adozione della L. n. 833/1978, quella probabilmente più significativa fu rappresentata dalla adozione della L. n. 132/1968, con la quale si approvò una radicale modifica nell'organizzazione dell'assistenza sanitaria ospedaliera, e non solo. Altrettanto decisiva fu l'adozione del D.L. n. 264/1974, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 386/1974, con il quale si dettarono le norme per l'estinzione dei debiti degli enti mutualistici nei confronti degli enti ospedalieri, il finanziamento della spesa ospedaliera e l'avvio della riforma sanitaria. Mediante i provvedimenti in esame, infatti, lo Stato attribuì alle Regioni quei compiti di assistenza sanitaria in precedenza svolti da enti mutualistici e casse di previdenza, legittimandole a svolgerli avvalendosi degli enti ospedalieri nonché, previo convenzionamento, di altri soggetti autorizzati a erogare prestazioni sanitarie.

[10] Quanto ai problemi istituzionali, v. F. Merusi, *Momenti transitori della riforma sanitaria*, Milano, 1976. Quanto alle difficoltà finanziarie, v. V. Mapelli, S. Prandi, *Finanziamento, spesa e distribuzione del reddito nel sistema sanitario italiano (1965-1975)*, in *Economia pubblica*, 1979, 109.

esso fu (apparentemente) concluso con l'istituzione di un servizio sanitario nazionale, definito come il "*complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio*"[11].

Si tratta di vicende conosciute, sulle quali non è possibile soffermarsi in questa sede. Qui, invece, interessa evidenziare che la legge di riforma sanitaria fu intesa dalla classe politica del tempo come un'attuazione necessitata della disposizione costituzionale che impone alla Repubblica di tutelare la salute[12]. Detto in altri termini, i principi posti alla base della L. n. 833/1978 esprimevano e, ad un tempo, ambivano a cristallizzare il mutamento profondo che si era realizzato nell'effettivo modo di concepire i compiti in ambito sanitario assegnati ai poteri pubblici dalla Costituzione: tra tali compiti si reputava dovesse ormai essere annoverato quello di provvedere all'organizzazione di un servizio sanitario universale, pubblico, finalizzato all'erogazione obbligatoria e generalizzata di prestazioni sanitarie[13].

[11] Come è noto, per il finanziamento di tale sistema di protezione della salute, l'art. 63, L. n. 833/1978 aveva imposto a tutti i cittadini il pagamento di un contributo annuo per l'assistenza di malattia, la cui entità sarebbe dovuta essere determinata dal Ministero della sanità, mentre l'art. 53, comma 4, lett. f), della medesima legge aveva fissato come fine ultimo, da realizzare gradualmente, la completa fiscalizzazione dei contributi stessi.

[12] Un indizio di quanto sostenuto nel testo è dato dall'enunciazione posta in apertura alla L. n. 833/1978, la quale affermò che "*la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale*" (art. 1, comma 1). Esso si aggiunge ai numerosi altri indizi che possono essere tratti dall'analisi della storia politica, legislativa e istituzionale dei dieci anni che precedettero l'adozione di quella legge.

[13] Sembra opportuno chiarire l'impegnativa affermazione fatta nel testo. Con essa non si vuole dire che i protagonisti della vita istituzionale e sociale del tempo in cui si realizzò il processo descritto avessero abbracciato le idee politiche sostenute, più o meno coerentemente, dai partiti e dai movimenti sociali di ispirazione comunista (prima e) dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Certamente, la sensibilità politica del popolo italiano e dei suoi rappresentanti si era andata spostando "a sinistra" nelle legislature successive alla prima, se è vero che, nelle percezioni dei primi anni Sessanta, "*la convergenza tra democristiani e socialisti intorno a un programma riformista appariva come una formula assai promettente per conseguire lo storico obiettivo di un'integrazione pro-sistemica delle masse popolari*" (M. Ferrera, *Modelli di solidarietà*, *op. cit.*, 250), e se è vero che, negli anni Settanta, l'istituzione del servizio sanitario nazionale fu favorita dallo storico compromesso tra tutte le forze partitiche rappresentate in Parlamento. Tuttavia, gli sviluppi dell'ordinamento legislativo nel senso anzidetto furono determinati anche da altri ragioni contingenti, non ultime l'interesse dei partiti a mantenere e sviluppare apparati amministrativi costituenti veri e propri bacini elettorali, e la convenienza delle mutue a "*scaricare al fisco gli enormi debiti contratti da ciascuna categoria con gli ospedali*" (M. Ferrera, *op. ult. cit.*, 260). In questa sede non interessa approfondire questi e altri temi, ma mettere in rilievo che la creazione di un sistema universale di protezione sanitaria, quali ne siano state le cause, fu percepita diffusamente come una misura che sarebbe stata opportuno e necessario prendere e che fu, effettivamente, presa. Considerato retrospetti-

Questa nuova interpretazione dell'art. 32, comma 1, Cost., lontana da quella accolta dai suoi autori originari, trovò conforto nelle tesi della dottrina giuridica coeva, la quale, ora superando ora approfondendo le originarie posizioni dogmatiche, aveva nel frattempo perfezionato nuovi schemi interpretativi del testo costituzionale, i quali si rivelarono idonei a legittimare sviluppi come quelli che ebbero luogo in Italia. Tra gli studiosi, infatti, era divenuta prevalente la tesi secondo la quale nella Carta fondamentale era stato accolto un ampio programma di sviluppo democratico-sociale che il legislatore avrebbe dovuto attuare, altrimenti ponendosi il suo operato al di fuori dell'area della legittimità costituzionale. Nell'ambito di quest'opera di rilettura complessiva della Costituzione, a numerose disposizioni pensate per assicurare forme di intervento coerenti con il modello di Stato sociale di diritto originariamente concepito furono attribuiti significati nuovi, tali da escludere una loro lesione ad opera di interventi attuativi di un programma configurato nel senso anzidetto[14]. Nuove interpretazioni interessarono, più specificamente, l'art. 32, comma 1, Cost.; si osservò, infatti, che all'articolo in questione dovesse riconoscersi valenza programmatica forte, in ragione del suo ruolo fondamentale nel contesto di un ordinamento che aveva "*posto come somma direttiva della propria azione la protezione e lo sviluppo della personalità dei singoli*", non solo "*nel senso negativo della sua preservazione da ogni attentato da parte di altri*" ma anche "*in quello positivo dell'esigenza di predisporre le condizioni favorevoli al suo svolgimento*"[15]. In merito a questo secondo aspetto, la dottrina prevalente aveva via via teorizzato che l'importanza dell'art. 32, comma 1, Cost. non discendesse tanto dall'avere impresso rilievo costituzionale all'obbligo dello Stato di provvedere alla tutela della salute dei singoli nelle forme conosciute nei decenni precedenti, quanto, e ben di più, dall'avere esteso la portata di tale obbligo, includendovi la predisposizione di un sistema pubblico di erogazione di prestazioni sanitarie[16].

vamente e in una prospettiva costituzionalistica, l'ampio consenso intorno a quella soluzione e la sua adozione possono essere letti come fattori che determinarono un'alterazione del modello di stato sociale sin lì conosciuto, perlomeno sul versante sanitario.

[14] V., con riferimento alle trasformazioni in via interpretativa che hanno interessato l'art. 81 Cost., G. Bognetti, *Costituzione e bilancio dello Stato. Il problema delle spese in deficit. (Note ispirate dalla lettura di un libro di G. Rivosecchi)*, in *www.forumquadernicostituzionali.it*, par. III.

[15] C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. Infort. Mal. Prof.*, 1961, 1.

[16] Più precisamente, ancora al principio degli anni Sessanta in numerosi scritti era stata accolta esplicitamente o presupposta un'interpretazione degli enunciati costituzionali che impegnano lo Stato a intervenire a tutela della salute in linea con quella abbracciata nei decenni precedenti (in tale senso, v. S. Lessona, *L'ordinamento dell'amministrazione sanitaria italiana fino alle recenti riforme*, in *Il corriere amministrativo*, 1961, 415; R. Alessi, *La funzione sanitaria e le sue caratteristiche*, in *Il corriere amministrativo*, 1961, 429; F. Pergolesi, *Tutela costituzionale della salute*, in *Il corriere amministrativo*, 1961, 991). Nel medesimo periodo, tuttavia, furono pubblicati alcuni primi contributi tendenti a individuare un obbligo costitu-

## 4. Il processo di riforma sanitaria davanti alla Corte costituzionale

Il processo legislativo di trasformazione del sistema di tutela della salute appena descritto fu sottoposto, in alcune sue parti, all'esame della Corte costituzionale, ossia dell'organo che con la sua prima decisione aveva contribuito in modo decisivo a trasformare in un postulato irrinunciabile e incontrovertibile la tesi dottrinale che la Costituzione repubblicana dovesse considerarsi un testo giuridico in senso tecnico in ogni sua parte[17]. L'analisi della giurisprudenza costituzionale degli anni Settanta induce a ritenere che l'operato della Corte aiutò a consolidare le nuove interpretazioni date alle clausole costituzionali dai poteri politici. Discostandosi da quanto pure avevano statuito poco tempo prima[18], infatti, i giudici della Consulta considerarono coerente applicazione dell'art. 32 Cost. l'istituzione di un sistema pubblico di assistenza sanitaria generalizzata[19]. Tenuta ferma questa conclusione, oc-

zionale per il legislatore avente ad oggetto l'istituzione di un sistema pubblico di erogazione di servizi sanitari (v. C. Mortati, *La tutela della salute*, *op. cit.*, 1-2). Le adesioni a quest'ultima tesi crebbero in modo considerevole nel volgere di breve tempo (v., ad es., G. Santaniello, *La programmazione nel settore sanitario*, in *Rass. Amm. San.*, 1965, 519-520; E. De Marco, *La tutela della salute come diritto soggettivo pubblico*, in *Rass. Amm. San.*, 1972, 761-762) sino a diventare prevalenti negli anni Settanta.

[17] In questo senso, è condivisibile il giudizio espresso da M. Fioravanti, *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, in *www.astrid-online.it*, 4. Ciò detto, è opportuno precisare che tale tesi riuscì a consolidarsi solo dopo qualche tempo, almeno se si deve dare credito al fatto che al principio degli anni Sessanta i manuali di autorevoli studiosi si interrogavano ancora, sia pure fugacemente, sulla natura e sull'efficacia giuridica delle disposizioni costituzionali enuncianti i diritti sociali. V., ad es., C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1961, 883 (per il quale, pur dovendosi muovere dal riconoscimento che i predetti diritti avrebbero potuto dare vita a pretese azionabili soltanto allorché fossero state create le opportune strutture capaci di soddisfarle, sarebbe stato "*eccessivo contestare il carattere normativo delle disposizioni in parola ed attribuire loro solo valore di raccomandazioni al legislatore*").

[18] Deve a tale riguardo essere ricordato che nel 1969 i giudici della Consulta avevano sostenuto che il significato proprio dell'art. 32 Cost. fosse quello di impegnare la Repubblica ad assicurare le sole "*cure gratuite agli indigenti privi di qualsiasi altra protezione sanitaria*", dovendosi ritenere perciò inconferente la sua invocazione per contestare normative che avevano fatto gravare su determinate categorie di lavoratori e datori di lavoro, e non invece su tutta la collettività, l'onere finanziario per l'estensione dell'assistenza di malattia ai pensionati (sent. n. 21/1969). Una siffatta disciplina legislativa, sempre a giudizio della Corte, doveva considerarsi avere il suo naturale riferimento unicamente nell'art. 38 Cost.

[19] Sembra indicativo quanto fu scritto nella sent. n. 88/1973, riguardante la legge di riforma ospedaliera. Ebbene, in essa la Corte non si limitò ad osservare che la L. n. 132/1968, "*innovando profondamente al preesistente ordinamento dei soggetti ed organi esplicanti attività ospedaliera,* [tendeva] *a realizzare una riforma di vasta portata di questo fondamentale settore dell'assistenza sanitaria*", ma ben più significativamente affermò che "[l]*'istituzione degli enti ospedalieri e la loro organizzazione su basi democratiche, in stretto collegamento con le collettività locali direttamente interessate alla loro azione, si* [configuravano] *come strumenti e condizioni necessarie per realizzare, su piano nazionale e secondo linee direttrici che non*

corre peraltro aggiungere che il sostegno della Corte al processo che si stava compiendo in quegli anni fu prevalentemente di tipo "esterno". La Corte, infatti, si astenne dall'accelerarne lo svolgimento, evitando di emettere pronunce di incostituzionalità in quei rari casi nei quali fu investita di questioni di legittimità costituzionale concernenti leggi non pienamente coerenti (per difetto) con i nuovi principi ricavati dall'art. 32, comma 1, Cost.[20], e avendo cura invece, in generale, di salvaguardare il potere del legislatore di scegliere tempi e modi nei quali procedere alla loro attuazione.

Passando a un diverso ordine di considerazioni, si può poi osservare che durante il periodo in esame la Corte costituzionale non si pronunciò – né invero le fu chiesto di pronunciarsi – sul problema assai complesso e delicato, con il quale la dottrina si era confrontata sin lì con estrema circospezione, della possibilità di individuare direttamente nella Costituzione il fondamento di una situazione giuridica soggettiva consistente nella pretesa di ricevere le prestazioni sanitarie necessarie per la cura della salute da parte di apparati pubblici[21]. È tuttavia plausibile ritenere che in quegli anni i giudici della

[potevano] *non essere unitarie, un nuovo sistema di assistenza ospedaliera generalizzata, che* [trascendesse] *gli angusti schemi dell'assistenza ai poveri e della pubblica beneficenza, dando parziale attuazione al principio del primo comma dell'art. 32 della Costituzione*".

[20] Un caso emblematico di appoggio "esterno" dato dalla Corte al processo politico e legislativo di ripensamento e di attuazione del nuovo sistema di protezione della salute allora in atto è costituito dalla sent. n. 112/1975, con la quale la Corte respinse le censure avanzate nei confronti della norma che autorizzava le Amministrazioni degli ospedali, dei comuni e dei manicomi alla rivalsa per le spese di spedalità nei confronti del ricoverato, quale debitore principale, ovvero dei suoi eredi legittimi o testamentari, se deceduto, o infine dei suoi congiunti, nel caso in cui il ricoverato od i suoi eredi non fossero stati in condizione di effettuare il rimborso. La Corte confermò e consolidò l'interpretazione delle disposizioni costituzionali rilevanti in tema di tutela della salute propugnata agli inizi degli anni Settanta, affermando che i "*principi degli artt. 32 e 38 Cost., nella parte in cui hanno contenuto innovativo rispetto alla preesistente disciplina della materia cui si riferiscono, sono* [..] *norme di legislazione, che prefissano alla legge futura l'obiettivo di soddisfare certi bisogni di fatto emergenti nella vita associativa, mediante la prestazione di determinati servizi*". Ciò ribadito, essa precisò che tali principi postulavano "*per questa loro natura, l'introduzione delle necessarie riforme con la relativa provvista dei mezzi finanziari, senza precisarne le modalità*", per concludere che "*la parziale inadeguatezza, rispetto ai fini costituzionalmente stabiliti, del sistema per l'innanzi disposto dalla legge n. 1580 del 1931*" non avrebbe potuto "*essere ragione sufficiente per dichiararne la illegittimità, dal momento che detto sistema non contrasta*[va] né con il principio della gratuità dell'assistenza ospedaliera (che certamente [era] *assicurata, limitatamente almeno al soggetto assistito), né con quello dell'intervento pubblicistico (che ricorre*[va] *del pari, anche se in linea sussidiaria ed eventuale, allorché nessuno dei congiunti* [fosse] *in grado di sostenere l'onere del rimborso totale o parziale)*".

[21] Come è noto, dopo l'approvazione della Costituzione repubblicana la dottrina si era orientata nel senso di escludere che l'enunciazione costituzionale della salute come diritto fondamentale dell'individuo dovesse essere intesa in senso tecnico (v., ad es., M. Lega, *Il diritto alla salute*, cit., 40-44). Sin dal principio, peraltro, furono compiuti diversi tentativi volti a identificare situazioni giuridiche soggettive fondabili direttamente nell'art. 32, comma

Consulta non fossero inclini a riconoscere ai singoli un diritto o un interesse legittimo di quella natura. L'analisi della giurisprudenza costituzionale induce a pensare piuttosto che secondo la Corte la tutela della salute dipendesse, nella sua consistenza e anche nella sua effettiva esistenza, dalle scelte compiute dagli organi legislativi e amministrativi[22].

Si deve peraltro osservare che questa concezione, orientata a individuare nella legge il fondamento e i limiti delle pretese a ottenere dal servizio sanitario pubblico prestazioni sanitarie, non era affatto svalutativa del nuovo significato che gli enunciati costituzionali erano andati assumendo. Essa nacque e si consolidò esattamente per la ragione opposta: agli occhi degli operatori auto-

1, Cost., i quali portarono alla teorizzazione dell'esistenza di interessi legittimi garantiti dalla giurisdizione costituzionale, destinati a trasformarsi in diritti soggettivi solo dopo l'intervento del legislatore ordinario (in tale senso, v. V. Crisafulli, *Costituzione e protezione sociale*, cit., 135-136, nota 21). Quest'ultima ricostruzione fu sviluppata dalla dottrina giuspubblicistica nel senso che le prestazioni sanitarie dovessero essere intese come oggetto di diritti soggettivi pubblici, dipendenti nei loro contenuti dalle scelte compiute dal legislatore, al quale si sarebbe dovuto riconoscere il potere di provvedere al bilanciamento dell'interesse individuale alla salute con gli altri interessi coinvolti dalla predisposizione di un'organizzazione finalizzata alla erogazione delle prestazioni stesse (v., in tale senso, P. Biscaretti di Ruffia, *Diritti sociali*, in *Nss. Dig. It.*, V, 1960, 759). Non mancarono, peraltro, tentativi (spesso solo abbozzati) volti a superare l'anzidetta impostazione, che finiva per riconoscere natura relativa al diritto alla salute. In un celebre contributo di Mortati, ad es., fu teorizzato che le disposizioni della Carta repubblicana in materia di tutela della salute avessero assunto carattere specifico e innovativo "*per il riconoscimento a favore dei singoli cittadini, come tali, di una pretesa agli interventi ed alle prestazioni sanitarie statali rivolte a prevenire o curare fatti suscettibili di compromettere la loro sanità*". In quel medesimo contributo, tuttavia, Mortati rinunciò "*all'esame della natura giuridica da attribuire a detta pretesa*" (C. Mortati, *La tutela della salute*, cit., 1-2). Negli anni immediatamente precedenti l'approvazione del piano pluriennale di sviluppo così come in quelli immediatamente successivi, la dottrina continuò a domandarsi se fosse possibile ricavare dall'art. 32, comma 1, Cost. un diritto soggettivo perfetto che i singoli avrebbero potuto fare valere nei confronti degli apparati pubblici, indipendentemente da quanto previsto dalla legge e predisposto dall'amministrazione in conformità ad essa. L'orientamento prevalente fu, anche allora, negativo. V., ad es., C. Cereti, *Diritto costituzionale italiano*, Torino, 1971, 211. *Contra*, anche se limitatamente all'enunciato secondo cui la Repubblica "*assicura cure gratuite agli indigenti*", L. Carlassarre, *L'art. 32 e il suo significato*, in *L'amministrazione sanitaria. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1967, 114.

[22] V., ad es., la sent. n. 103/1977, nella quale la Corte osservò che "[in] *attuazione del principio del supremo interesse della collettività alla tutela della salute, consacrata come fondamentale diritto dell'individuo dall'art. 32 della Costituzione (sentenze n. 21 del 1964 e n. 149 del 1969), l'infermo assurge, nella novella concezione dell'assistenza ospedaliera, alla dignità di legittimo utente di un pubblico servizio, cui ha pieno e incondizionato diritto, e che gli vien reso, in adempimento di un inderogabile dovere di solidarietà umana e sociale, da apparati di personale e di attrezzature a ciò strumentalmente preordinati, e che in ciò trovano la loro stessa ragion d'essere*". In questo passaggio della decisione la Corte considerò la nuova disciplina legislativa dell'assistenza ospedaliera, che aveva trasformato il malato in un utente di un servizio pubblico, attuazione del principio del supremo interesse della collettività alla tutela della salute più che espressione del diritto fondamentale degli individui alla tutela della salute stessa.

ritativi dell'ordinamento (e più in generale di tutti coloro che la fecero propria), infatti, l'idea che spettasse alla legge stabilire le forme nelle quali organizzare il sistema sanitario e quella, correlata, che i singoli avessero diritto di accedere ai servizi da esso resi nei limiti previsti dalla legge stessa e in quelli discendenti dalle determinazioni della pubblica amministrazione, facevano tutt'uno con l'idea che l'art. 32, comma 1, Cost. imponesse agli apparati pubblici di assicurare un'assistenza sanitaria pubblica necessariamente sempre più ampia, in senso soggettivo e oggettivo. Ciò, non a caso, era precisamente quanto la legge istitutiva del servizio sanitario nazionale si riprometteva di fare[23].

## 5. Attuazione legislativa e amministrativa del diritto alla salute negli anni Ottanta

In seguito all'istituzione del servizio sanitario nazionale, gli organi legislativi e amministrativi si impegnarono a dare attuazione ai principi fortemente indeterminati e generali stabiliti nella L. n. 833/1978. Essi, tuttavia, lo fecero seguendo linee direttrici in parte diverse da quelle che erano state indicate in quel testo normativo. In questa sede non è certo possibile dare conto della miriade di provvedimenti rilevanti per il settore sanitario che furono adottati sino all'adozione del D.Lgs. n. 502/1992, e probabilmente non è neppure necessario. Per documentare l'ambigua attuazione legislativa e amministrativa del disegno originale possono essere sufficienti alcune esemplificazioni.

Quando entrò in vigore la legge di riforma esistevano regimi di assistenza sanitaria diversificati, che somministravano ai mutuati prestazioni diverse e/o prestazioni uguali in misure diverse[24]. La L. n. 833/1978 aveva previsto che l'unificazione delle prestazioni sanitarie già erogate dai disciolti enti mutualistici, dalle mutue aziendali e dagli enti, casse, servizi e gestioni autonome degli enti previdenziali, e la loro erogazione generalizzata da parte del servizio sanitario nazionale dovessero avvenire gradualmente, sulla base delle indicazioni contenute in un piano nazionale predisposto dal Governo in conformità agli obiettivi della programmazione socio-economica naziona-

[23] Pare significativo che in uno dei primi commenti alla L. n. 833/1978 si descrisse nei seguenti termini il nuovo rapporto tra Stato e individuo che essa aveva contribuito a instaurato: "[g]*li individui non sono* [..] *più il punto di riferimento oggettivo e passivo, di una normativa diretta a investire la Pubblica amministrazione di una serie di competenze istituzionali e organizzative, ma assumono la posizione attiva di titolari di un diritto soggettivo a pretendere, in difesa della loro salute, una serie di servizi delle strutture amministrative all'uopo costituite*" (F. D. Busnelli, *Note introduttive. Legge 23 dicembre 1978, n. 833 Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale*, in *NLCC*, 1979, 1190).

[24] Per una loro descrizione dei diversi regimi, v. U. Chiappelli, *Guida attuale dell'assistenza di malattia*, Milano, 1978, 161.

le[25]. Già sul finire degli anni Settanta il Governo unificò e uniformò le prestazioni sanitarie[26], tuttavia senza avere adottato previamente il piano nazionale che avrebbe dovuto fissare i livelli delle stesse da garantire a tutti i cittadini e identificare gli strumenti per assicurare la copertura dei relativi costi[27]. Per effetto di quella scelta, da un lato fu riconosciuto a tutti il diritto di accedere gratuitamente in modo eguale al medesimo, ampio insieme di prestazioni sanitarie; dall'altro lato fu mantenuto in vigore un sistema di finanziamento della spesa sanitaria fondato sulla partecipazione dello Stato e sul pagamento di contributi da parte degli utenti, la diversa entità dei quali fu determinata in ragione non della diversa capacità reddituale dei contribuenti ma del regime mutualistico al quale essi appartenevano prima della riforma[28]. Al principio degli anni Ottanta, comunque, il legislatore cercò di attenuare la scelta appena compiuta, introducendo misure di compartecipazione alla spesa per l'accesso ai servizi sanitari[29].

[25] Su tale scelta, legata alla preoccupazione di contenere l'onere finanziario a carico del servizio sanitario nazionale, v. E. Ferrari, *Sub art. 57*, in AA.VV., *Il servizio sanitario*, *op. cit.*, 574-576.

[26] Art. 5, D.L. n. 663/1979, convertito nella L. n. 33/1980.

[27] La mancata adozione di una programmazione sanitaria e il contestuale riconoscimento di un diritto generalizzato alle prestazioni sanitarie determinarono un gravissimo deficit finanziario nel comporto sanitario nei primi anni Ottanta. Va peraltro osservato che, a giudizio di autorevoli studiosi del settore, la ragione del dissesto era riconducibile non tanto alla mancata adozione degli strumenti programmatori previsti dalla L. n. 833/1978, quanto alla scelta contraddittoria insita in un sistema come quello istituito dalla medesima legge, che aveva previsto, da un lato, un diritto generalizzato e senza limiti alle prestazioni (comportante "*come conseguenza inevitabile l'imprevedibilità della spesa e la formazione progressiva dei costi sulla base non di un programma, ma dell'andamento delle richieste di prestazioni*"), dall'altro un finanziamento centralizzato del servizio che gravava sul bilancio dello Stato (che invece presupponeva "*una predeterminazione dei costi e un conseguente programma di erogazione rapportato al costo previsto*"): "[c]*ombinando assieme finanziamento per erogazione esterna predeterminata e diritto generalizzato alle prestazioni*", fu detto, "*non può che formarsi un deficit imprevedibile a carico dell'ente erogatore del servizio, ripianabile* ex post *dal finanziatore esterno*"). V. F. Merusi, *I servizi pubblici negli anni '80*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, 147-148.

[28] Oltre che foriera di gravi disavanzi nei conti pubblici, la raggiunta universalizzazione del servizio sanitario determinava anche notevoli sperequazioni tra i contribuenti. Interpellata in diverse occasioni sulla compatibilità con la Costituzione delle scelte legislative con le quali si erano mantenute in vita misure contributive differenziate per le diverse categorie di lavoratori, la Corte costituzionale si espresse in modo costante per la loro non incostituzionalità. V. sent. 167/1986; sent. 431/1987; sent. n. 256/1992.

[29] V. D.L. n. 250/1981 (per l'assistenza farmaceutica); D.L. n. 398/1981 (per l'assistenza medico-specialistica); D.L. n. 399/1981 (per l'assistenza farmaceutica); D.L. n. 538/1981 (per l'assistenza farmaceutica); D.L. n. 678/1981, convertito dalla L. n. 12/1982, che fece salvi gli atti e i provvedimenti adottati e i rapporti giuridici sorti sulla base dei predetti decreti legge, che non erano stati convertiti entro il termine previsto dall'art. 77 Cost. Per una valutazione critica delle forme di controllo dell'eccesso di domanda sanitaria che furono poi effettivamente adottate con i provvedimenti anzidetti, v. A. Bariletti, *Forme di razionamento per il controllo della spesa sanitaria*, in *Economia pubblica*, 1981, 43.

La mancanza del piano sanitario nazionale e dei piani regionali, che al primo avrebbero dovuto correlarsi, perdurò anche negli anni successivi[30]. Questo fatto favorì la trasformazione del sistema di gestione dei servizi sanitari delineato dalla legge di riforma del 1978. È noto che quest'ultima non solo aveva identificato nelle istituzioni facenti parte del servizio sanitario i soggetti che ordinariamente[31] avrebbero dovuto erogare le prestazioni sanitarie per conto del servizio sanitario stesso[32], ma tra queste pareva avere accordato una preferenza di principio per le strutture pubbliche[33]. Se questa era l'impostazione originale della L. n. 833/1978, va ricordato che, per il convergere di indirizzi prevalsi in sede amministrativa e di orientamenti giurisprudenziali, favoriti indubbiamente anche dalla mancata adozione dei previsti strumenti di programmazione, in breve diventò ordinaria la gestione del servizio pubblico sanitario avvalendosi di soggetti privati convenzionati con il medesimo[34].

Per cercare di ovviare ai problemi organizzativi ed economici determinati da questo stato di cose, alla programmazione dei servizi sanitari e alla individuazione degli strumenti attraverso i quali provvedere al loro finanziamento si procedette con la contrattazione collettiva con le categorie degli operatori convenzionati, con la decretazione d'urgenza e con le leggi finanziarie[35]. Gli organi titolari della funzione di indirizzo politico, in particolare, mossi probabilmente dalla necessità di tenere sotto controllo l'erogazione delle pre-

[30] Sul finire degli anni Ottanta, preso atto della propria incapacità di approvare il piano sanitario, il Parlamento stabilì che dovesse essere il Ministro della sanità ad individuare con proprio decreto l'elenco delle prestazioni erogabili a carico del servizio sanitario nazionale (art. 19, L. n. 67/1988).

[31] Fu prevista la possibilità per gli utenti di ricorrere, con spese a carico delle USL, a prestazioni di strutture esterne a quelle operanti nei territori di loro competenza, così come fu prevista la possibilità di accedere a forme di assistenza indiretta. Tuttavia, la relativa disciplina non fu dettata nella legge di riforma ma rinviata alle determinazioni che sarebbero state assunte dai legislatori regionali.

[32] Era stata prevista un'eccezione a quel principio per l'assistenza medico-generica e per quella pediatrica, che sarebbero dovute essere prestate dal personale dipendente o convenzionato del servizio sanitario nazionale operante nelle USL o nel comune di residenza.

[33] Ciò era vero esplicitamente per le prestazioni specialistiche e per quelle di diagnostica strumentale, che di norma dovevano essere erogate dalle USL. La dottrina, tuttavia, ha ipotizzato che la volontà di coloro che architettarono e votarono la normativa che istituì il servizio sanitario nazionale, fosse quella di creare un servizio normalmente pubblico. V. E. Ferrari, *Sub art. 25*, in AA.VV., *Il servizio sanitario nazionale*, Milano, 1979, 285; L. Mazzarolli, *Problemi e prospettive della riforma sanitaria*, in *Sanità pubblica*, 1981, 1101-1102; F. Trimarchi Banfi, *Pubblico e privato nella sanità. Autorizzazioni e convenzioni nel sistema della riforma sanitaria*, Milano, 1990, *passim*.

[34] F. Trimarchi Banfi, *op. ult. cit.*, 108.

[35] In tema, C. Buratti, *Il servizio sanitario nazionale fra decentramento istituzionale e controllo centrale della spesa*, in *Diritto e società*, 1986, 107.

stazioni più che dalla volontà di rafforzare la dimensione pubblicistica del servizio, subordinarono al rilascio di apposite autorizzazioni l'accesso alle strutture private convenzionate[36] e alle strutture esterne al servizio sanitario[37].

Numerosi sono stati i tentativi di spiegare le ragioni per le quali gli organi legislativi e quelli amministrativi, pochissimo tempo dopo la conclusione del lungo processo che aveva portato alla istituzione di un servizio sanitario nazionale pubblico, assunsero orientamenti fondati su logiche in parte diverse da quelle accolte nella L. n. 833/1978[38]. Più e prima che interrogarsi sulle cause, tuttavia, qui interessa evidenziare l'esistenza stessa del fenomeno. Che fosse dovuto a un ripensamento sulla validità del modello teorico di servizio sanitario appena istituito; alla incapacità della classe politica di resistere alle pressioni delle organizzazioni sindacali e dei gruppi di interesse; alla assenza di apparati pubblici capaci di azione autonoma, efficiente ed efficace, ispirata ai principi di razionalità e adeguatamente riparati da indebite sollecitazioni provenienti dall'esterno; alla necessità di fare fronte a una spesa sanitaria in continuo, incontrollato aumento in un momento storico caratterizzato da una situazione economico-finanziaria assai critica; ad altro ancora, è comunque certo che gli operatori autoritativi del tempo assunsero provvedimenti che erano espressione di un modo di intendere il diritto alla tutela della salute sancito nell'art. 32, comma 1, Cost. non corrispondente a quello pensato negli anni precedenti[39].

[36] All'inizio del decennio, fu siglato un accordo collettivo nazionale con il quale fu stabilita la completa equiparazione, per quanto riguarda le prestazioni medico-specialistiche, tra strutture pubbliche e strutture private convenzionate, accompagnata però dalla previsione che l'utente potesse essere autorizzato ad accedere alle seconde per le prestazioni "*per le quali, nel termine di tre giorni, le strutture pubbliche non* [fossero] *in grado di soddisfare la richiesta di accesso alle prestazioni stesse*". Tale previsione fu successivamente confermata da diversi provvedimenti aventi forza di legge (D.L. n. 252/1981, D.L. n. 398/1981, D.L. n. 678/1981, convertito dalla L. n. 12/1982).

[37] In un primo momento, il legislatore statale si limitò a prevedere (art. 5, comma 1, D.L. n. 663/1979, inserito dalla L. n. 33/1980 di conversione dello stesso) da un lato che fosse "*consentito il ricorso all'assistenza ospedaliera indiretta, secondo le modalità e i limiti stabili dalle vigenti regionali*", dall'altro che le leggi regionali prevedessero "*eventuali forme di assistenza specialistica indiretta*". Successivamente esso tornò sulla materia: dapprima con una serie di decreti leggi non convertiti e ripresentati, e poi con la L. n. 595/1985. In quest'ultimo provvedimento fu confermato innanzitutto il principio per cui "*le prestazioni sanitarie* [dovessero essere] *erogate, di norma, in forma diretta attraverso le strutture pubbliche o convenzionate*". Ribadita poi la competenza delle Regioni in punto di determinazione della disciplina dell'assistenza indiretta, si fissò il principio secondo cui tale disciplina potesse essere ammessa per le prestazioni sanitarie "*nel caso in cui le strutture pubbliche o convenzionate* [fossero] *nella impossibilità di erogarle tempestivamente in forma diretta*", precisandosi che il concorso nella spesa non potesse, comunque, superare il limite massimo della tariffa presente per la medesima prestazione dalle convenzioni vigenti (art. 3, comma 4).

[38] M. Ferrera, *Il welfare state in Italia. Sviluppo e crisi in prospettiva comparata*, Bologna, 1984.

[39] Una concezione che, come si è cercato di descrivere, aveva portato a un'evoluzione dell'ordinamento sanitario tale da portare ad affermare, agli inizi degli anni Ottanta, che

Gli sviluppi anzidetti furono oggetto di critiche penetranti da parte della dottrina costituzionalistica, che vide in essi – a ragione – i segni della crisi dello Stato sociale di diritto che era stato teorizzato negli anni Sessanta e Settanta e che sembrava essersi concretamente affermato tramite i numerosi provvedimenti che avevano portato alla riforma del sistema sanitario[40]. A difesa del modello fissato dalla L. n. 833/1978, già nei primi anni Ottanta apparvero alcuni scritti recanti approfondite risposte al quesito se fossero configurabili limiti di natura costituzionale da opporre sia a provvedimenti legislativi restrittivi delle prestazioni sanitarie erogabili con oneri a carico degli apparati pubblici ovvero limitativi delle condizioni di accesso alle medesime, sia a provvedimenti legislativi modificativi delle forme organizzative nelle quali la legislazione aveva stabilito che tali prestazioni dovessero essere erogate. Quanto ai primi, si sostenne che essi fossero ricavabili dalla previsione secondo la quale la Repubblica "garantisce cure gratuite agli indigenti", con la precisazione che l'avvenuta parziale attuazione legislativa di tale disposizione avrebbe dovuto costituire un minimo che lo Stato non avrebbe più potuto sottrarre[41]. Quanto ai modi di organizzazione del servizio pubblico, le conclusioni della dottrina furono più contrastate: da parte di alcuni

nell'Italia repubblicana "*i diritti sociali, nati come diritti dei pochi e dei molti, ma non come diritti di tutti, sono diventati diritti di tutti*" (G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1981, 781).

[40] Occorre peraltro prendere atto che in quegli anni non mancarono anche contributi di critica a quelle teorizzazioni. V. Caianiello, *Limiti delle prestazioni idrotermali nel quadro del diritto alla salute e del diritto di scelta del cittadino*, in *Sanità pubblica*, 1985, 133, secondo il quale "*con un notevole grado di certezza*" si poteva sostenere che "*i limiti ed i contenuti delle provvidenze*" previste nella legge di riforma del 1978 fossero "*il frutto di una libera scelta del legislatore e non già l'autorizzazione obbligata di un precetto costituzionale*". V., altresì, G. Corso, *I diritti sociali*, *op. cit.*, 783, che, ponendosi di fronte alla "*tendenza a rivestire i bisogni, le ispirazioni e le pretese a beni e servizi pubblici e privati del guscio del diritto sociale, e più generalmente del guscio del diritto soggettivo*", ne colse i riflessi politici nei seguenti termini: "[s]*e i singoli beni, servizi o prestazioni vengono considerati oggettivamente, emerge immediatamente la loro correlazione con la totalità (di beni, servizi e prestazioni) di cui la collettività dispone o è in grado di disporre: ne scaturisce un limite che è segnato dalla proporzione tra le parti e il tutto, e che è inerente ad una prospettiva di giustizia distributiva. Se gli stessi beni, servizi e prestazioni vengono reclamati, sempre e in ogni caso, come oggetto di diritti, si verifica una radicalizzazione e una assolutizzazione delle domande. Ai poteri pubblici riesce sempre più difficile contemperare, graduare, dosare, limitare, respingere tali domande in base ad un criterio di giustizia, nella ripartizione di beni finiti*".

[41] B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, 49, secondo il quale peraltro sarebbe restato aperto "*un ambito di valutazione discrezionale per l'interpretazione dell'indigenza*", che non avrebbe potuto non essere intesa "*anche come indigenza relativa, cioè da valutarsi in relazione al singolo, particolarmente difficile intervento e dei diversi costi sociali*", con la conseguenza che il concetto da utilizzare sarebbe dovuto essere "*quello del medicalmente bisognoso, e non quello del povero o dell'indigente, secondo criteri meramente economici*".

si prospettò ora che il realizzato intervento delle amministrazioni pubbliche in sede di erogazione delle prestazioni fosse irretrattabile in ragione dell'esistenza di una legge di stretta attuazione del dettato costituzionale[42], ora che esso fosse implicato dalle disposizioni della Costituzione[43]; da parte di altri, all'opposto, si escluse che la Carta fondamentale offrisse indicazioni al riguardo, con ciò accettando e legittimando il processo di trasformazione sopra accennato[44].

## 6. La garanzia dell'assistenza sanitaria tra giurisdizioni comuni e Corte costituzionale

Mentre diventava meno esteso e convinto il sostegno della classe politica all'idea che la Costituzione imponesse alle istituzioni repubblicane di farsi carico di un sistema pubblico volto a dare una tutela sanitaria necessariamente sempre più ampia[45], quella medesima idea fu invece confermata e consolidata – sia pure parzialmente – dall'opera del potere giudiziario. Ciò avvenne non per l'affermarsi di ideologie giurisprudenziali nuove rispetto al decennio precedente, ma per rimbalzo, in virtù dell'intervenuto cambiamento del contesto ordinamentale e istituzionale nel quale i giudici si trovarono ad esercitare poteri da essi tradizionalmente usati per la soluzione di casi aventi ad oggetto provvedimenti della pubblica amministrazione.

A questo proposito conviene ricordare innanzitutto che, durante gli anni Ottanta, la giurisprudenza comune, sotto la guida della Cassazione, aveva continuato a qualificare i rapporti intercorrenti tra gli utenti e il servizio sanitario sulla base delle indicazioni provenienti dalla legislazione: quando la legislazione aveva stabilito tutti gli elementi della fattispecie senza lasciare all'amministrazione alcun margine di discrezionalità in sede di attuazione, allora la pretesa del titolare del bene giuridico tutelato dalla legge stessa era

[42] B. Caravita, *op. ult. cit.*, 50-51, sia pure dubitativamente.

[43] B. Caravita, *op. ult. cit.*, 52.

[44] V. Caianiello, *Limiti delle prestazioni idrotermali*, *op. cit.*, 138, secondo cui, "*il servizio sanitario nazionale, come istituito dalla l. 23 dicembre 1978, n. 833, non* [poteva] *essere considerato un sistema di assistenza irreversibile, perché esso, non costituendo adempimento di precisi precetti costituzionali,* [poteva] *venire meno senza per questo determinare una lacuna in contrasto con la Costituzione*". Ciò detto, l'A. osservò che in ogni caso "*un intervento (contro)-riformatore del legislatore ordinario non* [avrebbe potuto] *spingersi al punto da sottrarre la mano pubblica al vincolo imposto dalla Costituzione di tutela della salute – non solo come diritto dell'individuo ma anche – come interesse della collettività*", imponendo quest'ultimo principio la "*adozione di misure idonee, compatibili con le risorse del Paese per consentire agli individui di accedere alle strutture sanitarie*".

[45] Il processo di ripensamento del ruolo dello Stato in ambito sanitario ad opera della classe politica continuò anche nella seconda metà degli anni Ottanta. V., ad esempio, B. Andreatta, *Stato del benessere. Interventi statali e servizi sociali*, in *Il diritto dell'economia*, 1988, 85.

configurata come diritto soggettivo[46]; quando invece la legge attribuiva agli apparati pubblici un potere discrezionale in relazione a qualche elemento della fattispecie, allora la pretesa del singolo era qualificata come interesse legittimo[47]. Nell'una e nell'altra ipotesi, in ogni caso, l'esistenza e la consistenza della pretesa erano considerate dipendenti dalle scelte compiute dal legislatore in prima battuta, e da quelle degli apparati amministrativi in seconda battuta[48].

Stando solo agli indirizzi giurisprudenziali anzidetti, si potrebbe essere portati a pensare che, nel periodo in esame, il diritto alla salute fosse pensato e agito dagli organi giurisdizionali esclusivamente come diritto avente il suo fondamento e i suoi limiti nella disciplina prevista dagli organi legislativi così come attuata dagli organi amministrativi. Una simile valutazione troverebbe conforto nel fatto che i giudici riconoscevano che ai primi spettasse la competenza a individuare tempi e modi per la concretizzazione dei principi stabiliti in Costituzione, salvo il controllo successivo esercitabile dalla Corte costituzionale; e che ai secondi spettasse, nei limiti stabiliti dalla legge, il potere di provvedere all'organizzazione del sistema sanitario, salvo il sindacato degli organi giurisdizionali sul corretto esercizio di tale potere.

[46] La qualificazione come diritto soggettivo della situazione giuridica dell'utente nei confronti del servizio sanitario aveva come conseguenza processuale che le relative controversie fossero attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario, ai sensi dell'art. 442 c.p.c., che fu inteso dalla giurisprudenza dell'epoca in esame avere devoluto a tale giurisdizione le controversie aventi ad oggetto prestazioni relative all'assistenza sanitaria resa dal servizio sanitario nazionale.

[47] La qualificazione come interesse legittimo della situazione giuridica dell'utente nei confronti del servizio sanitario aveva come conseguenza processuale che le relative controversie fossero devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo. Questo era il caso, ad esempio, delle controversie aventi ad oggetto gli accordi collettivi nazionali che avevano subordinato all'autorizzazione preventiva della USL l'accesso dell'utente alle strutture e ai professionisti convenzionati con il servizio sanitario. La Suprema Corte, considerando tali accordi conformi sul punto ai principi posti nella legislazione, escluse costantemente che essi incidessero sulle posizioni soggettive degli interessati (da qualificarsi come interesse legittimo e non come diritto soggettivo alla libera scelta tra i soggetti agenti in nome e per conto del servizio sanitario) e, correlativamente, sulle posizioni soggettive delle strutture e dei professionisti convenzionati (consistenti anche esse in un interesse legittimo al corretto esercizio del potere autorizzatorio da parte della USL). In tale senso v., *ex multis*, Cass., SS.UU., sent. n. 3474/1982. Questo era il caso, altresì, delle controversie aventi ad oggetto il provvedimento di mancata accettazione della scelta del medico di fiducia tra quelli abilitati all'esercizio delle professione, ma fuori dall'elenco dei professionisti convenzionati con il servizio sanitario. Ciò in quanto, secondo la Corte di cassazione, nella disciplina della L. n. 833/1978 la scelta suddetta integrava un diritto soggettivo solo se riferita ai medici dipendenti delle USL e a quelli convenzionati, residuando in caso contrario soltanto una posizione avente natura e consistenza di mero interesse legittimo ad una corretta organizzazione del servizio pubblico dell'assistenza sanitaria. In tale senso v., *ex multis*, Cass., SS.UU, sent. n. 6120/1982.

[48] La visione giurisprudenziale della portata dell'art. 32 Cost. alla quale si è fatto riferimento nel testo, trova conferma nelle pagine scritta dal Presidente del TAR Lombardia per una nota rivista scientifica nei primi anni Ottanta. D. Vaiano, *Per uno studio sulla tutela costituzionale della salute*, in *Sanità pubblica*, 1983, 579-581.

In realtà, il quadro giurisprudenziale dell'epoca era più complesso. Durante gli anni Ottanta, infatti, i giudici ordinari diedero seguito anche a un altro orientamento che si era consolidato prima dell'avvio del processo di riforma del sistema sanitario; un orientamento tendente a ricavare dalla stessa Costituzione un limite al potere di individuazione delle prestazioni sanitarie erogabili che la legge aveva conferito ad apparati pubblici. Il riferimento è alle numerose decisioni rese dagli anni Sessanta in poi nelle quali fu affermato che tali apparati non potessero negare ai propri assistiti la somministrazione di un medicinale solo perché esso non fosse stato contemplato nel prontuario per l'assistenza farmaceutica da essi stessi predisposto[49]. Secondo i giudici, infatti, i provvedimenti di istituzione e revisione periodica del prontuario avrebbero dovuto essere considerati avere natura di atti amministrativi di mero accertamento tecnico, essendo volti a mettere in essere criteri uniformi circa la pratica attuazione di un'assistenza che la Costituzione stessa aveva configurato (nell'art. 38 Cost.) come oggetto di un diritto degli assistiti. Di conseguenza, quella giurisprudenza aveva considerato operante il principio secondo cui il medicinale non incluso nel prontuario doveva essere rimborsato qualora fossero ricorse le seguenti due condizioni: la sua indispensabilità per un'adeguata efficacia curativa della malattia denunciata dall'assistito, e la insostituibilità di quel preparato farmaceutico con altro di pari efficacia curativa contemplato dal prontuario.

Questa medesima logica fu adoperata dalla giurisdizione ordinaria in ogni fase del processo che portò all'universalizzazione dell'assistenza farmaceutica[50]. Essa fu mantenuta anche nel lasso di tempo che si è appena preso in esame[51]. Valorizzando l'enunciato costituzionale dell'art. 32, comma 1, Cost. nella parte in cui afferma la tutela della salute come "*diritto fondamentale dell'individuo*", gli organi giurisdizionali confermarono la tesi che il potere di selezione delle prestazioni in questione avesse natura non discrezionale, ma tecnica. Per effetto di

[49] V. Cass., sent. n. 570/1960, sulla quale M. Persiani, *Il diritto dei soggetti protetti dall'INAM ad una assistenza sanitaria adeguata*, in *Giur. cost.*, 1960, 1016. Per la giurisprudenza successiva, v. E. Ferrari, *I servizi sociali. Vol. I. Introduzione, materiali e coordinate*, Milano, 1986, 44.

[50] Un primo ampliamento della tutela farmaceutica fu realizzato dal D.L. n. 264/1974, con il quale si estese il prontuario terapeutico per l'assistenza farmaceutica dell'INAM "*agli enti, casse mutue anche aziendali e gestioni di assistenza malattia*", e si stabilì altresì che la medesima norma valesse anche per i soggetti che si fossero avvalsi dell'assistenza farmaceutica in via indiretta (art. 9). L'universalizzazione dell'accesso alle prestazioni farmaceutiche fu invece prevista dalla L. n. 833/1978 (artt. 28-30), che, da un lato, affidò al Ministro della sanità l'adozione di un prontuario terapeutico nazionale da redigersi secondo i principi dell'efficacia terapeutica e dell'economicità dei prodotti, dall'altro prorogò l'efficacia del prontuario terapeutico dell'INAM sino all'emanazione di quel provvedimento.

[51] Si segnala, peraltro, che durante gli anni Ottanta, la giurisprudenza della Cassazione in materia fece ancora riferimento all'art. 38 della Costituzione, in ragione verosimilmente del fatto che essa era stata chiamata a pronunciarsi nell'ambito di vicende giudiziarie instaurate prima della legge di riforma sanitaria (v., ad es., Cass., S. Lav., sent. n. 1747/1986).

questa impostazione, le scelte compiute dall'organizzazione sanitaria furono assoggettate a un sindacato giurisdizionale che poteva estendersi al merito e arrivare alla disapplicazione del provvedimento amministrativo recante le prestazioni erogabili agli assistiti, in casi concreti nei quali l'inadeguatezza di tali prestazioni (accertata in giudizio) fosse stata accompagnata dal riconoscimento (sempre in giudizio) dell'adeguatezza di altre prestazioni non incluse nel prontuario[52].

Nel periodo in esame, dunque, alla prima, tradizionale impostazione – tendente a considerare i precetti costituzionali in rapporto alla loro attuazione legislativa e amministrativa – se ne affiancò una seconda, caratterizzata dall'utilizzo degli enunciati espressi nell'art. 32 della Costituzione ai fini della qualificazione della situazione giuridica soggettiva azionata in giudizio. Considerata dal punto di vista squisitamente tecnico, quella operazione comportò che la dimensione giuridica soggettiva del diritto costituzionale alla salute venisse utilizzata per la prima volta in controversie chiamanti in causa il profilo prestazionale di quel diritto[53]. Quanto ai riflessi sul modello di tutela della salute considerato costituzionalmente imposto, la giurisprudenza della Cassazione che fece ricorso alla tecnica anzidetta fu rafforzativa dell'idea che massimo dovesse essere l'impegno delle istituzioni repubblicane in questo ambito. Un impegno, si può notare infine, da soddisfare mediante l'organizzazione amministrativa appositamente istituita, ma anche, nei casi nei quali il servizio sanitario non fosse riuscito a provvedervi adeguatamente, mediante l'opera dei giudici[54].

[52] V., ad es., Cass., SS. UU., sent. n. 1504/1985.

[53] Manipolazioni giurisprudenziali del dato normativo simili a quelle ricordate nel testo non erano affatto nuove nell'esperienza italiana (v., in generale sul tema, V. Onida, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, 501). Esse non lo erano neppure con riguardo all'enunciato dell'art. 32, comma 1, Cost. Già negli anni Settanta la giurisprudenza comune aveva fatto ricorso a quella disposizione costituzionale al fine di determinare il contenuto del diritto soggettivo vantato dalla persona nei confronti del bene salute (v., riassuntivamente su tali sviluppi, B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., 27-37). I nuovi indirizzi giurisprudenziali realizzatisi negli anni Ottanta costituirono dunque uno sviluppo nuovo e non obbligato di quei precedenti. Si è detto parlato volutamente di sviluppo non obbligato. In effetti, i precedenti orientamenti si erano formati su casi che avevano riguardato la difesa della persona dalle aggressioni portate al suo benessere fisico: il diritto alla salute ripetutamente richiamato dalla giurisprudenza era dunque un diritto assoluto cui corrispondeva un divieto generalizzato di arrecare, direttamente o indirettamente, danno. Nelle decisioni assunte negli anni Ottanta, invece, ad essere configurata come diritto assoluto era la pretesa dei singoli a ricevere prestazioni sanitarie al fine di ripristinare la loro salute: un diritto, dunque, cui corrispondeva – o avrebbe dovuto corrispondere – un obbligo degli apparati pubblici di erogare quelle prestazioni in forma diretta o indiretta, ovvero di sostenerne il costo nelle ipotesi nelle quali esse fossero state ottenute fuori dal sistema sanitario nazionale.

[54] In via riparativa. Va peraltro osservato che in certi casi la tutela dei giudici operò in via preventiva, mediante provvedimenti di condanna del servizio sanitario a fornire gratuitamente e direttamente il farmaco, resi ex art. 700 c.p.c. V., ad es., Pret. Genova, ord. 12 gennaio 1989.

Spostando l'attenzione sull'operato della Corte costituzionale, è possibile osservare che dalla complessa giurisprudenza degli anni Ottanta che si interessò a vario titolo del sistema sanitario nazionale e dei suoi utenti, sembra emergere una visione simile a quella accolta dalle giurisdizioni comuni. Per un verso, infatti, la Corte riconobbe agli organi statali la competenza a dettare la disciplina legislativa relativa all'organizzazione, al funzionamento e al finanziamento del servizio sanitario nazionale, preoccupandosi di assicurare la loro piena responsabilità istituzionale per le scelte assunte[55]. Per altro verso, e sia pure in un solo caso, il giudice delle leggi attribuì al diritto alla salute uno statuto analogo a quello riconosciutogli dalla giurisprudenza ordinaria che si era occupata dei limiti che l'amministrazione doveva rispettare in sede di identificazione dei farmaci erogabili dal servizio sanitario.

La decisione da ultimo segnalata arrivò dopo che pronunce riconducibili al primo orientamento avevano legittimato tanto provvedimenti legislativi che confermavano il modello di assistenza sanitaria originalmente previsto dalla L. n. 833/1978[56], quanto provvedimenti legislativi che, come già notato,

[55] Il sindacato sulla coerenza tra i diversi elementi (organizzativi, funzionali e finanziari) del sistema di protezione della salute sviluppato dallo Stato fu molto penetrante quando le parti interessate a una siffatta coerenza furono le Regioni, meno quando lo furono gli utenti del servizio sanitario. A garanzia delle prime, la Corte non esitò a dichiarare incostituzionali leggi statali che, in un quadro complessivo caratterizzato dalla compressione delle competenze legislative e amministrative degli enti regionali, avevano accresciuto le loro responsabilità finanziarie per il funzionamento del sistema sanitario (v., Corte cost., sent. n. 245/1984; sent. n. 452/1989). Rispetto agli utenti, invece, per tutti gli anni Ottanta la Corte si astenne dal sanzionare la scelta legislativa di avere universalizzato il servizio senza predisporre un razionale sistema di finanziamento contributivo legato alla capacità reddituale dei contribuenti (oltre alle decisioni citate alla nota 37, v. Corte cost., ord. n. 55/1987; ord. n. 403/1989; sent. n. 534/1989).

[56] Alla categoria delle decisioni che affermarono principi non incompatibili con il modello di tutela sanitaria previsto dalla legge di riforma del 1978, appartengono: la sent. n. 175/1982, con la quale la Corte rigettò la richiesta di dichiarare incostituzionali le norme (poste nella legge di riforma ospedaliera del 1968 e in uno dei suoi provvedimenti attuativi) con le quali si era limitato il diritto dell'assistito alla libera scelta del medico e del luogo di cura; la sent. n. 177/1986; la sent. n. 294/1986; la sent. n. 173/1987, che respinse le censure sollevate nei confronti di una norma che aveva subordinato al rilascio di un'autorizzazione della USL l'accesso del cittadino, con oneri a carico del SSN, alle prestazioni ambulatoriali e diagnostico-sperimentali erogate da strutture convenzionate, ribadendosi il principio della inesistenza di principi costituzionali che garantissero la astratta libertà di scelta tra strutture sanitarie private, ancorché convenzionate, e strutture sanitarie pubbliche; la sent. n. 418/1988; la sent. n. 580/1988. Alla categoria in esame, infine, possono essere ascritte anche la sent. n. 134/1982 e la sent. n. 142/1982. Con la prima, la Corte dichiarò infondata la questione sollevata nei confronti di una norma del 1962 che, relativamente ai redditi di lavoro subordinato e alle pensioni, aveva limitato a una determinata misura percentuale la detrazione dal reddito per le spese mediche e ospedaliere e per l'acquisto di medicinali, fissandone al contempo un tetto massimo. Con la seconda, la Corte dichiarò invece incostituzionale una norma del 1973 che aveva ammesso una parziale deducibilità del reddito complessivo per le cure mediche e chirurgiche e delle spese necessarie per l'assistenza specifica di persone colpite da grave e permanente invalidità o menomazione, per le quali fosse indicato il domicilio o la residenza del percipiente nel territorio dello Stato.

lo contraddicevano[57]. Non è dunque da escludere che con essa la Corte volesse fissare un nuovo tipo di limite costituzionale, valido anche quando si fosse riconosciuto al legislatore libertà di scelta quanto ai modi attraverso i quali dare attuazione all'art. 32, comma 1, Cost.

Data la novità del problema affrontato nella sent. n. 992/1988, il carattere innovativo delle affermazioni in essa contenute e, non ultimo, l'importanza che quella pronuncia potrebbe avere per una valutazione del modello di tutela della salute effettivamente vigente quando fu pronunciata, è utile ricordare i termini della questione sottoposta alla Corte e i passaggi argomentativi posti alla base della sua decisione. Alla Consulta era stato chiesto di valutare la compatibilità con l'art. 32, comma 1, Cost. di alcune norme che avevano escluso che potessero essere assunte a carico del servizio sanitario nazionale le prestazioni di diagnostica sperimentale ad alto costo effettuate presso strutture private non convenzionate, anche quando queste ultime fossero le uniche detentrici delle relative apparecchiature e gli accertamenti diagnostici risultassero indispensabili. Il tema che la Corte dovette affrontare, dunque, riguardava il diritto del cittadino a ottenere (e quindi l'eventuale obbligo del servizio sanitario di pagare) prestazioni che si collocavano al di fuori di quelle che, per lo meno a quell'epoca, il servizio stesso normalmente erogava e per le quali era attrezzato. La Corte si pronunciò per l'illegittimità costituzionale delle norme impugnate, considerandole in contrasto con l'art. 32 Cost. Nel motivare quella statuizione, i giudici della Consulta osservarono che il bene della salute umana, in forza della richiamata disposizione, rappresentava un "*un diritto primario e fondamentale che – per tali premesse* – [imponeva] *piena ed esaustiva tutela*", e che "[p]*ertanto, l'esclusione in assoluto,* [che si ricavava] *dalla normativa in esame, di qualsivoglia ristoro, ancorché* [ricorressero] *particolari condizioni di indispensabilità non altrimenti sopperibili,* [incideva] *sulla garanzia di cui innanzi*".

Con queste brevi e impegnative considerazioni, la Corte affermò un'interpretazione nuova del diritto costituzionale alla salute, alternativa, sotto un certo aspetto, a quella che pure essa stessa aveva accolto precedentemente in decisioni nelle quali aveva affrontato, direttamente o indirettamente, il tema della natura dei rapporti intercorrenti tra utenti e servizio sanitario nazionale. Durante tutti gli anni Ottanta, infatti, la Corte sembra avere ragionato secondo gli ormai noti schemi concettuali del diritto alla salute come diritto relativo: quest'ultimo doveva considerarsi garantito dall'istituzione di un servizio sanitario nazionale, alle cure erogate dal quale il singolo avrebbe

[57] Tra le decisioni che avallarono principi non conformi a quelli posti a fondamento della legge del 1978, v. la sent. n. 296/1986, con la quale fu dichiarata l'illegittimità di una norma regionale che aveva posto a carico della Regione la partecipazione alla spesa, dovuta dagli assistiti sulla base di leggi statali, sulle prestazioni di diagnostica strumentale e di laboratorio, anche se effettuate presso strutture private convenzionate.

potuto accedere alle condizioni e nei limiti stabiliti dalla legge e dalle autorità amministrative competenti, salvo il sindacato della Corte costituzionale sulla ragionevolezza di quelle scelte[58]. Nel caso in esame, invece, l'abbrivio del ragionamento fu differente e differente fu pertanto la conclusione: il diritto alla salute sancito in Costituzione fu configurato come diritto a ottenere prestazioni ritenute indispensabili dal singolo, non importando le differenti scelte compiute a questo riguardo dagli organi legislativi o le differenti determinazioni assunte dagli organi amministrativi in relazione alle prestazioni erogabili dal servizio sanitario nazionale.

Agli occhi degli operatori giuridici del tempo, la sentenza risultò – almeno potenzialmente – rivoluzionaria. Connettendo al diritto alla salute costituzionalmente garantito il diritto all'assistenza sanitaria, e qualificando il primo come diritto primario e fondamentale, la Corte sembrò avere fissato il presupposto per riconfigurare in termini assolutamente innovativi la relazione tra i titolari di quel diritto e i poteri pubblici, all'apprezzamento dei quali sino ad allora era stata riservata la questione relativa ai modi dell'attuazione dell'intervento pubblico per la sanità[59]. Costituiva un corollario del presupposto affermato dalla Corte, infatti, quello secondo cui gli apparati pubblici sarebbero stati tenuti a rimborsare le spese sostenute per prestazioni sanitarie non erogate dal servizio sanitario in ragione di scelte compiute dagli apparati amministrativi competenti in conformità a quanto stabilito dalla legge, e tuttavia giudicate indispensabili dai pazienti e dai loro medici curanti al fine della tutela della salute dei primi.

Non solo, ma il principio affermato nella sent. n. 992/1988 parve anche implicare, nel settore in esame, l'instaurazione di un nuovo assetto dei rapporti che sarebbero dovuti intercorrere tra i poteri dello Stato, nonché sottendere l'affermazione di nuove forme di relazione tra gli organi riconducibili a un medesimo potere. Quanto a quest'ultimo profilo, si osservò che l'impostazione della Corte sarebbe stata foriera di notevoli ripercussioni sul sistema complessivo del servizio sanitario sino ad allora vigente, dal momento che essa avrebbe spostato, almeno in parte, il governo del sistema dai soggetti responsabili della direzione e della gestione del servizio ai soggetti responsabili della erogazione delle prestazioni (ossia i medici)[60]. Ad un tempo, e su un diverso

[58] La concezione tradizionale può essere colta, ad esempio, nella s. n. 173/1987, nella quale la Corte, respingendo i rilievi mossi nei confronti della norma che aveva stabilito il diritto di accedere alle strutture private convenzionate se entro tre giorni quelle pubbliche non fossero state in grado di soddisfare la richiesta di accesso alle prestazioni, aveva sostenuto che "[l]'*istituzione del servizio sanitario nazionale è finalizzata a rendere effettivo e regolato l'esercizio del diritto fondamentale alla salute a spese della intera collettività nazionale, ivi compreso l'utente, a favore del quale se ne individualizzano le prestazioni*".

[59] A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, 27.

[60] E. Ferrari, *Il diritto alla salute è diritto a qualunque prestazione ritenuta indispensabile?*, in *Le Regioni*, 1989, 1928-1929.

piano, quella impostazione avrebbe potuto avere ricadute anche sull'ordinario svolgersi dei rapporti tra giurisdizione e amministrazione. La ragione di ciò è già stata detta. La qualificazione del diritto alla salute come diritto fondamentale avrebbe dovuto comportare il radicamento nella giurisdizione ordinaria delle controversie sorte per ottenere il rimborso delle spese sostenute per prestazioni sanitarie ricevute fuori dal servizio sanitario nazionale, e delle quali fosse stata contestata la indispensabilità. Per dirimere simili questioni, i giudici ordinari si sarebbero potuti spingere a valutare nel merito le scelte tecniche compiute dagli organi amministrativi, potendo eventualmente sostituire nel caso particolare il proprio giudizio a quello formulato da quelli in via generale.

La sent. n. 992/1988 si presta, infine, a qualche ulteriore considerazione se guardata da un'altra prospettiva, ossia da quella di chi è interessato a comprendere il significato sostanziale che la Corte costituzionale, in quella pronuncia, diede all'affermazione dell'art. 32 Cost. che impegna la Repubblica a tutelare la salute come diritto fondamentale dei singoli e interesse della collettività. Considerandola da questo angolo visuale, si può sostenere che la decisione si sia posta in linea di continuità con la giurisprudenza avutasi negli anni Settanta e Ottanta. Esattamente come nei casi precedenti, infatti, anche in questo caso la Corte aveva considerato inscritto nella disposizione costituzionale il principio che lo Stato dovesse assumersi l'impegno di predisporre forme pubbliche di assistenza sanitaria ispirate ai principi dell'universalità dei destinatari e della generalità e globalità delle prestazioni erogabili. Là, tuttavia, la Corte aveva lasciato trasparire questa concezione riferendosi alla Carta ma soprattutto alla legislazione di riforma della sanità, considerata fedele traduzione degli enunciati costituzionali in ragione dei suoi principi informatori[61]; qui, invece, la Corte aveva espresso quella stessa concezione facendo esclusivo riferimento alla Carta, in ciò sospinta dalla constatazione che lo sviluppo del sistema sanitario pubblico non poteva che essere sempre in ritardo rispetto allo sviluppo delle scienze mediche e delle tecnologie sanitarie[62], ma forse anche dalla volontà di preservare lo spirito originario della

[61] A giudizio dei primi commentatori della L. n. 833/1978, i contenuti informatori e caratterizzanti dell'art. 1 della medesima legge, recante i principi dell'istituendo servizio sanitario nazionale, potevano essere riassunti esattamente nella globalità degli interventi e delle prestazioni, nell'universalità dei destinatari, nell'uguaglianza di trattamento e nel riscatto della libertà e delle dignità della persona umana. Così, F. Roversi Monaco, C. Bottari, Sub art. 1, in AA.VV., *Il servizio sanitario*, *op. cit.*, 12.

[62] Nella sent. n. 992/1988, invero, la Corte, dopo avere affermato che quanto richiestole doveva considerarsi "*completamento esaustivo della tutela dovuta*" costituzionalmente a favore dei singoli e ordinariamente realizzata tramite le strutture del servizio sanitario nazionale, precisò: "*la comune esperienza suffraga - e il caso ne è palmare conferma - come possano esservi cure ed interventi (è conforme, in punto, la giurisprudenza della Corte di Cassazione) non altrimenti soddisfattibili, talché risulta palese l'iniquità del diniego di relativo ristoro a cura del Servizio sanitario nazionale, anche in ordine ovviamente alla pregressa inscindibile diagnostica*".

L. n. 833/1978 dai numerosi provvedimenti che, tradendone l'impostazione, avevano limitato l'azione degli apparati pubblici nel campo della tutela della salute al fine di contenerne i relativi costi.

In realtà, la scelta del mezzo non è indifferente per il fine. La Corte, avendo qualificato il diritto alla salute come diritto costituzionale a qualsiasi prestazione sanitaria indispensabile, aveva creato la condizione per il futuro riconoscimento di una tutela sanitaria apparentemente illimitata[63]. Uno scenario di questo genere, tuttavia, non si realizzò negli anni successivi, a ciò essendosi opposti gli organi legislativi e amministrativi, che continuarono a occuparsi della pretesa a prestazioni sanitarie guardandola dal versante dell'organizzazione dei servizi sanitari, e soprattutto la stessa Corte costituzionale, la cui giurisprudenza si sviluppò lungo binari diversi da quelli posti nella sent. n. 992/1988[64].

## 7. Verso un nuovo modello di tutela della salute

Le grandi riforme legislative del sistema sanitario degli anni Novanta confermarono e razionalizzarono le intervenute trasformazioni del modello sanitario pensato durante gli anni Sessanta e faticosamente realizzato negli anni Settanta. A tacere d'altro, furono stabiliti nuovi criteri di selezione delle tipologie di assistenza, dei servizi e delle prestazioni da porre a carico del servizio sanitario, furono posti maggiori sbarramenti al consumo di prestazioni e fu avviata una profonda ristrutturazione dell'intero assetto organizzativo del servizio sanitario nazionale, nell'ambito del quale si riconobbe alle Regioni un maggiore spazio di intervento.

[63] La promessa di una futura garanzia illimitata del diritto costituzionale alla salute fu soltanto apparente. La sent. n. 992/1988, infatti, aveva avuto cura di precisare, come già notato, che l'inammissibile incisione sulla garanzia del diritto fondamentale alla salute era discesa dalla "*esclusione in assoluto* [..] *di qualsivoglia ristoro*" per le spese sostenute per accedere a prestazioni sanitarie non rese dal servizio sanitario "*ancorché* [ricorressero] *particolari condizioni di indispensabilità non altrimenti sopperibili*". Tale formula, come fu attentamente osservato dalla dottrina, "[ammetteva] *implicitamente che il precetto costituzionale avrebbe potuto considerarsi soddisfatto dalla previsione di un rimborso parziale* e [quindi lasciava] *sussistere tra il diritto alla salute costituzionalmente sancito e il contenuto della posizione giuridica concretamente data all'utente, il passaggio necessario costituito dalla legge cui lasciata la determinazione dell'entità del ristoro*" (F. Trimarchi Banfi, *Pubblico e privato nella sanità*, *op. cit.*, 97). Questa precisazione era ineccepibile. Tuttavia, il fatto che una data disciplina dei compiti del servizio sanitario fosse stata valutata – e censurata – muovendo dal riconoscimento dell'esistenza di posizioni di diritto soggettivo il cui contenuto era stato determinato dalla Corte in base alla sola disposizione costituzionale, come era accaduto nel caso di specie, finì per alimentare l'idea, già presente nella giurisprudenza comune, che i diritti soggettivi a prestazioni sanitarie potessero sussistere in virtù non solo del loro riconoscimento legislativo, ma anche del loro riconoscimento costituzionale.

[64] V., *infra*, par. 7.

Quelle evoluzioni del sistema sanitario nazionale, sulle quali non ci si può in questa sede soffermare, furono dettate certamente dalla necessità di mettere sotto controllo la spesa complessiva destinata dallo Stato al comparto sanitario. Esse, ad un tempo, rispondevano verosimilmente all'idea, divenuta assai diffusa nell'opinione pubblica italiana degli anni Ottanta[65], che in generale fosse opportuno un ridimensionamento e una ristrutturazione del ruolo dei pubblici poteri in campo sociale, e che in particolare questi ultimi dovessero limitarsi a garantire alcune prestazioni sanitarie essenziali di base, lasciando libertà di scelta e onore di finanziamento e organizzazione ai singoli cittadini o alle loro organizzazioni per le prestazioni aggiuntive.

Quali che ne furono le ragioni, è certo che gli sviluppi ordinamentali anzidetti acuirono il conflitto tra Stato e Regioni in materia di tutela della salute, con note ricadute sull'entità del contenzioso pendente davanti alla Corte costituzionale. Nel settore in esame, rispetto al periodo precedentemente analizzato, si registrò via via un tale incremento di ricorsi posti in via principale e di conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni da rendere quanto mai pertinente, riferita ad esso, l'osservazione di chi, in anni recenti, ha ravvisato nella Corte italiana ormai più un "giudice dei conflitti" e meno un "giudice dei diritti". Ed invero, successivamente alla sent. n. 992/1988 sono state relativamente poche, anche se assai significative le pronunce nelle quali l'organo garante della legalità costituzionale ha dovuto affrontare questioni implicanti in modo diretto il tema della diretta azionabilità del diritto fondamentale alla salute, nel suo nucleo centrale di aspettativa di prestazione vantata dal singolo nei confronti degli apparati di servizi che operano nel campo della sanità. Come si noterà tra breve, tuttavia, i decisori autoritativi del nostro ordinamento (in particolare, i giudici) trattarono quel tema traendo considerevoli indicazioni anche dalla giurisprudenza costituzionale che lo toccò in via indiretta[66].

[65] M. Ferrera, *Modelli di solidarietà*, *op. cit.*, 306.

[66] Il riferimento è alla copiosa giurisprudenza costituzionale che negli anni Novanta, nell'ambito di giudizi instaurati in via principale, si occupò di questioni di legittimità aventi ad oggetto norme astrattamente idonee a incidere – in modi diversi – sulla configurazione delle pretese dei singoli a ricevere prestazioni sanitarie (v., *ex multis*, sent. n. 381/1990; sent. n. 356/1992; sent. n. 416/1995). È noto che, in termini dogmatici, i giudizi in via principale sono stati configurati tanto come giudizi di legittimità delle leggi quanto come giudizi su conflitti di attribuzioni legislative, secondo un ordine di prevalenza che è stato diversamente inteso dalla dottrina, ora favorevole a vedere nel giudizio principale primariamente un giudizio su un rapporto controverso (ad es. v. G. Berti, *Struttura del processo costituzionale e regime dei termini*, in *Le Regioni*, 1981, 1056) ora teorizzatrice della tesi opposta (v., ad es., G. Zagrebelsky, *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, 1987, 614). Si tratta di problema complesso e assai dibattuto, la cui soluzione tuttavia poco rileva ai fini del nostro discorso. Ed invero, se ci si pone su un piano fattuale e si considerano i parametri costituzionali invocati e gli argomenti addotti dalle parti nonché le motivazioni utilizzate dalla Corte nei giudizi che si conclusero con le decisioni sopra menzionate, si può plausibilmente sostenere che essi furono

Cercando di restare fedeli al metodo sin qui seguito, si può osservare innanzitutto che un discreto numero di decisioni della Corte costituzionale appartenenti al primo tipo si concentrò nei primissimi anni Novanta, il che forse avvalora la tesi che la sent. n. 992/1988 aveva rappresentato, quantomeno per gli organi giurisdizionali, il punto di partenza di un nuovo modo di intendere il diritto alla salute[67]. Come si è già detto, in quella decisione era stato affermato che l'esclusione di qualsiasi ristoro per le spese sostenute per accedere a prestazioni indispensabili non rese dal servizio sanitario nazionale doveva considerarsi incidere sulla garanzia apprestata dall'art. 32 Cost. per il diritto primario e fondamentale alla salute. Ebbene, nel lasso di tempo ora preso in considerazione, la Corte costituzionale abbandonò la strada sulla quale sembrava essersi incamminata: sollecitata più volte a intervenire su norme riguardanti oggetti diversi, ma accomunate dall'avere l'effetto di limitare l'accesso a prestazioni sanitarie affermate essere indispensabili per la cura della salute di singoli individui e di negare il rimborso (totale o parziale) delle spese sostenute per ottenerle al di fuori del servizio sanitario, essa in genere non condivise le prospettazioni degli organi giurisdizionali rimettenti.

Qualche esempio. In una decisione assunta nel 1990, i giudici della Consulta dichiararono manifestamente infondata la questione sollevata nei confronti della norma che aveva limitato l'assistenza farmaceutica degli aventi diritto alla fornitura di preparati galenici e di specialità medicinali comprese nel prontuario terapeutico del servizio sanitario nazionale, con esclusione dei farmaci stranieri non commerciati nello Stato italiano[68]. Dopo avere ribadito che "*la salute rappresenta, in forza dell'art. 32 della Costituzione, un bene primario e fondamentale che impone piena ed esaustiva tutela*", la Corte osservò che tale garanzia di tutela era assicurata ammettendo "*solo l'uso di farmaci regolarmente commerciabili, a norma di legge, nel territorio nazionale*" e non favorendo "*l'incontrollato uso di prodotti esteri che non si uniformino alla detta disciplina*". Sebbene motivata con argomenti ragionevoli, quella decisione esprimeva un atteggiamento della Corte di minore apertura alla possibilità di riconoscere in capo agli assistiti un diritto soggettivo costituzionale ad accedere a cure dimostratesi indispensabili e insostituibili con altre erogate dal servizio sanitario.

affrontati e definiti dai giudici della Consulta per chiarire l'assetto delle competenze legislative dello Stato e delle Regioni in ambito sanitario, più che per verificare se gli atti legislativi impugnati avessero determinato illegittime compressioni di situazioni giuridiche soggettive riconducibili al diritto alla salute. Ciò detto, occorre osservare che la giurisprudenza costituzionale appena ricordata riveste comunque una notevole importanza agli occhi di chi sia interessato a dare una valutazione degli sviluppi dell'ordinamento in chiave storica: i significati normativi assegnati all'art. 32, comma 1, Cost. in quelle decisioni, infatti, costituiscono fatti rilevanti innanzitutto di per sé e poi anche perché, come si è già notato nel testo, verosimilmente incisero sulla concezione degli organi legislativi, amministrativi e giurisdizionali, e sulle loro azioni.

[67] V., *retro*, par. 6.

[68] Corte cost., ord. n. 396/1990.

Questa impressione è confermata dalla soluzione accolta e dalle parole utilizzate nella notissima sent. n. 455/1990, con la quale la Corte tornò espressamente sulla correlazione esistente tra diritto costituzionale alla salute, diritto alle prestazioni sanitarie ed effettivo assetto dell'ordinamento legislativo in un dato momento storico. In questa pronuncia la Corte affermò che il diritto alla salute riconosciuto dall'art. 32 Cost., mentre doveva considerarsi direttamente garantito e azionabile dai soggetti legittimati nei confronti di autori di comportamenti illeciti, era invece soggetto, per quanto concerne il profilo del diritto a trattamenti sanitari, alle determinazioni del legislatore ordinario ed era perciò "*garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento*".

Ancora. In una terza decisione, pronunciata di lì a poco, la Corte dichiarò la manifesta inammissibilità della questione avente ad oggetto una norma che ammetteva, secondo le modalità e i limiti stabiliti dalle leggi regionali, il ricorso all'assistenza ospedaliera in forma indiretta, censurata nella parte in cui il ricorso a una simile forma di assistenza non consentiva un completo ristoro a favore del cittadino che con urgenza avesse "*dovuto egli stesso provvedere all'esigenza di tutelare indifferibilmente la propria salute in quanto quella assistenza ospedaliera diretta, alla cui erogazione egli aveva diritto per legge, era in pratica inesistente*"[69]. In questo caso l'assistito chiedeva il rimborso integrale di prestazioni alle quali aveva diritto nel sistema sanitario nazionale, ma che gli erano state somministrate al di fuori di questo in ragione del fatto che le strutture pubbliche e private convenzionate non erano in grado di erogarle tempestivamente. L'ordinanza di rimessione della Cassazione, dunque, aveva invocato un intervento volto a eliminare un'irragionevole disparità di trattamento conseguente ai modi di godimento di prestazioni legislativamente riconosciute, e non ad ampliare il novero delle prestazioni riconosciute in nome del diritto costituzionale alla salute. La Corte, tuttavia e però significativamente[70], dopo avere affermato che "*il diritto alla salute è riconosciuto come un diritto primario e fondamentale ai fini di una piena ed esaustiva tutela*", escluse di potere provvedere nel senso richiesto, precisando che era "*compito del legislatore ordinario operare il bilanciamento degli interessi tutelati da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto*

[69] Corte cost., ord. n. 40/1991.

[70] Ad un annotatore della decisione, la pronuncia del giudice delle leggi suonò "*come un via libera al legislatore per accogliere, in tema di prestazioni sanitarie a tutela del diritto alla salute, qualunque scelta* [avesse ritenuto] *opportuna*". E. Ferrari, *Diritto alla salute ed assistenza sanitaria indiretta*, in *Le Regioni*, 1992, 212.

*conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie*" di cui avesse disposto al momento, secondo "*scelte e indirizzi globali che al Parlamento e ad esso soltanto*" sarebbe spettato assumere.

Il tono della Corte, come le motivazioni e i dispositivi delle decisioni ricordate (e quelli di altre ad esse successive[71]) documentano, era cambiato. La Corte aveva intrapreso un nuovo corso giurisprudenziale, caratterizzato dall'abbandono dell'idea che il fondamento del diritto a prestazioni sanitarie indispensabili per la cura della salute potesse essere individuato unicamente nell'art. 32 della Costituzione, a favore della diversa idea che il suo fondamento dovesse essere ravvisato nelle determinazioni normative assunte dal legislatore, censurabili dalla Corte solo se irragionevoli[72].

[71] Secondo un ordine meramente cronologico, viene in rilievo innanzitutto l'ord. n. 19/1992, con la quale i giudici della Consulta si pronunciarono sulla questione sollevata nei confronti della norma che aveva rinviato alle leggi regionali la individuazione delle prestazioni sanitarie erogabili anche in forma indiretta, nel caso in cui le strutture pubbliche o convenzionate fossero state nella impossibilità di erogarle tempestivamente in forma diretta (art. 3, L. n. 595/1985), censurata nella parte in cui aveva omesso di vincolare le Regioni a fornire positivamente le prestazioni suddette, anche in forma di rimborso qualora esse non fossero state, o non fossero state ancora, erogabili in forma diretta o convenzionata. La Corte giudicò la questione manifestamente inammissibile "*per difetto di rilevanza e in quanto diretta a ottenere una sentenza di tipo additivo pur in assenza di una soluzione obbligata*". La motivazione offerta per giustificare un simile dispositivo fu che la questione, "*nei termini in cui* [era stata] *prospettata, si* [collegava] *alla necessità di un successivo intervento normativo da parte della Regione diretto a disciplinare le modalità per accedere alla prestazione terapeutica e per ottenere il rimborso, totale o parziale, della spesa sostenuta*", con la conseguenza che "*la previsione di tali modalità, anche nell'ipotesi in cui fosse stato introdotto* [..] *un vincolo a provvedere a carico della Regione, non* [sarebbe stata] *tale da dare luogo ad una soluzione univoca in ordine ai modi, ai tempi, alle misure e ai controlli connessi al rimborso, ma* [avrebbe offerto] *la possibilità di soluzioni differenziate, nel cui ambito la scelta* [doveva] *ritenersi riservata alla discrezionalità del legislatore regionale*". Merita di essere ricordata poi la sent. n. 247/1992, che dichiarò inammissibile la questione sollevata nei confronti di una norma regionale che non prevedeva un rimborso integrale della spesa per prestazioni sanitarie ospedaliere ottenute all'estero. La Corte osservò – a ragione – che la norma censurata, diversamente da quella che era stata oggetto di una dichiarazione di illegittimità costituzionale sul finire degli anni Ottanta, recava una previsione normativa di contribuzione risarcitoria, sicché il richiamo a quella decisione operato dai giudici *a quibus* doveva considerarsi inconferente. Ciò detto, ha rilievo ai nostri fini il tenore stesso delle argomentazioni della decisione, laddove fu affermato che il sistema sanitario, finalizzato alla tutela della salute, non rivelava "*disegni di completa statalizzazione nei contenuti di attuazione, i quali* [restavano] *perseguiti* [nel caso di specie] *in forme non irragionevoli*", aggiungendosi poi che "*rimane compito del legislatore, nella attuazione positiva degli interessi tutelati, il contemperamento con gli altri criteri costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento*".

[72] Benché la Corte avesse affermato che la riconduzione del contenuto del diritto alla salute alle scelte legislative "*non* [implicasse] *certo una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione*" (sent. n. 455/1990), il sindacato concreto esercitato su tali scelte

Il giudice delle leggi si era appoggiato a un principio consolidato della sua giurisprudenza. Ma se nel decennio precedente il richiamo alla discrezionalità legislativa quanto alla scelta degli strumenti, dei modi e dei tempi di attuazione della tutela della salute era stato ancora funzionale all'affermazione di un modello di protezione coerente nello spirito con quello fissato nella legge di riforma del 1978, quel medesimo richiamo da parte della Corte costituzionale in un momento di ripensamento dei principi fondamentali dell'organizzazione del sistema sanitario e di tentativi di riduzione della spesa sanitaria, sembrò sancirne la crisi[73].

Prima però di proseguire nella descrizione degli sviluppi della giurisprudenza costituzionale, pare opportuno fare un accenno anche agli orientamenti espressi dagli organi giurisdizionali comuni dopo l'emanazione della sent. n. 992/1988. A questo riguardo, si può osservare che quella decisione contribuì a rafforzare l'idea della configurabilità di un diritto soggettivo perfetto all'assistenza sanitaria di rango costituzionale, non comprimibile o degradabile ad opera del legislatore e dell'amministrazione. Tale idea, tuttavia, fu declinata in modi diversi.

Essa, in primo luogo, portò la Corte di cassazione ad affermare la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria per le controversie aventi ad oggetto la richiesta di rimborso delle spese sostenute presso strutture private non convenzionate, alle quali il singolo si fosse rivolto per ottenere prestazioni riconosciute dalla legislazione sanitaria e tuttavia non somministrabili dalle strutture del servizio sanitario nazionale in tempi compatibili con la situazione di urgenza accertata nel caso di specie[74]. Non essendo invocata dal

nei casi citati fu davvero di tipo leggero. In tema, E. Ferrari, *Diritto alla salute e prestazioni sanitarie tra bilanciamento e gradualità*, in *Le Regioni*, 1991, 1513.

[73] Riflettendo sulle evoluzioni legislative e sugli indirizzi giurisprudenziali ai quali si è fatto cenno nel testo, la dottrina fu concorde nel considerare irreversibile la crisi del modello di tutela sanitaria affermatosi sul finire degli anni Settanta. Tale riconoscimento fu seguito ora da tentativi volti a confermare la validità di quel modello (v., ad es., G. Mor, *Il riordino della sanità nella crisi dello Stato sociale e della Costituzione materiale*, in *Le Regioni*, 1994, 992), ora da tentativi finalizzati a legittimare – sia pure problematicamente – forme e modi nuovi attraverso i quali lo Stato sociale di diritto avrebbe potuto adempiere l'obbligo, impostogli dalla Costituzione, di intervenire nel campo della sanità e per l'obiettiva tutela della salute (v., ad es., G. Ferrara, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, 535-538).

[74] V. Cass., SS.UU., ord. n. 12218/1990. Vale la pena sintetizzare l'iter argomentativo della Suprema Corte. A fronte di una disposizione di legge che prevedeva, da un lato, che le prestazioni medico-specialistiche, ivi comprese quelle di diagnostica strumentale e di laboratorio, fossero fornite, di norma, presso gli ambulatori e i presìdi delle USL di cui l'utente faceva parte, dall'altro, che nei casi di richiesta urgente motivata da parte del medico in relazione a particolari condizioni di salute del paziente, il mancato immediato soddisfacimento della richiesta presso le anzidette strutture pubbliche equivalesse ad autorizzazione ad accedere agli ambulatori o strutture convenzionati, la Cassazione affermò che il potere autorizzatorio in questione non avesse natura discrezionale ma vincolata, con la conseguenza che la pretesa

malato una simile situazione di urgenza, invece, sui ricorsi volti a contestare i provvedimenti dell'amministrazione sanitaria avrebbe continuato a decidere l'autorità giudiziaria amministrativa[75].

La medesima idea spinse alcuni giudici anche oltre, portandoli a mettere in discussione i limiti che gli organi legislativi e amministrativi, in via normativa e in via di prassi, frapponevano al pieno rimborso delle spese sostenute per accedere a prestazioni sanitarie non erogate in via diretta dal servizio sanitario[76]. Il meccanismo di tutela che la giurisprudenza comune aveva congegnato per ovviare alla incapacità dell'organizzazione amministrativa di rispondere a richieste di cure che pure la legislazione, interpretata alla luce del dettato costituzionale, le imponeva di predisporre ed erogare, era uno strumento limitato (perché interveniva in via successiva) e, paradossalmente, potenzialmente discriminatorio nei confronti degli indigenti (perché era generalmente inidoneo a riconoscere il rimborso dell'intero costo delle pre-

di assistenza dell'utente del servizio nazionale doveva essere configurata come diritto soggettivo perfetto, oggetto di un'immediata e incondizionata tutela. Ciò stabilito, la Corte osservò che "*la suddetta soluzione legislativa – che appare con evidenza ispirata all'intento di rendere effettiva l'assistenza sanitaria cui sono tenuti gli organi pubblici e ciò proprio quanto essa si rivela vieppiù necessaria – non può logicamente mutare allorquando, in presenza di situazioni di urgenza – e tali debbono essere definite quelle in relazione alle quali sussiste per l'assistito pericolo di vita o comunque pericolo di aggravamento della malattia contratta ovvero di non adeguata sua guarigione che invece sarebbe oggettivamente possibile attraverso idoneo, tempestivo intervento curativo – non esistano neppure altre strutture operanti nell'ambito delle convenzioni vigenti con il servizio sanitario che siano in grado di effettuare siffatto intervento*". In tale caso, prosegue la decisione, "*essendo a maggior ragione inconcepibile qualsiasi discrezionalità della Pubblica Amministrazione* [..]*, la dovuta assistenza sanitaria deve necessariamente realizzarsi mediante il ricorso a quelle strutture esterne che - ancorché non convenzionate (ovvero convenzionate con limitazioni) – siano le uniche in grado di eseguire quell'idoneo tempestivo intervento*". Occorre notare, infine, che l'ammirevole operazione interpretativa appena compiuta, volta a dare tutela non a "*un illimitato diritto alla salute*", ma a "*quel diritto all'assistenza in relazione alle prestazioni che, proprio in base alla* [legge]*, la Pubblica Amministrazione è già tenuta a garantire*", fu giustificata dalla Corte di cassazione facendo riferimento alla sent. n. 992/1988 della Corte costituzionale.

[75] Furono considerate configurare posizioni di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, ad esempio, le domande volte a ottenere il pieno rimborso delle spese sostenute per accedere a prestazioni ottenute, previa autorizzazione delle competenti autorità amministrative, presso strutture sanitarie all'estero (Cass., SS.UU., ord. n. 12099/1992).

[76] Tale idea è ben sintetizzata dall'argomento in base al quale la Corte di giustizia amministrativa di Trento aveva censurato le norme provinciali, poi salvate dalla sent. n. 455/1990 della Corte costituzionale, che avevano attribuito all'amministrazione il potere di stabilire i limiti entro i quali le USL avrebbero assunto la spesa inerente a prestazioni di natura sanitaria erogate a favore di persone anziane non autosufficienti ricoverate in case di riposo. Stando a quanto riportato nella decisione della Corte costituzionale, tale argomento consisteva nel fatto che "*il godimento di un diritto soggettivo perfetto costituzionalmente garantito - come il diritto alla salute o, più precisamente, il diritto a ottenere le prestazioni sanitarie erogate dal Servizio sanitario nazionale - non* [avrebbe potuto] *essere sacrificato o, comunque, subordinato a limiti derivanti dalle risorse organizzative e finanziarie a disposizione del sistema sanitario pubblico*".

stazioni somministrate da strutture esterne al servizio sanitario[77], restando la differenza in capo agli assistiti). Solo eliminando i limiti legislativi previsti per il rimborso si sarebbe potuto attenuare i limiti che accompagnavano la tutela giurisdizionale del diritto alla salute, o quantomeno della dimensione di esso consistente nel diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie effettivamente indispensabili e indifferibili.

La Corte, come si è detto, decise di non compiere quel passo. Gli organi giurisdizionali dovettero così prendere atto dei limiti che la legislazione aveva previsto e che la giurisprudenza costituzionale non aveva eliminato. Le anzidette decisioni della Corte costituzionale dei primi anni Novanta, peraltro, segnarono gli sviluppi giurisprudenziali dei giudici comuni anche in altro modo. Esse, infatti, furono richiamate in provvedimenti giurisdizionali come giustificazione per l'assunzione di orientamenti restrittivi della tutela del diritto alla salute, orientamenti imposti in realtà da modifiche in tale senso intervenute a livello legislativo.

Fu questo il caso della giurisprudenza che si occupò del diritto ad accedere gratuitamente ai farmaci previsti nel prontuario farmaceutico nazionale. Durante gli anni Novanta i giudici ordinari confermarono sì gli orientamenti in materia ai quali si è accennato in precedenza[78], ma restrinsero la possibilità di disapplicare il prontuario ai soli casi nei quali fosse stata accertata la necessità dell'assistito di assumere farmaci, non inclusi in esso, che fossero insostituibili e indispensabili per la cura di patologie gravi. Il riferimento alla gravità della patologia era coerente con la previsione normativa, introdotta già negli anni Ottanta, della creazione di un "*elenco di farmaci destinati al trattamento delle situazioni patologiche di urgenza, delle malattie ad alto rischio, delle gravi condizioni o sindromi morbose che esigono terapia di lunga durata, nonché alle cure necessarie per assicurare la sopravvivenza nelle malattie croniche, per i quali non è dovuta alcuna quota di partecipazione*"[79]. Tuttavia, salvo lacune nelle ricerche svolte, tale riferimento comparve in giurisprudenza soltanto nella prima metà degli anni Novanta, accompagnato, come si diceva, da ampi riferimenti alle decisioni della Corte costituzionale che avevano affermato la legittimità di una graduazione (legislativa e ammi-

[77] Le norme legislative statali e regionali, che i giudici tentarono di fare dichiarare incostituzionali dalla Corte costituzionale, stabilivano infatti che il concorso della spesa riconoscibile dal servizio sanitario per le prestazioni godute dagli utenti in via indiretta (perché autorizzati dall'amministrazione sanitaria oppure perché "costretti" dalla gravità della malattia e dall'urgenza di cure non offerte in tempi compatibili dal servizio sanitario in via diretta) non potesse superare il limite massimo delle tariffe previste per le medesime prestazioni dalle convenzioni vigenti. Tariffe, certo, censurabili davanti all'autorità giudiziaria amministrativa quando non idonee a coprire il costo delle cure effettivamente sostenuto (Cass., SS.UU., ord. n. 12099/1992), ma con i limiti che tale azione e il correlativo giudizio comportavano.

[78] V., *retro*, nota 62.

[79] Art. 10, comma 2, D.L. n. , 463/1983, convertito con L. n. 638/1983.

nistrativa) delle forme di tutela della salute correlata al quadro economico-finanziario complessivo[80].

## 8. La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale[81]

Non si erano ancora spenti gli echi delle critiche mosse nei confronti delle decisioni rese dalla Corte nei primi anni Novanta, quando la giurisprudenza costituzionale espresse un nuovo indirizzo, parzialmente correttivo di quello appena assunto[82]. Pur continuando a riconoscere che la consistenza giuridica della pretesa all'assistenza sanitaria dipendesse da determinazioni del legislatore compiute sulla base di scelte discrezionali dettate anche dalle esigenze di rispettare un equilibrio economico-finanziario in sede di organizzazione del servizio[83], la Corte osservò che se tali esigenze avessero avuto un peso assolutamente preponderante nel bilanciamento dei valori costituzionali operato dal legislatore stesso, "*tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona umana*", ciò indubbiamente sarebbe stato prova di un esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa, censurabile come tale dalla Corte stessa.

Mediante il riconoscimento dell'esistenza di un "nucleo essenziale del diritto alla salute", i giudici della Consulta tornarono a sostenere l'idea che vi

[80] *Ex multis*, Cass., S. Lav., sent. n. 3870/1994; Cass., S. Lav., sent. n. 5593/1994.

[81] Il titolo del presente paragrafo riprende quello di un noto saggio pubblicato a metà degli anni Novanta. C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996. Gli sviluppi giurisprudenziali presi in considerazione in quel contributo solo in parte coincidono con quelli analizzati nel testo.

[82] Corte cost., sent. n. 304/1994, con la quale furono rigettate diverse questioni sollevate nei confronti di norme regionali che avevano selezionato le tipologie di prestazioni sanitarie che potevano essere oggetto di assistenza indiretta, indicando, per talune di esse, le forme nelle quali sarebbero dovute essere erogate perché i relativi oneri potessero essere posti parzialmente a carico del servizio sanitario.

[83] Anche nella decisione in commento, la premessa – ormai consolidata – dalla quale il ragionamento della Corte prese le mosse, fu che nell'ambito della tutela costituzionale accordata al diritto alla salute dall'art. 32 della Costituzione, il diritto a trattamenti sanitari "è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento". Conseguenza logica di quella premessa fu l'affermazione che "*al pari di ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, il diritto a trattamenti sanitari, essendo basato su norme programmatiche che impongono al legislatore un obbligo costituzionale all'attuazione della tutela della salute, diviene per il cittadino pieno e incondizionato nei limiti in cui lo stesso legislatore, attraverso una non irragionevole opera di bilanciamento fra i valori costituzionali e di commisurazione degli obiettivi conseguentemente determinati alle risorse esistenti, predisponga adeguate possibilità di fruizione delle prestazioni sanitarie*".

fosse un fascio di situazioni giuridiche soggettive aventi il loro fondamento nella disposizione di cui all'art. 32 Cost., a garanzia delle quali doveva considerarsi posto il sindacato di legittimità costituzionale delle leggi che ne avessero determinato (direttamente o indirettamente, in ragione dell'azione degli apparati del servizio sanitario) una lesione in singoli, concreti casi della vita[84].

L'affermazione di un simile principio si prestava, almeno astrattamente, ad avere notevoli ripercussioni sulla dimensione costituzionale riconosciuta alla pretesa alle cure dei singoli. Per valutare i termini reali della sua portata, occorre indagare come la Corte lo utilizzò ai fini della soluzione del caso di specie, ma anche i contraccolpi che quella pronuncia generò in seguito sul contesto normativo, amministrativo e giurisprudenziale.

Quanto al primo aspetto, il dispositivo adottato dalla pronuncia e alcuni degli argomenti in essa spesi per motivare quella statuizione, sembrano deporre a favore di un giudizio di incidenza piuttosto modesta del riconoscimento di un "nucleo essenziale del diritto alla salute". Facendo abile uso di tecniche decisorie che aveva via via acquisito nel corso del tempo, infatti, la Corte si era pronunciata per la infondatezza delle questioni sollevate[85], con

[84] Già prima della sent. n. 304/1994 la Corte aveva affermato l'esistenza di un "nucleo essenziale del diritto alla salute" nella sent. n. 184/1993. A differenza della prima decisione, tuttavia, quest'ultima non si era occupata né del problema della natura della pretesa assistenziale riconoscibile in capo agli utenti del servizio sanitario né del problema del contenuto di tale pretesa. Nel giudizio concluso con la sent. n. 184/1993, invece, la Corte aveva affrontato il diverso tema della gratuità dell'accesso a servizi sanitari riconosciuti legislativamente ed erogati dagli apparati del servizio sanitario. Secondo i giudici della Consulta, l'esenzione generale dalla partecipazione alla spesa sanitaria prevista legislativamente per determinate categorie di soggetti – caratterizzati dal possesso di redditi inferiori a determinati livelli stabiliti legislativamente, dalla presuntiva impossibilità, a causa delle loro condizioni fisiche e per ragioni di ordine sociale, di trovare fonti di reddito ulteriore, e dal presumibile bisogno maggiore e più frequente di far ricorso a prestazioni di cura, di prevenzione e di riabilitazione, a causa del deperimento fisico che generalmente si accompagna alle loro condizioni fisiche – doveva considerarsi "*attuazione del contenuto minimo essenziale del diritto alla tutela della salute, garantito dall'art. 32 della Costituzione: il quale, considerato anche in correlazione con il principio di uguaglianza sostanziale (art. 3, secondo comma), impone che la salute abbia una protezione piena, esaustiva ed effettiva*".

[85] In primo luogo, la Corte escluse una violazione dell'art. 117 Cost., offrendo un'interpretazione della norma statale, che il giudice rimettente aveva indicato come parametro interposto per il sindacato delle norme regionali, tale da escludere che la stessa imponesse alle Regioni di ammettere al regime di assistenza indiretta tutte le prestazioni sanitarie che le strutture pubbliche o quelle convenzionate fossero state nell'impossibilità di erogare tempestivamente in forma diretta, né di ammettere a tale regime le medesime prestazioni in misura uguale. La norma in questione, secondo la Corte, doveva piuttosto essere intesa avere demandato alle Regioni il potere di stabilire quali tra quelle prestazioni sarebbero state erogabili in forma indiretta e in che misura, secondo un apprezzamento soggetto allo scrutinio di ragionevolezza della Corte stessa da svolgersi "*in riferimento all'esigenza costituzionale di tutela del diritto alla salute, garantito a ogni cittadino dall'art. 32 della Costituzione, compatibilmente con la protezione da accordare agli altri valori costituzionali rilevanti*". Ciò detto, la Corte escluse la

ciò dando l'impressione che la tutela della salute degli individui dipendesse, in ultima analisi, dalle scelte degli organi legislativi e dalle decisioni degli apparati coinvolti nella programmazione e nella erogazione delle prestazioni sanitarie, a poco servendo il sindacato esercitabile su di esse dalla Corte medesima.

In realtà, la visione del diritto alla salute prospettata nella sent. n. 304/1994 era più complessa. In uno dei passaggi finali della motivazione, irrilevante ai fini della decisione, la Corte lasciò intendere che l'ambito della garanzia costituzionale del "nucleo essenziale del diritto alla salute" dell'infermo non copriva la sua pretesa a ottenere qualsiasi prestazione sanitaria, ma la sua pretesa ad accedere a prestazioni indispensabili per dare risposta a esigenze terapeutiche indifferibili[86]. Tale pretesa era all'epoca riconosciuta dalla legislazione vigente rilevante per la controversia pendente davanti al giudice *a quo*, così come interpretata dalla giurisprudenza comune; se tuttavia non lo fosse stata, la Corte lasciò presumere che avrebbe accolto le questioni di legittimità costituzionale sollevate, in relazione a questo profilo, dagli organi giurisdizionali nei confronti delle leggi recanti la disciplina dell'assistenza sanitaria affidata al servizio sanitario nazionale.

Il nuovo significato presumibilmente attribuito dalla Corte all'enunciato dell'art. 32, comma 1, della Costituzione – tendente, lo si ripete, da un lato a ravvisare in quella disposizione un mandato al legislatore a tutelare la salute degli individui avvalendosi di un sistema sanitario organizzato sulla base

fondatezza della questione di legittimità delle norme regionali che era stata sollevata, in riferimento all'art. 32 Cost., sulla base della considerazione che la *totale* esclusione delle prestazioni riabilitative dal novero di quelle ammesse all'assistenza in forma indiretta avrebbe costituito una violazione dell'obbligo costituzionale gravante sul legislatore di dare attuazione al diritto condizionato a trattamenti sanitari. La Corte non accolse la prospettazione del giudice rimettente, osservando che le norme regionali avevano ammesso al regime di assistenza indiretta *alcuni servizi* erogabili all'assistito per la cura della sua patologia (una forma di sclerosi multipla grave la cui cura, secondo il giudice rimettente, non era caratterizzata da assoluta urgenza): le consulenze sul programma terapeutico-riabilitativo e interventi specifici con esclusione di prestazioni aventi carattere di continuità e prolungate nel tempo. Quanto poi al prospettato vizio di irragionevolezza della esclusione di prestazioni di quest'ultimo tipo, la Corte giudicò non manifestamente irragionevole tale esclusione, "*tenuto conto del rilevante onere finanziario connesso alla fruizione di queste ultime prestazioni presso strutture esterne al servizio sanitario, non convenzionate con quest'ultimo, e alla contestuale possibilità di poter fruire delle medesime prestazioni presso le strutture del servizio sanitario nazionale o quelle convenzionate*" (possibilità che tuttavia non sussisteva nel caso pendente davanti al giudice *a quo*, n.d.a.).

**86** Dopo avere escluso la manifesta irragionevolezza della normativa censurata, la Corte osservò: "*nel caso in cui la disabilità dovesse comportare esigenze terapeutiche indifferibili (caso che, a detta del giudice a quo, non corrisponde a quello sottoposto al suo esame), il nucleo essenziale del diritto alla salute sarebbe salvaguardato da quelle disposizioni di legge che legittimano il ricorso a forme di assistenza indiretta, anche all'estero, nelle ipotesi in cui le strutture del servizio sanitario, incluse quelle convenzionate, non fossero in grado di assicurare un tempestivo intervento sanitario, reso indifferibile dalle condizioni di salute della persona bisognosa di prestazioni riabilitative*".

di un contemperamento di interessi costituzionalmente rilevanti, dall'altro a ricavare da essa il fondamento del diritto a ottenere prestazioni urgenti, indispensabili per la cura di gravi stati patologici, e insostituibili (e del corrispondente diritto a ottenerne il rimborso nel caso in cui il servizio sanitario non fosse stato in grado di renderle) – non fu più stato messo in discussione successivamente dalla Corte costituzionale, la quale tuttavia ebbe occasione di precisarne la portata su sollecitazione del giudiziario.

Ancora una volta, infatti, la giurisprudenza costituzionale aveva offerto agli organi giurisdizionali comuni argomenti per ricavare dal diritto alla salute riconosciuto dalla Costituzione situazioni giuridiche soggettive incomprimibili da parte degli organi legislativi e amministrativi[87]. Nel giro di breve tempo, i giudici invitarono la Corte a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di discipline normative che, in vari modi, ponevano limiti a quel diritto.

Era questo il caso della disciplina che regolava l'accesso delle cure dei cittadini italiani presso strutture situate fuori dal territorio italiano. Il passaggio della motivazione della sent. n. 304/1994 prima ricordato non aveva fornito indicazione alcuna in relazione alla situazione in cui l'esigenza di ricevere cure indispensabili e indifferibili si fosse manifestata all'estero. È noto che la materia non era priva di disciplina normativa. Innanzitutto, la legislazione vigente all'epoca in cui si verificò il problema che originò il contenzioso nel quale fu sollevata la questione sottoposta alla Corte, impegnava lo Stato ad assumere l'onere di provvedere – direttamente o indirettamente – all'assistenza sanitaria dei cittadini italiani all'estero per tutto il periodo della loro permanenza al di fuori del territorio nazionale, purché si trattasse di persone che quivi svolgessero attività lavorativa (alla quale era equiparata la fruizione di borse di studio presso università o fondazioni straniere) e che non godessero, mediante forme di assicurazione obbligatoria o volontaria, di prestazioni di assistenza previste da leggi speciali o fornite dal datore di lavoro[88]. L'ordinamento del tempo, in secondo luogo, prevedeva che i cittadini italiani già all'estero potessero accedere, per fare fronte a situazione di eccezionale

[87] Quanto appena sostenuto nel testo necessita una puntualizzazione. Si è già ricordato che, poco tempo prima dell'adozione della sent. n. 304/1994, nella giurisprudenza della Cassazione si erano manifestati orientamenti volti ad assicurare alle aspettative dei singoli forme di tutela ulteriori a quelle previste legislativamente e predisposte amministrativamente, quando queste ultime si fossero rivelate inadeguate a consentire l'accesso a prestazioni sanitarie indifferibili e indispensabili per la cura di gravi stati patologici (v., *retro*, nota 86). Quegli stessi orientamenti iniziali – che avevano escluso che la limitazione dell'assistenza farmaceutica alle sole manifestazioni morbose di maggiore incidenza sullo stato di salute determinasse un sacrificio del diritto fondamentale previsto dall'art. 32 Cost., "*nel suo contenuto essenziale*" – trovarono conforto nelle affermazioni formulate dalla Corte costituzionale nell'anzidetta decisione, la quale, come si è detto, ne potenziò e generalizzò la portata.

[88] Art. 37, L. n. 833/1978 e artt. 1, 2 e 3, D.P.R. n. 618/1980.

gravità e urgenza, a prestazioni non ottenibili in forma adeguata alla particolarità del caso clinico da parte delle strutture afferenti al servizio sanitario nazionale[89]. Nessuna indicazione normativa, invece, era prevista per i cittadini residenti in Italia che, recatisi all'estero per ragioni diverse dallo studio e dal lavoro, si fossero trovati in uno stato di salute così grave da necessitare cure immediate che, tuttavia, sarebbero state disponibili anche presso gli apparati del servizio sanitario nazionale.

Interpellata una prima volta sulla legittimità costituzionale della disciplina da ultimo richiamata, la Corte rigettò la questione dichiarandola manifestamente inammissibile, sulla base della considerazione che "*l'estensione richiesta, ove accolta,* [avrebbe imposto] *di definire condizioni, limiti e modalità di una ipotesi nuova di assistenza indiretta da dispensare all'estero, aspetti rispetto ai quali non* [era] *possibile individuare un'unica soluzione, ma che* [avrebbero dovuto] *formare oggetto di scelte affidate alla discrezionalità del legislatore ed eventualmente dell'autorità amministrativa*"[90].

È degno di annotazione il fatto che la Corte non si pose il problema se il "*contenuto essenziale del diritto alla salute*" potesse subire lesioni ad opera di una disciplina legislativa così configurata. L'indicazione che ne trasse la giurisprudenza, allora, fu che la garanzia costituzionale di quel diritto valesse soltanto nella misura in cui al suo titolare fosse stato negato, in via legislativa o amministrativa, l'accesso a prestazioni del genere anzidetto da parte delle strutture preposte al servizio sanitario.

Questa interpretazione del principio posto nella sent. n. 304/1994 sembrò trovare conforto in due pronunce (sent. n. 267/1998, sent. n. 509/2000) con le quali la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità costituzionale di norme regionali che riconoscevano il rimborso per prestazioni ricevute in strutture diverse da quelle del servizio sanitario, soltanto nell'ipotesi nella quale l'accesso a tali strutture fosse stato autorizzato dall'amministrazione competente[91]. La Corte – il cui sindacato in entrambi i casi era stato attivato da giudici chiamati a decidere in merito a domande di rimborso presentate da

[89] Art. 3, comma 5, L. n. 595/1985.

[90] Corte cost., ord. n. 78/1996.

[91] In entrambe le pronunce il ragionamento della Corte seguì le argomentazioni espresse nella sent. n. 304/1994. Limitandoci a richiamare passaggi della motivazione della sent. n. 267/1998, si può osservare che la decisione, riaffermato che il diritto alla salute implicava "*il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la sua tutela*", da un lato ribadì che esso era "*garantito ad ogni persona come un diritto costituzionalmente condizionato all'attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti*", dall'altro confermò che "*il nucleo essenziale del diritto alla salute*" doveva "*ritenersi salvaguardato da quelle disposizioni di legge* [..] *che legittimano il ricorso a forme di assistenza indiretta nelle ipotesi in cui le strutture del servizio sanitario* [..] *non fossero in grado di assicurare un tempestivo intervento sanitario, reso peraltro indifferibile dalle condizioni di salute della persona bisognosa di prestazioni di cura*".

soggetti che, a causa della gravità delle condizioni di salute e in ragione della indifferibilità degli interventi richiesti, non avevano chiesto l'autorizzazione prescritta per accedere a prestazioni non fruibili presso strutture sanitarie pubbliche o private convenzionate – non si limitò peraltro a riconoscere la lesione del contenuto minimo della salute ad opera delle norme censurate[92]. Essa si premurò anche di suggerire ai legislatori regionali "*la soluzione costituzionalmente corretta*", individuandola in quella che prevedesse, limitatamente alle ipotesi suddette, "*il differimento della verifica sui presupposti sostanziali, nonché di gravità ed urgenza che* [avevano] *impedito la preventiva richiesta di autorizzazione alla prestazione sanitaria, ad un momento successivo all'erogazione della prestazione stessa*"[93].

Come il dialogo tra Corte e legislatore, così anche quello tra la prima e gli organi giurisdizionali continuò negli anni successivi. Sul finire del secolo, il giudice delle leggi dichiarò illegittime le norme che riconoscevano l'assistenza indiretta per i cittadini italiani che si fossero trovati in altri Paesi per motivi di lavoro o di studio, nella parte in cui non prevedevano in favore di cittadini italiani all'estero, non appartenenti alle categorie di beneficiari indicati dalla legge, e che versassero in disagiate condizioni economiche, forme di assistenza sanitaria gratuita da stabilirsi dal legislatore[94].

Con questa decisione dalla struttura assai complessa[95], la Corte non garantì il "nucleo essenziale del diritto alla salute" di tutti gli italiani che si fossero trovati all'estero, ma soltanto di coloro tra quelli che fossero stati in condizione di indigenza. La sent. n. 309/1999 segnò comunque un'estensione della garanzia considerata ricavabile dall'art. 32 Cost.: da allora in poi, sino quando il legislatore non avesse adottato una nuova disciplina coerente con la decisione della Corte, i cittadini italiani all'estero, purché indigenti, avrebbero

[92] A giudizio del giudice delle leggi, le norme legislative regionali censurate "*escludendo, senza giustificazione, in modo assoluto ed indifferenziato ogni ristoro delle spese in tutti i casi nei quali l'assistito non abbia preventivamente chiesto l'autorizzazione per accedere all'assistenza indiretta, senza contemplare alcuna deroga, neppure qualora ricorrano particolari condizioni di indispensabilità, di gravità ed urgenza non altrimenti sopperibili* [non assicuravano] *l'effettiva tutela della salute e* [vulneravano] *la garanzia dell'art. 32 della Costituzione, ponendosi altresì in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, perché* [realizzavano] *una soluzione intrinsecamente non ragionevole*".

[93] "*In questo modo*" – continua la decisione – "*si permette egualmente un adeguato bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti, evitando, da un lato, carenza di tutela proprio nei casi in cui appare più grave il rischio per il bene primario della salute e non alterando, dall'altro lato, i criteri di fondo che regolano il riparto tra regime di assistenza diretta e regime di assistenza indiretta*".

[94] Corte cost., sent. n. 309/1999.

[95] Come fu subito notato in dottrina. V., ad es., L. PRINCIPATO, *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?*, in *Giur. cost.*, 1999, 2508.

potuto accedere alle cure indispensabili rese urgenti dallo stato di grave malattia, beneficiando delle medesime forme di copertura assicurate dalla legge nazionale per i lavoratori e gli studenti all'estero. Quanto alla individuazione dei criteri mediante i quali definire lo stato di indigenza, in assenza di indicazioni esplicite da parte della legislazione vigente, essi sarebbero dovuti essere trovati dalle amministrazioni e dagli organi giurisdizionali, questi ultimi quando fossero stati investiti delle domande di accedere al rimborso per le spese sostenute.

### 9. L'accesso a prestazioni sanitarie tra organi legislativi, amministrativi, giurisdizionali e Corte costituzionale. Brevi considerazioni conclusive

La pronuncia da ultimo esaminata è interessante per ragioni che esulano dalla soluzione che la Corte diede alla specifica questione sottopostale, e che investono il fondo del tema preso in considerazione nel presente studio. Nella sent. n. 309/1999, infatti, la Corte si affacciò, sia pure escludendo di doversene fare carico[96], sui problemi implicati dalla determinazione degli elementi contenutistici (quis, quid, quantum, quomodo) del diritto alle cure oggetto di garanzia costituzionale.

Si tratta di problemi la cui soluzione, come la Corte stessa sembrò riconoscere, è naturalmente perfettibile dal punto di vista tecnico e, si può aggiungere, è sempre insoddisfacente rispetto ai principi di giustizia.

Quanto appena detto è massimamente vero per le scelte compiute in materia dagli organi legislativi. Si pensi, ad esempio, alla problematica individuazione della categoria degli indigenti ai quali la Costituzione assicura cure gratuite. Come fu osservato nella decisione appena ricordata, la "*nozione di indigenza utilizzata nell'articolo 32, e che in una recente sentenza è stata fatta coincidere con quella di insufficienti disponibilità economiche (sentenza n. 185 del 1998), non possiede un significato puntuale e sempre identico a se stesso*". Preso atto di ciò, la Corte escluse di potere determinare con propria sentenza "*i limiti di reddito o i tetti patrimoniali al di sotto dei quali le condizioni economiche di una persona siano da ritenere insufficienti a fronteggiare le esigenze terapeutiche, anche perché i criteri di cui il legislatore può far uso per determinare il contenuto di tale nozione possono variare a seconda della maggiore o minore onerosità di una cura*". È evidente che queste parole furono spese dalla Corte per tracciare la difficile linea di confine tra i compiti ad essa assegnati dalla Costituzione e quelli dalla medesima attribuiti agli organi di

[96] La Corte infatti affermò: "*Una volta rilevato che nel bilanciamento dei diversi interessi coinvolti nella disciplina censurata non può essere ignorata la posizione delle persone a favore delle quali la garanzia costituzionale è posta dall'articolo 32 con il massimo di cogenza, questa Corte non può procedere oltre. Esulerebbe dalla sfera della giustizia costituzionale definire nei dettagli i presupposti soggettivi, le condizioni oggettive, i modi, le procedure e le forme nelle quali il diritto degli indigenti deve realizzarsi. Si tratta infatti di valutazioni alle quali non sono estranei margini di discrezionalità apprezzabili solo dal legislatore*".

indirizzo politico. In riferimento a questi ultimi, tuttavia, i passaggi della motivazione esprimono anche il riconoscimento della complessità tecnica connessa a qualsiasi operazione volta a determinare, in via generale, i parametri in base ai quali ammettere alla gratuità delle cure i soggetti portatori di una domanda di assistenza sanitaria. Esse, ad un tempo, lasciano trasparire la consapevolezza dello scarto che può realizzarsi (e che normalmente si realizza) tra le soluzioni tecniche adottate e le scelte etico-politiche che le prime sottendono.

Considerazioni analoghe possono farsi con riguardo alla individuazione delle cure che i cittadini indigenti hanno diritto di vedersi erogate gratuitamente. A questo riguardo, la Corte notò che "*il valore espresso dall'articolo 32 della Costituzione, nel suo puntualizzarsi in un diritto fondamentale del cittadino, può assumere accentuazioni diverse e graduate che dipendono anche dalla gravità della patologia e dall'entità dei rischi connessi al differimento della terapia*". Di qui l'osservazione che: ["i]*n molte ipotesi imporre l'onere del rientro in Patria può non significare negare il diritto del non abbiente; per converso, il confine tra il diritto alla cura immediata e il diritto all'integrità della persona può risultare in concreto assai labile, e il contenuto dell'un diritto può confondersi, in casi estremi, col contenuto dell'altro fino anche a risolversi nel diritto alla vita*". Anche in questo caso, dalle parole della sentenza sembra emergere, da un lato, il riconoscimento del delicato intreccio tra considerazioni etico-politiche e considerazioni tecniche che si realizza quando il legislatore predetermina in via astratta i contenuti del diritto alla salute, dall'altro, la consapevolezza che le soluzioni infine accolte possono rivelarsi non adeguate sotto entrambi i profili.

A ben vedere, analoghe criticità si pongono anche per l'organo investito del compito di sindacare le soluzioni legislative concretamente adottate e per gli organi istituzionalmente chiamati ad applicarle. Diverso, però, è il momento in cui i giudici e la Corte costituzionale affrontano tali problemi, e diverse sono le finalità in vista delle quali essi devono scioglierli: da un lato, infatti, gli organi giurisdizionali e il giudice delle leggi intervengono quando vi è già stata una determinazione legislativa, della quale essi accertano in concreto l'adeguatezza o meno rispetto ai casi della vita; dall'altro lato, gli uni e l'altro non hanno il compito di compiere scelte sistematiche in ordine alle forme di tutela della salute da riconoscere ai singoli, ma, rispettivamente, quello di inverare le regole stabilite dal legislatore in giudizi promossi da quei singoli per ottenere quelle (o altre) forme di tutela, e quello eventualmente di correggerle perché contrarie a Costituzione[97].

[97] Al fine di tutelare un diritto soggettivo perfetto di rango costituzionale o, più comunemente, al fine di assicurare un ragionevole e corretto bilanciamento tra gli interessi in gioco ad opera del legislatore. In questo secondo caso, come è stato osservato, "*il problema* [del rapporto tra Costituzione e legislazione] *si sposta sui limiti del controllo e sugli spazi di discrezionalità che restano riservati al legislatore*" (M. Luciani, *Brevi note sul diritto alla salute*

Tenendo presente quanto appena detto, si spiegano in parte le tensioni che, durante la storia costituzionale repubblicana, si sono create tra organi legislativi, amministrativi, giurisdizionali e Corte costituzionale sul punto della definizione dei contenuti da dare al diritto a prestazioni sanitarie[98]. Talvolta, tali tensioni furono generate da una diversa valutazione dei fini e dei valori che gli operatori giuridici volevano realizzare con l'approvazione, l'applicazione e in generale l'utilizzazione delle norme giuridiche costituzionali e legislative concernenti la tutela della salute degli individui. Altre volte, invece, quelle tensioni sorsero perché le dinamiche della vita reale avevano mostrato, in singoli casi concreti, l'inadeguatezza del sistema normativo rispetto a fini e valori, pur condivisi, che erano stati posti a fondamento dello stesso[99]. L'esistenza di simili tensioni non necessariamente è un male e, comunque, non sembra evitabile[100]: la prestazione sanitaria, infatti, è la propaggine più avanzata del diritto alla salute, e proprio perché avanzata è sottoposta ai condizionamenti della contingenza, tanto a livello legislativo e amministrativo, quanto a livello giudiziario.

*nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in L. Chieffi (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino, 2001, 67).

[98] E, forse, si spiega perché oggi come ieri continuano a non essere sciolte le due diverse prospettive compresenti nella stessa giurisprudenza costituzionale avutasi in materia, oscillante "*tra il conferimento al legislatore di uno spazio discrezionale di enorme ampiezza (temperato soltanto dal limite dell'illegittimità dell'assenza di qualunque tutela e da quello dell'incomprimibilità del contenuto minimo del diritto) e la valorizzazione del principio di eguaglianza*" (così M. Luciani, *Brevi note sul diritto alla salute*, *op. cit.*, 67, prendendo in considerazione la giurisprudenza costituzionale degli anni Novanta).

[99] B. Pezzini, S*oggetti, contenuto e responsabilità della scelta terapeutica nel Servizio Sanitario*, in L. Chieffi (a cura di), *Il diritto alla salute*, *op. cit.*, 56-58.

[100] Tra le istituzioni repubblicane, alle quali l'art. 32 Cost. affida la tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, si instaura un confronto continuo in ordine alle decisioni ultime sulle scelte terapeutiche. Così è accaduto, ad esempio, nel noto caso dell'accesso al multitrattamento Di Bella, sul quale la Corte fu chiamata a pronunciarsi in ben quattro occasioni: sent. n. 185/1998, sent. n. 121/1999 (sulle quali, v. B. Pezzini, *op. ult. cit.*, 45-51), ord. n. 188/2000, ord. n. 279/2003. Così è accaduto, ancora, in relazione alla rimborsabilità di cure urgenti e indifferibili somministrate all'estero, in centri non di altissima specializzazione, a favore di cittadini non indigenti: v., da ultimo, Corte cost., sent. n. 354/2008.

# RELAZIONI

## III SESSIONE

# I DIRITTI SOCIALI DEGLI STRANIERI. POLITICHE DI APPARTENENZA E CONDIZIONI DI ESCLUSIONE NELLO STATO SOCIALE*

di Francesca Biondi Dal Monte

«*Homo sum, humani nihil a me alienum puto*»
Publio Terenzio Afro[1]

Sommario: 1. La "crisi" dei diritti sociali nelle comunità senza confini. – 2. I diritti sociali degli stranieri. Le condizioni del mancato riconoscimento. – 2.1 Il diritto alla salute tra iscrizione al SSN e regolare presenza sul territorio. – 2.2 Il diritto all'assistenza sociale tra residenza, permesso CE e cittadinanza. – 2.3 Il diritto all'istruzione tra presenze regolari e irregolari. – 2.4 Il diritto all'abitazione. – 2.5 I diritti dello straniero lavoratore. – 3. I diritti sociali degli stranieri come diritti "pluri-condizionati". – 3.1 Giurisprudenza costituzionale e livelli di riconoscimento dei diritti sociali: presenza sul territorio e residenza. – 3.2 (*Segue*) possesso di determinati titoli di soggiorno e cittadinanza. – 3.3 I diritti sociali degli stranieri (e dei cittadini): localismo e discriminazioni indirette. – 4. I diritti sociali dello straniero nel prisma della tutela antidiscriminatoria. – 5. La tutela dei diritti sociali dello straniero nel dialogo tra Corti. La Corte europea dei diritti dell'uomo. – 5.1 La giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla condizione giuridica dei cittadini di paesi terzi. – 6. Rilievi conclusivi. Le politiche di "appartenenza" e le scelte connesse alle risorse finanziarie. – 6.1 Il convitato di pietra. Superare il paradosso democratico delle società moderne per contrastare i diritti sociali *octroyés*. – 6.2 La natura fondamentale dei diritti sociali e il dovere di solidarietà.

## 1. La "crisi" dei diritti sociali nelle comunità senza confini

Alla base di ogni Stato sociale risiede un compromesso, che consiste nella ricerca di un equilibrio tra lo sfruttamento della funzione allocativa intrinseca all'autoregolamentazione del mercato e la necessità di evitare disparità e costi sociali inconciliabili con i requisiti di integrazione di una società liberale e democratica. La questione è vecchia quanto il capitalismo stesso, sostiene

* Una versione estesa della presente relazione si può leggere nella *Rivista* www.gruppodipisa.it con il titolo «Lo Stato sociale di fronte alle migrazioni. Diritti sociali, appartenenza e dignità della persona».

[1] «Sono un uomo e nulla di ciò che è umano lo reputo a me estraneo». La frase è tratta dalla commedia *Heautontimorumenos* (Il punitore di se stesso, v. 77) di Publio Terenzio Afro, del 163 a.C. Per il testo della commedia, cfr. Terenzio P. Afro, *Adelphoe Heautontimorumenos*, a cura di L. Piazzi, Milano, 2006.

Habermas[2], e qualsiasi revoca di tale compromesso è idonea a riaccendere le tendenze di crisi che esso aveva neutralizzato, favorendo la nascita di sottoclassi separate dal resto della società. Sottoclassi che diventano sempre più numerose e popolose e rivendicano il riconoscimento dei loro diritti, soprattutto di natura sociale, in quanto strettamente attinenti a beni essenziali per la persona umana: il lavoro, la salute, l'assistenza sociale, l'istruzione, la casa.

In questo quadro le istanze neoliberaliste accettano un maggior grado di diseguaglianza sociale e ritengono giusta la valutazione della posizione espressa dai mercati finanziari a livello mondiale e dalle spinte della cosiddetta "globalizzazione"[3], evidenziando il dilemma che spinge i governi nazionali ad impegnarsi in un gioco di equilibri «dove determinati e irrinunciabili obiettivi di tipo economico sono raggiungibili solo a spese di altri obiettivi di tipo sociale e politico»[4]. In altri termini, il riconoscimento e la garanzia dei diritti e delle libertà ci pongono di fronte ad una scelta "a somma zero", «nel senso che ogni progresso nel riconoscimento di un diritto o nella garanzia di una libertà comporta un regresso nel riconoscimento di un altro diritto o nella garanzia di un'altra libertà»[5]. Ciò per l'evidente constatazione che tutti i diritti costano perché tutelarli costa e costa soprattutto garantirli in modo uniforme ed equo: essi dipendono, infatti, dalla disponibilità collettiva a contribuirvi, poiché la loro tutela è finanziata dalle entrate fiscali[6]. Come è stato sostenuto in dottrina[7], è quindi

[2] J. Habermas, *La costellazione postnazionale*, Milano, 1999, 18.

[3] Sul punto si veda A. Spadaro, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali"*, Soveria Mannelli, 2005, 69, il quale evidenzia, tra le altre cose, come le spinte della globalizzazione abbiano di fatto inciso sul potere di decisione economico-finanziaria dei parlamenti nazionali e segnatamente sul potere di decisione fiscale, mettendo in crisi il controllo democratico del bilancio e del rapporto spese/entrate negli stati nazionali, producendo effetti anche sul concetto tradizionale di sovranità nazionale. Al riguardo R. Bin, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli 2005, 370, rileva più in generale come la riduzione del livello delle prestazioni pubbliche legate ai diritti fondamentali, a cui oggi si assiste, non è affatto una scelta del popolo sovrano, ma una scelta imposta dall'esterno del sistema rappresentativo (patto di stabilità europeo, esigenza di preservare i parametri fissati in sede comunitaria, condizioni poste dal fondo monetario internazionale).

[4] J. Habermas, *La costellazione postnazionale*, cit., 20.

[5] R. Bin, *I diritti di chi non consuma*, in G. Cocco (a cura di), *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, Milano, 2010, 95.

[6] Al riguardo si veda S. Holmes e C. R. Sunstein, *The Costs of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*, New York – London, 1999, trad. it. *Il costo dei diritti*, Bologna, 2000. Sul punto anche R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 14/2000, 19. Con specifico riferimento ai diritti sociali, cfr. M. Mazziotti, voce *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, 806, secondo il quale essi dipendono, nella loro concreta realtà, dall'organizzazione dello Stato.

[7] Cfr. A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 4/2011, 4.

possibile ricostruire il rapporto tra espansione dei diritti e loro in-attuazione secondo una proporzionalità di tipo diretto, per cui si assiste ad una sorta di «paradosso» che lega l'allargamento/espansione dei diritti (sociali) ad una loro opposta e inevitabile mancata attuazione, dovuta alla finitezza delle risorse economiche disponibili.

È bene in ogni caso evidenziare come l'argomento della scarsità delle risorse non possa essere oltremodo enfatizzato fino a dimenticare la centralità delle scelte (di natura squisitamente politica) concernenti l'allocazione delle risorse disponibili[8]. Se quindi è doverosamente necessario mantenere un punto di equilibrio finanziariamente condizionato per garantire l'attuazione dei diritti enunciati, l'attuale momento di crisi economica impone una riflessione anche sull'allocazione delle risorse disponibili, la quale deve tenere in considerazione la tipologia dei diritti (o delle libertà) che è possibile sacrificare ovvero la possibilità di sacrificare i diritti (e le libertà) di qualcuno a favore di altri. Infatti, non si può far a meno di evidenziare come si stia prefigurando all'orizzonte «un vero e proprio lineare regresso delle prestazioni»[9], che vede sacrificare in primo luogo proprio i diritti sociali, con una temibile "inclinazione" verso il basso del piano di tutela delle situazioni giuridiche dei singoli. E ciò nonostante il riaffermarsi di esigenze primarie di tutela, che vedono il ritorno della povertà e il suo modo di influire sulla complessiva dinamica dei diritti. Con la crisi economica «sono tornati i "poveri"» [10]: un mondo che sembrava scomparso grazie alla diffusione del benessere materiale – o che almeno era confinato in aree sociali più ristrette – «e con essi è tornato, drammatico e ineludibile, il problema di come assicurare la tutela dei loro diritti primari».

E come sempre accade quando si comprende che le risorse sono limitate, gli «ultimi arrivati» (intendendo con essi coloro che hanno un legame meno intenso con il territorio in quanto stranieri) divengono il primo bersaglio di politiche di esclusione sociale, finalizzate a restringere la platea dei destinatari delle prestazioni "più costose", e quindi soprattutto di quelle di natura sociale[11], attraverso politiche discriminatorie che mettono a «dura prova la

[8] Sul punto D. Bifulco, *I diritti sociali nella prospettiva della mondializzazione*, in *Democrazia e diritto*, 2005, 214.

[9] A. Rauti, *La "giustizia sociale" presa sul serio. Prime riflessioni*, in *www.forumcostituzionale.it*, 4.

[10] Come evidenzia S. Rodotà, *Diritti dei poveri, poveri diritti*, in *Il Manifesto*, 11.2.2012, http://www.ilmanifesto.it/attualita/notizie/mricN/6458, in corso di pubblicazione in *Rivista di diritto privato*. Con riferimento alla lotta alla povertà quale impegno dello stato sociale, cfr. M. Ruotolo, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto ad un'esistenza dignitosa*, in *Diritto pubblico*, 2/2011, 391 e ss.

[11] Con riferimento ai diritti sociali, soprattutto nell'attuale momento di crisi dei sistemi di *welfare*, l'equilibrio finanziario risulta essere il fattore condizionante più problematico, almeno per quanto riguarda i diritti sociali cosiddetti di prestazione. Sul punto cfr. D. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, 18 e 164 e ss. La Corte costituzionale ha del

categoria dei "diritti umani" tout court»[12]. Si assiste quindi ad una diminuzione delle prestazioni offerte o ad una maggiore selezione dei beneficiari delle medesime che vede spesso esclusi proprio i non cittadini, grazie alla "sperimentazione" – con sempre maggiore frequenza – di *politiche di appartenenza*, finalizzate a favorire coloro che hanno un legame più intenso ovvero duraturo con il territorio nazionale, regionale o locale[13].

Ecco quindi che il rapporto tra immigrazione e *welfare* si configura come uno dei temi più problematici delle società contemporanee, caratterizzate da complessi conflitti sociali riconducibili al "risentimento" che la cittadinanza nutre verso gli "altri" che usufruiscono della protezione offerta dagli apparati pubblici, quasi che fossero «consumatori di risorse usurpate ai legittimi proprietari dello Stato»[14]. I più frequenti problemi di convivenza sembrano, infatti, nascere davanti alle graduatorie di assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica o in relazione al riconoscimento di prestazioni assistenziali anche agli "ultimi arrivati", in una "guerra" tra fasce più deboli della popolazione, talvolta messe in concorrenza dalla stessa propaganda politica: sintomo patologico di una società «che ha smarrito il senso di comunità, che vive con disagio il confronto tra diversi e cerca rassicurazioni nell'ostentazione di superiorità e nell'esaltazione identitaria»[15].

Il problema di fronte al quale i flussi migratori pongono gli Stati europei è, quindi, quello di stabilire fino a che punto sia giustificabile far prevalere gli obblighi speciali attinenti ad una determinata appartenenza statale contro obbligazioni universali superanti confini politici. Gli utilitaristi tentano di fondare questo obbligo sui vantaggi reciproci che i membri di una collettività traggono l'uno dall'altro[16]. Non è un caso che gli Stati cerchino di limitare il rilascio dei visti di ingresso agli stranieri solo quando esista una fondata speranza che essi non sovraccarichino la bilancia corrente delle prestazioni e delle rivendicazioni.

In questo quadro assume un ruolo peculiare il legame di appartenenza del

resto in più occasioni evidenziato come rientri nella discrezionalità del legislatore ordinario la determinazione dell'ammontare delle prestazioni sociali sulla base delle disponibilità finanziarie. Tuttavia, come rileva R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 107, tutti i diritti (non solo quelli di cosiddetta "seconda generazione") sono accumunati da una maggiore o minore dipendenza dalle risorse disponibili, né è pensabile che il dato per cui il costo dei diritti sociali sia tendenzialmente più elevato possa essere utilizzato per tracciare una linea di demarcazione tra i "veri" diritti e gli altri, in ragione dell'assoluta arbitrarietà di tale criterio, che ad esso nega ogni evidenza scientifica.

[12] A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi*, cit., 5.

[13] Per una critica a tali tipologie di politiche, cfr. S. Benhabib, *I diritti degli altri*, Milano, 2004, in part. 123 e ss. Sul nesso soggetto-appartenza-diritti, si veda M. C. Locchi, *I diritti degli stranieri*, Roma, 25 e ss.

[14] Al riguardo cfr. V. Ferrante, L. Zanfrini, *Una parità imperfetta*, Roma, 2008, 13.

[15] Come rileva P. Beni, *Crisi e politicità della cittadini*, in *Questione Giustizia*, n. 3-4/2011, 11.

[16] Sul punto J. Habermas, *Morale, diritto, politica*, Torino, 129.

soggetto alla comunità sociale, la cui importanza, secondo Walzer, risiede nella funzione di circoscrivere ciò che i membri di una comunità politica devono l'uno all'altro, e a nessun altro, o a nessun altro nella stessa misura[17]. Ed è la stessa fruizione dei benefici ad insegnare il valore dell'appartenenza: per Walzer, infatti, se non provvedessimo gli uni agli altri, se non riconoscessimo alcuna distinzione fra membri della comunità e stranieri, non avremmo motivo di formare e mantenere comunità politiche. Il problema risiede poi nel capire quali siano i confini di questa comunità e se essa sia "chiusa" ai nuovi arrivi.

La diversità culturale delle società occidentali riporta quindi alla *vexata quaestio* del rapporto tra diritti dell'uomo e diritti del cittadino. A chi sostiene una sorta di "scomposizione" della cittadinanza finalizzata ad ampliare il novero dei beneficiari dei corrispondenti diritti[18], si contrappongono forti pressioni per la riscoperta dell'identità nazionale e di una definizione più "escludente" di cittadinanza che tenda a circoscrivere l'ambito dei beneficiari del *welfare state*[19].

[17] Si veda M. Walzer, *Sphere of Justice: a defence of pluralism and equality*, New York, 1983, trad. it., *Sfere di giustizia*, Milano, 1987, 72, che richiama anche J. Rousseau, *A discourse on political economy*, in *The Social Contract and Discourses*, trad. it. *Discorso sull'economia politica*, in *Scritti politici*, Torino, 1970, 388, il quale si chiede come faranno gli uomini ad amare la patria «se per essi […] non rappresenta niente di più di ciò che non può rifiutare a nessuno?». In posizione nettamente più radicali C. Schmitt, *Verfassungslehre*, V ed., Berlin, 1970, 169, il quale ritiene naturale l'esclusione degli stranieri dal godimento non soltanto dei diritti politici ma anche dell'uguaglianza dinanzi alla legge, perché «altrimenti si distruggerebbero la comunità e l'unità politica e scomparirebbe l'essenziale presupposto tra l'amico e il nemico».

[18] Di disaggregazione della cittadinanza parla S. Benhabib, *Another Cosmopolitanism*, New York, 2006, 45. Secondo P. Costa, *La cittadinanza*, Roma, 2005, 3, il concetto di cittadinanza ha subito negli ultimi tempi le maggiori sollecitazioni, acquistando anche un significato più ampio riferito al rapporto politico fondamentale fra un individuo e l'ordine politico-giuridico in cui egli si inserisce, prestandosi a colmare una sorta di "vuoto lessicale e concettuale" che ha permesso di tematizzare un profilo decisivo dell'esperienza (il nesso individuo-ordine) per indicare il quale non disponiamo di denominazioni alternative. Come evidenzia C. Salazar, *"Tutto scorre": riflessioni su cittadinanza, identità e diritti alla luce dell'insegnamento di Eraclito*, in *Politica del diritto*, 2001, 380, ogni discorso sulla cittadinanza risente infatti della visione cosmopolita dei rapporti internazionali legata alla tutela dei diritti umani. Più in generale sono gli stessi flussi migratori a costituire un fattore di accelerazione della crisi degli stati-nazione, sollecitando risposte specifiche in termini di diritti e integrazione sociale e culturale, come rileva P. Carrozza, *Nazione (voce)*, *Digesto delle Disc. Pubbl.*, 1995, 126 e ss. (ivi in part. 156).

[19] In senso critico sul punto, cfr. L. Ferrajoli, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. Zolo, *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma, 1994, 288, il quale evidenzia come nella crisi degli Stati e delle comunità nazionali, la cittadinanza non sia più un fattore di inclusione e di uguaglianza, ma rappresenti invece «l'ultimo privilegio di status, l'ultimo fattore di esclusione e discriminazione, l'ultimo relitto premoderno delle disuguaglianze personali in contrasto con la conclamata universalità e uguaglianza dei diritti fondamentali». Al riguardo si veda anche L. Zanfrini, *Cittadinanze. Appartenenze e diritti nella società dell'immigrazione*, Roma, 2007, XXII, che sottolinea come al cuore della cittadinanza stia questa sin-

Una delle sfide più complesse delle democrazie contemporanee è, quindi, rappresentata dalla necessità di conciliare i crescenti livelli di diversità multiculturale con il senso di una comune identità da porre alla base dei moderni sistemi di *welfare*. Il godimento dei diritti sociali implica, infatti, il diritto a partecipare ugualmente ai vantaggi offerti dallo Stato, affinché le disuguaglianze di fatto non distruggano l'uguaglianza giuridica, e rappresentano «la parte che spetta a ciascuno nel conferimento delle risorse individuali in società»[20]. Si tratta quindi di interessi relativi al conseguimento e al godimento di beni essenziali per la vita degli individui che fondano legittime esigenze da cui derivano a loro volta legittime aspettative non come individui singoli, uno indipendente dall'altro, ma come individui sociali, che vivono in società con altri individui[21].

Tuttavia, come molti studi hanno evidenziato, è diffusa la concezione che il multiculturalismo "eroda" la fiducia e il senso di comunità tra i cittadini creando un rapporto inverso fra la gestione delle diversità etniche e le politiche redistributive[22].

Per tale ragione l'indagine che si intende compiere vuole articolarsi come un percorso *a contrario*, ponendo da subito in evidenza le condizioni

golare compresenza, da un lato, di universalismo di contenuti e garanzie di diritti soggettivi e, dall'altro, di particolarismo espresso dall'appartenenza a uno specifico gruppo.

[20] Cfr. M. Mazziotti, *ult. op. cit.*, 804, che nell'indagare il concetto dei diritti sociali procede ad un'analisi della funzione sociale dello Stato moderno e delle loro prime formulazioni nelle dichiarazioni di diritti.

[21] Sul punto N. Bobbio, *Sui diritti sociali*, in Id, *Elementi di politica*, Torino, 1998, 198; B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, 2001, 3; P. Carrozza, *Riforme istituzionali e sistemi di welfare*, in M. Campedelli, P. Carrozza e L. Pepino (a cura di), *Diritto di Welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Bologna, 2010, 207. Sulla difficile definizione dei diritti sociali come «categoria» unitaria, cfr. C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000, 15. In generale si veda A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, 1 e ss.; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 79 e ss. Al riguardo si veda anche G. Gurvitch, *La dichiarazione dei diritti sociali*, trad. it. di L. Foà, Milano, 1949, 100, che lega i diritti sociali all'appartenenza a un gruppo, e cioè come «diritti di partecipazione dei gruppi e degli individui che derivano dalla loro integrazione nelle unioni e garantiscono il carattere democratico di queste ultime». Deve inoltre essere evidenziata la duplice natura dei diritti sociali, i quali si compongono infatti di una matrice personalista, che si traduce nel diritto dei singoli alla fruizione di determinate prestazioni da parte dei pubblici poteri, e dall'altro di una matrice pluralista che rimanda al profilo partecipativo dei diritti sociali, su cui chiaramente si veda D. Bifulco, I *diritti sociali declinati al singolare, ovvero della vocazione di fonte giuridica propria del "diritto sociale"*, in L. Chieffi (a cura di), *Evoluzione dello stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali*, Padova, 2001, 119.

[22] Al riguardo cfr. K. Banting e W. Kymlicka, *Do multiculturalism policies erode the welfare state?*, in P. Van Parijs (a cura di), *Cultural Diversity versus Economic Solidarity*, Bruxelles, 2004, 227 e ss., nonché più in generale i contributi contenuti in K. Banting, W. Kymlicka (a cura di), *Mulitculturalism and the welfare state*, Oxford-New York, 2006.

– poste da leggi e fonti normative secondarie – del mancato riconoscimento dei suddetti diritti (nella loro interezza o in riferimento ad alcune singole prestazioni). Lo scopo è quello di analizzare le differenze di trattamento tra cittadini e stranieri[23], al fine di verificarne la conformità a Costituzione. Una specifica attenzione sarà inoltre dedicata alla giurisprudenza, non solo nazionale ma anche internazionale ed europea, che ha contribuito significativamente a tutelare i diritti sociali dei non cittadini, grazie ad un dialogo verso standard di tutela più elevati, fondati soprattutto sul principio di non discriminazione.

Ne esce una storia di rivendicazioni, compiuta soprattutto in via giurisprudenziale, che stimola una continua e rinnovata riflessione su alcuni fenomeni tipici del nostro costituzionalismo, tra i quali il superamento dello *status civitatis* quale criterio di riconoscimento dei diritti della persona. Tale analisi permetterà di mettere in luce anche i riflessi che certe politiche di "chiusura" possono avere sugli stessi cittadini, offrendo l'occasione per ripensare alcune scelte in materia di diritti sociali, tra localismo e vincoli finanziari.

## 2. I diritti sociali degli stranieri. Le condizioni del mancato riconoscimento

L'indagine che si intende compiere nel presente paragrafo vuole mettere in luce le condizioni per le quali certi diritti sociali (ovvero certe prestazioni) non sono egualmente riconosciute alla generalità delle persone che si trovano su un determinato territorio, bensì solo ad alcuni di essi, secondo criteri di inclusione/esclusione che meritano di essere indagati in questa sede [24]. A tal proposito saranno specificamente considerati quei diritti sociali legati a bisogni fondamentali della persona umana, quali il diritto alla salute, all'as-

[23] Il presente lavoro avrà ad oggetto esclusivamente i diritti sociali dei cittadini provenienti da Paesi terzi, al quale ci si riferirà indistintamente con il termine di straniero, migrante, non cittadino, cittadino di Paese terzo. Per ragioni di ampiezza, la presente analisi non tratterà la condizione giuridica dei cittadini comunitari e dei loro familiari, anche provenienti da Paesi terzi, nonché la condizione giuridica dei migranti che chiedono protezione internazionale.

[24] Per un approfondimento generale su immigrazione e sanità, istruzione, alloggio e integrazione, si rinvia a B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, p. 973 ss. Tra i lavori più recenti sul tema, si veda G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Napoli, 2007, 282 e ss.; B. Pezzini, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino,* Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti. Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, 2010, 163 ss.; G. Bascherini, A. Cervo, *I diritti sociali degli immigrati*, in C. Pinelli (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Firenze, 2012, 17 e ss. Per un approfondimento del tema, anche in chiave comparata, cfr. G. Romeo, *La cittadinanza sociale nell'era del cosmopolitismo: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2011, 131 e ss.

sistenza sociale, all'istruzione, all'abitazione e al lavoro[25]. Se è nella natura degli stessi diritti sociali l'essere strettamente attinenti alla protezione di beni essenziali alla persona, appare utile indagare anche se esistono dei confini a tale "essenzialità" legittimanti una diversa allocazione delle prestazioni (e delle risorse che ne permettono l'attuazione) tra la popolazione.

Il riferimento principale sarà costituito dall'analisi della normativa vigente. Come noto, infatti, i diritti sociali hanno una struttura condizionata alla mediazione legislativa necessaria per definire le condizioni di accesso e fruizione del bene oggetto del diritto, mediazione legislativa che con riferimento specifico agli stranieri deve essere esercitata in conformità a quanto previsto dalle norme e dai trattati internazionali, come affermato dall'art. 10 della Costituzione[26].

In via generale, il testo unico in materia di immigrazione[27] prevede che allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato siano riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti. Mentre appare più ampia la tutela dello straniero regolarmente soggiornante nel territorio, al quale sono riconosciuti i diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, è assicurata parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, e, con specifico riferimento ai lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti e alle loro famiglie, è assicurata parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani.

La principale distinzione nel riconoscimento dei diritti risiede, quindi, tra stranieri regolarmente o non regolarmente presenti sul territorio[28]. Tuttavia lo stesso testo unico, così come molte discipline regionali e locali di

[25] Secondo V. Onida, *Eguaglianza e diritti sociali*, in AA. VV., *Corte costituzionale e principio di uguaglianza*, Padova, 2002, 103, sono diritti sociali fondamentali il diritto a procurarsi con il proprio lavoro i mezzi di sussistenza per sé e per i propri familiari, il diritto ad ottenere i mezzi di sussistenza in tutte le ipotesi in cui vengano meno o diminuiscano le capacità lavorative, il diritto all'istruzione, il diritto alla tutela e al ripristino della salute individuale ed il diritto ad usufruire di un'abitazione dignitosa. Sui diritti sociali come diritti fondamentali, si veda, *ex plurimis*, P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011, 489 e ss., e A. D'Aloia, *Storie "costituzionali" dei diritti sociali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008, 716.

[26] Come evidenzia B. Pezzini, *Una questione che interroga l'uguaglianza*, cit., 167. Sul rispetto della riserva di legge in materia di immigrazione e la "legislazione per circolari", cfr. P. Bonetti, *La condizione giuridica del cittadino extracomunitario*, Rimini, 1993, 24.

[27] Cfr. art. 2 del d.lgs. n. 286/1998. Per brevità nel prosieguo del lavoro ci riferirà al citato decreto come "testo unico".

[28] Al riguardo si veda E. Rossi, *Da cittadini vs. stranieri a regolari vs. irregolari. Considerazioni sull'evoluzione della disciplina giuridica dei non cittadini nell'ordinamento italiano*, in corso di pubblicazione in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2012.

cui si darà conto[29], introducono distinzioni ulteriori, contribuendo ad una progressiva frammentazione della condizione giuridica dello straniero sul territorio nazionale[30].

### 2.1. Il diritto alla salute tra iscrizione al S.S.N. e regolare presenza sul territorio

La piena tutela del diritto alla salute è condizionata per lo straniero all'iscrizione al servizio sanitario nazionale e alla regolarità della presenza sul territorio[31]. Sono due condizioni dalle quali dipende nel primo caso l'obbligo di pagamento per le prestazioni ricevute e nel secondo la fruizione di un complesso più ristretto di prestazioni.

Con riferimento all'iscrizione al S.S.N., essa risulta obbligatoria per la maggior parte degli stranieri (tutti coloro che sono titolari di un permesso di soggiorno per motivi di lavoro, per motivi familiari, per asilo politico, per asilo umani-

[29] A seguito della revisione costituzionale del 2001, molte Regioni hanno infatti adottato proprie leggi in materia di integrazione sociale degli stranieri e assistenza sociale, contribuendo a delineare autonomamente un quadro completo e specifico degli interventi a favore degli stranieri sul territorio regionale. Al riguardo cfr. P. Bonetti, *I principi, i diritti e i doveri. Le politiche migratorie*, in B. Nascimbene, *Diritto degli stranieri*, cit., 175 e ss. Del resto, la stessa giurisprudenza costituzionale ha progressivamente riconosciuto uno spazio di intervento sempre più ampio alla legislazione regionale in materia di immigrazione, circoscrivendo la competenza statale esclusiva alla «programmazione dei flussi di ingresso ovvero al soggiorno degli stranieri nel territorio nazionale». Per un commento delle più recenti decisioni della Corte costituzionale in materia, si veda G. Bascherini, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di immigrazione al tempo del "pacchetto sicurezza". Osservazioni a margine delle sentenze 269 e 299 del 2010*, in *Giur. Cost.*, 2010, 3901; L. Ronchetti, *I diritti fondamentali alla prova delle migrazioni (a proposito delle sentenze nn. 299 del 2010 e 61 del 2011)*, in *Rivista AIC*, 3/2011, 3; D. Strazzari, *Stranieri regolari, irregolari, "neocomunitari" o persone? Gli spazi d'azione regionale in materia di trattamento giuridico dello straniero in un'ambigua sentenza della Corte*, in *Le Regioni*, 5/2011, 1037 e ss.

[30] Di per sé la condizione giuridica dello straniero risulta di difficile definizione, in considerazione delle molteplicità e varietà di fonti che si sovrappongono, come rileva E. Grosso, *Straniero (statuto costituzionale dello)*, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XV, Torino, 1999, 158, per cui le diverse figure giuridiche che vengono genericamente ricondotte al termine "straniero" sono caratterizzate da un solo dato comune rappresentato dall'assenza della qualità di cittadino italiano. Sul punto si veda P. Passaglia, R. Romboli, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva della Corte costituzionale*, in M. Revenga Sanchez (a cura di), *Problemas constitucionales de la inmigration: una vision desde Italia y España*, Valencia, 2005, 11 e ss. (ivi in part. 13). A tale complessità si aggiunge, come vedremo, anche la frammentazione della condizione giuridica dello straniero derivante dalle differenti discipline regionali e locali.

[31] Per una completa ricostruzione delle previsioni del testo unico in materia di salute dello straniero, cfr. V. Casamassima, *Il diritto all'assistenza sanitaria degli stranieri in Italia*, in M. Revenga Sanchez (a cura di), *Problemas constitucionales de la inmigration*, cit., 433 e ss. (ivi in part. 442).

tario, per richiesta di asilo, per attesa adozione, per affidamento, per acquisto della cittadinanza), ed i benefici si estendono anche ai familiari. Coloro che non rientrano in tali categorie sono tenuti ad assicurarsi contro il rischio di malattie ed infortunio mediante polizza assicurativa privata ovvero mediante iscrizione facoltativa al S.S.N., estesa anche ai familiari a carico, pagando un contributo annuale determinato con decreto interministeriale[32]. Una volta avvenuta, essa dà diritto a pari condizioni di trattamento rispetto al cittadino italiano. In mancanza di iscrizione vengono comunque assicurate le prestazioni sanitarie dietro pagamento del relativo costo, determinate dalle Regioni e dalle Province Autonome.

L'aspetto più problematico concerne la condizione di regolarità[33]. Ai cittadini stranieri non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno sono, infatti, assicurate soltanto le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali per malattia ed infortunio e sono estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva. Come chiarito dalla normativa di rango secondario[34], le cure urgenti garantite sono tutte quelle prestazioni sanitarie «che non possono essere differite senza pericolo per la vita o danno per la salute della persona», mentre rientrano tra le cure essenziali «le prestazioni sanitarie, diagnostiche e terapeutiche, relative a patologie non pericolose nell'immediato e nel breve termine, ma che nel tempo potrebbero determinare maggiore danno alla salute o rischi per la vita (complicanze, cronicizzazioni o aggravamenti)». È stato, altresì, affermato il principio della continuità delle cure urgenti ed essenziali, nel senso di assicurare alla persona il ciclo terapeutico e riabilitativo completo riguardo alla possibile risoluzione dell'evento morboso. La stessa legislazione specifica poi in dettaglio quali prestazioni sono garantite, con una particolare attenzione a quelle relative alla tutela della gravidanza e della maternità, e alla tutela della salute del minore.

Si tratta, quindi, di un complesso di prestazioni numericamente inferiore, che copre (dovrebbe coprire) ogni tipo di prestazione essenziale per la vita della persona. La valutazione di tale attinenza alla tutela della persona rientra comunque nella competenza del personale medico, il quale si è mostrato – soprattutto negli ultimi anni – assai molto sensibile alle "istanze della persona umana". Basti pensare alla campagna promossa dagli stessi medici[35] a seguito della proposta – non divenuta legge – di abrogare il divieto di segnalazione

[32] Per l'iscrizione volontaria al S.S.N. è previsto il pagamento di un contributo (euro 387,34 annui), ridotto per gli studenti stranieri e gli stranieri collocati alla pari.

[33] Con specifico riferimento alla condizione di non regolare presenza sul territorio, cfr. E. Grosso, *Stranieri irregolari e diritto alla salute: l'esperienza giurisprudenziale*, in R. Balduzzi (a cura di), *Cittadinanza, Corti, Salute*, Padova, 2007, 157 e ss.

[34] Cfr. circolare n. 5 del 24.3.2000 del Ministero della salute.

[35] Si ricorda il movimento di sensibilizzazione della società civile rappresentato dalla campagna "*Divieto di segnalazione. Siamo medici e infermieri non siamo spie*", lanciata da Medici Senza Frontiere (MSF).

dello straniero non regolarmente presente che accede alle strutture sanitarie[36]: presidio di garanzia ed effettività del diritto alla salute del migrante[37].

La necessità di fruire di cure urgenti ed essenziali può inoltre costituire un motivo di impugnazione dell'eventuale decreto di espulsione nel frattempo ricevuto: tale garanzia, non legislativamente prevista, è stata "creata" in via giurisprudenziale dalla Corte costituzionale[38]. Essa è rimessa ad una valutazione caso per caso del giudice in sede di impugnazione del provvedimento amministrativo, il quale – sebbene supportato da consulenze mediche – si trova a dover interpretare gli incerti confini dell'essenzialità ed urgenza delle cure.

A conferma comunque della garanzia offerta al diritto alla salute, deve inoltre essere evidenziato che la legislazione, pur affermando che di norma non esiste il principio della gratuità delle prestazioni erogate dal S.S.N. ai cittadini non iscritti, prevede che le prestazioni siano erogate senza oneri a carico degli stranieri non regolarmente presenti qualora privi di risorse economiche sufficienti, fatte salve le quote di partecipazione alla spesa a parità di condizioni con il cittadino italiano.

Alla luce della rilevanza costituzionale del diritto alla salute, la più recente giurisprudenza ha riconosciuto anche il diritto al risarcimento dei danni conseguenti alla lesione dell'integrità personale prescindendo dalla verifica della condizione di reciprocità, richiesta da un primo orientamento giurisprudenziale. Sul punto la Corte di Cassazione ha avuto modo di affermare che la condizione di reciprocità è applicabile solo in relazione a diritti non fondamentali della persona, «poiché i diritti fondamentali come quelli alla vita, all'incolumità ed alla salute, in quanto riconosciuti dalla Costituzione, non possono essere limitati da detto articolo [*art. 16 delle preleggi al c.c., ndr*] e la relativa tutela va quindi assicurata, senza alcuna disparità di trattamento, a tutte le persone, indipendentemente dalla cittadinanza comunitaria od extracomunitaria»[39].

[36] Si veda art. 35 del testo unico e art. 43, comma 3, del d.P.R. n. 394/1999.

[37] Tale proposta emendativa, formulata in sede di discussione della l. n. 94/2009, non è stata approvata. La vigenza del divieto è stata ribadita sia dal Ministero dell'interno (circolare n. 12 del 27.11.2009), sia dalle singole Regioni, intervenute con apposite circolari finalizzate a scongiurare qualsiasi incertezza interpretativa, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del reato di ingresso e soggiorno sul territorio (art. 10-bis del testo unico).

[38] Cfr. Corte cost. sent. n. 252/2001, con la quale la Corte, adottando una decisione interpretativa di rigetto, ha chiarito che di fronte ad un ricorso avverso un provvedimento di espulsione si dovrà, qualora vengano invocate esigenze di salute dell'interessato, preventivamente valutare tale profilo e nel caso non procedere all'espulsione del soggetto che potrebbe subire, per via dell'immediata esecuzione del provvedimento, un irreparabile pregiudizio del suo diritto alla salute.

[39] Cfr. Corte di Cassazione, Sez. III civ., sent. 7.5.2009, n. 10504. Sul punto si veda anche Corte di Cassazione, Sez. III civ., sent. 2.2.2012, n. 1453, e Corte di Cassazione, Sez. III civ, sentenza 11.1.2011, n. 450. Nella giurisprudenza costituzionale cfr. sent. n. 11/1968, relativa al divieto di iscrizione all'albo professionale dell'ordine dei giornalisti per gli stranieri cittadini di uno Stato che non prevede in proposito il trattamento di reciprocità. Sul punto si veda anche

### 2.2. Il diritto all'assistenza sociale tra residenza, permesso CE e cittadinanza

Le condizioni di accesso (o meglio di esclusione) degli stranieri dal diritto all'assistenza sociale si comprendono adottando una prospettiva diacronica, alla luce dei molteplici e recenti interventi giurisprudenziali "correttivi" che hanno interessato questo settore.

La condizione di partenza fissata dal testo unico è il possesso di un permesso di soggiorno di durata almeno annuale ovvero della carta di soggiorno (oggi permesso CE per soggiornanti di lungo periodo[40]). In tali casi è prevista l'equiparazione ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale. Le principali prestazioni economiche di assistenza sociale riguardano le provvidenze per invalidi civili, per ciechi civili, sordomuti, indigenti, persone affette da particolari malattie. In riferimento a tali prestazioni la legge finanziaria per il 2001[41] ha ridotto drasticamente la platea dei possibili beneficiari, richiedendo in ogni caso il possesso della carta di soggiorno. Affianco a tale previsione convivono altre normative specifiche, tra cui quella in materia di assegno ai nuclei familiari con almeno tre figli minori, riservato ai soli cittadini comunitari (italiani e di altri Stati dell'Unione Europea), e quindi precluso totalmente allo straniero[42]; la social card, inizialmente prevista a favore dei soli

Corte cost. sent. n. 54/1979 in materia di estradizione e parità di trattamento tra stranieri provenienti da Stati diversi. La legittimità della condizione di reciprocità a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 10, comma 2, Cost. ha originato in dottrina un acceso dibattito con soluzioni interpretative differenti. Tra i vari contributi si veda P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 30; M. Luciani, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. Crit. di Dir. Priv.*, 1992, 222; G. D'Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, 1992, 368; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 319. Di recente sul punto V. Onida, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 10, per il quale la condizione di reciprocità ha senso solo quando si parla di rapporto tra Stati, mentre non dovrebbe avere alcun ruolo quando si parla di diritti dei singoli, cittadini di uno o di altro Stato.

[40] Sulle modalità di rilascio del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo (d'ora in poi chiamato per brevità permesso CE) cfr. art. 9 del testo unico, così come modificato dal d. lgs. n. 3/2007, recante "Attuazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo status di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo". Per ottenere tale titolo di soggiorno lo straniero deve essere in possesso da almeno 5 anni di un permesso di soggiorno in corso di validità; deve dimostrare la disponibilità di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale e di un alloggio idoneo che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge regionale per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica ovvero che sia fornito dei requisiti di idoneità igienico-sanitaria. Tale titolo si differenzia dal semplice permesso di soggiorno perché è a tempo indeterminato.

[41] Cfr. art. 80, comma 19, della l. n. 388/2000.

[42] Al riguardo è pendente una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Monza con ordinanza 9.3.2011 (cfr. reg. ord. n. 241 del 2011, pubbl. su G.U. del 23.11.2011, n. 49).

cittadini italiani e di recente estesa (con un programma sperimentale) anche ai titolari del permesso CE; l'assegno sociale, gravato dell'ulteriore requisito della residenza decennale sul territorio. Senza considerare le prestazioni di assistenza sociale introdotte dalle stesse Regioni o erogate dagli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze ed attribuzioni, talvolta legate alla cittadinanza italiana, altre volte alla cittadinanza comunitaria, altre ancora alla residenza più o meno prolungata sul territorio.

Sono assai noti i casi dei bonus bebè riservati ai soli cittadini italiani (emblematico il caso bresciano che portò la Giunta, dopo la condanna giurisprudenziale, a ritirare la prestazione per tutti, cittadini e stranieri[43]), così come il trasporto gratuito per invalidi in Lombardia, l'accesso ai servizi sociali in Friuli Venezia Giulia (riservato ai cittadini comunitari residenti da almeno tre anni sul territorio regionale), a cui si aggiungono normative tecnicamente "più raffinate" nell'introdurre regimi escludenti, basate sulla residenza prolungata sul territorio[44].

Rilevanti sono comunque le difformità esistenti tra territorio e territorio. Si pensi, infatti, che alcune Regioni, nell'ambito delle proprie competenze, hanno esteso certe prestazioni di assistenza sociale anche agli stranieri non regolarmente soggiornanti sul territorio[45]. Gli esempi sono molteplici e danno conto

[43] Cfr. Tribunale di Brescia, ordinanza 26 gennaio 2009, n. 335, confermata in sede di reclamo con ordinanza del 20 febbraio 2009. Il caso è interessante perché nonostante il giudice avesse ordinato l'estensione del beneficio a prescindere dal possesso della cittadinanza, il Comune sopprimeva l'incentivo economico per tutti, italiani e stranieri, motivandolo con l'impossibilità di dare attuazione alla «finalità prioritaria di sostegno alla natalità delle famiglie di cittadinanza italiana». Il tribunale è quindi nuovamente intervenuto sulla questione ed ha ordinato la cessazione della condotta discriminatoria, rilevando il carattere ritorsivo della condotta comunale che, di fatto, paralizzava gli effetti della prima decisione giudiziale con un comportamento che, pur ristabilendo una parità di trattamento tra italiani e stranieri, risultava pregiudizievole sia per gli stranieri esclusi che per gli originari beneficiari. Cfr. Tribunale di Brescia, ordinanza del 12 marzo 2009, confermata in sede di reclamo con l'ordinanza 27 maggio 2009.

[44] Come noto tali discipline possono celare forme di discriminazione indiretta, attraverso l'adozione di misure apparentemente neutre, ma che sono tuttavia in grado di pregiudicare maggiormente gli interessi dei soggetti appartenenti ad un medesimo gruppo/categoria. Per le limitazioni introdotte al godimento di prestazioni assistenziali in ragione della residenza prolungata sul territorio e del permesso CE sono pendenti, al momento in cui si scrive, le questioni di legittimità costituzionale concernenti le seguenti leggi: L.R. Friuli Venezia Giulia 30.11.2011, n. 16 (cfr. delibera del Consiglio dei Ministri del 27.1.2012); legge Trentino Alto Adige 14.12.2011, n. 8 (cfr. delibera del Consiglio dei Ministri del 3.2.2012), legge della Provincia Autonoma di Bolzano 28 ottobre 2011, n. 12 (cfr. delibera del Consiglio dei Ministri del 23.12.2011), e legge della Regione Calabria 20.12.2011, n. 44 (cfr. delibera del Consiglio dei Ministri del 14.2.2012).

[45] Si richiamano in particolare le misure introdotte con la legge della Regione Toscana 9.6.2009, n. 29, con la legge della Regione Puglia 4.12.2009, n. 32, e con la legge della Regione Campania 8.2.2010, n. 6. Tali leggi sono state oggetto di impugnazione da parte del Governo; i ricorsi sono stati decisi dalla Corte costituzionale rispettivamente con le sentenze nn. 269/2010, 299/2010 e 61/2011. Nell'ambito delle materie di competenza regionale, la Corte ha

di un complesso asistematico di normative, talvolta incoerenti tra loro, indice di un "localismo" nel godimento dei diritti fondamentali che incide sulla condizione giuridica dello straniero, così come su quella del cittadino. In alcune occasioni, le discipline che subordinano certe prestazioni alla residenza prolungata sul territorio si applicano anche ai cittadini italiani, che si vedranno quindi preferire coloro che integrano tale requisito, siano essi altri cittadini o stranieri[46].

La giurisprudenza ordinaria e quella costituzionale hanno "demolito" in gran parte tale sistema di preclusioni, riaffermando – in riferimento alle singole prestazioni di volta in volta oggetto di giudizio – la piena parità di trattamento tra cittadini italiani e stranieri regolarmente soggiornanti. In particolare, per quanto riguarda la richiesta del permesso CE, è stata dichiarata l'illegittimità dell'esclusione dello straniero regolarmente soggiornante dal godimento dell'indennità di accompagnamento, della pensione di inabilità, dell'assegno di invalidità e, con particolare riferimento al minore straniero in condizione di disabilità, dell'indennità di frequenza. Così come è stato riaffermato il pieno ed incondizionato accesso al sistema dei servizi sociali[47].

### 2.3. Il diritto all'istruzione tra presenze regolari e irregolari

Il diritto all'istruzione risulta variamente modulato a seconda della condizione dei destinatari. Con riferimento ai minori, la legislazione statale preclude qualsiasi limitazione nell'accesso alla scuola, alla luce della particolare tutela che deve essere loro riservata, a prescindere dalla condizione di cittadinanza ovvero dal possesso del permesso di soggiorno[48]. Per tale ragione, in tema di istruzione, il testo unico si riferisce semplicemente ai minori *presenti* sul territorio, i quali sono soggetti all'obbligo scolastico; ad essi si applicano tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica[49]. Tale garan-

affermato la legittimità degli interventi regionali diretti a tutelare i diritti fondamentali degli stranieri non regolarmente presenti sul territorio. Sul punto sia consentito rinviare a F. Biondi Dal Monte, *Regioni, Immigrazione e diritti fondamentali*, in *Le Regioni*, 5/2011, 1087 e ss.

[46] Sul punto si veda M. Gorlani, *Accesso al welfare state e libertà di circolazione: quanto «pesa» la residenza regionale?*, in *Le Regioni*, 2006, 345 e ss.

[47] *Infra* § 3.2.

[48] Alla luce delle fonti internazionali la condizione giuridica del minore comunitario ed extracomunitario dovrebbe, infatti, essere in tutto parificata a quella del minore italiano. Si ricorda che ai sensi dell'art. 19 del testo unico i minori stranieri non possono essere espulsi. Tuttavia una condizione di particolare vulnerabilità caratterizza i figli di genitori non regolarmente presenti sul territorio, i quali nella maggior parte dei casi non sono in possesso di documenti, sebbene abbiano il diritto di ottenere un permesso di soggiorno fino alla maggiore età, dal momento che tali documenti andrebbero richiesti dai genitori alla Questura.

[49] Si veda l'art. 38 del testo unico. L'aspetto maggiormente preoccupante relativo all'inserimento degli alunni nelle scuole ha riguardato la proposta di istituire apposite classi separate

zia sembra estendersi, perlomeno in via giurisprudenziale, anche alla scuola dell'infanzia, avente anch'essa finalità formative, essendo rivolta a favorire l'espressione delle potenzialità cognitive, affettive e relazionali del minore. Essa, pur non obbligatoria, si inserisce infatti nel più generale sistema scolastico nazionale, rientrando nell'ambito di quei "servizi educativi" «che completano il più generale aspetto educativo, di cui il diritto all'istruzione è parte»[50].

Con riferimento all'istruzione degli adulti è invece richiesta la regolarità della presenza sul territorio e l'esibizione del permesso di soggiorno per la fruizione delle prestazioni scolastiche[51]. È garantita parità di trattamento rispetto ai cittadini italiani nell'accesso all'istruzione universitaria e ai relativi interventi per il diritto allo studio, compresi gli interventi non destinati alla generalità degli studenti, quali borse di studio, prestiti d'onore ed servizi abitativi. In riferimento a tali prestazioni, lo stesso testo unico esclude espressamente l'obbligo di reciprocità[52].

Nonostante quanto affermato dal testo unico sia in riferimento ai minori che agli adulti, anche questo settore non è scevro da pratiche escludenti, soprattutto per l'accesso a prestazioni di sostegno allo studio, come sussidi e borse di studio[53]. Tra i casi più recenti si segnala la legge della Provincia Autonoma di Bolzano che limita le agevolazioni per la frequenza di una scuola situata fuori dalla Provincia e per le prestazioni di natura economica (tese a favorire la realizzazione del diritto allo studio) ai residenti da almeno cinque anni sul territorio provinciale[54].

Un aspetto assai delicato è poi costituito dalle rette di ingresso alle università, talvolta maggiorate rispetto a quelle richieste per i cittadini italiani

o classi-ponte, propedeutiche all'ingresso degli studenti stranieri nelle classi permanenti. Sul punto si veda G. Brunelli, *Welfare e immigrazione: le declinazioni dell'eguaglianza*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 5/2008, 554. Sui criteri di inserimento nelle classi di istituti di istruzione secondaria di II grado si veda da ultimo la Circolare del Ministero dell'Istruzione del 27.1.2012, n. 465, che prevede di regola l'iscrizione alla classe corrispondente all'età anagrafica, salva diversa valutazione del collegio dei docenti.

[50] Cfr. Tribunale di Milano, ordinanza 11.2.2008, con la quale è stata dichiarata discriminatoria la circolare del Comune di Milano che richiedeva per l'accesso alla scuola dell'infanzia l'esibizione del permesso di soggiorno da parte del genitore. Per un commento cfr. F. Cortese, *Scuole dell'infanzia e discriminazione: la "circolare Moratti" e la rinnovata dimensione del diritto all'istruzione*, in *www.forumcostituzionale.it.*

[51] L'art. 6 del testo unico esclude espressamente le sole prestazioni scolastiche obbligatorie dai settori per i quali è necessaria esibizione del permesso di soggiorno.

[52] Cfr. art. 39, comma 3, lett. c), del testo unico. Deve tuttavia rilevarsi che in materia di borse di studio per il perfezionamento all'estero, di cui all'art. 5 della legge 30 novembre 1989, n. 398, è previsto il requisito della cittadinanza italiana.

[53] Alcuni enti territoriali hanno ad esempio escluso i cittadini comunitari dall'erogazione dei finanziamenti per i corsi di studio o dall'assegnazione di premi per studenti meritevoli, seppur in possesso del permesso CE per soggiornanti di lungo periodo. Sull'illegittimità di tale tipologia di previsione, cfr. Tribunale di Bolzano ordinanza del 16 giugno 2009 (R.g. n. 379/09) e Tribunale di Brescia, ordinanza del 19.1.2010, n. 4536/09.

[54] Tale previsione è stato oggetto di impugnazione da parte del Governo, cfr. *supra* nota 44.

o comunitari[55]. Pratiche escludenti che sembrano difficilmente compatibili con quel principio di parità di trattamento precedentemente affermato. Esse peraltro dovrebbero essere contrastate con ancor più forza a seguito dell'entrata in vigore dell'accordo di integrazione[56], il quale sembra incentrare l'adempimento del patto tra cittadino straniero e Stato proprio su obblighi formativi, quali la conoscenza della lingua italiana e l'educazione civica.

### 2.4. Il diritto all'abitazione

Anche il diritto sociale all'abitazione non è un diritto pieno ed incondizionato per il cittadino straniero, seppure riconosciuto dalla Corte costituzionale come diritto fondamentale della persona[57].

Il testo unico disciplina l'accesso dello straniero all'abitazione graduandolo a seconda del titolo di soggiorno posseduto. Possono accedere ai centri accoglienza predisposti dalle Regioni gli stranieri regolarmente soggiornanti (per motivi diversi dal turismo) che siano temporaneamente impossibilitati a provvedere autonomamente alle proprie esigenze alloggiative e di sussistenza. Lo straniero regolarmente soggiornante può accedere anche ad alloggi sociali, collettivi o privati, nell'ambito delle strutture alloggiative predisposte dagli enti locali. Tuttavia soltanto gli stranieri titolari di un permesso CE ovvero di un permesso di soggiorno almeno biennale hanno diritto di accedere, in condizioni di parità con i cittadini italiani, agli alloggi di edilizia residenziale pubblica, ai servizi di intermediazione abitativa e al credito agevolato in materia di edilizia, recupero, acquisto e locazione della prima casa di abitazione[58].

Tale ultima previsione risponde, con ogni evidenza, alla necessità che la concessione di certe agevolazioni ai non cittadini sia ancorata alla durata della loro permanenza in Italia e quindi al livello di non precarietà di tale residen-

[55] Al riguardo cfr. Tribunale di Bologna, ordinanza 23.12.2006, con la quale è stata dichiarata illegittima la previsione di una nota università privata che applicava agli studenti extraeuropei una tassa di iscrizione fissa, corrispondente alla fascia massima di contribuzione.

[56] Cfr. art. 4 bis del testo unico, con il quale è stato introdotto l'obbligo per lo straniero maggiore di anni 16 di sottoscrivere un accordo di integrazione al momento del rilascio del permesso di soggiorno, con l'obbligo di conseguire specifici obiettivi di integrazione, articolati per crediti (si veda il d.P.R. n. 179/2011: apprendere la lingua italiana, conoscere l'organizzazione delle istituzioni, ecc.). Il mancato adempimento dell'accordo può comportare, in certe condizioni, l'espulsione dal territorio. Per un commento si veda F. Dal Canto, *Commento all'art. 1, comma 25*, in G. De Francesco, A. Gargani, D. Manzione, A. Pertici (a cura di), *Commentario al "Pacchetto sicurezza". L. 15 luglio 2009, n. 94*, Torino, 2011, 159 ss.

[57] Cfr. Corte cost. sent. n. 404/1988 e da ultimo 61/2011. In dottrina cfr. F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 58 e ss.

[58] Cfr. art. 40 del testo unico. Sulle condizioni di accesso degli stranieri all'edilizia residenziale pubblica nel testo unico e nelle discipline regionali, si veda F. Corvaja, *L'accesso dello straniero extracomunitario all'edilizia residenziale pubblica*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 2009, 89 e ss.

za. Deve tuttavia essere osservato come il criterio del possesso di un permesso biennale, a differenza del permesso CE, non soddisfi in modo ragionevole questa esigenza[59]. Se infatti per il rilascio di quest'ultimo titolo è necessario, tra le altre cose, il «possesso, da almeno cinque anni, di un permesso di soggiorno in corso di validità», il permesso biennale è rilasciato discrezionalmente dal Questore qualora il lavoratore straniero sia titolare di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato o sia un lavoratore autonomo. Infatti, anche in presenza delle predette condizioni, la legge non obbliga il Questore al rilascio di tale titolo di soggiorno, ma lascia all'autorità amministrativa una mera facoltà, per cui uno straniero al primo ingresso potrebbe in teoria avere un permesso di soggiorno biennale ed uno straniero residente in Italia da quattro anni un permesso annuale di volta in volta rinnovato. Sotto questo profilo, tale condizione di accesso sembra dunque irragionevole.

Rispetto a quanto previsto dal testo unico, sempre con riferimento agli alloggi di edilizia residenziale pubblica, devono aggiungersi anche requisiti ulteriori, legati alla residenza prolungata sul territorio. A livello nazionale è stato, infatti, approvato un piano nazionale che vede destinare prioritariamente l'offerta di abitazioni di edilizia residenziale a varie categorie di soggetti, tra le quali: «gli immigrati regolari a basso reddito, residenti da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima regione»[60].

Le sopracitate previsioni si pongono in linea con una serie di limitazioni già sperimentate a livello regionale e locale proprio in materia di abitazione, al fine di restringere la platea dei beneficiari a coloro che dimostrano un maggior radicamento sul territorio nazionale o regionale, in quanto cittadini o residenti di lungo periodo[61].

[59] Al riguardo cfr. ordinanza del 9.2.2009 del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia ritenuta manifestamente inammissibile dalla Corte costituzionale con ordinanza n. 76/2010.

[60] In riferimento a tali previsioni, in senso critico, cfr. M. Vrenna, *Il decreto legge n. 112 e le misure per il contenimento della spesa sociale e di quella sanitaria: piano casa, assegno sociale e questioni aperte sul trattamento dei comunitari*, in *Gli Stranieri*, 2008, 568 e ss., e C. Corsi, *Il diritto all'abitazione è ancora un diritto costituzionalmente garantito anche agli stranieri?*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 3-4/2008, 147. In riferimento a tale previsione la Corte costituzionale, nell'ambito di un giudizio sollevato in via principale tra Stato e Regioni, ha evidenziato che l'individuazione prioritaria di tali categorie sociali (tra cui gli immigrati) rientra a pieno titolo nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni. In particolare «la legge statale, in coerenza con la sua funzione di individuare i "livelli minimi", stabilisce un ordine inderogabile di priorità, il quale non esclude la possibilità che le Regioni, una volta soddisfatte le esigenze delle categorie deboli specificamente elencate, possano, nell'ambito del proprio territorio, individuare altre categorie meritevoli di sostegno, cui ritengono utile e necessario fornire il supporto degli interventi pubblici in materia di edilizia residenziale» (sent. n. 121/2010, § 7 *Cons. in dir*).

[61] Alcuni Comuni hanno ad esempio condizionato l'accesso alla condizione di reciprocità, ossia a condizione che nello Stato di origine dell'interessato fosse riconosciuta pari possibilità di accesso del cittadino italiano all'edilizia pubblica, altri hanno invece introdotto tra i requisiti di accesso la durata della residenza o dell'attività lavorativa sul territorio comunale

Peraltro non si può fare a meno di rilevare come l'abitazione, oltre che un diritto, sia al contempo un onere per lo straniero, il quale per il rinnovo del permesso di soggiorno, per il ricongiungimento familiare e per il rilascio del permesso CE deve dimostrare il possesso di un alloggio, dotato di particolari caratteristiche[62]. Una limitazione di tale diritto è quindi idonea ad incidere fortemente su tutta un'altra serie di diritti fondamentali, come il diritto all'unità familiare, e sulle stesse condizioni di ingresso e soggiorno sul territorio[63].

Non è un caso che proprio all'abitazione il legislatore abbia dedicato particolare attenzione nel disciplinare i requisiti di ingresso dello straniero sul territorio: nel contratto di soggiorno, il datore di lavoro deve, infatti, garantire che il lavoratore abbia un alloggio idoneo; il lavoratore autonomo deve dimostrare di disporre di idonea sistemazione alloggiativa; così come il familiare che vuole ricongiungersi e lo straniero che richiede il permesso CE per soggiornanti di lungo periodo. Sembra quindi che il legislatore abbia voluto in un certo senso "prevenire", per quanto possibile, situazioni nelle quali lo straniero sia costretto a ricoveri di fortuna o a situazioni abitative che lo costringano a condizioni di vita non dignitose; è tuttavia evidente come il legame così creato tra soggiorno/permanenza sul territorio e abitazione renda ancor più peculiare la garanzia di tale diritto per lo straniero.

o regionale. Altri bandi e delibere hanno, infine, previsto l'attribuzione di punti aggiuntivi in relazione al possesso della cittadinanza italiana o a seconda della durata della residenza Per un'analisi delle varie discipline regionali e locali, sia consentito rinviare a F. Biondi Dal Monte, I *livelli essenziali delle prestazioni e il diritto all'abitazione degli stranieri*, in G. Campanelli, M. Carducci, N. Grasso, V. Tondi Della Mura (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa. Lecce 19-20 giugno 2009, Torino, 2010, 213 e ss. Sul punto la giurisprudenza costituzionale non ha invece offerto molte indicazioni. Si vedano le ordinanze n. 32/2008 e n. 76/2010 cit. Sulle pratiche discriminatorie in materia di accesso all'e.r.p. si veda la raccomandazione UNAR (Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali) 30.1.2012, n. 14.

[62] Allo straniero non si chiede di possedere un'abitazione qualsiasi, ma «un alloggio […] che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica» per la stipula del contratto di soggiorno (art. 5-bis, lett. a, del testo unico), un alloggio «conforme ai requisiti igienico-sanitari, nonché di idoneità abitativa, accertati dai competenti uffici comunali» per lo straniero che chiede il ricongiungimento (art. 29, comma 3, lett. a, del testo unico), «un alloggio idoneo che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge regionale per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica ovvero che sia fornito dei requisiti di idoneità igienico-sanitaria accertati dall'Azienda unità sanitaria locale competente per territorio» per lo straniero che richiede il permesso CE per soggiornanti di lungo periodo (art. 9 del testo unico).

[63] Al riguardo potrebbe aggiungersi la considerazione di F. Bilancia, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, in AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, 353, che evidenzia la rilevanza sistematica del diritto all'abitazione «in considerazione dei suoi fondamentali riflessi nella costruzione della stessa nozione di cittadinanza in senso sostanziale, servente cioè alle garanzie del rispetto della dignità sociale dell'individuo».

### 2.5. I diritti dello straniero lavoratore

Con la costituzionalizzazione dei diritti sociali negli ordinamenti statali del dopoguerra il diritto al lavoro è divenuto il fulcro di un più ampio sistema di diritti, individuali e collettivi, ad esso strettamente connessi[64]. Ai lavoratori è dedicata particolare attenzione nel testo unico in materia di immigrazione, sia perché il lavoro risulta essere il canale "ordinario" e principale di ingresso sul territorio nazionale, sia perché in attuazione della convenzione OIL n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata dall'Italia con legge 10 aprile 1981, n. 158, a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio e alle loro famiglie è garantita parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani.

Pertanto, se il legislatore conserva ampia discrezionalità nella determinazione delle condizioni di accesso del lavoratore straniero sul territorio, una volta autorizzato l'ingresso, questi deve godere del medesimo trattamento riconosciuto al lavoratore italiano[65]. Tale affermazione, sebbene legislativamente prevista, così come ribadita in via giurisprudenziale, sembra soffrire di alcune limitazioni. Infatti, a seguito delle modifiche apportate al testo unico dalla legge Bossi-Fini, è stata notevolmente appesantita la posizione del datore di lavoro che intenda stipulare un contratto di lavoro con un lavoratore straniero: è previsto che, anche per ogni contratto di lavoro stipulato con un lavoratore straniero successivamente al suo ingresso (quindi non soltanto con uno straniero al primo ingresso, ma anche con uno straniero già soggiornante in Italia), il datore debba garantire il reperimento di un alloggio (per il lavoratore) che soddisfi i requisiti previsti dalle leggi regionali sull'edilizia residenziale pubblica e debba coprire le eventuali spese di rimpatrio per lo stesso lavoratore. Tali requisiti aggiuntivi potrebbero, infatti, costituire un deterrente per il datore di lavoro all'assunzione di uno straniero, e, di conseguenza, un fattore di esclusione del lavoratore straniero che sia rimasto privo di occupazione dalla possibilità di rientro nel mercato del lavoro.

Assai problematica risulta la condizione del lavoratore straniero non regolarmente presente sul territorio, non soltanto perché si tratta di un lavoratore irregolare, e quindi invisibile al sistema previdenziale statale, ma anche perché, proprio a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 94/2009, risulta essere un soggetto ancora più vulnerabile, stretto nel timore di essere segnalato all'autorità giudiziaria[66]. Peraltro in alcuni casi è stato negato il diritto del lavoratore (non

[64] Per un approfondimento si rinvia a P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 492 e ss., e C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, cit., 43 e ss.

[65] Sul punto si veda Corte cost. sent. n. 454/1998, relativa al collocamento obbligatorio degli stranieri in condizione di invalidità. Per un commento alla decisione si rinvia a P. Bonetti, *La parità di trattamento tra stranieri e cittadini nell'accesso al collocamento obbligatorio degli invalidi: quando la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. Cost.*, 1998, 3772 e ss.

[66] Al riguardo cfr. ordinanza del Tribunale di Voghera del 20.11.2009, con la quale è stata

regolarmente presente sul territorio) alla retribuzione ritenendo il contratto di lavoro nullo per causa illecita[67]. La Cassazione ha tuttavia evidenziato come, sebbene si tratti di un contratto in violazione della legge, la nullità o annullamento del medesimo non produca effetti per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, essendo state violate disposizioni poste a tutela del prestatore di lavoro, con conseguente diritto alla retribuzione e ai contributi[68].

Merita, infine, un'ultima menzione la questione relativa alla condizione di cittadinanza per l'accesso ad alcune professioni non necessariamente legate all'esercizio di pubbliche funzioni: questione che tutt'oggi risulta regolata da un'ampia ma discorde giurisprudenza, in assenza di un chiarimento legislativo. Alcuni ambiti lavorativi, non direttamente connessi all'esercizio di pubbliche funzioni (medici, infermieri, autisti di aziende pubbliche) risultano tuttora preclusi ai lavoratori stranieri[69], essendo ancora richiesta la cittadinanza italiana[70].

sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art.10 bis del d.lgs. n. 286/1998, in combinato disposto con l'art. 331 c.p.p., per asserita violazione degli artt. 2, 3, comma 1, 10, commi 1 e 2, 24, commi 1 e 2, e 117, comma 1, Cost., nella parte in cui non prevede una deroga all'obbligo di denuncia del reato previsto e punito dalla stessa norma nei confronti dell'autorità giudiziaria adita dallo straniero privo di titolo di soggiorno per la tutela di diritti di rango costituzionale. L'ordinanza – inspiegabilmente – non risulta ancora giunta alla Corte costituzionale. In generale sulla problematica tensione tra il riconoscimento dei diritti fondamentali e la gestione del fenomeno migratorio si veda F. Scuto, *Contrasto all'immigrazione "irregolare" e tutela dei diritti fondamentali: un equilibrio non ancora raggiunto*, in S. Gambino, G. D'Ignazio (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Milano, 2010, 587 e ss.

[67] Già prima dell'introduzione della citata fattispecie penale si veda la criticata sentenza del Tribunale di Padova, n. 737 del 19.10.2007.

[68] Si veda Cass. civ., sez. IV, sentenza 26.3.2010, n 7380. Sul tema è intervenuta anche l'Unione europea con la direttiva 2009/52/CE (recepita con il d.lgs. n. 109/2012) introducendo una serie di norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

[69] Al riguardo cfr. M. Centini, *L'accesso degli stranieri non comunitari al pubblico impiego: un problema costituzionale*, 2011, in F. Angelini, M. Benvenuti, A. Schillaci (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, Napoli, 2011, 187 e ss. La giurisprudenza costituzionale non ha offerto significative indicazione al riguardo, avendo affrontato la questione soltanto in due ordinanze di inammissibilità, la n. 71/2009 (con il commento di A. Pace, *Dalla «presbiopia» comunitaria alla «miopia» costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 2009, 672 e ss.) e la n. 139/2011. Nella più recente delle due la Corte sembra avallare l'esistenza di un margine interpretativo idoneo a dare una lettura costituzionalmente orientata della normativa sottoposta ad impugnazione, sebbene il giudice *a quo* abbia omesso di esplorarlo.

[70] Tra le più recenti, cfr. Tribunale di Milano, ordinanza 5.10.2011, n. 12913, in relazione alla condizione di cittadinanza comunitaria per l'accesso alla professione di operatore socio-sanitario e infermiere, e Tribunale di Trieste, giudice del lavoro, decreto 17.3.2012, in riferimento ad un concorso per infermieri nel quale veniva richiesto il permesso CE. Tali preclusioni riguardano, talvolta, anche l'accesso al lavoro da parte delle categorie cosiddette protette, si veda la decisione del Tribunale di Firenze 27.1.2012.

### 3. I diritti sociali degli stranieri come diritti "pluri-condizionati"

L'indagine sopra delineata restituisce un quadro notevolmente frammentato, caratterizzato anche da antinomie tra quanto previsto dalla legislazione nazionale e quanto previsto a livello regionale e locale.

In generale si può evidenziare come ogni diritto/prestazione sociale preso in considerazione sia condizionato a fattori *esterni* e *contingenti* rispetto alla condizione fisica o comunque personale che legittima il godimento di quei medesimi diritti/prestazioni per il cittadino italiano: possesso di un permesso annuale, possesso di un permesso CE o, ancora, residenza per un certo periodo di tempo sul territorio (nazionale, regionale o locale). Inoltre, prestazioni sociali analoghe vengono riconosciute in base a periodi di residenza differenti da territorio a territorio, talvolta un solo anno, altre volte 3 o 5. Si può quindi godere di certe prestazioni soltanto in alcuni territori, pur essendo in possesso delle medesime condizioni personali. Se poi si considerano i condizionamenti "effettivi" dei diritti sociali – a parte quello fuorviante della sola scarsità delle risorse – come la partecipazione delle grandi multinazionali all'indirizzo e alla gestione della salute pubblica, l'effettiva diffusione dell'informazione, i condizionamenti derivanti dal diritto di proprietà intellettuale[71], i diritti sociali degli stranieri risultano essere diritti *pluri-condizionati*.

Da tale ricostruzione si rilevano evidenti disparità di trattamento tra cittadini e stranieri, e tra gli stessi stranieri, in contrasto con quanto previsto anche dalla Costituzione, che certo non contempla tali tipologie di distinzioni, ma si riferisce allo straniero nella sua *unitarietà*. Come è stato evidenziato dalla Corte costituzionale fin dal 1967[72], la tutela costituzionale dello straniero complessivamente considerato e la connessa protezione costituzionale dei suoi diritti fondamentali trovano fondamento nella lettura sistematica di tre disposizioni costituzionali: l'art. 2, nella parte in cui riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo; l'art. 3, in quanto riconosce la pari dignità sociale e l'eguaglianza di tutti i "cittadini" (riferibile, come si vedrà, ad ogni "persona"); l'art. 10, comma 2, in forza del quale la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali[73]. La Corte ha, inoltre, in più occasioni affermato che i diritti inviolabili spettano «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani» (sent. n. 105 del 2001), e che la condizione giuridica dello straniero non deve essere considerata come causa

[71] D. Bifulco, *I diritti sociali nella prospettiva della mondializzazione*, cit., 215.

[72] Cfr. Corte cost. sent. n. 120/1967.

[73] Sul punto si veda E. Rossi, *Da cittadini vs. stranieri a regolari vs. irregolari*, cit. Al riguardo cfr. anche C. Corsi, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, 2001, 99, e P. Stancati, *Le libertà civili del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 38.

ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi[74]. Il principio costituzionale di uguaglianza non tollera, infatti, discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero quando venga riferito al godimento dei diritti inviolabili dell'uomo (v., fra le tante, la sentenza n. 62 del 1994)[75], nella consapevolezza, tuttavia, che il riconoscimento ai non cittadini di un diritto riconosciuto ai cittadini non comporta una completa parificazione tra le due condizioni. Differenti situazioni di fatto possono legittimare un diverso trattamento nel godimento dei medesimi diritti tra cittadino e straniero (sentenza n. 104/1969), sebbene esse non debbano essere precostituite dalla stessa legge, dovendo invece scaturire da una «fattuale diversità, originaria e non legislativamente derivata»[76]. L'indagine sui diritti sociali dei non cittadini impone, quindi, una riflessione sulla natura "legislativa" o "fattuale" delle diversità sopra evidenziate: riflessione che si intende compiere alla luce del percorso tracciato dalla giurisprudenza costituzionale.

### 3.1. Giurisprudenza costituzionale e livelli di riconoscimento dei diritti sociali: presenza sul territorio e residenza

La normativa sopra analizzata sembra distinguere più livelli di riconoscimento dei diritti sociali in ragione della mera presenza dello straniero sul territorio, della residenza (più o meno prolungata), del possesso di un determinato titolo di soggiorno o della cittadinanza (italiana o comunitaria), secondo un progressivo incremento delle prestazioni riconosciute che vede fortemente limitate quelle riservate allo straniero non regolarmente soggiornante (si pensi alle cure urgenti ed essenziali rispetto alla generalità delle prestazioni attinenti al diritto alla salute) per arrivare a prestazioni ulteriori riservate ad

[74] Al riguardo si veda anche Corte cost. sent. n. 249/2010, relativa alla illegittimità dell'aggravante dell'avere commesso il fatto «trovandosi illegalmente sul territorio nazionale», e sent. n. 245/2011, relativa alla illegittimità del divieto di contrarre matrimonio per lo straniero non regolarmente presente sul territorio.

[75] La Corte costituzionale, nell'affermare il riconoscimento dei diritti inviolabili della persona e in generale l'applicazione anche allo straniero del principio di cui all'art. 3 Cost., ha esercitato un sindacato di ragionevolezza sulla pertinenza di ogni differenziazione della condizione di straniero da quella di cittadino. Come evidenziato da R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto Costituzionale*, XI ed., Torino, 2008, 485, l'eguaglianza dello straniero nel godimento dei diritti inviolabili è un principio e non una regola tassativa. Sull'applicazione del principio di uguaglianza al cittadino straniero cfr. L. Paladin, voce *Eguaglianza (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano, 1965, 530; M. Cuniberti, *La cittadinanza*, cit., 159 e ss.; A. Pizzorusso, *Che cos'è l'eguaglianza*, Roma, 1983, 69. Per un commento alla giurisprudenza costituzionale si veda A. Pace, *Dai diritti fondamentali del cittadino ai diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2.7.2010 (ivi in part. 12 e ss.).

[76] Come osserva A. Pugiotto, «*Purché se ne vadano». La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in AA. VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 389.

una platea più ristretta di beneficiari (si pensi a certe erogazioni assistenziali o all'accesso all'edilizia residenziale pubblica, riservato al titolare del permesso CE). Molte delle sopramenzionate discipline sono state oggetto di giudizi di legittimità costituzionale ed hanno permesso alla Corte costituzionale di delineare uno "statuto" dei diritti sociali dello straniero, alla luce soprattutto del principio di uguaglianza e di quello ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost.

Il primo livello di riconoscimento che deriva dall'analisi della legislazione vigente è fondato sulla mera *presenza* sul territorio. A tale condizione consegue il riconoscimento di un novero di prestazioni inferiori, strettamente connesse alla tutela della vita umana. In particolare si fa riferimento al carattere di urgenza ed essenzialità delle prestazioni strettamente connesse all'ambito della dignità umana, fondamento ultimo del riconoscimento di ogni diritto inviolabile[77]. La Corte costituzionale ha in più occasioni affermato che lo straniero è titolare di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona (sentenza n. 148 del 2008) ed in particolare, con riferimento al diritto all'assistenza sanitaria, che esiste «un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto». Quest'ultimo deve perciò essere riconosciuto «anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso» (sentenza n. 252 del 2001). Con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali, nell'ambito delle proprie competenze, anche le Regioni possono legittimamente adottare misure di assistenza per gli stranieri non regolarmente presenti sul territorio, garantendo, ad esempio, interventi socio-assistenziali urgenti ed indifferibili e forme di prima accoglienza abitativa.

Dalle argomentazioni che la Corte costituzionale ha elaborato nella citata sentenza n. 252/2001 – riprese da ultimo anche nelle sentenze nn. 269 e 299/2010 e 61/2011 – la discrezionalità del legislatore nei confronti dello straniero presente sul territorio nazionale incontra quindi il limite della garanzia del "nucleo duro", irriducibile, dei diritti fondamentali, mentre per la restante parte il legislatore ha un margine di operatività più ampio, sottoposto

[77] In generale sul punto si veda A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005, 54 e ss. Al riguardo A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 226, evidenziano come tutte le questioni che attengono ai diritti della personalità e alle connesse libertà tocchino il concetto di dignità dell'uomo; concetto che, tuttavia, per quello che è stato definito un singolare paradosso, «sembra tanto più giuridicamente indefinibile quanto, di solito, più intuitivamente evidente». Per un approfondimento di tale aspetto con riferimento alla peculiare categoria dei rom e sinti, cfr. P. Bonetti, *I nodi giuridici della condizione di rom e sinti in Italia*, in P. Bonetti, A. Simone, T. Vitale, *La condizione giuridica di rom e sinti in Italia*, Milano, 2011, 23.

comunque al sindacato costituzionale di ragionevolezza[78]. Tale ricostruzione si fonda sul presupposto della possibile (ammissibile) "scomponibilità" di tali diritti tra prestazioni più o meno essenziali[79]. Posizione confermata dalla Corte anche nella successiva sentenza n. 306/2008, laddove si precisa che il legislatore italiano può subordinare, non irragionevolmente, l'erogazione di determinate prestazioni alla luce del carattere non episodico e di non breve durata del titolo di soggiorno dello straniero, purché esse non siano inerenti a rimediare gravi situazioni di urgenza. La difficoltà interpretativa risiede tuttavia nel comprendere cosa debba intendersi per "situazioni di urgenza", e quanto possa tenere la distinzione tra nucleo duro ed altre prestazioni eccedenti l'essenziale[80]. Come è stato evidenziato in dottrina, dal momento che la protezione di tale nucleo è strettamente connessa alla tutela della dignità della persona, appare assai difficile escludere tale lesione tutte le volte in cui non vi sia un pregiudizio grave o irreparabile[81]. Del resto è la nozione stessa di «nucleo irriducibile» – al pari di quella che fa leva sul «contenuto essenziale»

[78] Sull'ammissibilità di differenze di trattamento tra cittadini e stranieri, cfr. B. Pezzini, *Una questione che interroga l'uguaglianza*, cit., 217, la quale distingue tra la "catena della cittadinanza", nella quale vengono richiamate le norme che sono strettamente associate alla cittadinanza, e la "catena del personalismo", in cui si connettono le norme che costruiscono il catalogo dei diritti inviolabili della persona umana.

[79] Ovviamente tale giurisprudenza si riferisce ai cosiddetti diritti sociali di prestazione.

[80] In altre occasioni la Corte ha parlato di «nucleo indefettibile di garanzie» quale limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore. Si veda da ultimo Corte cost. sent. n. 80/2010 in relazione al diritto all'istruzione della persone in condizione di disabilità. Sulla distinzione tra nucleo del diritto e prestazioni eccedenti l'essenziale, cfr. in dottrina E. Rossi, *I diritti dei non cittadini nell'ordinamento interno*, in E. Rossi (a cura di), *Problemi attuali delle libertà costituzionali*, Pisa, 2009, 72 e ss. Al riguardo A. Ruggeri, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in *Rivista AIC* 2/2011, 10, evidenzia tuttavia come, se si muove dalla premessa del carattere autenticamente "fondamentale" di alcuni diritti, «piana ed obbligata è la conseguenza che essi, proprio perché tali, devono essere riconosciuti a tutti, e a tutti nel medesimo modo o grado (senza, dunque, distinguere tra parte e parte dei diritti stessi) ed al medesimo titolo, siccome appunto "fondamentali"». In senso critico sulla distinzione tra ciò che è fondamentale e ciò che non lo è, cfr. M. Cuniberti, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2006, 516.

[81] Al riguardo si veda A. Ruggeri, *Note introduttive ad uno studio*, cit., 7, il quale nell'evidenziare l'incerta ed oscura individuazione del concetto di nucleo irriducibile si chiede se, qualora sia in gioco la salute dello straniero irregolare, la sua dignità non sia lesa soltanto in presenza di un pregiudizio grave o irreparabile, ma anche in tutti i casi in cui vengano negati ad una persona umana medicinali di cui essa ha bisogno, senza che incomba un pregiudizio grave ed irreparabile per la sua salute. In generale, sulla ricostruzione del contenuto essenziale dei diritti cfr. Q. Camerlengo, *La vocazione cosmopolitica dei sistemi costituzionali alla luce del comune nucleo essenziale*, in S. Staiano (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa. Capri 3-4 giugno 2005, Torino, 2006, 85.

del diritto – a scontare un'indeterminatezza fisiologica[82], quasi un'impossibilità di univoca definizione, dovuta all'elevato tasso di discrezionalità che caratterizza l'individuazione di cosa debba considerarsi tale in un dato momento storico[83]. Un approfondimento specifico di questo aspetto porterebbe lontano dal nostro ambito di indagine; risulta comunque utile ricordare la matrice sostanzialmente giurisprudenziale della nozione di "nucleo duro/irriducibile di un diritto", finalizzata a dimostrare l'incostituzionalità delle disposizioni legislative che vi incidono ovvero ad escluderla quando tale ambito non risulti intaccato: un ambito che deve ritenersi inviolabile anche al legislatore costituzionale[84] e che deve ritenersi indisponibile a qualsiasi bilanciamento, anche nei confronti degli stranieri non regolarmente presenti sul territorio.

Un secondo livello di riconoscimento si fonda sulla *residenza* nel territorio. Nell'ordinanza n. 32/2008, la Corte costituzionale ha evidenziato che la residenza, rispetto ad una provvidenza regionale, appare un criterio non irragionevole per l'attribuzione del beneficio e che il requisito della residenza continuativa, ai fini ad esempio dell'assegnazione di un alloggio di edilizia residenziale pubblica, risulta non irragionevole «quando si pone in coerenza con le finalità che il legislatore intende perseguire, specie là dove le stesse realizzino un equilibrato bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco». La sostanziale apoditticità di tale argomentazione[85] è stata parzialmente stemperata qualche anno dopo (sent. n. 40/2011) con la precisazione secondo la quale l'esclusione assoluta di intere categorie di persone – fondata o sul difetto del possesso della cittadinanza europea ovvero su quello della mancanza di una residenza temporalmente protratta per almeno trentasei mesi – non risulta rispettosa del principio di uguaglianza, qualora non vi sia una *ragionevole correlazione* tra le condizioni positive di ammissibilità al beneficio (es. cittadinanza o residenza protratta sul territorio) ed i requisiti che costituiscono il presupposto di fruibilità delle provvidenze di volta in volta considerate (es. situazioni psico-fisiche di bisogno)[86].

[82] Come rileva D. Morana, *Titolari di diritti, anche se irregolari: politiche regionali di integrazione sociale e diritto alla salute degli immigrati (note minime a Corte cost., sent. n. 269 del 2010)*, in *Giur. cost.*, 2010, 3238 e ss.

[83] Su punto si veda A. Giorgis, *Le garanzie giurisdizionali dei diritti costituzionali all'uguaglianza distributiva*, in A. D'Aloia (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, 121.

[84] Come rileva C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, cit., 131, che distingue tra "nucleo duro" del diritto e suo "contenuto essenziale", quest'ultimo inattaccabile dal legislatore ordinario, ma modificabile mediante procedimento aggravato ai sensi dell'art. 138 Cost.

[85] Sul punto cfr. F. Corvaja, *Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica*, in *Le Regioni*, 2008, 633.

[86] Per un commento alla sent. n. 40/2011, con specifico riferimento al requisito della residenza qualificata, cfr. F. Corvaja, *Cittadinanza e residenza qualificata nell'accesso al welfare regionale*, in *Le Regioni*, 6/2011, 1257 e ss. (ivi in part. 1271 e ss.), che approfondisce l'illegittimità di tale requisito anche alla luce di un'analisi della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti.

In quell'occasione si trattava di prestazioni inerenti il sistema regionale dei servizi sociali, del tutto escluse per i cittadini di Paesi terzi e limitate anche per i cittadini italiani e comunitari alla residenza prolungata sul territorio regionale per almeno 36 mesi. Le argomentazioni della Corte sono significative poiché approfondiscono la connessione tra criteri di riconoscimento di un beneficio e condizioni strettamente attinenti alla persona. In particolare, a parere della Corte, tali tipologie di provvidenze, per la loro stessa natura, «non tollerano distinzioni basate né sulla cittadinanza, né su particolari tipologie di residenza volte ad escludere proprio coloro che risultano i soggetti più esposti alle condizioni di bisogno e di disagio che un siffatto sistema di prestazioni e servizi si propone di superare perseguendo una finalità eminentemente sociale» (sent. n. 40/2010 cit.). Le condizioni di ammissibilità al beneficio (residenza protratta per 36 mesi ovvero cittadinanza) risultano, infatti, del tutto incoerenti con le situazioni di bisogno e di disagio che costituiscono il presupposto per l'accesso alle prestazioni di natura sociale, *riferibili direttamente alla persona* in quanto tale. Come già anticipato, ogni differente trattamento nel godimento di diritti fondamentali deve fondarsi su una fattuale diversità, derivante dalla condizione in cui si trova la persona e non legislativamente precostituita. Tale caso evidenzia in modo emblematico come le politiche che si è definito "di appartenenza" siano in grado di incidere profondamente anche sui diritti dei cittadini, che possono vedersi rifiutare l'accesso ai servizi sociali se non residenti in quel territorio regionale da almeno 36 mesi.

### 3.2. *Segue:* possesso di determinati titoli di soggiorno e cittadinanza

Un indice del carattere non episodico e di non breve durata del soggiorno dello straniero è riconducibile anche al *titolo di soggiorno* posseduto[87]. Per tale ragione, molte discipline statali, ma anche regionali e locali, hanno legato la fruizione di certe prestazioni di natura sociale al possesso del permesso CE. Si tratta soprattutto di prestazioni di assistenza sociale, come le erogazioni economiche connesse a stati di invalidità e l'accesso ad alloggi di edilizia residenziale pubblica.

Anche su tale profilo la Corte costituzionale ha fornito significative indicazioni che sono venute ad assumere «incidenza generale ed immanente nel sistema di attribuzione delle relative provvidenze»[88], in assenza di un intervento organico di riordino da parte del legislatore.

[87] Sulla complessità della normativa relativa alle tipologie di permesso e la difficoltà di emanciparsi dalla condizione di *sans papier*, cfr. L. Trucco, *Il permesso di soggiorno nel quadro normativo e giurisprudenziale attuale*, in P. Costanzo, S. Mordeglia, L. Trucco (a cura di), *Immigrazione e diritti umani nel quadro legislativo attuale*, Milano 2008, 11 e ss. (ivi in part. 30 e ss.).

[88] Come afferma la Corte stessa nella sent. n. 61/2011, § 7.1 *Cons. in dir*.

A tal proposito la Corte ha affermato che il possesso di un determinato titolo di soggiorno (dal quale si evince il carattere non episodico e di non breve durata dello straniero sul territorio nazionale) può legittimamente fondare una distinzione nel godimento di certe prestazioni, purché esse non siano dirette a rimediare a gravi situazioni di urgenza. Inoltre, in tutti i casi in cui il diritto a soggiornare non sia in discussione, «non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini» (sentenza n. 306/2008 cit.).

Alla luce di tali affermazioni, la disciplina nazionale che ha limitato il riconoscimento dell'indennità di accompagnamento, della pensione di inabilità, dell'assegno di invalidità e dell'indennità di frequenza ai soli titolari del permesso CE è stata quindi dichiarata non conforme a Costituzione[89]. Ad essere violato è stato anche il principio di ragionevolezza, soprattutto in riferimento a quelle erogazioni economiche sociali subordinate al mancato superamento di un determinato livello di reddito[90].

Volendo individuare i casi in cui una possibile differenziazione può ritenersi legittima, si può far riferimento a quanto affermato dalla Corte nella successiva sentenza n. 187/2010, nella quale si chiarisce che ciò che assume valore dirimente, ai fini della possibile differenziazione tra cittadini e stranieri, risiede nel concreto atteggiarsi delle prestazioni così da verificarne la relativa "essenzialità" agli effetti della tutela dei valori coinvolti. Se cioè la prestazione «integri o meno un rimedio destinato a consentire il concreto soddisfacimento dei bisogni primari inerenti alla stessa sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare; rimedio costituente, dunque, un diritto fondamentale perché garanzia per la stessa sopravvivenza del soggetto»[91]. Anche in questo caso l'interprete si trova dinanzi ad un compito difficile: stabilire cosa debba intendersi per "bisogni di primari" della persona senza che ciò si traduca in una tutela minima dei diritti sociali (anche per coloro che sono regolarmente presenti sul territorio). Sicuramente, seguendo tale ragionamento, molteplici dubbi di costituzionalità possono essere avanzati nei confronti di tutte quelle prestazioni sociali ancora legate al permesso CE, tra le quali meritano una particolare menzione l'assegno sociale e la social card. Il primo è una prestazione rila-

[89] Si vedano rispettivamente le sentenze della Corte costituzionale nn. 306/2008, 11/2009, 187/2010 e 329/2011.

[90] In tali casi, infatti, per l'accesso degli stranieri a tali prestazioni è richiesto il possesso del permesso CE per il cui rilascio è necessario un determinato livello di reddito, allo stesso tempo però, per il godimento di quelle medesime prestazioni, la legislazione prevede che il beneficiario non abbia un reddito superiore ad un preciso importo, creando quindi un inevitabile "corto circuito normativo".

[91] Cfr. Corte cost. sent. n. 187/2010.

sciata a coloro che hanno un reddito annuo inferiore, per il 2012, ad € 5.577[92]. Le condizioni di accesso a tale prestazione sono state ulteriormente aggravate con la richiesta di una residenza almeno decennale sul territorio[93]. La seconda è invece riconosciuta a coloro che versano in condizione di maggior disagio economico per il soddisfacimento delle esigenze prioritariamente di natura alimentare e successivamente anche energetiche e sanitarie. In questo caso la disciplina statale richiede addirittura la condizione di cittadinanza. Di recente è stata avviata una sperimentazione della prestazione nei Comuni con oltre 250.000, prevedendo un'estensione ai cittadini comunitari e, con riferimento ai cittadini di Paesi terzi, ai soli titolari del permesso CE[94], sebbene si tratti di una prestazione sicuramente incidente sui diritti fondamentali della persona umana. Infatti, come chiarito anche dalla Corte costituzionale – seppur nell'ambito di un giudizio di costituzionalità sollevato in via principale tra Stato e Regioni – la normativa è posta a protezione delle situazioni di estrema debolezza della persona umana, «trattandosi del diritto a conseguire le prestazioni imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno, in particolare, alimentare e di affermare il dovere dello Stato di stabilirne le caratteristiche qualitative e quantitative, nel caso in cui la mancanza di una tale previsione possa pregiudicarlo»[95].

Chiaramente discriminatorio è, invece, il requisito della *cittadinanza* (italiana o comunitaria), quale criterio di selezione per l'accesso alle prestazioni di natura sociale, anche eccedenti l'essenziale. Al riguardo, oltre alla già menzionata sentenza n. 40/2011, deve essere ricordata l'ormai nota sentenza n. 432/2005 relativa al trasporto regionale gratuito per le persone in condizione di invalidità. In tale occasione la Corte ha avuto modo di chiarire che il requisito della cittadinanza non può assumersi quale «criterio preliminare di accesso» al beneficio senza che lo stesso sia stato «pensato in riferimento ad una specifica categoria di soggetti», anche in riferimento a prestazioni eccedenti l'essenziale. Come già chiarito in riferimento al criterio della residenza, deve infatti sussistere una *ragionevole correlazione* tra la condizione positiva assunta come requisito di ammissibilità al beneficio e gli altri peculiari requisiti (es. condizione di invalidità) che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio* e la funzione. Una ricostruzione che conferma, quindi, la necessità che ogni distinzione nel godimento di prestazioni di natura socia-

[92] Sui requisiti di riconoscimento cfr. articolo 3, comma 6, della legge 8.8.1995, n. 335.

[93] Richiesta a decorrere dall'1.1.2009, dall'art. 20, comma 10, del d.l. n. 112/2008, convertito con modificazioni dalla legge n. 133/2008.

[94] La prestazione è stata istituita dall'art. 81 del già citato d.l. n. 112/2008. Per il programma sperimentale e la connessa estensione dei beneficiari, si veda l'art. 60 del d.l. 9.2.2012, n. 5, convertito con l. 4.4.2012, n. 35. Questa prestazione sembra affiancare la "vecchia carta acquisti" che rimane quindi limitata ai soli cittadini italiani.

[95] Cfr. Corte cost. sent. n. 20/2010, § 6.4 *Cons. in dir.*

le – anche eccedenti l'essenziale – sia fondata su una fattuale diversità, rappresentata nel caso oggetto di decisione dalla condizione di disabilità e non dalla cittadinanza della persona. In tale decisione la Corte ha, inoltre, cura di specificare che le scelte relative ai beneficiari possono essere circoscritte in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie, tuttavia esse devono essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza[96].

### 3.3. I diritti sociali degli stranieri (e dei cittadini). Localismo e discriminazioni indirette

L'indagine sui diritti sociali degli stranieri manifesta in modo ancor più evidente la tendenza che oggi caratterizza il riconoscimento dei diritti sociali nell'ambito degli ordinamenti a pluralismo territoriale[97].

Il condizionamento di molte prestazioni alla durata della residenza sul territorio contribuisce a delineare un sistema di tutela dei diritti a carattere fortemente locale, idoneo a pregiudicare non solo la condizione del cittadino straniero, ma anche quella del cittadino italiano proveniente, ad esempio, da un altro Comune o da un'altra Regione. Si tratta di politiche che mirano a favorire forme di appartenenza a una comunità locale – regionale o comunale – e che trovano nella residenza il proprio *status* fondativo[98].

Se da un lato, il sistema delle cosiddette "cittadinanze locali" può favorire l'inclusione a livello locale, dall'altro esso può trasformarsi in meccanismi fortemente escludenti, come quelli sopra menzionati in materia di accesso all'edilizia residenziale pubblica e a determinate prestazioni sociali. La limitazione di certe prestazioni alla residenza prolungata sul territorio può, infatti, pregiudicare maggiormente gli stranieri, i quali, con ogni probabilità, saranno residenti nel territorio nazionale/regionale/locale da un tempo inferiore rispetto ai cittadini. Attraverso misure che si applicano paritariamente a

[96] Sul vincolo delle risorse finanziarie ed il sindacato di ragionevolezza, con specifico riferimento ai rapporti fra Parlamento e Corte costituzionale, cfr. M. Midiri, *Diritti sociali e vincoli di bilancio*, in AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, cit., 2235 e ss. Per una dettagliata analisi della giurisprudenza costituzionale, cfr. C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Padova, 1996, 75 e ss.

[97] Si può anzi rilevare una compenetrazione dello stesso stato sociale con l'articolazione territoriale e pseudo federalistica dello Stato, come evidenziato da G. Berti, *Mutamento dello stato sociale e decentramento istituzionale: effetti sulla tutela dei diritti*, in G. Berti, G. C. De Martin (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, 2003, 15. Con riferimento alle trasformazioni del *welfare* nei sistemi autonomistici, cfr. S. Gambino, *Stato, diritti e devolution: verso un nuovo modello di welfare*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2.2.2006; P. Carrozza, *I nodi istituzionali del welfare fra Europa e territorializzazione*, in *Rivista delle politiche sociali*, 1/2007, 29 ss.

[98] Sul tema si veda E. Gargiulo, *L'inclusione esclusiva. Sociologia della cittadinanza sociale*, Milano, 2008.

cittadini e stranieri, si finisce quindi per favorire i primi attraverso politiche discriminatorie di tipo indiretto[99].

Peraltro, parallelamente all'ascesa di questo "nuovo" criterio di riconoscimento/esclusione dal godimento di diritti sociali (che non trova alcun fondamento in Costituzione), sono molteplici i casi in cui si è cercato di aggravare le procedure in materia di iscrizione anagrafica[100]. Precludendo o comunque aggravando le condizioni richieste per l'iscrizione anagrafica si è cercato – più o meno velatamente – di precludere anche l'accesso a servizi o prestazioni sociali che spetterebbero, paritariamente, ai cittadini e agli stranieri[101]. Molti diritti sociali dipendono, infatti, dalla residenza anagrafica, la cui mancanza può precludere la concessione di sussidi, pensioni e altre misure di assistenza e sicurezza sociale, la partecipazione a bandi per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare, il diritto alle prestazioni di assistenza sanitaria non urgenti, ecc.[102].

Il caso di Cittadella[103] è piuttosto esemplificativo di una tendenza confermata anche da altri amministratori locali[104], i quali condizionando l'iscrizione

[99] Sulle nozioni di discriminazione diretta e indiretta, cfr. art. 43 del testo unico e art. 2 del d.lgs. n. 215/2003. Il contributo della Corte di Giustizia nell'elaborazione del concetto di discriminazione indiretta è assai significativo, cfr. CGE, causa *Meints* 57/96, sentenza 27.11.1997; *Meussen*, causa 337/97, sentenza 8.6.1999; *Commissione c. Lussemburgo*, causa 299/01, sentenza 20.6.2002. Al riguardo si veda anche la sentenza 16.1.2003, C-388/01, con la quale la Corte di Giustizia ha condannato l'Italia per le agevolazioni tariffarie per l'accesso ai musei comunali a vantaggio delle persone residenti (in part. §§ 13 e 14). Con riferimento all'elaborazione giurisprudenziale compiuta dalla Corte di Giustizia si veda in dottrina O. Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, 2005, 40 e ss.

[100] Sul punto si veda F. Dinelli, *La stagione della residenza: analisi di un istituto giuridico in espansione*, in *Diritto Amministrativo*, 3/2010, 687. Sulla configurazione dell'iscrizione anagrafica come diritto soggettivo, cfr. P. Morozzo della Rocca, *Il diritto alla residenza: un confronto tra principi generali, categorie civilistiche e procedure anagrafiche*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 4/2003, 1013 e ss.

[101] Sulla legittimità di tali politiche, cfr. E. Gargiulo, *Welfare locale o welfare localistico? La residenza anagrafica come strumento di accesso ai – o di negazione dei – diritti sociali*, Conferenza Espanet "Innovare il *welfare*. Percorsi di trasformazione in Italia e in Europa", 2011, disponibile al seguente *link*: *http://www.espanet-italia.net/conferenza2011/edocs2/sess.16/16-gargiulo.pdf*.

[102] Sul punto si veda P. Morozzo della Rocca, *Il diritto alla residenza*, cit., 1018 e ss.

[103] Cfr. ordinanza 16.11.2007, n. 258. Per un commento critico, cfr. F. Cortese, *Il "caso" Cittadella: ovvero, breve vademecum per leggere una controversa ordinanza*, in *www.forumcostituzionale.it.*

[104] Sui poteri sindacali ai sensi dell'art. 54 del d.lgs. n. 276/2000 (così come modificato dal d.l. n. 92/2008, conv. in l. n, 125/2008) si vedano i contributi pubblicati in *Le Regioni*, 1-2/2010, tra i quali, in particolare, A. Guazzarotti, *Le ordinanze dei Sindaci in materia di sicurezza urbana: quale ruolo assume la riserva di legge?*, 83 e ss.; F. Cortese, *La sicurezza urbana e il potere di ordinanza del Sindaco tra competenze statali e competenze regionali: come districare l'intreccio?*; P. Bonetti, *Considerazioni conclusive circa le ordinanze dei sin-*

anagrafica alla richiesta di ulteriori requisiti – come il possesso del permesso CE, la disponibilità di un'abitazione o la dimostrazione di redditi sufficienti – finiscono per praticare una vera e propria selezione delle persone che possono risiedere nel proprio Comune. Si tratta di politiche che mirano a "controllare" i flussi migratori sul territorio locale in modo arbitrario e *contra legem*[105], regolando indirettamente anche le politiche redistributive a favore della popolazione locale. Una sorta di preclusione all'origine che impedisce allo straniero il godimento dei diritti sociali su quel determinato territorio e che richiama alla memoria quei provvedimenti contro l'urbanesimo, tristemente noti e risalenti all'epoca fascista[106]. Per non fare entrare gli "indesiderati", la comunità viene quindi "blindata", rendendone ancora più incerta la dimensione fisica[107].

## 4. I diritti sociali dello straniero nel prisma della tutela antidiscriminatoria

Nell'ordinamento interno molte delle discipline passate in rassegna sono state dichiarate illegittime grazie all'introduzione nel nostro ordinamento di un rimedio giurisdizionale *ad hoc*, l'azione civile contro la discriminazione, finalizzato a contrastare ogni comportamento, di un privato o della pubblica amministrazione, che produca una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

L'azione è prevista dallo stesso testo unico in materia di immigrazione[108], nel quale, anticipando anche la disciplina comunitaria che di lì a poco sarebbe stata adottata[109], si definisce discriminatorio «ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizione di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamen-

*daci in materia di sicurezza urbana: profili costituzionali e prospettive*, 429 e ss. Sul punto si veda anche Corte cost. sent. n. 15/2011, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 54, così come modificato nel 2008.

[105] Al riguardo si veda la raccomandazione UNAR 30.1.2012, n. 15.

[106] Si fa riferimento alla legge 6.7.1939, n. 1092, abrogata con la legge 10.2.1961, n. 5. Per un approfondimento sul punto, cfr. A. Treves, *Migrazioni interne*, in V. De Grazia, S. Luzzato (a cura di), *Dizionario del fascismo*, II, Torino, Einaudi, 2003, 126 e ss.

[107] R. Bin, *I diritti di chi non consuma*, cit., 107.

[108] Cfr. artt. 43 e 44 del testo unico.

[109] Si fa riferimento alla direttiva 2000/43, sulla parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, recepita con il d.lgs. n. 251/2003, e alla direttiva 2000/78, sulla parità di trattamento in materia di occupazione e lavoro, recepita con il d.lgs. n. 216/2003. A differenza della previsione nazionale, le citate direttive non riguardano le differenze di trattamento basate sulla nazionalità.

tali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica».

Nell'ambito dei rapporti con le pubbliche amministrazioni, tale azione ha costituito, quindi, un utile strumento per rimuovere trattamenti discriminatori verificatisi in materia di accesso all'abitazione, accesso al lavoro, accesso a misure economiche di assistenza sociale, accesso all'istruzione, consentendo, di fatto, il riconoscimento in via giurisprudenziale di una serie di diritti sociali[110]. La peculiarità di questo tipo di azione fa sì che il ricorso non abbia ad oggetto in via diretta lo specifico diritto di volta in volta in questione ma, più in generale, la richiesta di tutela della propria dignità personale, lesa dal provvedimento discriminatorio. L'introduzione di questa azione atipica sembra, quindi, considerare il principio di non discriminazione come l'oggetto di un diritto, alla cui violazione consegue anche la risarcibilità del danno non patrimoniale[111]. Per tale ragione si può affermare che la tutela antidiscriminatoria ha sollecitato il riconoscimento dei diritti sociali degli stranieri secondo un effetto "moltiplicatore", che è andato ad incidere sui diritti (e le prestazioni) di volta in volta oggetto di giudizio.

Ed è proprio al divieto di discriminazione dello straniero che la stessa giurisprudenza costituzionale ha più volte fatto riferimento nelle decisioni sopra menzionate. E quand'anche i parametri invocati dal giudice remittente erano stati molteplici, la Corte è arrivata alla decisione di incostituzionalità alla luce – prioritariamente – dell'art. 3 Cost., per poi utilizzare, *ad adiuvandum*, gli altri parametri invocati dal giudice *a quo*, come gli artt. 2, 32, 38. Ne è un esempio la sentenza n. 306/2008, nella quale la Corte, pur avendo già dichiarato l'illegittimità della disposizione impugnata sulla base dell'art. 3 Cost., ha cura di argomentare la fondatezza di tutti gli altri parametri invocati dal giudice e di precisare anche il contrasto con l'art. 10, comma 1, Cost., dal momento che il divieto di discriminazione dello straniero regolarmente soggiornante è riconducibile alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute[112]: un chiarimento che mai prima di allora era stato

[110] Per una ricostruzione della giurisprudenza sul punto cfr. A. Casadonte, A. Guariso, *L'azione civile contro la discriminazione: rassegna giurisprudenza dei primi dieci anni*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 2/2010, 59 e ss. In generale, sulle potenzialità espansive della giurisprudenza in materia di immigrazione, cfr. già A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 318 e ss., per il quale la generica attribuzione dei diritti fondamentali allo straniero rimette di fatto al giudice comune la concreta loro individuazione, il che, da un lato, può condurre a contrasti giurisprudenziali, dall'altro però potrebbe consentire un graduale avvicinamento della condizione dello straniero a quella del cittadino.

[111] Come evidenzia A. Gentili, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2009, 226, la discriminazione non è soltanto disparità di trattamento, sebbene nei fatti la disparità sia il modo più frequente di praticare la discriminazione, ma in primo luogo offesa alla dignità di una persona.

[112] In riferimento a tale affermazione della Corte, si veda A. Guazzarotti, *Eguaglianza*

affermato dalla Corte costituzionale. Deve poi rilevarsi come, attraverso la chiave offerta dal principio di non discriminazione, la Corte abbia ritenuto illegittime non solo le limitazioni incidenti su diritti fondamentali della persona, ma anche prestazioni ritenute "facoltative", alla luce del principio di ragionevolezza[113]. E in effetti, proprio nella tematica dei diritti dei migranti, il sindacato costituzionale di uguaglianza e quello di ragionevolezza sembrano in più occasioni intrecciarsi, in una compenetrazione tra giudizi nel quale è talvolta quello di ragionevolezza a veicolare la stessa violazione del principio di uguaglianza[114].

Tuttavia, le potenzialità insite nella "tutela antidiscriminatoria" hanno portato, talvolta, alcuni giudici ordinari ad operare delicate operazioni interpretative, piegando la normativa oggetto di giudizio fino ad arrivare ad una *interpretatio abrogans* della medesima. Infatti, in applicazione del principio di non discriminazione e, in alcuni casi, richiamando espressamente i principi affermati nella giurisprudenza costituzionale, si è finito per esercitare un giudizio di costituzionalità a carattere diffuso, estromettendo, in tal modo, il giudice costituzionale dal sindacato sui diritti. Casi emblematici sono quelli relativi all'accesso al servizio civile e al riconoscimento dell'assegno sociale, che hanno visto i giudici ordinari disapplicare, di fatto, la normativa vigente, sulla cui base era stato adottato il provvedimento ritenuto discriminatorio[115].

*e pari dignità*, in D. Tega (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, Roma, 2011, 197, il quale evidenzia come tale precisazione, da parte della Corte, se non aggiunge molto alle motivazioni rilevanti nel caso da decidere, ha il pregio di affiancare «alla freddezza di una tecnica di giudizio (la ragionevolezza), il calore di un principio sostanziale (il divieto di discriminazioni)».

[113] Sul punto si veda S. Mabellini, *La dimensione sociale dello straniero tra uniformità (sovranazionale) e differenziazione (regionale)*, in *Giur. cost.*, 2011, 1, 804 e ss.

[114] In generale, sul giudizio di uguaglianza e di ragionevolezza, cfr. G. Silvestri, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in M. Cartabia, T. Vettor, *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, 2009, 3 e ss. (part. ivi 16 e ss.), e G. Zagrebelsky, *Uguaglianza e giustizia nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di uguaglianza*, cit., 66. Sull'utilizzo del sindacato di ragionevolezza con riferimento al tema dell'immigrazione si vedano in particolare le già citate sentenze nn. 432/2005, 306/2008 e 11/2009, 40/2011. Al riguardo M. Cuniberti, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero*, cit., 517, in riferimento alla prima delle sentenze citate, evidenzia come, nell'ambio in questione, «il controllo sull'eguaglianza e quello sulla ragionevolezza sembrerebbero avere la stessa estensione e le stesse caratteristiche». Con riferimento alle sentenze nn. 306/2008 e 11/2009, G. Brunelli, *Welfare e immigrazione*, cit., 543, rileva come l'utilizzazione dell'autonomo principio di ragionevolezza consenta alla Corte di verificare per linee interne la coerenza del sottosistema normativo di riferimento, costituendo un'applicazione esemplare dei criteri enunciati dalla Corte stessa nella sentenza nn. 163/1993. In relazione alla sovrapposizione del giudizio di eguaglianza e ragionevolezza nella sent. nn. 40/2011, cfr. F. Corvaja, *Cittadinanza e residenza qualificata*, cit., 1263.

[115] Sul punto si vedano rispettivamente le seguenti sentenze: Tribunale di Milano, 9.1.2012, e Tribunale di Perugia, sez. lavoro, sentenza 16.3.2012, n. 196. Al riguardo si veda A. Duran-

Si tratta di una risposta giurisprudenziale alle discriminazioni – quale "lato oscuro" e problematico di società che si trovano a dover affrontare un'inaspettata e massiccia domanda di accoglienza dell'Altro[116] – che, tuttavia, rinuncia alla rimozione del fattore discriminatorio con efficacia *erga omnes*.

## 5. La tutela dei diritti sociali degli stranieri nel dialogo tra Corti. La Corte europea dei diritti dell'uomo

Un contributo decisivo al riconoscimento dei diritti sociali degli stranieri è avvenuto grazie alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Sebbene la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non contenga disposizioni specifiche in materia sociale, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ne ha ricondotto la tutela ad alcune disposizione più generali della Convenzione. In materia di tutela della salute, ad esempio, la Corte ha richiamato la protezione dell'art. 3 della Convenzione, per il quale nessuno può essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti. In particolare, in forza di tale previsione, la Corte ha ritenuto contrari alla Convenzione alcuni provvedimenti di espulsione disposti nei confronti di immigrati privi di permesso di soggiorno e gravemente malati, che nel Paese di origine non avrebbero potuto beneficiare delle cure necessarie, né di una rete familiare di supporto e cura, arrivando ad approdi non troppo dissimili da quelli della giurisprudenza costituzionale italiana (v. sent. n. 252/2001 cit.).

Una particolare attenzione della Corte di Strasburgo è stata dedicata anche al diritto all'istruzione, affermando la contrarietà alla Convenzione dell'istituzione di classi speciali ove, statisticamente, venivano collocati in maggioranza alunni di origine rom. E, proprio in una decisione in materia di istruzione, viene affermato il diritto a non essere discriminati per motivi razziali, come diritto indisponibile e irrinunciabile, in riferimento al quale nessun consenso dell'interessato, o dei suoi rappresentanti, può ritenersi valido ai fini della legittimità di un trattamento discriminatorio[117].

Infine, un più approfondito cenno merita la giurisprudenza in materia di prestazioni sociali, anche di natura economica, alla quale in più occasioni sia i giudici *a quibus* nazionali, che la stessa Corte costituzionale hanno fatto riferimento. La tutela di tale tipologia di prestazioni è stata ricondotta al combinato disposto dell'art. 1 del Protocollo n. 1, in materia di rispetto

te, *I confini della cittadinanza. Lavoro e immigrazione alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2/2010, 367 e ss., a commento della sentenza del Tribunale Milano, sez. Lavoro, 16.7.2009, in materia di accesso al lavoro.

[116] Si veda la presentazione di M. Cartabia al volume D. Tega (a cura di), *Le discriminazioni*, cit., 9.

[117] Cfr. Corte EDU sent. *D.H. e altri c. Repubblica ceca*, 13.11.2007, § 204. Sul diritto all'istruzione si veda anche *Orsus e altri c. Croazia*, 16.3.2010.

dei beni personali[118], e dell'art. 14 della Convenzione, relativo al divieto di discriminazione in relazione al godimento dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Convenzione medesima. La Corte di Strasburgo ha, quindi, ritenuto discriminatoria ogni distinzione tra cittadini e stranieri nel godimento delle prestazioni assistenziali di natura economica quando non fosse fondata su giustificazioni obiettive e ragionevoli, e cioè qualora non perseguisse un legittimo scopo o quando non fosse ravvisabile una ragionevole relazione di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si vuol realizzare[119].

In materia di non discriminazione, la Corte riconosce comunque agli Stati un certo margine di apprezzamento nello stimare se, ed a quali condizioni, sia possibile applicare un trattamento differenziato a situazioni simili, sebbene soltanto ragioni di particolare importanza possano giustificare distinzioni basate sulla nazionalità[120]. Non sono state pertanto accolte argomentazioni fondate sulla necessità di equilibrare le spese di *welfare* con le risorse disponibili, restringendo conseguentemente la platea dei destinatari in ragione della cittadinanza, né sull'assenza di accordi di reciprocità in materia di sicurezza sociale, dal momento che la Corte ha più volte precisato che, ratificando la Convenzione, lo Stato aderente si obbliga ad assicurare a ciascuna persona

[118] Sul punto cfr. *ex multis* sent. *Petrovic c. Austria*, 27.3.1998; sent. *Wessels-Bergevoet c. Olanda*, 4.9.2002

[119] Con riferimento specifico a prestazioni inerenti alla condizione di lavoratore, si segnala la sentenza *Luczak c. Polonia*, 2.8.2008, nella quale la Corte ha affermato che l'accesso al sistema di sicurezza sociale professionale non può essere limitato in ragione della condizione di cittadinanza. Al riguardo di veda anche la sentenza *Gaygusuz c. Austria*, 16.9.1996, nella quale la Corte ha affermato che deve essere garantito senza alcuna discriminazione basata sulla cittadinanza il cosiddetto "assegno di emergenza", erogato come reddito minimo a favore di coloro che non ricevono più l'assegno di disoccupazione. Si veda inoltre la sentenza *Koua Poirrez c. Francia*, 30.9.2003, nella quale la Corte europea ha riconosciuto il diritto all'assegno per minorati adulti ad un cittadino ivoriano fisicamente disabile dall'età di sette anni, dichiarando conseguentemente discriminatoria la disciplina francese che riconosceva tale prestazione unicamente ai titolari di cittadinanza o ai cittadini di Paesi con i quali la Francia aveva concluso accordi di reciprocità in materia di sicurezza sociale. Sul punto si veda anche *Weller c. Ungheria*, 31.3.2009, *Zeibek c. Grecia*, 9.7.2009, § 46, e *Fawsie c. Grecia* del 28.10.2010. In quest'ultima decisione la Corte di Strasburgo ha ritenuto contraria a convenzione una prestazione a favore delle famiglie numerose limitata soltanto alle persone di nazionalità greca o comunitaria al fine di riequilibrare il deficit demografico del paese. Per un parallelo tra la giurisprudenza della Corte EDU e quella della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale italiana, si veda A. O. Cozzi, *Un piccolo* puzzle*: stranieri e principio di eguaglianza nel godimento delle prestazioni socio-assistenziali*, in *Quad. Cost.*, 3/2010, 551 e ss.

[120] Come evidenzia la Corte, «seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité». Cfr. sentenza *Gaygusuz* cit., § 42, e sentenza *Stec e Altri c. Regno Unito*, 12.4.2006, §§ 51 e 52. Sul punto si veda in generale A. Saccucci, *Il divieto di discriminazione nella Convenzione europea dei diritti umani: portata, limiti ed efficacia nel contrasto a discriminazioni razziali o etniche*, in *I Diritti dell'Uomo*, 2005, 11 e ss.

all'interno della propria giurisdizione i diritti e le libertà definite nella stessa Convenzione[121]. Inoltre, la Corte di Strasburgo ha addirittura ritenuto in contrasto con l'art. 14 della Convenzione la limitazione nell'accesso ad alcune prestazioni sociali in ragione del tipo di permesso di soggiorno posseduto[122].

Ed è proprio alla luce di tale giurisprudenza, per quanto riguarda nello specifico alcuni diritti sociali di prestazione, che i giudici *a quibus* – dopo una "stagione di disapplicazione" della legislazione nazionale a favore della Convenzione europea – hanno iniziato ad invocare nelle proprie ordinanze di rimessione l'art. 117, comma 1, Cost., talvolta in via esclusiva e talvolta insieme ad altri parametri, sollecitando la Corte costituzionale italiana ad un confronto con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Si richiamano al riguardo le sentenze nn. 187/2010 e 329/2011 nella quali la Corte italiana si dilunga in un'approfondita analisi della giurisprudenza della Corte europea, per arrivare alla declaratoria di illegittimità delle disposizioni nazionali impugnate. È interessante notare come in quest'ultima decisione, la Corte abbia principalmente argomentato la dichiarazione di incostituzionalità alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost., in riferimento al divieto di discriminazione affermato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sebbene il giudice *a quo* avesse nella specie invocato anche il "nazionale" parametro dell'art. 3 Cost.. Lo stesso principio di non discriminazione sembra, quindi, innescare un virtuoso circuito di tutela dei diritti sociali degli stranieri tra giudici ordinari, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Senza contare ovviamente che attraverso la norma interposta di cui all'art. 117 anche altre convenzioni internazionali possono costituire parametro di legittimità costituzionale: una sollecitazione già presente in alcune ordinanze di remissione con riferimento, ad esempio, alla Convenzione OIL sui lavoratori migranti[123] e alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata nel 2006 dall'Assemblea Generale[124], e alla quale la stessa

[121] Sul punto cfr. sent. *Koua*, § 49, e sent. *Gaygusuz*, § 51. In quest'ultimo caso si segnala che il Governo austriaco aveva argomentato la differenza di trattamento anche in riferimento alla "speciale responsabilità" che lo Stato avrebbe nei confronti dei propri cittadini, dei quali deve aver prioritariamente cura provvedendo ai loro bisogni essenziali (§ 45 sentenza cit.).

[122] Si vedano i casi *Niedzwiecki c. Germania* e *Okpisz c. Germania* entrambi del 25.10.2005, in relazione al combinato disposto dell'art. 8 CEDU e dell'art. 14 CEDU. Per un approfondimento della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di non discriminazione, anche con riferimento agli esiti altalenanti, cfr. G. Guiglia, *Non discriminazione ed uguaglianza: unite nella diversità*, in *www.gruppodipisa.it*, 14.5.2012.

[123] Cfr. ordinanza 15 gennaio 2007 del Tribunale di Brescia, iscritta al n. 615 del registro ordinanze 2007 e pubblicata nella G.U. n. 36, prima serie speciale dell'anno 2007, che ha portato alla decisione Corte cost. sent. n. 306/2008.

[124] Cfr. ordinanza della Corte di Appello di Torino del 3 dicembre 2010, iscritta al n. 53 del registro delle ordinanze 2011, e pubblicata sulla G.U. n. 14, prima serie speciale, dell'anno 2011, che ha portato alla sentenza n. 329/2011.

Corte si era autonomamente riferita proprio in una decisione in materia di immigrazione[125].

### 5.1. La giurisprudenza della Corte di Giustizia

In questo percorso si inserisce anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea, alla luce della parità di trattamento affermata dalla direttiva 2003/109 nei confronti dei cittadini di Paesi terzi in possesso del permesso CE e della protezione più generale offerta dalle direttive europee in materia di antidiscriminazione[126]. Le potenzialità di tutela della Corte di Giustizia potrebbero inoltre aumentare alla luce dell'applicazione della Carta europea dei diritti fondamentali, recentemente dotata di efficacia vincolante. Come evidenziato in dottrina[127], essa costituisce, infatti, un tentativo di riconoscere una comune identità nel rispetto di molte diversità, aprendosi anche ai cittadini di Paesi terzi e configurando uno spazio giuridico europeo dei diritti[128].

Le garanzie offerte dalla Carta vanno a compenetrarsi con quelle delle direttive sopramenzionate, come dimostra emblematicamente una recente decisione della Corte di Giustizia nel caso *Kamberaj*[129], all'esito di un rinvio pregiudiziale relativo alla condizione dei cittadini di Paesi terzi. La questione interpretativa è stata posta dal Tribunale di Bolzano in riferimento all'accesso

[125] Cfr. Corte cost. ord. n. 285/2009, con la quale la Corte costituzionale, in riferimento alla presunta illegittimità dei limiti di accesso del minore straniero all'indennità di frequenza, ha restituito gli atti al giudice *a quo* invitandolo ad un riesame della rilevanza della questione alla luce della ratifica di tale convenzione.

[126] Sul punto M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, XLV, la quale enfatizza la stretta connessione tra tutela antidiscriminatoria e dignità della persona, evidenziando come il principio di uguaglianza sia una "leva di Archimede" che forza i limiti della ripartizione di competenze tra centro e periferia ed estende la giurisdizione delle Corti chiamate a darvi applicazione. Come evidenzia P. Caretti, *L'eguaglianza da segno distintivo dello Stato costituzionale a principio generale dell'ordinamento comunitario*, in P. Caretti, M.C. Grisolia, *Lo Stato costituzionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, 2011, 513 e ss. (part. ivi 522), nel momento in cui il processo di integrazione europea investe una materia così peculiare come quella relativa al principio di uguaglianza e ai diritti fondamentali risulta difficile limitarsi ad invocare il rigoroso rispetto del limite competenziale.

[127] Come evidenzia A. Spadaro, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali"*, cit., 44. Al riguardo si veda anche C. Salazar, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato… a un incerto presente?*, in *www.gruppodipisa.it*, 22.12.2011.

[128] Sulla dignità come cardine del regime costituzionale dei diritti nell'Unione europea, cfr. P. Costanzo, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2008, 388. Con riferimento alla codificazione dei diritti nell'Unione europea, si veda M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, 31 e ss.

[129] Corte di Giustizia sent. del 24.4.2012, caso 571/10.

di uno straniero titolare del permesso CE ad un sussidio per l'alloggio. La decisione ha potenzialità di sviluppo rilevanti su molte delle discipline regionali e statali passate in rassegna nel presente contributo. Alla luce dell'art. 34 della Carta – relativo al diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa (volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti)[130] – e della direttiva 2003/109, la Corte afferma che gli Stati membri sono tenuti ad assicurare il principio di parità di trattamento dei titolari del permesso CE rispetto ai cittadini nazionali, affermato nella citata direttiva, per quanto riguarda la concessione di un sussidio per l'alloggio. La decisione è interessante anche sotto alcuni profili più generali. In primo luogo la Corte tenta di chiarire in riferimento a quali prestazioni essenziali deve essere assicurata parità di trattamento, valorizzando il ruolo del giudice nazionale nella valutazione circa la natura della prestazione nel sistema di assistenza sociale dello Stato membro. In secondo luogo, sotto un profilo più ampio e di rapporto tra fonti e giudici, si chiarisce che il rinvio operato dall'articolo 6 del Trattato dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta Convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa.

Alle potenzialità di tutela sopra delineate si va ad aggiungere anche lo sviluppo della giurisprudenza europea relativa ai diritti dei cittadini di Paesi terzi familiari di cittadini comunitari. Senza entrare nel merito della questione, merita comunque di essere segnalato il caso *Zambrano*. In quell'occasione la Corte ha, infatti, chiarito che l'art. 20 TFUE, in materia di cittadinanza europea, nell'assicurare ai cittadini dell'Unione il godimento reale ed effettivo dei diritti loro attribuiti, comporta l'illegittimità del diniego del permesso di soggiorno nei confronti di chi, pur essendo un cittadino *di uno Stato terzo*, provveda ai figli in tenera età che siano cittadini europei nello Stato dell'Unione in cui essi risiedono[131].

Alla luce della giurisprudenza sopra menzionata e delle molteplici questioni pendenti dinanzi alla Corte costituzionale in relazione alla tutela di diritti fondamentali dei cittadini di Paesi terzi, potrebbe essere auspicabile, come evidenziato in dottrina[132], un'apertura al rinvio pregiudiziale da parte della stessa Corte costituzionale, per ora limitato al campo dei giudizi in via principale (ord. n. 103/2008), al fine di evitare «un'esautorazione del giudice costituzionale in ordine a questioni di capitale importanza».

[130] Sul punto si rinvia al commento di A. Giorgis, *Art. 34*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, 240 e ss.

[131] Cfr. CGE, sent. 3 marzo 2011, causa C-41/09, *Zambrano*. Per un commento si veda C. Salazar, *A Lisbon story*, cit., 21, per la quale da tale decisione emerge come i diritti universali si impongano anche a prescindere da un loro espresso riconoscimento nel diritto positivo.

[132] Sul punto P. Caretti, *L'eguaglianza da segno distintivo*, cit., 523.

Con tale ultimo riferimento si è quindi voluto dar conto della complessità del quadro normativo e giurisprudenziale in materia di diritti sociali dei migranti, il quale pone, in concreto, questioni di livello "differenziato" tra le varie normazioni che vi si dedichino, rendendo talvolta arduo ricomporre le specifiche istanze che ciascuna delle diverse fonti intende soddisfare[133]. Tuttavia, come si è cercato di evidenziare, esse, combinandosi tra loro, sollecitano e contribuiscono a garantire una sempre più ampia tutela dei diritti dei non cittadini[134].

## 6. Rilievi conclusivi. Le politiche di "appartenenza" e le scelte connesse alle risorse finanziarie

L'indagine compiuta sui diritti sociali degli stranieri evidenzia la natura "pluri-condizionata" dei medesimi. Alle condizioni personali di fruizione di certi diritti/prestazioni, vanno ad aggiungersi altre condizioni esterne, basate sulla regolarità della presenza sul territorio, sulla durata della residenza, sul possesso di un determinato titolo di soggiorno ovvero sulla cittadinanza, contribuendo a frammentare la condizione giuridica dello straniero presente sul territorio nazionale. Tali condizioni sembrano strettamente connesse alla necessità di accordare ai cittadini nazionali un trattamento preferenziale, secondo politiche che si è definito di "appartenenza".

Dopo alcune chiare indicazioni circa l'illegittimità del criterio della cittadinanza quale condizione di riconoscimento di diritti sociali (provenienti dalla giurisprudenza costituzionale e sovranazionale), tali politiche risultano oggi prevalentemente fondate sulla residenza prolungata sul territorio. Un criterio, quello della residenza, che può celare forme di discriminazione indiretta, più difficili da dimostrare e da contrastare, ma che ha la capacità di "livellare" le diseguaglianze che nascono dal legame di cittadinanza, costituendo un titolo di legittimazione per chiedere il riconoscimento di diritti sociali

[133] Cfr. le considerazioni finali del Presidente Giovanni Maria Flick sulla giurisprudenza costituzionale del 2008, in occasione dell'udienza straordinaria del 28 gennaio 2009, p. 10. Sul tema si veda più in generale, A. Ruggeri, *Tutela dei diritti fondamentali, squilibri nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti europee, ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*, in www.gruppodipisa.it, 14.3.2012. Sulle interazioni giurisprudenziali, che talvolta assumono i contorni del dialogo altre volte quello dello scontro dialettico, fra giudici nazionali (specie costituzionali e supremi) e Corte di giustizia, cfr. G. Martinico, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Roma, 2011, ivi in part. 187 e ss.

[134] Come osserva S. Benhabib, *I diritti degli altri*, cit., 134, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia hanno contribuito significativamente a ridurre lo spazio che separa i diritti di cittadinanza dai diritti fondamentali favorendo l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi. Ciò porterà probabilmente la futura politica dell'Unione a restringere ulteriormente l'accesso di nuovi migranti attraverso i confini, anziché ad indebolire i diritti degli stranieri residenti, proprio perché l'ingresso avvia un processo che conduce alla piena integrazione.

nello Stato ove "si è appeso il proprio cappello"[135]. Se quindi la residenza può divenire la nuova frontiera della discriminazione[136], allo stesso tempo essa è in grado – secondo una (positiva) eterogenesi dei fini – di porre cittadini e stranieri sullo stesso piano nel godimento dei diritti, potendo anche favorire questi ultimi a vantaggio dei primi, se la residenza è richiesta a livello regionale o locale. Tuttavia, l'ammissibilità di tali politiche deve essere verificata sotto un duplice profilo: da un lato quello della natura del diritto (o nello specifico della prestazione), dall'altro quello della ragionevolezza del criterio al quale il godimento di tale diritto (o prestazione) risulta condizionato, al fine di verificare la sussistenza di una *ragionevole correlazione* tra i due aspetti.

In questo giudizio, come si è visto, la verifica da parte della Corte costituzionale circa il rispetto del principio di uguaglianza e quello di ragionevolezza si compenetrano, sollecitati dall'emergere, anche a livello europeo e internazionale, del divieto di discriminazione, quale fattore di "resilienza" del sistema costituzionale nei confronti delle crescenti tensioni tra *welfare* nazionale e immigrazione. In questa direzione il contributo dei giudici ordinari, della Corte costituzionale e della Corti europee (Corte di Giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo) è decisivo al fine di rimuovere le illegittime limitazioni nel godimento dei diritti sociali da parte degli stranieri, e caratterizza la storia di tali diritti come lotta di rivendicazione giurisprudenziale dei diritti dell'uomo su quelli del cittadino. Si tratta di un processo che valorizza e fa emergere una nozione forte di uguaglianza, che ritroviamo anche a livello internazionale ed europeo, e che recupera la dimensione soggettiva della pari dignità sociale come diritto all'uguaglianza[137]. Se ciò vale indubbiamente per quanto riguarda i diritti inviolabili, la pari dignità sociale tra cittadini e stranieri implica che anche in riferimento a diritti (o prestazioni) eccedenti l'essenziale, lo straniero possa subire un trattamento differenziato soltanto in presenza di una "causa" normativa razionale[138].

[135] Per riprendere le parole di G. Davies, *"Any Place I Hang My Hat?" or: Residence is the New Nationality*, in *European Law Journal*, 1/2005, 43 e ss.

[136] Come rileva A. Guazzarotti, *Lo straniero, i diritti, l'eguaglianza*, in *Questione Giustizia*, 1/2009, 98.

[137] Sul punto si veda G. Brunelli, *Welfare e immigrazione cit.*, 549; B. Pezzini, *I diritti sociali*, cit., 218 e ss.; G. Ferrara, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1095 e ss. In riferimento alla configurazione di un diritto soggettivo all'uguaglianza, si veda la ricostruzione giurisprudenziale e dottrinale di M. Centini, *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento ed il divieto di discriminazioni soggettive*, in *Giur. cost.*, 2007, 2405 e ss. Sul principio di uguaglianza alla luce della dignità sociale e del pieno sviluppo della persona, cfr. A. D'Aloia, *Introduzione. I diritti come* immagini in movimento*: tra* norma *e* cultura *costituzionale*, in Id. (a cura di), *Diritti e Costituzione*, cit., XVII.

[138] Come evidenzia A. Guazzarotti, *Lo straniero,* cit., 96, «[p]er il semplice fatto di essere lo straniero collocato nella stessa comunità di vita del cittadino, attribuire un vantaggio (non

L'operatività del principio di non discriminazione, nella sua dimensione giurisdizionale, ha consentito, in più occasioni, di correggere i fenomeni di esclusione dello straniero dalla vita comune, riscontrati a livello nazionale, regionale e locale. Tuttavia i giudici sviluppano, integrano e correggono le potenzialità di un sistema, ne assicurano una maggiore coerenza in sede di tutela dei diritti, ma non possono sopperire integralmente alla mancanza di un progetto più organico e sistematico di tutela che solo l'intervento di un legislatore può delineare[139], al fine di ricondurre ad unità la condizione giuridica dello straniero, secondo quanto previsto in Costituzione. Si rende quindi necessario un ripensamento legislativo delle condizioni di accesso dei migranti al sistema di *welfare*, scevro dal dominio dell'economia sulla tutela dei diritti fondamentali, nella consapevolezza che la decisione politica fondamentale – anche in tempi di «crisi» – risiede in primo luogo sull'allocazione delle risorse disponibili. Anzi, proprio l'emergenza finanziaria, come è stato evidenziato[140], «può costituire un argomento decisivo per colpire gli sprechi, riequilibrare le voci di spesa e riorientarne la dinamica».

### 6.1. Il convitato di pietra. Superare il paradosso democratico delle società moderne per contrastare i diritti sociali *octroyés*

Un secondo profilo di riflessione sollecitato dall'indagine sui diritti sociali degli stranieri concerne il paradosso democratico delle moderne società multiculturali. Come noto, i diritti sociali sono legati a politiche redistributive ancora connesse all'idea tradizionale di sovranità e cittadinanza. Ciascuna politica sociale, infatti, si fonda sull'offerta tendenzialmente universalistica di servizi sociali e su trasferimenti monetari di vasta portata che riguardano per lo più l'offerta di beni meritori (abitazioni, servizi sanitari, istruzione, redditi pensionistici), la cui copertura finanziaria implica sempre scelte redistributive ovvero costi diffusi e poco visibili (nell'ipotesi in cui non vi sia un inasprimento della pressione fiscale immediatamente percepibile o degli oneri contributivi) o ancora costi mascherati (se l'intervento è inserito in un provvedimento il cui scopo ufficiale e prevalente non è distributivo)[141]. Tali scelte – inerenti al livello ottimale di redistribuzione del reddito, ossia il punto di equilibrio socialmente

importa quanto lontano dal "cuore" dei diritti dell'uomo, dal "nucleo duro" di questo o quel diritto fondamentale) soltanto al secondo e non al primo è per ciò stesso in grado di ledere tale "pari dignità"». Sulla dignità come limite alla discrezionalità del legislatore, cfr. M. Ruotolo, *Appunti sulla dignità umana*, in AA.VV. *Studi in onore di Franco Modugno*, cit., 3161.

[139] Cfr. A. Rauti, *La "giustizia sociale" presa sul serio*, cit., 5.

[140] Cfr. C. Pinelli, *Esclusione sociale*, cit., 8, il quale evidenzia come già nel 2004 la spesa per contrasto dell'immigrazione clandestina ammontava a quattro volte quella per le misure di sostegno agli immigrati regolari.

[141] A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2004, 43.

desiderabile tra le esigenze dell'efficienza e quelle dell'equità, come pure il tipo e la quantità dei servizi offerti – non possono prescindere dalla legittimazione politica e devono pertanto essere adottate nelle classiche sedi rappresentative da parte di decisori responsabili verso l'elettorato[142]. Ecco quindi che la presente riflessione sui diritti sociali degli stranieri ha un convitato di pietra: il diritto di voto. Infatti, soltanto chi vota partecipa alla definizione di tali politiche redistributive, e da tale circuito democratico è escluso lo straniero, anche quando contribuisce con le proprie tasse e gli oneri contributivi del suo lavoro al benessere della comunità di accoglienza. Esiste quindi un paradosso – inevitabile – per il quale gli "esclusi" da certi diritti o prestazioni non potranno mai partecipare alle decisioni in merito alle regole dell'esclusione e inclusione, sebbene sia possibile rendere queste distinzioni più fluide e negoziabili «attraverso forme multiple e continue di iterazione democratica»[143].

L'imposizione fiscale pone un problema di non corrispondenza fra diritti e doveri dello straniero, in una logica di benefici sociali "concessi". Nei confronti dello straniero lo Stato sociale si fa quindi caritatevole, secondo una tendenza che è stata già evidenziata in relazione agli stessi cittadini a fronte di una passiva acquiescenza a benefici concessi dall'alto[144]. Un antidoto può essere rappresentato dalla partecipazione e da tutti i meccanismi di controllo democratico, al fine di riaffermare la centralità della persona al cui servizio è posto l'apparato statale[145].

In questo quadro il carattere stanziale che nella società contemporanea ha assunto l'immigrazione sollecita, nel prossimo futuro, un necessario ampliamento dei diritti politici verso una ridefinizione dell'identità del popolo democratico. Infatti, se è vero che «democrazia significa governo fondato sul consenso dei governati», è difficile escludere all'universo dei "governati" persone che stabilmente vivono in un determinato territorio, pena un'inevitabile contraddizione nel definire "democratica" una Repubblica che nega i diritti politici a una quota consistente e crescente di individui che ivi risiedono e sono intenzionati a restarvi[146].

[142] A. La Spina, G. Majone, *op. cit.*, 196 e ss.

[143] Cfr. S. Benhabib, *I diritti degli altri*, cit. 142. Al riguardo L. D'Andrea, *Acquisto della cittadinanza e principio di uguaglianza: profili costituzionali*, in *Economia e Lavoro*, 2/2010, 152, evidenzia come la vigente esclusione completa dei non cittadini dalla titolarità dei diritti politici si traduca «in una violazione del principio di uguaglianza, in una autentica discriminazione, tanto più grave in quanto non episodica o occasionale, ma – per così dire – strutturale».

[144] Sul punto C. Pinelli, *«Social card», o del ritorno alla carità di Stato*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in Onore di Lorenza Carlassare*, Vol. III, Napoli, 2009, 1178.

[145] Cfr. L. Carlassare, *La «Dichiarazione dei diritti» del 1789 e il suo valore attuale, in Principi dell'89 e Costituzione democratica*, Padova, 1991, 45, e C. Pinelli, *ult. op. cit.*, 1191.

[146] Cfr. V. Onida, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 20.

### 6.2 La natura fondamentale dei diritti sociali e il dovere di solidarietà

Un'ultima riflessione riguarda la natura fondamentale dei diritti sociali. L'indagine compiuta sulle condizioni di riconoscimento dei diritti sociali allo straniero offre, infatti, un diverso punto di vista, quello appunto del non cittadino, dal quale riflettere più in generale sulla natura fondamentale dei diritti sociali. A livello normativo i livelli di riconoscimento dei diritti sociali, dalla condizione di regolarità al possesso del permesso CE, costruiscono un sistema che riconosce una *preferred position* al diritto alla salute strettamente connesso alla dignità umana[147], e quindi riconosciuto anche allo straniero non regolarmente presente sul territorio. Anche la Corte costituzionale rileva l'esistenza di un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana e, in una decisione in materia di condizione giuridica dello straniero, declina il diritto alla salute anche come diritto ai "rimedi possibili" alle menomazioni prodotte da patologie di non lieve importanza. Si afferma, seppure genericamente, la titolarità da parte degli stranieri non regolarmente presenti sul territorio dei diritti fondamentali della persona, tra i quali la Corte costituzionale riconduce anche il diritto ad una sistemazione alloggiativa, che nella Carta dei diritti dell'Unione europea è strettamente connesso (assieme al diritto all'assistenza sociale) alla garanzia di un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti. E sempre nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in una decisione di particolare interesse per il riferimento espresso alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'assistenza sociale (nella specie un assegno per l'invalidità civile) viene ricondotta «al soddisfacimento dei "bisogni primari" inerenti alla stessa sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare».

È quindi il primato costituzionale della persona umana, precedente a quello del "cittadino", ad aver assunto la dignità umana quale «attributo naturale e intrinseco di tutti gli uomini, che si riflette in tutte le sfaccettature della vita umana come valore da tutelare in sé, o nelle sue specifiche proiezioni nei più diversi settori»[148], e a sollecitare quindi il superamento dello *status civitatis* quale condizione di riconoscimento dei diritti sociali. Come affer-

[147] Come evidenzia più in generale C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, cit., 103, affermando che l'art. 32 Cost. sembra esprimersi «attraverso una sineddoche, tutelando la parte – la salute – per il tutto, la dignità umana», riservando quindi al diritto alla salute una *preferred position* anche in epoca di *self-restraint*.

[148] Cfr. G. M. Flick, *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, in E. Ceccherini (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 51. Al riguardo si veda G. Azzariti, *Piuttosto che concludere, aprire il discorso sull'immigrazione*, in F. Angelini, M. Benvenuti, A. Schillaci, *Le nuove frontiere*, cit., 410, che individua nella dignità umana la categoria fondativa del discorso sulle migrazioni.

mato da Meuccio Riuni in Assemblea Costituente[149], «preliminare ad ogni altra esigenza è il rispetto della personalità umana; qui è la radice delle libertà, anzi della libertà, cui fanno capo tutti i diritti che ne prendono il nome. Libertà vuol dire responsabilità. Né i diritti di libertà si possono scompagnare dai doveri di solidarietà di cui sono l'altro ed inscindibile aspetto. Dopo che si è scatenata nel mondo tanta efferatezza e bestialità, si sente veramente il bisogno di riaffermare che i rapporti fra gli uomini devono essere umani».

È, quindi, la visione solidaristica della nostra Costituzione, che colloca la persona (e i diritti che valgono a definirla) al centro dell'apparato istituzionale tracciato dal Costituente, ad esprimere «un limite estremo: il "punto di non ritorno" al di là del quale – ormai anche per obblighi internazionali – il legislatore (qualsiasi legislatore) non può spingersi, neppure in presenza di particolari o eccezionali circostanze»[150].

Tale riflessione muove dal contesto nazionale per essere proposta anche a livello globale. Il tema dei diritti sociali, più ancora di qualunque altro, richiede di essere oggi rivisto nel quadro della crisi dello Stato nazionale e, soprattutto, alla luce del dominio schiacciante dell'economia sulla politica e sul diritto: un dominio che deve essere contrastato favorendo un'adeguata *governance* globale che metta in conto il costo di una qualche giustizia distributiva o redistributiva internazionale[151], e proietti quel dovere di solidarietà sociale dal livello statale a quello globale. La solidarietà deve presentarsi come un universalismo sensibile alle differenze: la globalizzazione costringe, infatti, lo Stato nazionale ad aprirsi internamente ad una pluralità di forme di vita culturalmente estranee (o comunque nuove) e, allo stesso tempo, costringe lo Stato sovrano ad aprirsi esternamente nei confronti dei regimi internazionali[152]. Pertanto è necessario stimolare una "solidarietà tra estranei" attraverso un processo di apprendimento in grado di superare i confini della nazione[153]

[149] Si veda la relazione del Presidente Meucci Ruini presentata alla Presidenza dell'Assemblea Costituente il 6 febbraio 1947.

[150] Sono le parole del Presidente Giovanni Maria Flick nella relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2008, cit., p. 10.

[151] Come evidenzia A. Spadaro, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali"*, cit., 151, in relazione alla necessità di sviluppare adeguate teoriche dei doveri pubblici internazionali, senza le quali difficilmente di riuscirà a garantire questa redistribuzione. Sul nesso organico che collega il singolo con la società e ne stimola le potenzialità collaborative, cfr. P. Costa, *Alle origine dei diritti sociali: "Arbeitender Staat" e tradizione solidaristica*, in G. Gozzi (a cura di), *Democrazia, diritti, Costituzione*, Bologna, 1997, 314. Tale riflessione deve considerare le sollecitazioni provenienti da un spazio giuridico ormai globale, come evidenzia S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003, 7. Sul punto si veda anche M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000, 42.

[152] J. Habermas, *La costellazione*, cit., 64.

[153] J. Habermas, *La costellazione*, cit., 121, il quale si riferisce espressamente alla solidarietà civica tra i cittadini dell'Unione europea.

e della cittadinanza. I problemi che dobbiamo affrontare (sociali, economici, ambientali, politici) sono di portata mondiale e possono essere risolti soltanto se vi sarà un'effettiva cooperazione tra Stati e tra persone. Nessuno può dirsi estraneo ad un'interdipendenza globale, che può essere compresa sviluppando la capacità di vedere se stessi come membri di una nazione eterogenea e di un mondo ancor più eterogeneo[154]. In questo contesto l'uomo ha il diritto-dovere di interessarsi dei problemi degli altri uomini, con un atteggiamento di solidarietà e condivisione che trova il suo fondamento nell'*humanitas*, e cioè nella consapevolezza della comune natura di esseri umani che porta a vedere nella condizione di straniero uno dei molteplici riflessi della propria.

[154] M. C. Nussbaum, *Non per profitto*, Bologna, 2011, 96, che individua tale obiettivo come compito delle scuole e delle università, valorizzando la cultura umanistica per mantenere viva quella conoscenza che nutre il pensiero critico nella costruzione di una società matura e responsabile.

# «L'INCESSANTE DINAMICA DELLA VITA MODERNA» I NUOVI DIRITTI SOCIALI NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE*

di Simone Scagliarini

Sommario: 1. I "nuovi diritti sociali". – 1.1. Diritti costituzionali vecchi e nuovi. – 1.2. La "socialità" dei diritti. – 2. Nuovi diritti e giurisprudenza costituzionale. – 3. Il diritto all'abitazione. – 3.1. Il bilanciamento con altri interessi costituzionali. – 4. Il diritto alla socializzazione dei disabili. – 4.1. La socializzazione attraverso la scuola. – 4.2. Diritto alla socializzazione e qualità di vita del disabile. – 4.3. Socializzazione del disabile e diritti (degli altri membri) della famiglia. – 4.4. Il diritto alla socializzazione nel giudizio di bilanciamento. – 5. Il diritto del minore a una famiglia. – 5.1. Diritti del minore tra famiglia legittima e famiglia naturale. – 5.2. Dalla tutela della lavoratrice alla tutela del minore. – 5.3. Potestà genitoriale e tutela del minore. – 6. Il "diritto di togliersi la fame". – 7. Il diritto all'ambiente salubre. – 7.1. Il diritto all'ambiente nel bilanciamento degl'interessi. – 8. Il diritto all'informazione. – 9. Qualche considerazione di sintesi. – 9.1. L'età dei nuovi diritti. – 9.2. Nuovi diritti sociali, diritti fondamentali ed eguaglianza sostanziale. – 9.3. Nuovi diritti e forma di Stato sociale. – 9.4. Nuovi diritti tra Corte e legislatore. – 9.5. Nuovi diritti tra giudizi principali e incidentali. – 9.6. Nuovi diritti e risorse finanziarie. – 10. Nota conclusiva.

## 1. I "nuovi diritti sociali"

Il concetto di "nuovo diritto sociale" appare di certo suggestivo, evocando quella caratteristica tipica dei diritti costituzionali di essere al centro di un processo storico evolutivo, senza soluzione di continuità, di ridefinizione del loro catalogo e del contenuto di ciascuno di essi. La natura mutevole della materia, infatti, fa sì che la incorporazione dei diritti non possa mai giungere ad un punto fermo, assistendosi, piuttosto, all'emersione costante di nuove istanze che richiedono un aggiornamento *in progress* del catalogo costituzionale[1]. Del resto, da tempo si evidenzia che negli ultimi anni vi è stata una moltiplicazione dei diritti ascrivibile ad un ampliamento tanto dei beni che si è ritenuto doveroso garantire quanto degli *status* dell'individuo nel contesto sociale giudicati meritevoli di specifiche tutele[2].

* La versione completa della presente Relazione può leggersi nella Rivista www.gruppodipisa.it con il titolo *Diritti sociali nuovi e diritti sociali* in fieri *nella giurisprudenza costituzionale.*

[1] In questo senso, *ex plurimis*, si veda A. D'Aloia, *Introduzione. I diritti come* immagini in movimento*: tra* norma *e* cultura *costituzionale*, in Id. (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, XX.

[2] Ampiamente, sul punto, N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 67 ss., ove l'A. evidenzia come il processo abbia riguardato eminentemente i diritti sociali, in modo proporzionale alla rapidità e profondità dei cambiamenti sociali.

A questo indubbio fascino del tema, si accompagna, però, la difficoltà di definire i criteri che, partendo dall'ordinamento vigente, consentono di qualificare un diritto come nuovo e come sociale. A tal fine, ci sembra perciò preliminare premettere all'analisi giurisprudenziale alcune note volte a precisare l'oggetto della trattazione.

### 1.1. Diritti costituzionali vecchi e nuovi

Anzitutto occorre definire il concetto di "novità" di un diritto costituzionale.

In sede di prima approssimazione, riteniamo si possano considerare *nuovi* quei diritti costituzionali che, banalmente, non sono esplicitamente contemplati nella Carta fondamentale.

Se ciò consente di individuare mediante un criterio formale le situazioni soggettive che possono intendersi come nuove, sostanzialmente non può però sfuggire come la dottrina abbia ormai dimostrato che, stante l'ampiezza delle formule costituzionali in tema di diritti, anche quelle che si assumono tali per la mancanza di un riconoscimento testuale, in realtà propriamente non lo sono.

Infatti, talora esse si possono ricondurre a diritti impliciti nella Carta costituzionale, in altri casi si pongono come strumentali al godimento di diritti codificati, oppure ancora emergono dal combinato disposto di diverse disposizioni o infine, semplicemente, traggono origine dalla individuazione di nuove dimensioni, originariamente non contemplate (perché spesso non contemplabili), di tradizionali diritti costituzionali, anche oltre l'interpretazione *magis ut valeant* che ad essi si deve[3].

È dunque condivisibile l'affermazione che «nulla è […] completamente "nuovo", ma ogni evoluzione assume le forme della rielaborazione, dell'approfondimento "delle potenzialità espressive del dettato costituzionale"»[4], e sono soprattutto le clausole generali in cui si esprime il principio personalista, quali il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2), la pari dignità sociale (art. 3, c. 1) e soprattutto, nel campo dei diritti sociali, il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, c. 2) a rendere possibile (e doverosa) la continua ricerca di nuovi bisogni di tutela emergenti nella società. Sono, insomma, queste categorie concettuali a rendere dinamica la struttura e la

[3] Cfr. F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 2 ss. *Contra*, tra coloro che ascrivono pur sempre all'interpretazione estensiva anche la tutela dei diritti conseguenti, cfr. P. Caretti, *I diritti fondamentali*, Torino, 2011, 176.

[4] Testualmente, A. D'Aloia, *Introduzione*, cit., XIV. Del resto – evidenzia A. Ruggeri, «Nuovi» diritti fondamentali e tecniche di *positivizzazione*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, vol. II, Padova, 1995, 629 – altro è individuare nuovi diritti, altro è riconoscere nuovi principi fondamentali, solo quest'ultima attività essendo riservata al potere costituente.

funzione di garanzia e promozione della persona propria dei diritti fondamentali[5].

Peraltro, il valore cruciale delle clausole espressive del principio personalista appare ancor più evidente considerando che esse sono collocate in una Costituzione che presenta già un catalogo di diritti particolarmente ampio, di modo che esse assumono un ruolo di garanzia di flessibilità e adeguamento progressivo di tali disposizioni, assolvendo, sotto questo profilo, la stessa funzione che, per esempio nell'ordinamento tedesco, è svolta dall'indeterminato riconoscimento dello Stato sociale[6], con una dizione che esclude la cristallizzazione delle situazioni soggettive garantendo tutela anche verso nuove istanze[7].

Se, poi, applichiamo il discorso al tema specifico dei diritti sociali, il nesso inscindibile tra essi e le citate clausole, e specialmente il principio di eguaglianza sostanziale, che ne costituisce il fondamento[8], diviene palese come anche i diritti sociali nuovi, perché formalmente assenti dal catalogo costituzionale, in realtà non sono che la esplicitazione di dimensioni, sì, finora sconosciute, ma pur sempre espressive di valori sottesi al testo costituzionale (e dei principi in cui essi si traducono). In questo senso, del tutto condivisibile ci sembra l'interrogativo retorico della dottrina[9], formulato già qualche tempo addietro, se potrà mai dirsi interamente e definitivamente soddisfatto un principio poliedrico come l'eguaglianza sostanziale o se non debba piuttosto ammettersi che il processo di attuazione costituzionale è per definizione inesauribile e l'eventualità che una disposizione non sia stata sviluppata in tutti i potenziali corollari è un fenomeno fisiologico, dato che l'attuazione delle norme costituzionali si presenta sempre come parziale e provvisoria. Insomma, poiché gli ostacoli

[5] Così ancora A. D'Aloia, *Introduzione*, loc. cit.

[6] Definisce l'art. 3, c. 2, Cost., una sorta di clausola generale dello Stato sociale B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, 2001, 125. Analogamente, D. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, 126, considera lo Stato sociale come «un diretto corollario della supremazia del principio personalista».

[7] Perché, come scrive P. Häberle, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Firenze 1993, 187, «non c'è un *numerus clausus* delle dimensioni di tutela a garanzia dei diritti fondamentali, come non c'è un *numerus clausus* dei pericoli».

[8] Come scriveva già M. Mazziotti, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 804, la Costituzione italiana esprime chiaramente la derivazione dei diritti sociali dall'eguaglianza sostanziale, essendo il diritto sociale «l'insieme delle norme attraverso cui lo Stato attua la funzione equilibratrice e moderatrice delle disparità sociali, allo scopo di "assicurare l'eguaglianza delle situazioni malgrado la differenza delle fortune"».

[9] Il riferimento è a M. Ainis, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. Dir.,* 1999, 36 ss., il quale, ponendosi gli interrogativi di cui nel testo, conclude affermando che, se mancasse questo periodico aggiornamento delle dimensioni dei diritti costituzionali la Costituzione sarebbe morta, avendo esaurito la propria spinta propulsiva. Del resto, anche i concetti di debolezza e svantaggio, cui i diritti sociali sono chiamati a far fronte, hanno un'attitudine espansiva: cfr. A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova, 2002, 90.

di ordine sociale ed economico ad una piena eguaglianza sono mutevoli e in gran parte non prevedibili, la loro rimozione ad opera del legislatore non può mai dirsi esaurita, richiedendo invece un perdurante sforzo di ricognizione dei bisogni e di adeguamento dei mezzi per il loro soddisfacimento[10].

Alla luce di tali considerazioni, va preso atto che la classificazione di diritti come nuovi avviene al mero fine descrittivo di individuare come tali quelli che possiedono la comune caratteristica formale di non essere esplicitamente contemplati nel testo costituzionale, ma nella consapevolezza che ciò non incide sulla loro natura di diritti costituzionali fondamentali e che la novità riguarda solo la loro effettiva esplicitazione, senza che a ciò corrisponda una "creazione" in senso proprio[11].

Questa impostazione, peraltro, presuppone che si possa prescindere dalla nota *querelle* circa la natura chiusa od aperta dell'art. 2 Cost.[12]. Infatti, aderendo ad autorevole dottrina, riteniamo si possa percorrere la tesi intermedia che, interpretando tale disposizione come affermazione della libertà quale valore tutelato a prescindere da specifiche garanzie, ne deduce che essa non può essere circoscritta a determinate esplicazioni, di modo che il riconoscimento finisce per avere ad oggetto tutti i diritti enucleabili dal contesto della Costituzione positiva. La garanzia dei diritti fondamentali, allora, in connessione con la pari dignità sociale ed il pieno sviluppo della persona umana, appare come lo strumento che consente di scardinare letture restrittive, ricostruendo attorno ad esso manifestazioni di libertà che il progresso fa emergere, non letteralmente riconducibili a specifiche previsioni ma pur sempre qualificabili quali nuovi aspetti di quelle esistenti[13]. Così che, come è stato rilevato, il dibattito sulla natura dell'art. 2 appare sempre più simile ad un luogo comune che impoverisce le potenzialità del testo costituzionale, il quale offre invece quale parametro espansivo, appunto, il pieno sviluppo della persona[14]. È, del resto, proprio la persona, e non i suoi diritti astratta-

[10] In questi termini C. Pinelli, *Dei diritti sociali e dell'eguaglianza sostanziale. Vicende, discorsi, apprendimenti*, in Id., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza*, Napoli, 2012, 396 ss., che rileva come «ammesso che gli ostacoli siano stati effettivamente rimossi, altri se ne potranno riformare».

[11] Come scrive A. D'Aloia, *Introduzione*, cit., XVIII, i diritti in parola non sono che «nuove formulazioni, nuove proiezioni […] di un materiale che è *sempre* e *pienamente* riconducibile alla Costituzione nel suo 'volto' positivo ed espresso».

[12] Non è qui possibile dar conto in modo esaustivo di questo dibattito. Limitando all'essenziale le citazioni, rinviamo per tutti, per la tesi della natura aperta, ad A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 80 ss.; *contra*, per la tesi della natura chiusa dell'art. 2, cfr. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 20 ss.

[13] Sul punto si veda ampiamente F. Modugno, *I "nuovi diritti"*, cit., 8 ss.

[14] In questo senso, v. già C. Mezzanotte, *Intervento*, in *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995, 144.

mente codificati, ad occupare un posto centrale nel disegno costituzionale ed a ricevere garanzia nell'art. 2 Cost.[15]. In sintesi, insomma, questa norma costituzionale costituisce l'affermazione di un mezzo (la garanzia dei diritti) per il raggiungimento di un obiettivo (il pieno sviluppo della persona), tale da legittimare (*rectius*, imporre) un'interpretazione estensiva del catalogo dei diritti.

Questo processo ermeneutico espansivo – e qui sta la differenza rispetto alla lettura aperta *tout court* dell'art. 2 Cost. – non appare però illimitato, dovendosi svolgere pur sempre e soltanto all'interno dei binari tracciati dalla Carta fondamentale, di modo che si possono affermare nuove dimensioni di un diritto nella misura in cui esse siano teleologicamente coerenti con il principio stabilito in una norma costituzionale[16]. Il che, in altri termini, significa che l'art. 2 Cost., da sé, non è sufficiente a far entrare nell'ordinamento nuovi diritti[17], occorrendo che questi si possano comunque ricondurre, alla luce del pieno sviluppo della persona, a diritti esistenti, e che pertanto esso non costituisce il fondamento di tali situazioni soggettive, ma esprime il meccanismo attraverso cui si giustifica l'ampliamento del catalogo dei diritti, valorizzando le potenzialità delle singole norme costituzionali anche oltre la loro lettera[18].

Da ultimo, va osservato che nuovi diritti possono emergere, in forza dell'assetto multilivello che la loro tutela ha assunto, anche in forza di clausole espansive che traggono la propria origine nel diritto internazionale o comunitario[19]. Esistono, cioè, diritti sociali nuovi che entrano nell'ordina-

[15] Così, F. Modugno, *I diritti del consumatore: una nuova «generazione» di diritti?*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, tomo III, Napoli, 2008, 1382.

[16] Ampiamente, per questa tesi, F. Modugno, *I diritti del consumatore*, cit., 1379 ss., il quale afferma che la prospettiva di considerare la novità dei diritti in relazione al contenuto tradizionalmente ascritto a quelli codificati, cui anche i nuovi andrebbero ricondotti, è la più convincente e producente. Si osservi peraltro che ciò non implica necessariamente l'adesione alla tesi della natura chiusa dell'art. 2, ancorché vi siano Autori che dichiarano di aderirvi, i quali ammettono che la tutela costituzionale possa riferirsi, appunto, a situazioni soggettive implicite e conseguenti che «rampollano dal tronco di quelle che si leggono in Costituzione» (così, testualmente, P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 55 ss.).

[17] Scrive infatti A. Cerri, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2009, 457 ss., aderendo alla citata ricostruzione, che il riconoscimento di un nuovo diritto richiede «un onere argomentativo maggiore di quello che consiste nel semplice richiamo alla clausola generale dell'art. 2 Cost.».

[18] Come afferma P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, 175, questa particolare lettura dell'art. 2 «sembra puntare piuttosto sulla capacità di integrazione dei singoli disposti costituzionali sui diritti espressa dall'art. 2, Cost. e sembra affidare l'interpretazione di quest'ultimo […] ad un bilanciamento orientato dalla priorità del valore personalista in esso racchiuso».

[19] Non è possibile in questa sede dar conto dell'ampio dibattito dottrinario e delle numerose problematiche che esso ha posto in evidenza: ci limitiamo pertanto a rinviare, per tutti, a

mento in forza del disposto di cui all'art. 117, c. 1, Cost. (e 11 Cost. per il solo diritto comunitario), consentendo di ricavare attraverso queste norme sovranazionali ulteriori dimensioni del pieno sviluppo della persona[20]. In sostanza, oggi anche il diritto internazionale e comunitario diviene un mezzo con cui, non senza aspetti di rilevante problematicità, va arricchendosi il catalogo dei diritti. Di tale profilo, tuttavia, non ci occupiamo, essendo esso oggetto della relazione di Diletta Tega, alla quale rinviamo.

### 1.2. La "socialità" dei diritti

Le considerazioni svolte sul carattere di "novità" di un diritto riguardano indistintamente tutti i diritti costituzionali e non solo quelli sociali, cui è limitata la presente trattazione. Occorre quindi ora definire, sia pur in estrema sintesi, tale categoria.

A tal proposito, non ci sfugge la ormai acquisita notazione che tra diritti civili e sociali non vi **è** una distinzione di tipo qualitativo, bensì meramente quantitativo[21], dato che ogni diritto presenta sia profili negativi che positivi[22], potendosi unicamente ravvisare una prevalenza, in ciascuna situazione soggettiva, degli aspetti dell'uno o dell'altro tipo. Così come, del resto, è ormai assodato che un criterio discretivo non può individuarsi nell'assunto di una presunta non onerosità dei diritti civili, dato che ogni diritto comporta costi, quanto meno per la predisposizione di rimedi volti a ripristinare lo *status quo* nell'ipotesi di una sua violazione[23]. Ciò nonostante, poiché, pur con questa consapevolezza, la distinzione tra le due categorie conserva un proprio valore, circoscriveremo, in questa sede, l'analisi a quelli, tra i nuovi diritti affermati nella giurisprudenza costituzionale[24], nei quali ci pare che la

E. Gianfrancesco, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, in *Rivista AIC*, 1/2011.

[20] Si pensi, per fare qualche esempio, ai diritti dei disabili o degli anziani, di cui agli art. 25 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, o alle specifiche Convenzioni internazionali in tema di diritti del fanciullo o delle persone con disabilità.

[21] Così, *ex plurimis*, A. D'Aloia, *Introduzione*, cit., XV.

[22] Per tutti, cfr. M. Luciani, *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadini e pubblica Amministrazione*, in *Riv. crit. dir. priv.,* 1985, 71, che in realtà propone una distinzione più complessa tra diritti di difesa, diritti a prestazione, diritti di partecipazione e diritti di percepire un utile sociale, laddove ciascun diritto fondamentale possiede aspetti ora dell'uno ora dell'altro gruppo.

[23] Cfr. M. Mazziotti, *Diritti sociali*, cit., 806, secondo cui è illusorio pensare che la tutela dei diritti di libertà non comporti un onere almeno organizzativo per lo Stato. L'argomento è ripreso, tra gli altri, da M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, cit., 121; e S. Holmes, C. Sunstein, *Il costo dei diritti*, Bologna, 2000, 45 ss.

[24] Per una rassegna dei diritti "nuovi" che la Corte ha ricavato facendo uso, nelle forme già indicate, dell'art. 2 Cost. si veda P. Ridola, *Diritti fondamentali*, cit., 175 ss.

prevalenza di aspetti positivi possa indurre ad una qualificazione in termini di nuovi diritti *sociali*.

A tal fine, pertanto, verranno esaminate anzitutto le situazioni soggettive in cui il profilo più rilevante è dato dalla pretesa ad una prestazione, da parte di soggetti pubblici o privati, in funzione riequilibratrice di diseguaglianze e di rimozione di forme di esclusione in favore di soggetti deboli, onde garantirne la pari dignità e la partecipazione attiva alla vita sociale. In questa prospettiva, tratteremo del diritto all'abitazione, del diritto alla socializzazione del disabile, del diritto del minore a una famiglia e del diritto di "togliersi la fame".

A questo primo tipo di situazioni soggettive, che rispondono alla più classica definizione di diritti sociali[25], riteniamo si possano aggiungere anche quelle che emergono in relazione alla individuazione di beni ritenuti essenziali per la vita delle persone, con la previsione di un obbligo di intervento per lo Stato (e gli altri enti costitutivi della Repubblica) al fine di porre tutti i consociati in condizione di fruirne in modo effettivo[26]. Da questo punto di vista, vengono in considerazione il diritto all'ambiente salubre e il diritto all'informazione.

Come si può facilmente osservare, dunque, saranno presi in esame anche diritti che vengono tradizionalmente annoverati tra quelli di terza generazione, come ad esempio il diritto all'ambiente. E questo perché ci sembra condivisibile l'idea che la distinzione dei diritti in generazioni si presenti di certo vera sotto il profilo storico, ma non introduca un *tertium genus* di situazioni soggettive, dato che ogni diritto è comunque riconducibile alla dicotomia tra la pretesa di impedire limitazioni alla propria sfera di libertà e quella di ottenere determinate prestazioni[27]. Ne consegue che possono essere annoverati tra i nuovi diritti sociali anche quei diritti di terza generazione in cui sia prevalente questo secondo aspetto.

## 2. Nuovi diritti e giurisprudenza costituzionale

Una volta definito il concetto di "nuovo diritto sociale", precisiamo, ulteriormente, che, in questa sede, l'indagine che svolgeremo avrà eminentemente lo scopo di ricostruire le singole situazioni soggettive ascrivibili a tale categoria, quali emergono nella giurisprudenza della Consulta. In alcuni casi, attraverso la rilettura delle disposizioni costituzionali, alla luce dell'evolu-

[25] Tra coloro che assumono questa più restrittiva definizione, si veda, per tutti G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1981, 756 ss.

[26] Per questa concezione dei diritti sociali, tra gli altri, B. Pezzini, *La decisione*, cit., 3 ss.

[27] In questo senso N. Bobbio, *L'età*, cit., XV. Per l'assenza di un valore, sul piano giuridico, della classificazione dei diritti in terza e quarta generazione cfr. anche A. Pizzorusso, *Le "generazioni" dei diritti nel costituzionalismo moderno*, in M. Campedelli, P. Carrozza, L. Pepino (a cura di), *Diritto di welfare*, Bologna, 2010, spec. 68.

zione della coscienza sociale e della normativa primaria (diritto alla socializzazione dei disabili o diritto di "togliersi la fame"), in altri con l'elevazione al rango di diritti di situazioni fino ad allora qualificate come interessi generali (diritto all'ambiente, diritto all'informazione o diritto del minore a una famiglia), in altri ancora dando vita ad un vero e proprio capovolgimento della pregressa giurisprudenza (diritto all'abitazione).

### 3. Il diritto all'abitazione

Il diritto a godere di un alloggio compare per la prima volta nella giurisprudenza costituzionale nella sent. n. 252/83, ove, pur annoverando l'abitazione tra i beni essenziali per una vita dignitosa, la Corte nega la configurabilità nel nostro ordinamento di siffatto diritto. Anzi, la Consulta coglie l'occasione per ribadire che «se [...] i diritti inviolabili [...] formano il patrimonio irretrattabile della personalità umana, non è logicamente possibile ammettere altre figure giuridiche, le quali sarebbero dirette a funzionare da "presupposti"», per cui «considerare l'abitazione come l'indispensabile presupposto dei diritti inviolabili previsti dalla prima parte dell'art. 2 della Costituzione [...] [è] una costruzione giuridica del tutto estranea al nostro ordinamento». Viene così demolita l'argomentazione del giudice *a quo* il quale, seguendo autorevole dottrina[28], ricavava l'esistenza del diritto all'abitazione partendo proprio dal suo carattere strumentale al godimento di diritti affermati in Costituzione.

Tuttavia, già pochi anni dopo si assiste ad un *revirement* nella giurisprudenza della Corte. Infatti, se nella sent. n. 49/87 si afferma che è «doveroso da parte della collettività intera impedire che delle persone possano rimanere prive di abitazione», più esplicitamente con la sent. n. 17/88 la Consulta "scopre" l'esistenza del diritto sociale all'abitazione, indicando nell'art. 47 Cost. la norma che assicura copertura costituzionale alle «misure volte ad agevolare e, quindi, a render effettivo il diritto delle persone più bisognose ad avere un alloggio in proprietà»[29]. Proprio il richiamo alla norma costituzionale che affida alla Repubblica il compito di favorire l'accesso alla proprietà dell'abitazione (qui invero letto come diritto alla *disponibilità* di una casa[30]) consente alla

[28] Per limitarci a citare i principali Autori che per primi hanno ipotizzato l'esistenza di siffatto diritto, cfr. T. Martines, *«Il diritto alla casa»*, in N. Lipari (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Roma-Bari, 1974, 391 ss.; e D. Sorace, *A proposito di «proprietà dell'abitazione», «diritto all'abitazione» e «proprietà (civilistica) della casa»*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. III, Milano, 1977, 1035 ss.

[29] Ci pare dunque corretto quanto affermato da S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 338, secondo il quale in questa pronuncia il diritto all'abitazione trova ancora il suo fondamento nel solo art. 47 Cost., mancando quelle aperture ad una possibile *Drittwirkung* derivante dalla lettura aperta dell'art. 2 Cost. paventata da G. F. Ferrari, «*Diritto alla casa*» e interesse nazionale, *Giur. cost.* 1988, 846.

[30] Poiché, come sosteneva già G. Alpa, *Equo canone e diritto all'abitazione*, in *Pol. dir.*,

Corte di giustificare la normativa statale impugnata, pur nel contesto di una generale competenza regionale in materia, dato che solo la legge dello Stato consente a tutti i cittadini, a prescindere dal luogo di residenza, di godere dell'abitazione, ottemperando «all'inderogabile imperativo costituzionale di ridurre la distanza o la sproporzione nel godimento dei beni giuridici primari, contribuendo a conferire il massimo di effettività a un diritto sociale fondamentale (art. 3, secondo comma, Cost.)». Meritevole di considerazione, nella medesima sentenza, è poi la derivazione del diritto all'abitazione anche dalla stessa forma di Stato, poiché tale diritto «rientra [...] fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione».

Nello stesso anno, la Corte ha l'occasione di consolidare e precisare queste sue affermazioni.

Infatti, con la sent. n. 404/88 essa qualifica il diritto all'abitazione come diritto inviolabile riconducibile all'art. 2 Cost. Ciò che, del resto, rappresenta il compimento di quella espressione, divenuta celeberrima, con cui la Corte aveva concluso la parte motiva della sent. n. 217, secondo cui «creare le condizioni minime di uno Stato sociale, concorrere a garantire al maggior numero di cittadini possibile un fondamentale diritto sociale, quale quello all'abitazione, contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana, sono compiti cui lo Stato non può abdicare in nessun caso».

In concreto, peraltro, questo sviluppo della giurisprudenza porta la Corte ad estendere la sfera di applicazione del diritto all'abitazione anche nei rapporti tra privati, dichiarando l'illegittimità della norma sulla successione del coniuge nel contratto di locazione in caso di morte del locatario nella parte in cui non estende la tutela al convivente *more uxorio*. Infatti, è l'attinenza del bisogno abitativo alle condizioni minime di dignità dell'uomo e a quella socialità cui si ispira la Costituzione a indurre la Corte ad estendere la tutela ad altri soggetti conviventi con il titolare del contratto, senza che ciò equivalga a trattare in modo eguale situazioni fondate sul matrimonio rispetto ad altre forme di convivenza, dato che «l'art. 3 della Costituzione va qui invocato [...] per la contraddittorietà logica della esclusione di un convivente dalla previsione di una norma che intende tutelare l'abituale convivenza». E, a conferma di questa mancata comparazione tra coppie coniugate e di fatto, le più recenti ord. n. 204/03 e n. 7/10 dichiarano manifestamente infondate le questioni volte a garantire la successione del convivente nel contratto anche in assenza di prole, nel caso di cessazione della convivenza, sostenendo che la *ratio decidendi* della pronuncia del 1988 doveva individuarsi nell'esigenza di tutelare il nucleo famigliare rispetto alla presenza di figli. Con il che,

1979, 159, la tutela costituzionale pone l'accento sull'abitazione (e quindi sull'utente dell'alloggio) più che sulla proprietà in senso civilistico.

se da un lato la Consulta sembra forzare la lettera del suo precedente[31], di certo indebolisce la natura fondamentale del diritto in questione, dato che, pur affermando che esso esprime un bisogno primario dell'individuo volto a tutelarne la dignità, al contempo la Corte ne subordina il godimento alla circostanza che vi sia una famiglia stabile da proteggere, in dubbia coerenza con la giurisprudenza in tema di rapporto tra diritti della famiglia e dei suoi singoli componenti[32].

Peraltro, la circostanza che la Corte abbia preferito ricavare dalle citate disposizioni un nuovo diritto, anziché accontentarsi di salvare la normativa in quanto espressiva di un limite alla proprietà atto a garantirne la funzione sociale (art. 42, c. 2, Cost.), è stata criticata in dottrina[33] per i potenziali sviluppi indeterminati di questa argomentazione. In realtà, se nel caso di specie è vero che al medesimo risultato si sarebbe potuto pervenire con argomento più aderente alla lettera della Costituzione, non è men vero che solo la qualificazione in termini di diritto soggettivo – e inviolabile – permette a chi è bisognoso di un alloggio di affrancarsi dalla condizione di mero soggetto passivo di una politica sociale, per poter rivendicare un vero e proprio diritto di accedere ad un bene essenziale per un'esistenza dignitosa, con l'ulteriore effetto di impedire una "retromarcia" del legislatore rispetto ad un diritto sociale inviolabile ormai attivato[34].

A partire, dunque, da queste pronunce, la giurisprudenza della Corte si consolida nel riconoscimento del diritto all'abitazione[35], che essa non porrà più in discussione, giustificando persino, in suo nome, la preoccupazione del legislatore «espressa in una valutazione di particolare favore per il cosiddetto "abusivismo per necessità"»[36].

Da ultimo, anche allorché, all'indomani della revisione del titolo V della Parte seconda della Costituzione, la Consulta si è trovata ad affrontare il

[31] Ove si legge che «l'esistenza di prole naturale *valorizza ulteriormente* la ratio decidendi per la conservazione dell'abitazione alla residua comunità familiare» (corsivo nostro): avvalora, dunque, e non fonda la decisione. In tal senso, cfr. L. Principato, *Il diritto all'abitazione del convivente* more uxorio *e la tutela costituzionale della famiglia*, anche *fondata sul matrimonio*, in *Giur. cost.,* 2010, 115 ss.

[32] Su cui v. *infra*, par. 4.3.

[33] Da A. Pace, *Il convivente* more uxorio*, il «separato in casa» e il c.d. diritto «fondamentale» all'abitazione*, in *Giur. cost.,* 1988, 1801 ss., che parla di una «giurisprudenza più proclive a scoprire nuovi diritti [...] che non ad esplorare le ulteriori potenzialità interpretative del testo costituzionale».

[34] In termini, F. Modugno, *I "nuovi diritti"*, cit., 66.

[35] Si vedano, al riguardo, per esempio, le sentt. nn. 252 e 559/89, 419/91, 19/94 e 520/00, tutte volte a confermare i precedenti di cui abbiamo trattato.

[36] Così, testualmente, nella sent. n. 169/94. Il richiamo del diritto all'abitazione come uno dei valori da bilanciare è peraltro ricorrente nella giurisprudenza sul condono edilizio: cfr. sentt. nn. 427/95, 302/96 e 196/04.

tema del riparto di competenze sulla edilizia residenziale pubblica, essa, dando continuità alla propria giurisprudenza precedente, conferma (nella sent. n. 94/07) che la tutela di un diritto fondamentale sociale giustifica la riconduzione alla competenza esclusiva dello Stato della determinazione, sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo (sent. n. 121/10), dell'offerta minima di alloggi di edilizia sociale e dei criteri di assegnazione, ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. *m)* Cost. Infatti, precisa ancor più chiaramente la Corte nella sent. n. 166/08, i «livelli minimali di fabbisogno abitativo che siano strettamente inerenti al nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana» devono essere definiti dallo Stato «allo scopo di evitare squilibri e disparità nel godimento del diritto alla casa da parte delle categorie sociali disagiate»[37]. Non solo, ma sempre allo Stato, per analoghe motivazioni, è concesso istituire, a titolo di intervento speciale *ex* art. 119, c. 5, Cost., fondi finalizzati all'ampliamento «della platea dei soggetti beneficiari di un canone agevolato, allo scopo di rimuovere quei limiti che permangono in ordine alla fruizione del diritto sociale all'abitazione» per i casi che la disciplina regionale non riuscirebbe a soddisfare (sent. n. 451/06)[38].

### 3.1. Il bilanciamento con altri interessi costituzionali

Il diritto all'abitazione, per quanto inviolabile, non assurge a diritto assoluto.

In primo luogo, infatti, va precisato che, tra i vari significati possibili, la Corte dimostra di individuarne il contenuto nell'accezione debole, definendolo come diritto a che siano poste in essere misure per agevolare la disponibilità di un alloggio (in proprietà o locazione) a chi versa in stato di bisogno. Vengono invece respinte letture forti dirette ad attribuire un diritto soggettivo ad ottenere in proprietà un alloggio, in quanto non compatibili con un regime di libero mercato in cui lo Stato non detiene il monopolio del patrimonio immobiliare[39], od anche l'accezione intermedia volta a con-

[37] Si veda anche la sent. n. 209/09, per la precisazione dei limiti entro cui tale competenza statale può esercitarsi. In questo modo, commenta condivisibilmente V. Valenti, *L'edilizia residenziale pubblica tra livelli essenziali delle prestazioni e sussidiarietà. Osservazioni alla sentenza della Corte costituzionale n. 166/2008*, in *Federalismi.it*, 13 ss., la determinazione dei livelli essenziali diviene la immediata proiezione del principio di eguaglianza sostanziale.

[38] Non sono invece ammissibili interventi finanziari per agevolare, attraverso garanzie sui mutui, l'accesso alla proprietà dell'abitazione per soggetti deboli, secondo le sent. n. 423/04, 118/06 e 137/07, che li qualificano quali mere politiche sociali, di competenza regionale.

[39] Come scrive A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, 27 ss., in questa accezione non si potrebbe parlare di un vero e proprio diritto, stante il fatto che l'art. 47, c. 2, esprime un mero *favor* per l'accesso alla proprietà. Una lettura vicina a quella forte sembra quella di A. Giorgis, *Il diritto costituzionale all'abitazione*, in *Quest. Giust*., 2007, 1130 ss., il quale sostiene la possibilità di pretendere un'attuazione giudiziale diretta di questo diritto, sia pure "per equivalente" attraverso l'erogazione della somma di denaro necessaria ad acquisire il bene sul mercato.

figurarlo come diritto alla stabilità del godimento acquisito[40]. Di questo si ha conferma, per esempio, nelle sentt. n. 310/03 e n. 155/04, in cui il blocco degli sfratti è giudicato conforme a Costituzione nella misura in cui esso appaia giustificato da «esigenze di approntamento delle misure atte ad incrementare la disponibilità di edilizia abitativa per i meno abbienti in situazione di particolare difficoltà»[41] e rivesta pur sempre carattere transitorio, senza di che esso si tradurrebbe in eccessiva compressione dei diritti del proprietario, interamente onerato dei costi relativi alla soddisfazione di esso diritto.

In secondo luogo, anche così circoscritto, il diritto all'abitazione incontra dei limiti, in nome del bilanciamento con altri interessi di rilievo costituzionale.

Anzitutto, la garanzia del diritto alla casa comporta inevitabilmente, come accade in generale per i diritti di prestazione, oneri economici, laddove la limitata disponibilità di risorse ripropone il classico tema del bilanciamento tra soddisfazione dei diritti e rispetto dell'equilibrio finanziario. Si tratta, come noto, di una *vexata quaestio*, che ha visto contrapposte le posizioni di chi attribuisce all'equilibrio (e ora, verosimilmente, al pareggio) di bilancio un valore di primaria importanza anche laddove sia in gioco la garanzia dell'eguaglianza[42] e chi invece sostiene che tra diritti e risorse finanziarie vada compiuto un «*bilanciamento ineguale* […] perché il fine (il soddisfacimento dei diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l'efficienza economica)»[43], cosicché va riconosciuta l'esistenza di un livello minimo di garanzia da assicurare a prescindere dalle dotazioni di bilancio. È peraltro noto che la Corte, dopo fasi alterne[44], è pervenuta alla elaborazione del principio di gradualità come punto di approdo di un bilanciamento, appunto, tra attuazione dei diritti sociali di prestazione e scarsità delle risorse finanziarie disponibili[45]. Ed è questa la soluzione proposta, in relazione al diritto al nostro esame, nella sent. n.252/89[46], ove si legge che «come ogni altro diritto sociale, anche quello all'abitazione [...] tende ad essere realizzato in proporzione delle risorse della collettività».

[40] Cfr., F. Modugno, *I "nuovi diritti"*, cit., 58; nonché P. Caretti, *I diritti*, cit., 516.

[41] Si noti come la Corte eviti apertamente di parlare di un bilanciamento tra diritto all'abitazione e proprietà, quasi a degradare il primo a mera politica sociale.

[42] È questa la tesi propugnata, tra gli altri, da G. Bognetti, *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1993, spec. 46 ss.

[43] Così M. Luciani, *Sui diritti sociali*, cit., 126. Nello stesso senso, nella sterminata bibliografia sul tema, ci limitiamo a citare, *ex plurimis*, C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996, 370 ss.; D. Bifulco, *L'inviolabilità*, cit., spec. 175 ss.; nonché P. Caretti, *I diritti*, cit., 491 ss.

[44] Per una ricostruzione della posizione della Corte sul punto, da ultimo cfr. M. Midiri, *Diritti sociali e vincoli di bilancio nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, cit., vol. III, 2235 ss.

[45] Cfr., per tutti, R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 107 ss.

[46] Confermata nella successiva sent. n. 19/94.

Infine, dalla giurisprudenza costituzionale si trae l'ulteriore conclusione che il riconoscimento del diritto all'abitazione non osta ad un'imposizione fiscale sugl'immobili adibiti a tale uso, salvo si dimostri che il livello di pressione fiscale sia tale da impedire di fatto l'accesso alla casa (e quindi il godimento del relativo diritto[47]), ciò che la Corte ha escluso nel caso al suo esame (sent. n. 119/99).

### 4. Il diritto alla socializzazione dei disabili

La Costituzione, come noto, tratta delle persone con disabilità per assicurare loro, ove inabili al lavoro e prive di mezzi, il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale, oltre che all'educazione e all'avviamento professionale. La prospettiva dei Costituenti è dunque, primariamente, quella dell'assistenza materiale, laddove l'unico profilo che prende in esame anche aspetti diversi si ha per quanto concerne l'avviamento al lavoro, che rappresenta non solo un mezzo di sostentamento ma anche una forma di inserimento nel contesto sociale. Ebbene, accanto ad un copioso filone giurisprudenziale relativo alle provvidenze economiche per gl'inabili[48], con le prime decisioni della Consulta, che abbracciano la lettura aperta dell'art. 2 Cost. va affermandosi, come vedremo, un nuovo diritto alla socializzazione e all'effettiva partecipazione alla vita sociale per le persone disabili.

In sostanza, grazie alla valorizzazione del paradigma della dignità umana e del pieno sviluppo della persona, si assiste ad una rilettura pretoria dell'art. 38 Cost. per trarne profili sconosciuti ad un'interpretazione letterale, avvalorando una tutela della persona che vada oltre le esigenze di sussistenza per conseguire il risultato di una piena integrazione sociale, così da assicurare la «libertà nonostante la disabilità»[49].

Peraltro, la valorizzazione, nella giurisprudenza della Corte, di aspetti di socializzazione sembra sposare quell'approccio delle capacità, noto nella

[47] In dottrina, sulla necessità che l'imposizione fiscale receda di fronte alla priorità che va assicurata al godimento dei diritti finalizzati alla soddisfazione di un bisogno essenziale, si veda da ultimo A. Rauti, *La "giustizia sociale" presa sul serio. Prime riflessioni*, in *Forum Quad. cost.,* 2011, 8.

[48] Tra cui si segnala la sent. n. 346/89 che, nel consentire il cumulo tra pensione di invalidità e indennità di accompagnamento, precisa come la prima sia finalizzata al sostentamento del disabile, mentre la seconda miri a garantire «condizioni esistenziali compatibili con la dignità della persona umana». Ciò che fa della pronuncia, a nostro avviso, il *trait d'union* tra la giurisprudenza sui profili dell'assistenza economica e il piano della garanzia della dignità e dello sviluppo della personalità che porta all'emersione del nuovo diritto alla socializzazione.

[49] L'espressione è di R. Belli, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Milano, 2000, 7. Sul tema si vedano le riflessioni di C. Colapietro, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2011, 40 ss., che evidenzia la necessità, per evitare l'emarginazione dei disabili e dare compiuta attuazione all'art. 3, c. 2, Cost., di fornire, oltre a prestazioni assistenziali e sanitarie, anche attività volte a realizzarne l'inserimento sociale.

letteratura economica e sociologica, in cui si pone l'accento sul fatto che la valutazione della diseguaglianza e della povertà, e quindi la rimozione degli ostacoli ad un'effettiva eguaglianza, non può concentrarsi sul solo parametro reddituale, dato che su di essa incidono numerose variabili personali, tra cui in primo luogo lo stato di salute personale ed appunto la presenza di disabilità[50]. Se, infatti, l'esercizio dei diritti presuppone il possesso di determinate capacità, l'assenza di queste può portare a situazioni di emarginazione anche il soggetto che, nell'ipotesi in cui fosse preso in considerazione soltanto il reddito o, nella versione rawlsiana[51], la disponibilità di beni primari, dovrebbe essere escluso dal novero dei soggetti deboli. Da qui, dunque, la necessità che i diritti all'eguaglianza sostanziale prendano in esame anche la variabile della disabilità per rimuoverne gli effetti di natura non (solo) economica e consentire così una piena inclusione[52], superando le diseguaglianze che essa inevitabilmente porta con sé[53].

### 4.1. La socializzazione attraverso la scuola

La pronuncia che inaugura il filone giurisprudenziale sul diritto alla socializzazione è la sent. n. 215/87, nella quale la Corte dichiara l'illegittimità della normativa impugnata nella parte in cui stabilisce che sia facilitata, anziché garantita, la frequenza dei disabili nella scuola superiore[54]. Per giungere al questa pronuncia sostitutiva[55], il collegio introduce quello che diventerà

[50] Per limitare la citazione a figure emblematiche di questo pensiero, rinviamo ad A. Sen, *La diseguaglianza*, Bologna, 2000; ed a M. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana*, Bologna, 2002.

[51] Il riferimento è a J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, Milano, 1982.

[52] Volutamente non parliamo qui di integrazione ma di inclusione, dato che la prima presuppone che sia il soggetto disabile ad adattarsi al contesto sociale, mentre la seconda segna un cambiamento culturale, in cui si cerca di modificare l'ambiente per il disabile e non viceversa, assicurando così il diritto ad essere se stessi (ampiamente in tema C. Colapietro, *Diritti*, cit., 34 ss. e 90 ss.).

[53] Nella stessa prospettiva, afferma A. Baldassarre, *Diritti sociali*, cit., 20, che la Costituzione viene letta non nel senso di assicurare l'assistenza ai disabili in termini di opera caritatevole quanto piuttosto come fonte di un diritto alla integrazione sociale. Del resto, l'attenzione posta dalla Corte all'aspetto relazionale – come evidenzia A. Valastro, *Le vicende giuridiche dell'*handicap *e la «società dell'informazione»: vecchie conquiste e nuove insidie per la Corte costituzionale*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 989 – sollecita interventi volti a garantire ai disabili i diritti che ad essi spettano in quanto persone *tout court*, laddove la condizione di minorità rappresenta l'ostacolo all'esercizio dei comuni diritti di libertà.

[54] Così che, come scrive A. Baldassarre, *Diritti sociali*, loc. cit., l'integrazione del disabile viene ad essere oggetto di un vero e proprio diritto a prestazione, ciò che, secondo A. D'Aloia, *Eguaglianza*, cit., 64, rende la sentenza esemplare di quella garanzia di risultato in cui si traduce l'eguaglianza sostanziale.

[55] È interessante notare che la scelta della Corte di decidere nel merito evidenzia l'intenzione di intervenire sul tema, se è vero che essa avrebbe potuto, ove avesse preferito, dichiarare la questione inammissibile per difetto di rilevanza: cfr. R. Belli, *Servizi per le libertà: diritto inviolabile o interesse diffuso?*, in *Giur. cost.,* 1987, 1630. In questo senso, il dispositivo sostitutivo

il *leit motiv* di questa giurisprudenza, ovvero la considerazione che nessun soggetto, per quanto portatore di gravi disabilità, può dirsi irrecuperabile, e perciò, nell'ottica di garantire il migliore sviluppo possibile della sua personalità, questi ha diritto ad ogni misura idonea a consentirne la socializzazione[56], tra cui evidentemente la frequenza della scuola assume primaria importanza, tanto da essere comparata con le cure mediche e la famiglia[57]. Quanto al fondamento del diritto alla integrazione sociale, la Corte premette che «sul tema della condizione giuridica del portatore di *handicaps* confluiscono un complesso di valori che attingono ai fondamentali motivi ispiratori del disegno costituzionale» per cui «il canone ermeneutico da impiegare in siffatta materia è essenzialmente dato dall'interrelazione e integrazione tra i precetti in cui quei valori trovano espressione e tutela». Per la precisione, i parametri costituzionali utilizzati sono, per un verso, il combinato disposto degli art. 34, c. 1, e 2 Cost., che è utilizzato dalla Corte per rilevare che la scuola è una delle formazioni sociali in cui vanno garantiti i diritti fondamentali dell'uomo, e, per altro verso, il combinato disposto sempre dell'art. 2 con l'art. 3 Cost. sulla rimozione degli ostacoli di ordine anche sociale al pieno sviluppo della personalità[58]. A poco, dunque, rileva che le norme di cui all'art. 34 Cost. si preoccupino più che altro degl'interventi legislativi per la rimozione di problematiche di ordine economico: infatti, ciò si spiega per il fatto che «il Costituente era ben consapevole che è principalmente in queste che trova radice la disuguaglianza delle posizioni di partenza e che era perciò indispensabile dettare [...] espresse prescrizioni idonee a garantire l'effettività del principio di cui al primo comma. Ciò però non significa che l'applicazione di questo possa incontrare limiti in ostacoli di altro ordine, la cui rimozione è postulata in via generale come compito della Repubblica nelle disposizioni di cui agli artt. 2 e 3, secondo comma: sostenere ciò significherebbe sottacere il fatto evidente che l'inserimento nella scuola e l'acquisizione di una compiu-

appare ancor più coraggioso, essendo finalizzato a permettere alla Corte, al contempo, sia di riconoscere il diritto che di stabilirne il limite minimo (così, C. Moro, *L'eguaglianza sostanziale e il diritto allo studio: una svolta della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.,* 1987, 3071).

[56] È infatti solo nella rete di relazioni – scrive efficacemente F. Pizzolato, *Il minimo vitale*, Milano, 2004, 151 – che si costruisce l'identità della persona ed è solo all'interno della comunità che si possono creare le condizioni per prevenire e curare l'esclusione.

[57] Sotto questo profilo, la pronuncia sembra riprendere il ragionamento avviato fin dalla sent. n. 163/83, ove si legge che «non sono costituzionalmente [...] ammissibili esclusioni e limitazioni dirette a relegare sul piano di isolamento e di assurda discriminazione soggetti che [...] hanno invece pieno diritto di inserirsi nel mondo del lavoro». La sentenza, tuttavia, pur rappresentando un primo passo della Corte nella direzione che sarà tracciata nella giurisprudenza successiva, si basa sull'applicazione di parametri costituzionali esplicitamente riferiti al lavoro, mentre il richiamo al pieno sviluppo della personalità non è ancora volto, in essa, a fondare un nuovo diritto.

[58] E per questo, a giudizio di A. D'Aloia, *Eguaglianza*, cit., 16, la sentenza è emblematica di come la prospettiva del pieno sviluppo della persona porti ad un approfondimento di senso dei diritti sociali.

ta istruzione sono strumento fondamentale per quel "pieno sviluppo della persona umana" che tali disposizioni additano come meta da raggiungere».

Neppure si potrebbe sostenere che i portatori di *handicap* siano per definizione non capaci – e quindi esclusi dalla previsione dell'art. 34 Cost. sul diritto a raggiungere i più alti gradi dell'istruzione – in quanto ciò significherebbe ammettere l'esistenza di limiti insuperabili, tali da esonerare il legislatore dal dovere di rimuovere pienamente le diseguaglianze. Semmai, proprio l'opportunità di frequentare la scuola porta ad ammettere l'avanzamento nella carriera scolastica per i disabili anche in deroga al criterio meritocratico, pur costituzionalmente previsto, sul presupposto che dalla diversità del soggetto con disabilità deve discendere un trattamento di favore (consistente nel far prevalere i risultati in termini di socializzazione rispetto a quelli di apprendimento), così che essa non sia più avvertita come tale[59].

L'operazione ermeneutica portata a termine della Corte nell'ampliare le insufficienti disposizioni del legislatore è dunque chiara: il riferimento agli art. 2 e 3, c. 2, Cost. è utilizzato per riconoscere un nuovo diritto di portata generale, capace di imporre nuovi significati ad enunciati costituzionali, dalla cui lettera si ricaverebbe solo una più ristretta tutela[60]. Non è un caso che il richiamo dell'art. 38, c. 3, Cost. giunga solo al termine della motivazione, a giochi conclusi, per sottolineare, ma solo *ad adiuvandum*, che l'impegno per lo Stato di garantire l'istruzione secondaria rientra in quella formula dell'educazione e avviamento professionale di cui parla la disposizione.

Queste considerazioni trovano successive conferme, anche sul piano del riconoscimento di provvidenze economiche, ma sempre finalizzate a consentire l'effettiva integrazione scolastica del disabile. Così, l'indennità di accompagnamento, come strumento indispensabile per favorire la frequenza scolastica ed i suoi benefici in termini di socializzazione, viene estesa con successive sentenze ai minori non deambulanti che frequentino la scuola dell'obbligo (n. 106/92), ai minori ciechi assoluti (n. 88/93), al disabile maggiorenne impegnato in attività formativa ancorché non iscritto nelle liste di collocamento (n. 329/02) nonché ai bambini disabili che frequentano l'asilo nido (n. 467/02)[61].

[59] In questo senso, C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000, 76 ss. secondo cui è appunto l'interazione tra gli art. 2, 3 c. 2 e 34 ad esigere che capacità e merito siano valutati con criteri peculiari, facendo prevalere l'istanza di inclusione.

[60] *Contra*, S. Bartole, *Interpretazioni*, cit., 341, secondo cui la sentenza in esame, in sé considerata, poteva anche essere letta come risultato di un'interpretazione sistematica di altre norme costituzionali. La pronuncia è invece additata da P. Ridola, *Diritti fondamentali*, cit., 127, come esempio di quella prospettiva di liberazione e innovazione sul terreno sociale di cui il nesso tra gli art. 2 e 3, c. 2, è espressione, in una visione dell'uomo non avulsa dalla concretezza del suo radicamento sociale.

[61] Si osservi come le sentenze da ultimo citate, introducendo nuovi oneri finanziari, si profilano come pronunce additive di spesa, pur intervenendo in un periodo in cui tale tipologia appare ormai di rara adozione.

Da ultimo, con la sent. n. 80/10 la Corte, sviluppando un *obiter* della sent. n. 52/00, ha riaffermato che la tutela dei disabili, pur essendo rimessa alla discrezionalità del legislatore, non può prescindere dalla garanzia di un nucleo indefettibile, cui la Corte riconduce la presenza degl'insegnanti di sostegno (dichiarando illegittima la fissazione di un tetto massimo inderogabile alle ore di questi). Ciò che appare significativo nella decisione, oltre al fatto di configurarsi come una sentenza di spesa in un momento di estrema prudenza sul punto, è il fatto che, probabilmente anche per questa stessa ragione, la Consulta precisa che la deroga al normale rapporto tra studenti e insegnanti deve riguardare non ogni disabile, ma solo i soggetti più gravi, per garantire un sostegno personalizzato in funzione del loro *handicap*. Con il che la giurisprudenza compie un ulteriore passo verso la dimensione di un diritto della persona che non solo non guarda più all'individuo astratto delle dichiarazioni dei diritti di stampo liberale, ma anche all'interno delle categorie di persone più deboli individua diverse graduazioni che tengono conto quanto più possibile delle variabili soggettive[62]. Infatti, conclude la Corte, per ogni categoria di disabilità risulta «necessario [...] individuare meccanismi di rimozione degli ostacoli che tengano conto della tipologia di *handicap* da cui risulti essere affetta in concreto una persona».

### 4.2. Diritto alla socializzazione e qualità di vita del disabile

Il diritto alla socializzazione non è una semplice declinazione del diritto all'istruzione in riferimento ai disabili, bensì un autonomo nuovo diritto della persona con *handicap*. È dunque per garantire l'effettività di esso in contesti diversi da quello scolastico che, in altre pronunce, la Consulta ne afferma il fondamento, al di là dell'art. 34, sia nel principio di eguaglianza sostanziale, utilizzato in senso forte come fonte di un vero e proprio obbligo di intervento del legislatore, sia nell'art. 32 Cost., nella sua accezione di tutela della salute psichica.

Così, con la sent. n. 167/99 la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1052 cod. civ. nella parte in cui non prevede la costituzione di una servitù coattiva di passaggio quando ciò risponda ad esigenze di accessibilità

[62] Invero, un primo passo in questa direzione potrebbe già leggersi nella sent. n. 226/01, ove la Consulta sottolineava come il conseguimento di un titolo di studio in corsi per adulti in luogo di classi scolastiche ordinarie potesse essere maggiormente funzionale all'effettivo inserimento e al completamento del processo di maturazione per il disabile ultraquattordicenne. L'idea che la prestazione per la persona svantaggiata debba essere quanto più possibile individualizzata, dovendosi adeguare alle effettive e reali capacità del singolo, è sostenuta da chi si riconosce nell'approccio delle capacità (come per esempio M. Nussbaum, *Giustizia*, cit., 79 ss.), di cui è naturale e coerente sviluppo; la stessa giurisprudenza della Corte sembra dunque *a fortiori* indirizzarsi in questa direzione. Né, del resto, poteva essere diversamente dato che – rileva A. Valastro, *Le vicende*, cit., 990 – nel momento in cui si abbandona una prospettiva centrata sull'assistenza medica per guardare all'aspetto relazionale è inevitabile che assumano maggior rilievo le specificità individuali.

per un soggetto disabile[63]. Anche in questo caso, come è agevole osservare, non si verte affatto nel campo delle provvidenze economiche, di cui all'art. 38 Cost., né in quello delle cure mediche in senso proprio, di cui all'art. 32 Cost., ma l'attenzione della Consulta si indirizza alla garanzia della qualità di vita del disabile, ben oltre le esigenze materiali di mera sussistenza, per dare piena cittadinanza, anche sotto il profilo sociale, ai portatori di *handicap*. Infatti, essa afferma chiaramente che «la impossibilità di accedere alla pubblica via, attraverso un passaggio coattivo [...] si traduce nella lesione del diritto del portatore di *handicap* ad una normale vita di relazione, che trova espressione e tutela in una molteplicità di precetti costituzionali: evidente essendo che l'assenza di una vita di relazione, dovuta alla mancanza di accessibilità abitativa, non può non determinare quella disuguaglianza di fatto impeditiva dello sviluppo della persona che il legislatore deve, invece, rimuovere». Così che «la norma denunciata [è] in contrasto sia con l'art. 3 sia con l'art. 2 della Costituzione, ledendo più in generale il principio personalista che ispira la Carta costituzionale e che pone come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana». Non solo, ma l'ostacolo alla socializzazione derivante dalla impossibilità del disabile di lasciare agevolmente la propria abitazione, oltre a porsi in contrasto con il principio di eguaglianza sostanziale[64], rischia di comprometterne la salute psichica, considerata come elemento essenziale della tutela apprestata dall'art. 32 Cost.

Da questo punto di vista, decisamente contraddittoria ci sembra la successiva sent. n. 432/05 in tema di circolazione gratuita sui mezzi di trasporto per gl'invalidi totali. Ora, prescindendo infatti dalla questione decisa con la sentenza, che attiene alla illegittimità della mancata estensione del beneficio agli stranieri, interessa qui rilevare che la Corte qualifica la prestazione in questione come «una provvidenza dettata da finalità eminentemente sociali, nella specie raccordata, sul piano della "causa" normativa, a valori di solidarietà, non disgiunti dagli intuibili riverberi che le peculiari condizioni dei beneficiari e la natura stessa del beneficio possono in concreto presentare rispetto alle esigenze di vita e di relazione». Sennonché, pur con tali premesse, la Consulta conclude tuttavia, incoerentemente, per «l'impossibilità di individuare nel trasporto regionale un servizio destinato ad integrare – sempre e comunque – quel "nu-

[63] Così che – argomenta P. Vitucci, *Il passaggio coattivo e le persone handicappate*, in *Giur. cost.,* 1999, 1621 ss. – la Consulta converte l'istituto della servitù coattiva, creato per esigenze di tipo economico, al raggiungimento di finalità sociali, dando vita ad un'eterogenesi dei fini dell'istituto.

[64] Che secondo G. Serges, *Anacronismo legislativo, eguaglianza sostanziale e diritti sociali*, in *Giur. it.,* 2000, 686 ss., rappresenta la vera *ratio decidendi*, al di là del timido valore che la lettera della sentenza potrebbe farne dedurre, poiché potrebbe da solo giustificare l'accertamento della illegittimità della legge impugnata. Lo stesso A. evidenzia la portata innovativa di tale scelta, dato che a differenza della pregressa giurisprudenza qui non sarebbe il principio di eguaglianza a stare sullo sfondo della decisione, ma gli altri parametri invocati.

cleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana" [...] posto che è la natura stessa del servizio ad evocare il soddisfacimento di una gamma indefinita (ed indefinibile) di esigenze di spostamento». Il che, se può spiegarsi in relazione al fatto che la normativa impugnata concedeva la gratuità del trasporto anche ad altri soggetti non disabili, non esclude che, per essi, si possa facilmente osservare come a poco giova attribuire il diritto alla servitù di passaggio se poi il soggetto che, a causa del suo *handicap*, verosimilmente non disporrà di un mezzo proprio, può poi incontrare un ostacolo economico nella fruizione del mezzo pubblico di trasporto. Anzi, laddove la Corte rileva come gli spostamenti potrebbero avvenire anche per cause diverse da motivi di salute e lavoro, per escludere l'attinenza a questi diritti costituzionali, essa sembra segnare un deciso passo indietro rispetto ai propri precedenti, quasi che il disabile avesse diritto ad una vita di relazione solo in correlazione alle esigenze materiali di cura o di lavoro. Di modo che, anticipando quanto verrà detto in seguito, pare quasi di potersi individuare la *ratio decidendi* più nella diversità del soggetto onerato (anche economicamente) nel caso di specie (la Regione) rispetto a quello (il privato proprietario del fondo servente) interessato dalla pronuncia del 1999.

### 4.3. Socializzazione del disabile e diritti (degli altri membri) della famiglia

Il diritto alla socializzazione trova ancora conferma e sviluppo in decisioni della Consulta relative alla disciplina dei congedi parentali, quali istituti introdotti, a partire dalla l. n. 104/92, per permettere al famigliare di un disabile di conciliare attività lavorativa ed esigenze di assistenza del soggetto debole.

A tal proposito, occorre ricordare come in dottrina[65] si è argomentata l'esistenza di "diritti sociali della famiglia", individuabili nella giurisprudenza tesa a riconoscere e ampliare una serie di diritti, in favore di soggetti deboli (come appunto i disabili, ma anche, come si dirà, i minori), all'interno del nucleo famigliare. A nostro avviso, tuttavia, non si può parlare propriamente di diritti della famiglia, ancorché tale sia l'espressione che ricorre nella lettera dell'art. 29 Cost., sembrando difficile immaginare che con essa si designino situazioni soggettive la cui titolarità spetterebbe alla famiglia come formazione sociale autonoma, anche a prescindere dai (o in contrapposizione ai) diritti dei singoli membri.

[65] Specialmente da parte di V. TONDI DELLA MURA, *Famiglia e sussidiarietà, ovvero: dei diritti (sociali) della famiglia*, in *Dir. soc.,* 2005, spec. 542, ove l'A. afferma che i diritti sociali situati nella famiglia perdono l'originale carattere di pretesa individuale per trovare compimento e soddisfazione nella famiglia quale formazione sociale primaria in cui si sviluppa il singolo. La tesi è condivisa da A. MORRONE, *Art. 2*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Milano, 2009, 32, per il quale il primato della persona *ex* art. 2 non comporta necessariamente la prevalenza dei diritti individuali, dato che questi appaiono come diritti funzionali all'interesse dell'istituzione una volta inseriti nel contesto famigliare.

In realtà, seguendo una dottrina da tempo diffusa[66], ci sembra più rispondente alla centralità della persona nel disegno costituzionale ritenere che i diritti in questione siano e restino pur sempre dei singoli individui, sia pure in quanto componenti della famiglia, senza che possa prevalere l'interesse di questa, complessivamente inteso, nei confronti di un suo membro. A tanto, tra l'altro, porta quanto affermato dalla Corte nella sent. n. 494/02, secondo cui «la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti» giacché «il valore delle "formazioni sociali", tra le quali eminentemente la famiglia, è nel fine ad esse assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani». In linea con tale soluzione, dunque, non esamineremo i diritti della famiglia come categoria unitaria, ma esamineremo le sentenze, in cui queste situazioni soggettive trovano attuazione, trattando dei nuovi diritti dei soggetti deboli coinvolti.

Trattando poi nello specifico dei congedi parentali, ci sembra che essi possano essere ricondotti al diritto alla socializzazione anche se sono attribuiti dalla legge ad un soggetto diverso dal disabile, essendo comunque innegabile che la *ratio* della norma è di favorire al massimo l'assistenza al disabile stesso nell'ambito della famiglia. Si ha dunque, per così dire, una dissociazione tra il diritto sociale costituzionalmente riconosciuto, di cui è titolare il disabile, e la sua attuazione legislativa, che passa per l'attribuzione di diritti particolari ad un soggetto diverso (quale il famigliare), ma sempre in senso funzionale alla tutela della socializzazione del portatore di *handicap*. Ed è proprio questa diversità di piani di tutela, con la connessa funzionalizzazione dei diritti legislativamente riconosciuti, a consentire alla Corte, con diverse pronunce, di estendere le soluzioni introdotte dal legislatore ad altre fattispecie che possono ugualmente concorrere alla garanzia del diritto alla socializzazione.

In via preliminare, occorre ancora osservare come, con le sentenze in parola, si introduce anche un ulteriore profilo del diritto alla socializzazione, derivante dalla valorizzazione prioritaria della famiglia, in un'ottica di sussidiarietà orizzontale, come luogo privilegiato di soddisfazione delle pretese riconducibili a diritti sociali[67]. Infatti, grazie agl'interventi della Corte, una maggiore effettività del diritto è assicurata mediante l'estensione delle possibilità di assistenza da parte di un famigliare, a conferma del cambiamento

[66] Per tutti, si veda M. Bessone, *Art. 29*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1976, 25 ss., il quale afferma nettamente che i diritti individuali e l'integrale svolgimento della personalità hanno un valore primario che esclude la possibilità di una loro limitazione in ragione del superiore interesse dell'istituzione famigliare, dato che, semmai, è la famiglia a trovare garanzia costituzionale in funzione della tutela dell'individualità dei singoli.

[67] In questo senso condividiamo i rilievi di V. Tondi Della Mura, *Famiglia*, cit., 559.

culturale, di cui la l. n. 104 è espressione, per cui l'assistenza cessa di rappresentare un mero problema materiale, tanto che non solo il suo contenuto, ma anche il soggetto che la fornisce appaiono come infungibili e meritevoli, per quanto possibile, di una soluzione *ad personam*[68].

In questa prospettiva, allora, assume anzitutto rilievo la sent. n. 325/96, in cui, pur rigettando la richiesta del giudice *a quo* di estendere la possibilità di scelta della sede lavorativa più vicina al disabile anche al caso di parenti non dimoranti, la Consulta rileva che la *ratio* dell'atto normativo è di consentire al disabile assistito da un famigliare di evitare rotture traumatiche, esigenza che non si manifesta nel diverso caso di una sopravvenuta disabilità di un parente non convivente.

Decisamente più incisive sono le successive sentt. nn. 233/05, 158/07 e 19/09, con cui i congedi parentali, previsti originariamente dal d. lgs. n. 151/01 per i soli genitori di un disabile, vengono estesi, progressivamente[69] e nonostante il loro inserimento in un *corpus* normativo volto alla tutela della maternità, rispettivamente ai fratelli, al coniuge e al figlio di un portatore di *handicap*, individuando la *ratio* del provvedimento, al di là della sua collocazione sistematica, più nella tutela del disabile in sé che non nella protezione della maternità.

Questo ruolo essenziale della famiglia nell'assistenza e nella socializzazione aveva nel frattempo già costituito la *ratio decidendi* anche della sent. n. 350/03, con cui la Corte ha esteso il diritto alla detenzione domiciliare alla madre (o al padre, nel caso di mancanza o impossibilità di essa[70]) convivente con un figlio, anche maggiore di dieci anni[71], portatore di un *handicap* totalmente invalidante, «non essendo indifferente per il disabile grave, a qualsiasi età, che le cure e l'assistenza siano prestate da persone diverse dal genitore». Semmai, prosegue la Consulta con chiarezza cristallina, fugando eventuali dubbi sulla riconducibilità del diritto alla socializzazione nell'alveo dei diritti all'eguaglianza sostanziale, «in questa prospettiva, la possibilità di concedere la detenzione domiciliare [...] appare funzionale all'impegno della Repubblica,

[68] Così, V. Tondi Della Mura, *Famiglia*, cit., 545 ss., secondo il quale la garanzia di un diritto sociale deve comprendere anche la libera determinazione del suo titolare di scegliere il soggetto erogatore della prestazione, specie per i diritti sociali ove è elemento ricorrente il legame con le comunità intermedie.

[69] La necessità di una pluralità di sentenze deriva dalla scelta compiuta dalla Corte nella pronuncia del 2005 – e stigmatizzata da V. Tondi Della Mura, *Diritto al congedo straordinario per l'assistenza al soggetto disabile: verso una preferenza estesa ai famigliari diversi dai genitori?*, in *Giur. cost.,* 2005, 2009 ss. – di rispondere al caso puntuale ad essa sottoposto anziché estendere in modo flessibile fin da subito la tutela a qualunque famigliare, ciò che le avrebbe consentito di evitare la successiva «microconflittualità costituzionale».

[70] Rispetto al padre la Corte aveva già esteso il beneficio nella ipotesi del figlio minore, qui assunta a *tertium comparationis*, con la sent. n. 215/90, in cui però l'argomentazione è interamente giocata sul principio di eguaglianza formale.

[71] Al di sotto di tale soglia, infatti, la legge già prevedeva, in generale, la possibilità di usufruire di tale forma alternativa di esecuzione della pena.

sancito nel secondo comma dell'art. 3 della Costituzione, di rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che impediscono il pieno sviluppo della personalità».

### 4.4. Il diritto alla socializzazione nel giudizio di bilanciamento

Anche in riferimento al diritto alla socializzazione del disabile, la Corte ha avuto modo di intervenire a precisarne la natura non assoluta e la necessità di un bilanciamento.

Una prima occasione è data dalla sent. n. 372/02, in cui la pretesa estensione del diritto del famigliare a scegliere una sede di lavoro più vicina per assistere il parente disabile viene ritenuta recessiva rispetto all'interesse a garantire la stabilità del personale in servizio negli uffici giudiziari della Provincia di Bolzano. Precisa infatti la Corte, pur confermando il «particolare valore» della l. n. 104/92 in quanto «finalizzata a garantire diritti umani fondamentali», che il diritto a scegliere la sede lavorativa per il famigliare del disabile non è illimitato, dovendo cedere di fronte ad un interesse costituzionale, quale individuabile nella garanzia del bilinguismo, cui è finalizzata la normativa sulla permanenza minima dei funzionari negli uffici altoatesini. Il che, a ben vedere, è alquanto discutibile, dato che la Corte pone quelli che essa stessa definisce diritti umani fondamentali su di un piano subordinato rispetto ad un interesse sì costituzionalmente tutelato, ma difficilmente con essi comparabile.

Maggiore importanza assume la sent. n. 251/08, in cui viene dichiarata inammissibile per discrezionalità del legislatore la questione, in tema di barriere architettoniche nei locali di pubblico spettacolo, relativa alla mancata previsione del diritto del disabile non solo di accedervi, ma anche di fruirvi di una visione di qualità uguale agli altri spettatori. Ebbene, a tale lettura la Corte oppone la discrezionalità del legislatore nel bilanciare il diritto alla socializzazione, cui viene pertanto esplicitamente negata natura assoluta, con altri interessi di rilievo costituzionale, non ultimo quello alla sicurezza degli spettatori, che induce ad assicurare un posto in detti locali agl'invalidi compatibile con l'esigenza di garantire vie di fuga in caso di pericolo. Peraltro, è interessante notare che la Consulta accenna anche, senza però svilupparlo, al problema del bilanciamento tra diritto alla socializzazione ed onere economico per il soggetto privato nella eliminazione di qualsivoglia barriera, onere che si rivelerebbe sproporzionato ove spinto fin nel senso richiesto dall'ordinanza di rinvio: con il che viene applicato, sia pure in modo alquanto sommesso, il principio di gradualità nell'attuazione dei diritti sociali anche in un rapporto orizzontale.

## 5. Il diritto del minore a una famiglia

La posizione del minore nel testo costituzionale, se può indurre a parlare di esso come di un "soggetto debole" meritevole di tutela in diversi contesti, solo rispetto allo svolgimento dell'attività lavorativa (art. 37, c. 3) sembra pro-

filarsi quale vero e proprio diritto soggettivo. Più spesso, sia per quanto concerne l'età minima per l'avvio al lavoro sia, più in generale, negli art. 30 e 31 sui rapporti famigliari, il minore sembra più il destinatario di misure assistenziali (sussidiarie) da parte dei pubblici poteri che non titolare di un autentico diritto sociale. In questo senso, nella sent. n. 11/81, per esempio, la Corte, pur rilevando che il combinato disposto degli artt. n. 2 e 30 Cost. impone di assumere (rispetto all'adozione) «a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione» dato che «la soddisfazione del bisogno di famiglia avvertito con forza dal minore [...] richiede per la sua crescita normale affetti individualizzati e continui, ambienti non precari, situazioni non conflittuali», parla ancora genericamente di situazione soggettiva, non meglio specificandola.

La pronuncia citata, tuttavia, riveste primaria importanza costituendo il precedente su cui si fonda, nella successiva evoluzione giurisprudenziale, il riconoscimento del diritto del minore ad una famiglia. È infatti la lettura dell'art. 30, c. 1, in combinato disposto con gli art. 2 e 3 Cost., a far acquisire a tale disposizione una valenza autonoma dal contesto in cui è situata ed a farne il fondamento di una sorta di «statuto dei diritti costituzionali del minore», per soddisfare tutte le esigenze di cura della sua persona oltre il semplice mantenimento[72]. Ed è dalla medesima lettura coordinata di queste norme costituzionali che nella giurisprudenza del giudice delle leggi si afferma quale aspetto fondamentale del diritto del minore ad una famiglia il principio del preminente interesse del minore, inteso come la necessità costituzionale che, nel bilanciamento con altri interessi rilevanti, trovino prevalenza quelli di questo soggetto debole.

In tal senso, è ancora la disciplina dell'adozione a fornire alla Corte l'occasione, nelle successive pronunce n. 198/86 e n. 183/88, per affermare il diritto del minore al riconoscimento *pleno jure* di una (unica) famiglia al fine di trovare garantita una situazione affettiva stabile e adeguata, il cui fondamento è individuato nella combinazione dei valori costituzionali, appunto, di cui agli art. 2 e 30 Cost. che ne giustificano la qualificazione in termini di diritto fondamentale. Ma se ancora queste sentenze convergono nel riconoscere quali titolari di tale diritto tanto i genitori (adottanti) quanto il minore (adottato), in modo più radicale la sent. n. 281/94 individua nel vincolo matrimoniale una delle garanzie di stabilità della famiglia cui l'adottando ha diritto, rispetto cui l'aspirazione alla filiazione da parte della coppia appare recessiva, negandosene la natura di diritto fondamentale costituzionalmente riconoscibile. La finalizzazione dell'istituto adottivo rispetto alla realizzazione del diritto del minore alla famiglia è poi ancor più nettamente affermata allorché la Corte, con la sent. n. 303/96, nel bilanciare ancora il diritto del minore ad una famiglia con l'interesse all'adozione degli aspiranti genitori,

[72] Così E. Lamarque, *Art. 30*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, 630. Sull'importanza del combinato disposto tra art. 2 e art. 30 Cost. per la nascita di un "diritto dei minori" cfr. già P. Barile, *Diritti*, cit. 58 ss.

afferma che questo non assume rilievo, essendo la normativa sull'età degli adottanti eminentemente volta alla tutela del minore per la soddisfazione dei suoi bisogni affettivi[73].

La primarietà del diritto del minore trova conferma, da ultimo, anche nell'ambito della disciplina della fecondazione artificiale (eterologa), rispetto cui la Corte, nella sent. n. 347/98, (ri)afferma la preminenza delle garanzie per il nuovo nato, fondandone i diritti «ancor prima» che sugli art. 30 e 31 Cost., «in base all'art. 2 Cost.», secondo le specificazioni del legislatore.

### 5.1. Diritti del minore tra famiglia legittima e famiglia naturale

Il diritto del minore a una famiglia, a dimostrazione della sua natura trasversale e del suo fondamento nella interpretazione evolutiva e sistematica di diverse norme costituzionali, si consolida anche grazie all'indirizzo giurisprudenziale formatosi in tema di tutela della prole naturale ed equiparazione a quella legittima, in cui tale situazione soggettiva assume la ulteriore accezione di diritto a vedersi riconosciuto come membro di una famiglia *tout court*, quantunque a ciò non faccia seguito alcun materiale inserimento in essa. È pur vero che molte di queste pronunce si limitano all'applicazione del principio di eguaglianza, ma non è men vero che non poche di esse sono indirizzate a superare quel *favor* per la famiglia legittima (di uno) dei genitori naturali, che informava di sé non solo la disciplina civilistica, ma anche lo stesso testo costituzionale, per porre invece al centro della disciplina l'interesse del minore[74], in grado di prevalere sulle eventuali istanze concorrenti della famiglia legittima[75].

In questa prospettiva, molti limiti, per esempio, al riconoscimento di paternità vengono ritenuti illegittimi (tra le altre, sentt. nn. 229/87 e 341/90), laddove il criterio di riferimento appare quello della verifica «se la modifica dello *status* del minore risponda al suo interesse» consistente «nell'affermazione di un rapporto di filiazione veridico, che non pregiudichi la formazione e lo sviluppo della propria personalità» (sent. n. 216/97 e ord. n. 169/04). Il punto terminale di questa giurisprudenza si ha con la citata sent. n. 494/02 che elimina anche il più durevole ostacolo alla realizzazione del diritto alla famiglia dei minori, censurando il divieto di dichiarazione giudiziale di paternità per i figli nati da rapporti incestuosi. Con essa, in particolare, si evidenzia che lo *status filiationis*

[73] L'importanza della sentenza è evidenziata da E. Lamarque, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità*, Padova, 1998, 98, che, per la centralità in essa assunta dall'art. 2 Cost., la qualifica come emblematica dell'emersione di un nuovo diritto del minore, dai «contorni abbastanza definiti».

[74] Cfr. ancora E. Lamarque, *Art. 30*, cit., 636 ss., ove l'A. parla, al riguardo, di uno dei profili da cui si evidenzia quella vera e propria «eterogenesi dei fini» che ha portato l'art. 30 a trasformarsi da disposizione di tutela dell'istituzione famigliare a quella di garanzia dell'esclusivo interesse del minore.

[75] Sulla base di ciò che, nella sent. n. 494/02, è definito come mero «incerto del mestiere di vivere».

costituisce oggetto di tutela *ex* art. 2 Cost., in quanto elemento costitutivo del diritto all'identità personale[76]: portando ad estreme conseguenze la giurisprudenza pregressa, si arriva così a completare il percorso che inizia da una visione del minore come oggetto di protezione da parte di una legislazione assistenziale, in un contesto di diritto di famiglia incentrato sulla tutela (dei membri) della famiglia legittima, per giungere all'emersione di un diritto del minore ad una famiglia in cui sviluppare in modo sereno ed armonioso la propria personalità, fino al diritto in sé di vedersi riconoscere come figlio. Si giunge per tale via ad una frontiera di confine in cui profili di diritto sociale e diritto della personalità finiscono per incontrarsi, secondo del resto quanto si è detto sulla difficoltà (e inutilità) di porre rigide distinzioni tra categorie di diritti.

### 5.2. Dalla tutela della lavoratrice alla tutela del minore

Un ulteriore percorso giurisprudenziale da cui emerge il diritto sociale del minore ad una famiglia è quello relativo alla estensione di alcuni istituti di tutela della maternità.

In diverse pronunce sul tema, infatti, il diritto del minore a vedere tutelato lo sviluppo (non solo materiale ma anche) affettivo all'interno della famiglia è all'origine della emersione di aspetti completamente nuovi nella tutela della maternità, ben oltre i confini della lettera dell'art. 37 Cost.[77], ancorché invero la Corte parli più genericamente di interessi costituzionali e mai di diritti del minore *in subiecta materia*.

Così, fin dalla sent. n. 1/87, la Corte, sposando la nuova prospettiva assunta dal legislatore con le leggi n. 1204/71 e n. 903/77 sulla disciplina della maternità[78], evidenzia come, dalla mera tutela biologica della madre, «ampliando la gamma dei valori costituzionalmente perseguiti» siano stati introdotti istituti (in relazione alla astensione ed ai congedi *post partum*) volti a proteggere un interesse di primario rilievo costituzionale quale la tutela del minore[79], in nome del quale si può individuare nel complesso di cui agli art. 29, 30, 31

[76] In tema di riconduzione dello *status filiationis* alla identità personale cfr. per tutti, anche per possibili ricostruzioni alternative, D. Tega, *Il principio di verità della nascita e il diritto all'identità personale del "figlio incestuoso": le colpe dei padri non ricadano sui figli!*, in *Giur. cost.,* 2003, 1076 ss.

[77] In generale, sullo spostamento dell'attenzione della Corte, in relazione a tale disposizione, sulla tutela del bambino, cfr., per tutti, C. Salazar, *Art. 37*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 761.

[78] Non a caso la sentenza è portata da R. Bin, *Diritti*, cit., 27, come esempio di espansione della garanzie costituzionali in progressione con la loro traduzione in regole legislative.

[79] Interesse che, come evidenzia C. Colapietro, *Dalla tutela della lavoratrice madre alla tutela della maternità e dell'infanzia: l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, in *Giur. it.,* 2000, 1320, assume un valore centrale nel momento in cui assurge ad interesse autonomo rispetto a quello della madre, potendo essere soddisfatto anche da altro soggetto.

e 37 Cost. la giustificazione per estendere la tutela fornita con l'astensione (obbligatoria e facoltativa) ed i permessi anche al padre (oltre a quella citata, si vedano le sent. n. 341/91 in relazione al padre affidatario e n. 179/93 rispetto ai permessi giornalieri). Analogamente – e parallelamente – la tutela viene estesa a casi diversi dalle ipotesi "normali" di maternità biologica (ed adottiva, secondo un ampliamento di garanzia già affermatosi nella legislazione), quali l'affidamento preadottivo (sent. n. 332/88) od il parto prematuro (sent. n. 270/99). Non solo, ma, se con la sent. n. 104/03 il periodo di godimento dei riposi per il genitore adottivo è spostato dal primo anno di vita biologica del bambino al primo anno della vita in famiglia dell'adottato, ancora una volta «per appagare i bisogni affettivi e relazionali del bambino per realizzare il pieno sviluppo della sua personalità», con la successiva sent. n. 161/11 anche il *dies a quo* per il godimento dell'astensione obbligatoria è posticipato, nel caso di parto prematuro con successivo ricovero ospedaliero del neonato, alla effettiva entrata nella casa famigliare del bambino al fine di garantire l'instaurazione del rapporto tra madre e figlio.

### 5.3. Potestà genitoriale e tutela del minore

I diritti del minore trovano un ulteriore riconoscimento, da ultimo, nella recente sent. n. 31/12, con la quale la Corte dichiara la illegittimità dell'art. 569 cod. pen. nella parte in cui prevede come automatica la pena accessoria della perdita della potestà genitoriale in caso di condanna per il reato di alterazione dello stato civile. Si tratta, invero, di una questione già dichiarata manifestamente infondata, in relazione all'art. 30 Cost., nell'ord. n. 723/88, allora sulla base della considerazione, piuttosto aprioristica, che essendo la potestà prevista a tutela del minore[80], la perdita a carico del genitore condannato per questi reati avrebbe semmai accresciuto tale tutela, né sarebbe conseguito alcun pregiudizio al minore grazie agli istituti a ciò predisposti dallo Stato.

Nella decisione del 2012, invece, la Corte, preso atto della infungibilità del ruolo genitoriale, la cui sostituzione ad opera dei meccanismi ordinamentali rappresenta un intervento sussidiario riservato al caso in cui l'esercizio della potestà da parte dei genitori vada a danno del minore, afferma che è proprio l'automatismo della perdita stessa, a prescindere da ogni indagine sull' interesse in concreto del minore a vivere nella sua famiglia naturale, a presentarsi come contraddittorio con la *ratio* del provvedimento.

Viene così riaffermato il diritto del minore alla *sua* famiglia, ancorché per una mera strategia argomentativa la Corte risolva la questione in base al principio di ragionevolezza, dichiarando assorbita la questione sollevata in relazione agli art. 2 e 30 Cost.

[80] In questo senso già la sent. n. 957/88, ove la Consulta rileva come la potestà, da diritto del *pater familias*, sia andata divenendo strumento di «tutela di un interesse alieno, che è poi quello del minore».

## 6. Il "diritto di togliersi la fame"

Nel 1994, durante una conferenza stampa, il Presidente Casavola precisava come il primo dei diritti fondamentali dei cittadini è "il diritto a togliersi la fame". Se in quel caso la formula costituiva un mero espediente retorico, con la sent. n. 10/10 la Corte è pervenuta alla definizione di un vero e proprio «diritto a conseguire le prestazioni imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno, in particolare alimentare», quale autonoma situazione soggettiva.

Il nuovo diritto trova affermazione nell'ambito del giudizio principale avente ad oggetto le norme sulla cd. *social card*. In esso, dando concretezza al "diritto di togliersi la fame", la Corte afferma che la legge statale scrutinata non è invasiva della competenza legislativa regionale in quanto destinata a definire il livello essenziale delle prestazioni inerenti appunto al diritto sociale a ricevere aiuto in situazioni di estremo bisogno. Dunque, prescindendo per ora da considerazioni sul ricorso alla clausola dei livelli essenziali[81], viene così riconosciuto un diritto soggettivo innominato, in grado di giustificare (*rectius*, rendere doveroso) un intervento del legislatore statale, che la Corte ricava dal combinato disposto dell'art. 38 con gli art. 2 e 3, c. 2, Cost., superando la lettera della disposizione che prevede il diritto al mantenimento ed all'assistenza solo per gl'inabili al lavoro sprovvisti di mezzi[82]. La disposizione costituzionale, insomma, viene letta come una sorta di norma residuale in tema di protezione sociale, in grado di dare copertura alla generalità delle esigenze di cura in situazioni di estremo bisogno, a prescindere da specifici *status* riconducibili a categorie svantaggiate[83].

Per il vero, le affermazioni della Corte sembrano andare ben oltre quello che apparentemente rappresenta lo scopo immediato della decisione (giustificare in nome dell'emergenza economica un intervento statale in ambito di competenza regionale[84]) ed ottenere l'ulteriore (e non irrilevante) effetto di trasformare quella che essa stessa definisce una misura di politica sociale in un vero e proprio diritto soggettivo[85]. Anzi, la Consulta dichiara che il diritto

[81] Qui usata per la prima volta in veste totalizzante (secondo l'espressione di C. Panzera, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione*, in *Regioni,* 2010, 946) per disciplinare completamente un determinato diritto. Cfr. *infra*, par. 9.5.

[82] La sentenza, infatti, si fonda sulla saldatura fra il diritto sociale all'assistenza ed i principi supremi di cui agli art. 2 e 3, c. 2, Cost. per enucleare una situazione soggettiva teleologicamente orientata alla garanzia della dignità (così, C. Panzera, *I livelli essenziali*, loc. cit.).

[83] Per questa interpretazione, fondata su una lettura integrata dei principi costituzionali, in dottrina, v. già F. Pizzolato, *Il minimo vitale*, cit., 26.

[84] Per tutti, si veda la ricostruzione critica di A. Ruggeri, *"Livelli essenziali" delle prestazioni relative ai diritti e situazioni di emergenza economica*, in *Forum Quad. cost.,* 2010, spec. 2 ss.

[85] Proprio la degradazione di un diritto in oggetto ad un mero beneficio discrezionale da parte dello Stato era stata criticata da C. Pinelli, "Social card", *o del ritorno alla carità*

in questione attiene proprio «alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana», con affermazione tanto forte da rendere ora alquanto difficile per essa sottrarsi ad un eventuale giudizio sulla adeguatezza della misura di questo diritto, ove di ciò fosse investita[86].

Siamo peraltro di fronte ad una nuova situazione soggettiva il cui contenuto, così genericamente descritto, sembra evocare quel «meta-diritto fondamentale e inviolabile», ipotizzato da autorevole dottrina[87], a che siano rimosse quelle situazioni di emarginazione che impediscono il godimento effettivo degli altri diritti costituzionalmente riconosciuti, dato che «riconoscere e garantire diritti inviolabili a chi è emarginato o socialmente escluso è semplicemente e ipocritamente un *flatus vocis*». Non a caso, pur ammettendo che tale meta-diritto non fosse direttamente azionabile, la stessa dottrina ipotizzava che esso potesse però costituire il fondamento giustificativo di interventi di sostegno per le situazioni di estremo bisogno, come il reddito di cittadinanza[88], o, appunto – può oggi aggiungersi dopo la sentenza della Corte indirizzata in questa direzione – la carta acquisti.

Tuttavia, è la stessa indeterminatezza del diritto che la Corte ha affermato ad aprire le porte a future ulteriori specificazioni attraverso la possibile riconduzione ad esso di qualunque intervento di politica sociale da parte del legislatore (anche oltre il semplice sostentamento alimentare)[89], con la conseguente apertura a continue (quanto indeterminate nel contenuto) restrizioni dell'autonomia legislativa regionale, in forza della clausola di determinazione dei livelli essenziali, che rendo-

*di Stato*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. III, Napoli, 2009, 1177 ss.

[86] Cfr. C. Panzera, *I livelli essenziali*, cit., 955, secondo cui «una volta innescato il circuito interpretativo del rinvio fra diritto all'assistenza e salvaguardia della dignità umana, è *logicamente* impossibile [...] tornare indietro da quella strada e liquidare eventuali censure di incostituzionalità per "insufficiente" tutela come *political questions». È pur vero, però, che la pronuncia non appare del tutto nuova, richiamando alla mente la risalente* sent. n. 37/85, in cui l'obbligazione alimentare era ricollegata alla tutela dei beni essenziali della vita e della dignità dell'uomo, ciò che, secondo A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir*., 1991, 354 ss., faceva della decisione uno degli isolati casi in cui l'uso "assoluto" della dignità finiva per dare vita ad un nuovo diritto.

[87] Il riferimento è a F. Modugno, *I diritti del consumatore*, cit., 1392 ss., che parla di un «diritto a poter usufruire dei diritti» ricavabile dal combinato disposto degli art. 2 e 3 c. 2, Cost. Alla tesi aderisce anche M. Ruotolo, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in *Dir. pubbl.,* 2011, spec. 402 ss., il quale ritiene che dagli art. 2 e 3 Cost. tragga autonomo fondamento un «diritto a un'esistenza dignitosa», della cui configurabilità la sentenza in parola costituisce un valido riscontro.

[88] Cfr. F. Modugno, *I diritti del consumatore*, cit., 1393.

[89] Dato che, come sostiene E. Longo, *I diritti sociali al tempo della crisi. La Consulta salva la* social card *e ne ricava un nuovo titolo di competenza statale*, in *Giur. cost.,* 2010, 171, con questa sentenza la competenza di cui all'art. 117, c. 2, lett. *m)* viene a trasformarsi in un contenitore vuoto che può essere usato per qualunque intervento riconducibile al nucleo irriducibile di un diritto fondamentale.

no recessive, in un bilanciamento, le istanze autonomistiche rispetto a quelle di tutela dei diritti[90]: anche sotto questo profilo, è possibile che la pronuncia della Corte porti con sé effetti secondari, non del tutto considerati, di rilevante ampiezza[91].

## 7. Il diritto all'ambiente salubre

La tutela della salute, nella giurisprudenza costituzionale, acquista nuove dimensioni anche quale fondamento, in combinato disposto con la tutela del paesaggio prevista dall'art. 9 Cost., per un nuovo diritto sociale quale il diritto all'ambiente salubre.

Invero, la prima a parlare di un diritto soggettivo all'ambiente fu la Corte di Cassazione, fin dalle sentt. n. 1473 e soprattutto n. 5172/79, nella seconda delle quali, in particolare, essa, abbandonata la prospettiva "dominicale" di questo diritto, assegnava, in forza del combinato disposto degli art. 32 e 2 Cost., un contenuto di socialità alla tutela della salute, così da ricavarne, tra l'altro, un diritto all'ambiente salubre, fondamentale, incondizionato e assoluto dell'individuo, che si esprime come modo d'essere della persona umana[92].

Nonostante anche la Consulta avesse intrapreso un cammino che l'avrebbe portata ad un riconoscimento di un analogo nuovo diritto[93], la prima sentenza realmente rilevante in tal senso è la n. 210/87, in cui la Corte riconosce la legittimità di norme statali volte alla «salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività» configurando il danno ambientale una «offesa al diritto che vanta ogni cittadino individualmente e collettivamente. Trattasi di valori che in sostanza la Costituzione prevede e garantisce (artt. 9 e 32 Cost.), alla stregua dei quali, le norme di previsione abbisognano di una sempre più moderna interpretazione».

A conferma di queste dichiarazioni, la Corte ritorna sul tema con le sentt. n. 617 e n. 641/87, ribadendo che l'ambiente costituisce un bene giuridico suscetti-

[90] Per quanto, come ha più esplicitamente precisato la Corte nella successiva sent. n. 121/10, la restrizione dell'autonomia attraverso questo schema argomentativo si giustifichi in via contingente in relazione alle «imperiose necessità sociali, indotte anche dalla attuale grave crisi economica». Si veda comunque, più ampiamente, *infra*, par. 9.5.

[91] Tanto che la preferenza accordata con questa pronuncia alla tutela dei diritti rispetto alla garanzia del rispetto del riparto di competenze tra Stato e Regioni viene ritenuto da A. Ruggeri, *La Corte costituzionale ai tempi del maggioritario*, in *Quad. cost.,* 2011, 376 ss., un costo troppo alto e insopportabile.

[92] Sulle sentenze citate cfr., per tutti, S. Patti, *Diritto all'ambiente e tutela della persona*, in *Giur. it.,* 1980, 859 ss. Non sfugga peraltro come il caso sia emblematico del contributo che la giurisprudenza comune può apportare alla elaborazione e alla garanzia dei nuovi diritti sociali: per un maggiore approfondimento rinviamo alla versione integrale della relazione, *Diritti sociali*, cit., *passim.*

[93] Per i precedenti in cui comincia ad emergere progressivamente un interesse per l'ambiente in quanto tale, oltre la mera tutela del paesaggio, si veda l'analitica ricostruzione di M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, 8 ss.

bile di tutela costituzionale in quanto «elemento determinativo della qualità della vita» tanto che «la sua protezione [...] esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti; è imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assurge a valore primario ed assoluto». Né, a giudizio della Consulta, la pur innegabile varietà di estrinsecazioni delle forme di godimento di esso e, per conseguenza, della sua tutela, è di ostacolo alla configurazione di un bene unitariamente inteso, nel senso di cui sopra[94].

Anche il diritto all'ambiente, dunque, nasce da un'interpretazione dichiaratamente nuova di norme della Carta fondamentale ad opera della Consulta, che consente di attribuire un fondamento costituzionale ad interventi del legislatore per la tutela ambientale[95]. In tal senso, non solo si individua nell'insalubrità dell'ambiente una nuova minaccia che richiede un adeguamento della lettura del diritto alla salute e delle sue forme di garanzia, ma anche la tutela del paesaggio di cui all'art. 9, fino a poco tempo addietro ancora considerato dalla Corte come un valore di tipo estetico-culturale[96], viene arricchito di un nuovo profilo, nel contesto di nuove istanze di tutela emerse nella società.

La ricostruzione da parte della Consulta di un diritto all'ambiente in termini di diritto soggettivo ha suscitato perplessità nella dottrina, volta a ritenere inadeguato tale schema per la sua incapacità di descrivere in modo completo un oggetto di tutela così variegato[97]. Semmai, a giudizio di alcu-

[94] L'unitarietà del bene ambiente diviene ricorrente nella giurisprudenza costituzionale: cfr., tra le altre, le sentt. nn. 67/92 e 318/94. Analogamente, cfr. S. Grassi, *Principi costituzionali e comunitari per la tutela dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, vol. II, Milano, 1996, 926, che parla di un nuovo diritto con struttura unitaria che sintetizza un complesso di diritti; e A. Zorzi Giustiniani, *La protezione dell'ambiente nuova frontiera del costituzionalismo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, cit., vol. IV, 3722, il quale ne rileva la «natura proteiforme» propria dei diritti di terza generazione.

[95] L'importanza del mutamento di cultura giuridica sottesa alle sentenze del 1987 è posta in luce da D. Borgonovo Re, *Corte costituzionale e ambiente*, in *Riv. giur. amb.,* 1989, 461 ss. che parla di un'attività di individuazione di nuovi valori, assumibili in un'ottica costituzionale, secondo un modo di procedere rivolto alla rilevazione dei bisogni della collettività.

[96] Cfr., per esempio, ancora le pronunce nn. 359/85 e 151/86. Per il passaggio logico intermedio, che comincia ad accomunare paesaggio e ambiente come beni costituzionalmente garantiti, si vedano le sentt. nn. 167 e 191/87.

[97] Così, M. Cecchetti, *Principi*, cit., 58 ss., che legge nelle sentenze della Corte una concezione antropocentrica ormai datata; e B. Caravita, *Diritto all'ambiente e diritto allo sviluppo*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, cit., vol. I, 345 ss., che qualifica l'espressione "diritto all'ambiente" non in termini di diritto in senso tecnico ma piuttosto come formula riassuntiva di singole situazioni soggettive diversamente tutelabili. Favorevoli alla configurazione in termini di diritto soggettivo sono invece, *ex plurimis*, A. Postiglione, *Il diritto all'ambiente*, Napoli, 1982; e G. D'Alfonso, *La tutela dell'ambiente quale «valore costituzionale primario» prima e dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in F. Lucarelli (a cura di), *Ambiente, territorio e beni culturali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 26.

ni[98] sarebbe preferibile parlare di un interesse diffuso rispetto ad un bene insuscettibile di appropriazione, mentre altri ammettono si possa parlare di un nuovo diritto sociale, ma entro certi limiti e soltanto rispetto ad alcune situazioni ad esso riconducibili[99]. Da parte nostra, ci pare che la definizione di diritto sociale cui abbiamo ritenuto di aderire[100] sia in grado di sussumere nella propria sfera anche situazioni soggettive, quali il diritto all'ambiente, ascrivibili alla categoria tradizionale dei "diritti pubblici soggettivi"[101], laddove la necessità che la sua garanzia passi attraverso previsioni legislative dirette a tutelarlo come interesse diffuso[102] non esclude che ciascun singolo individuo possa vantare un'aspettativa di protezione del bene da parte dello Stato e far valere situazioni di tipo pretensivo od oppositivo[103], la cui violazione è anche oggetto di tutela risarcitoria[104]. Del resto, ci pare che questa conclusione sia coerente con quel mutamento culturale già evidenziato, che segna il passaggio da una tutela dell'ambiente fondata sullo schema proprietario per spostare il baricentro sulla protezione di esso come bene della persona.

### 7.1. Il diritto all'ambiente nel bilanciamento degl'interessi

La riconduzione della salvaguardia ambientale alla tutela dell'individuo fa sì che essa assuma una rilevante importanza nei giudizi di bilanciamento,

[98] Come A. Baldassarre, *Diritti sociali*, cit., 26.

[99] Si veda, per tutti, S. Grassi, *Ambiente e diritti del cittadino*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, vol. II, Padova, 1998, 514 ss., che ricostruisce sì l'ambiente in termini di nuovo diritto sociale, anche per la coerenza della sua tutela con l'obiettivo della promozione della persona, precisando però che esso potrebbe configurarsi come diritto incondizionato solo ove esso si traducesse in situazioni ridondanti nel diritto alla salute o alla proprietà, mentre come diritto condizionato esso non potrebbe soddisfare esigenze di tutela che afferiscono a profili meramente diffusi. Da ciò consegue la sua qualificazione come diritto a carattere programmatico.

[100] Cfr. *supra*, par. 1.2.

[101] E proprio a tale schema ricollega il diritto all'ambiente, per esempio, F. Lucarelli, *Il diritto all'ambiente*, in Id. (a cura di), *Tutela dell'ambiente e nuove tecnologie*, Padova, 1995, 106 ss.

[102] Secondo quanto nota S. Grassi, *Ambiente*, cit., 508 ss. per il quale il rispetto dell'ambiente come diritto del singolo non può essere garantito che considerando l'ambiente come interesse della collettività.

[103] Come sottolinea A. Zorzi Giustiniani, *La protezione*, cit., 3716, lamentando che la Corte non si sia però spinta fino al riconoscimento di un vero diritto soggettivo sulla falsariga dell'impostazione della Cassazione.

[104] È infatti dal riconoscimento della risarcibilità dei singoli soggetti danneggiati, avallata dalla Corte tra l'altro con le sentt. nn. 184/86 e 641/87, che si deduce, come afferma G. D'Alfonso, *La tutela*, cit., 42, come il danno all'ambiente configuri non solo un illecito verso la collettività ma anche un'offesa alla persona individualmente considerata, risultandone così confermata la natura di diritto soggettivo e non (solo) di interesse diffuso. In senso analogo, richiama il diritto all'ambiente come esempio di diritti sociali universali E. Diciotti, *Il mercato delle libertà*, Bologna, 2006, 93.

senza però che questo ridondi in una sua sistematica prevalenza rispetto ad altri interessi[105]. In effetti, anche l'assolutezza attribuita a questo diritto dalla Corte nella sent. n. 641/87, che nella sua perentorietà sembrerebbe escludere ogni bilanciamento, scompare poi nelle pronunce successive, che segnano semmai il consolidamento dell'indirizzo che vede nell'ambiente un valore di primario rilievo costituzionale[106], che si estrinseca in una situazione soggettiva, sia pure di multiforme applicazione.

In questo senso, è interessante rilevare come la Corte affermi, in più circostanze, che la tutela dell'ambiente presuppone una comparazione ed un bilanciamento con altri interessi di sicuro rilievo costituzionale, quali ad esempio la proprietà privata o la libertà di impresa, rispetto ai quali il valore ambientale può integrare le clausole generali della utilità e della funzione sociale di cui agli art. 41 e 42 Cost.[107]. Sotto questo profilo, paradigmatica è la sent. n. 127/90, ove all'interesse economico dell'impresa viene posto il limite «assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità [delle emissioni inquinanti] per la tutela della salute umana e dell'ambiente», laddove peraltro è stato osservato come, a dispetto dell'apparenza, il giudice delle leggi non afferma la sovraordinazione del valore ambientale, ma semplicemente ne determina il contenuto minimo, di modo che si conferma la natura non assoluta di questo diritto[108].

Ed è la stessa esigenza di proteggere il primario valore costituzionale dell'ambiente a giustificare, in molte pronunce, la legittimità della legislazione statale, intervenuta per dare attuazione ad infrazionabili interessi unitari in materia (tra le tante, sentt. nn. 800/88, 459/89, 356/94 e 507/00). D'altro canto, nemmeno la riforma del titolo V ha mutato alcunché, dato che, semmai, proprio la pregressa e costante qualificazione dell'ambiente in termini di valore costituzionale ha permesso facilmente alla Corte di leggere, nell'art. 117, c. 2, lett. *s)* Cost., che ne riserva la tutela alla competenza esclusiva statale, non una materia in senso stretto ma un valore da perseguire in maniera trasversale, legittimando "incursioni" statali su materie di potestà regionale o concorrente.

In questo senso, la Corte ha inizialmente affermato, con la sent. n. 407/02, seguita a breve da numerose conferme[109], che allo Stato andava affidato «il

[105] Scrive infatti M. Cecchetti, *Principi*, cit., 101, che per la Consulta la primarietà dell'ambiente non è prevalenza assoluta ma solo una forte rilevanza nel bilanciamento. In tema, si veda anche G. D'Alfonso, *La tutela*, cit., 26, secondo cui è appunto la configurazione dell'ambiente in termini di diritto soggettivo collegato alla tutela della persona a consentire questa prevalenza.

[106] Si vedano, per esempio, le pronunce nn. 302/88 e 324/89.

[107] A titolo indicativo, si possono ricordare, in questa direzione, le sentt. nn. 391/89, 54 e 379/94, 346/95. Per un esempio in cui la tutela ambientale assume valore recessivo nel bilanciamento si veda la sent. n. 150/92.

[108] Così M. Cecchetti, *Principi*, cit., 211 ss., per il quale il richiamo congiunto della salute e dell'ambiente rappresenta un'endiadi da cui si ricava un vero e proprio diritto all'ambiente salubre.

[109] Tra le quali ci limitiamo a citare per tutte le sentt. nn. 536/02, 222/03 e 196/04, in cui il

potere di fissare *standards* di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale» incidendo su materie di competenza regionale, senza che ciò precludesse interventi regionali fondati su propri titoli competenziali collegati. Ancor più incisive si sono però rivelate le più recenti sentt. nn. 367 e 378/07, le quali, richiamando di nuovo l'assolutezza del valore costituzionalmente protetto e l'unitarietà del bene oggetto di garanzia, giungono ad affermare che la tutela dell'ambiente precede (e costituisce un limite rispetto ad) altri interessi pubblici, restando perciò residuale e da essa limitato un eventuale intervento regionale, anche più garantista, fondato su altro titolo[110].

Il diritto all'ambiente, dunque, non solo sembra essersi ormai consolidato, ma, grazie alla assolutezza che in più occasioni la Corte gli attribuisce, esso presenta una tendenziale prevalenza nel giudizio di bilanciamento, sia rispetto ad altre situazioni soggettive sia, soprattutto, in relazione alle istanze autonomistiche.

## 8. Il diritto all'informazione

Come il diritto all'ambiente, anche quello all'informazione è un nuovo diritto, che, pur essendo innegabilmente connesso all'art. 3, c. 2, Cost., per la sua strumentalità rispetto alla rimozione di ostacoli ad una partecipazione attiva alla vita politica e sociale, possiede tuttavia il connotato di avere un carattere universalistico, anziché presupporre per il suo godimento un qualche *status* di soggetto debole.

Anche per tale motivo, così come avvenuto per il diritto all'ambiente, allorché di esso si iniziò a parlare in dottrina[111], da più parti si contestò che si trattasse di un vero e proprio diritto soggettivo, essendo prevalente la tesi che vi leggeva, al massimo, un mero interesse generale[112]. In questo senso depo-

giudice delle leggi ribadisce la primarietà del valore ambientale, specificando che esso non legittima comunque «un primato assoluto in un'ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali», esprimendo solo la necessità che esso sia sempre considerato nei giudizi di bilanciamento.

[110] Il mutamento giurisprudenziale è descritto nella ricostruzione di P. Maddalena, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di tutela e fruizione dell'ambiente e le novità sul concetto di «materia», sul concorso di più competenze sullo stesso oggetto e sul concorso di materie*, in *Riv. giur. amm.,* 2010, spec. 690 ss., cui rinviamo per l'indicazione delle successive pronunce conformi.

[111] Per limitarci agli AA. che per primi ipotizzarono siffatto diritto, cfr. A. Loiodice, *Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, Napoli, 1969; e N. Lipari, *Libertà di informare o diritto ad essere informati?*, in *Dir. rad. tel.,* 1978, 1 ss.

[112] Sul punto non possiamo che ridurre le citazioni, *ex plurimis*, a C. Chiola, *L'informazione nella Costituzione*, Padova, 1973, 24 ss.; L. Paladin, *Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento giuridico* italiano, in Id. (a cura di), *La libertà di informazione*, Torino, 1979, 22 ss.; e, ancora di recente, A. Pace, M. Manetti, *Art. 21*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Roma-Bari, 2006, 345 ss. In generale, rileva P. Costanzo, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Vol. VIII, Torino, 1993, 340 ss. (cui rinviamo per maggiori riferimenti bibliografici), che sono tendenzialmente favorevoli alla qualificazione in termini di diritto soggettivo gli AA. che sposano la

neva, del resto, la stessa giurisprudenza della Consulta, la quale, nella sua prima decisione in materia (sent. n. 105/72), trattando del profilo passivo della libertà di informare, individuava un «*interesse generale*, anch'esso indirettamente protetto dall'articolo 21, alla informazione; il quale, in un regime di libera democrazia, implica pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee» (corsivo nostro). Ancor più nettamente, poi, la pronuncia n. 1/81, a fronte di ordinanze che profilavano l'esistenza del diritto costituzionale all'informazione come implicante la necessità di un intervento additivo della Corte per esonerare dall'obbligo di testimonianza il giornalista, volutamente lo qualificava in termini di «un comune interesse», derivandone l'esclusione di una sua prevalenza (e semmai una tendenziale recessività) in giudizi di bilanciamento, nella fattispecie rispetto all'interesse della giustizia.

La prima delle citate pronunce, nondimeno, riveste un'importanza significativa per il fatto che in essa si trova già enucleato, *in nuce*, il contenuto di quello che, nell'evoluzione successiva, si affermerà come un vero e proprio diritto soggettivo all'informazione.

Di questo percorso argomentativo sono tappe salienti, in primo luogo, le decisioni in tema di servizio radiotelevisivo.

La garanzia del pluralismo, infatti, era già vista come la ragione giustificatrice del monopolio pubblico laddove (e fintanto che) la tecnica, prima, e l'assetto giuridico del settore, poi, non avessero consentito il pluralismo esterno dato dalla molteplicità degli operatori (cfr. sent. nn. 59/60, 58/65, 225/74, che parla della radiodiffusione in termini di «bisogno essenziale della collettività», 226/74, 202/76 e 148/81). È però nella sentt. n. 153/87 che la Corte parla per la prima volta esplicitamente del diritto all'informazione[113], che lo Stato è chiamato ad assicurare promuovendo lo sviluppo sociale e culturale della collettività, in ciò risultando la ragione fondamentale per giustificare il monopolio pubblico.

Da questo momento, il riconoscimento della situazione soggettiva in parola va consolidandosi nella giurisprudenza costituzionale, che già con la successiva sent. n. 826/88, vincendo definitivamente la iniziale refrattarietà a configurare più di un semplice interesse generale[114], attesta chiaramente l'esistenza di un diritto in tal senso ricavabile dall'art. 21 Cost.[115], che costituisce

concezione funzionalista del diritto in parola rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero, configurando il profilo passivo in termini strumentali al godimento di essa.

[113] Benché, secondo A. Pace, M. Manetti, *Art. 21*, cit., ciò «non implica nulla di più sotto il profilo specificamente giuridico».

[114] In questi termini, P. Costanzo, *Informazione*, cit., 343, il quale invero è tra coloro che dubitavano della tecnicità della espressione utilizzata dalla Corte.

[115] Come scrive L. Bianchi, *Tra interesse e diritto del cittadino-utente ad una informazione pluralistica nel settore radiotelevisivo*, in *Dir. inf. infor.,* 1993, 295, con questa pronuncia

il profilo passivo della libertà di manifestazione del pensiero. Nella decisione della Corte, peraltro, il diritto in questione viene bilanciato con altre esigenze non meno rilevanti, quali la libertà dell'impresa radiotelevisiva e lo stesso profilo attivo della libertà di manifestazione del pensiero, che impediscono all'evidenza di ipotizzare soluzioni autoritative di pluralismo interno, quali costituivano un elemento imprescindibile e la stessa ragion d'essere del monopolio pubblico. Ecco allora che da questo giudizio di bilanciamento la Corte trae quello che di fatto costituisce il contenuto essenziale del diritto all'informazione, ovvero, in relazione all'emittenza privata, la necessaria garanzia del pluralismo esterno inteso come: a) possibilità di ingresso nel settore del maggior numero di voci, ad evitare che la libertà di espressione diventi prerogativa di pochi; b) concreta possibilità di scelta per i cittadini tra una molteplicità di fonti informative.

Poco tempo dopo, con la sent. n. 348/90 la Consulta interviene sul tema del riparto di competenze tra Stato e Regioni, laddove già la sent. n. 94/77 aveva giustificato la riserva allo Stato della regolazione del settore, riconoscendo così implicitamente l'esistenza di un diritto all'informazione[116], pur esprimendosi ancora in termini di mero interesse generale. Ora, la pronuncia in parola merita attenzione per il fatto che in essa la Corte stabilisce uno stretto collegamento tra la libertà di informazione, incluso il profilo passivo del diritto ad essere informati, e la forma di Stato democratico, di cui viene ritenuta «una condizione preliminare (o, se vogliamo, un presupposto insopprimibile) per l'attuazione ad ogni livello, centrale o locale»[117].

Questo, del resto, sembra divenire un tema ricorrente nelle argomentazioni del giudice delle leggi che nella sent. n. 112/93[118] conferma l'indissolubile legame tra libera formazione dell'opinione pubblica, attraverso la garanzia

viene esplicitato quanto si poteva fino ad allora ricavare in via interpretativa circa l'esistenza di una situazione soggettiva. Sottolinea peraltro P. Costanzo, *Informazione*, cit., 340, come l'assoluta mancanza di espliciti riferimenti costituzionali abbia consentito una maggiore fluidità della giurisprudenza costituzionale.

[116] Come rileva P. Logroscino, *Le situazioni soggettive nella giurisprudenza costituzionale*, in R. Zaccaria (a cura di), *Informazione e telecomunicazione*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXVIII, Padova, 1999, 90.

[117] Si osservi, per inciso, come la pronuncia del 1990, sotto il profilo del riparto di competenze, corregga l'impostazione del precedente del 1977, lasciando uno spazio regolativo alle Regioni. Infatti, se nella pronuncia più risalente l'attinenza dell'informazione alla libertà di manifestazione del pensiero aveva giustificato la riserva statale della materia, qui è dalla stessa libertà, e dalla sua attinenza alla forma di Stato che la Corte apre ad un coinvolgimento di tutti gli enti che compongono la Repubblica nella garanzia del pluralismo (cfr. R. Zaccaria, *L'informazione come «finalità» anche di interesse regionale, la stampa e la radiotelevisione come «materie» di competenza statale*, in *Regioni,* 1991, 1348). Nello stesso senso si vedano, tra le altre, le successive sentt. n. 29/96 e, *a fortiori* dopo la riforma del Titolo V, n. 324/03, che ammette la legge regionale tra le fonti idonee ad assolvere la riserva di legge in tema di garanzia del diritto all'informazione.

[118] Più tardi confortata dalle successive sentt. nn. 502/00 e 155/02.

del diritto all'informazione, e forma di stato democratico[119], parlando, anche in relazione al diritto ad essere informati, di diritto fondamentale *ex* art. 2 Cost., di carattere assoluto. Quanto al contenuto di questa situazione soggettiva, la pronuncia specifica che vi è un preciso imperativo costituzionale che si traduce nell'esigenza di assicurare il pluralismo delle fonti[120], l'obiettività e l'imparzialità dei dati, la correttezza e completezza delle informazioni ed il rispetto della dignità umana, così che il diritto all'informazione viene a porsi come limite alla libertà di iniziativa economica delle imprese operanti nel settore.

Ulteriore passaggio in tema di diritto all'informazione si ha con la sent. n. 420/94 (ampiamente ripresa nella n. 466/02[121]) ove la Consulta (ri)afferma perentoriamente, con una sentenza di accoglimento[122], l'esistenza di una vera e propria situazione soggettiva, in quanto «il diritto all'informazione garantito dall'art. 21 Cost. implica indefettibilmente il pluralismo delle fonti», così che, se la garanzia del pluralismo esterno nell'emittenza privata viene ritenuta un «ineludibile imperativo costituzionale», di fronte al quale l'interesse dell'impresa radiotelevisiva a raggiungere dimensioni ottimali viene ritenuto recessivo nel bilanciamento con la necessità di consentire l'accesso al maggior numero di voci possibile, al contempo per l'emittenza pubblica si conferma la necessità di un pluralismo interno.

Il nuovo diritto all'informazione non rappresenta però una fattispecie limitata al sistema radiotelevisivo ma si estende almeno all'intero ambito dell'informazione[123]. Di ciò si ha infatti indiretta conferma nelle pronunce,

[119] Ma anche sul punto si vedano le contrarie indicazioni di A. Pace, M. Manetti, *Art. 21*, cit., 353, per i quali da ciò si evincerebbe solo che per la Corte il diritto all'informazione altro non è che una formula riassuntiva, da non intendere in senso tecnico, di una serie di valori peraltro nemmeno tutti deducibili dal nostro ordinamento.

[120] L'insistenza della Corte sul pluralismo è tale da indurre F. Modugno, *I "nuovi diritti"*, cit., 80, a parlare di una «conversione» della libertà di manifestazione del pensiero in questo valore, spostando l'attenzione sul profilo passivo dell'informazione.

[121] Per il vero andrebbe citata anche la sent. n. 194/87 in cui la Consulta afferma che il servizio radiotelevisivo «è un servizio sociale, in quanto diretto ad assicurare, agevolando la circolazione delle idee, l'effettività della libera manifestazione del pensiero e della libera informazione». L'irrilevanza della questione non permise però alla Corte, in quella circostanza, un maggiore approfondimento.

[122] Come evidenzia R. Zaccaria, *La Corte costituzionale applica direttamente il principio pluralistico in materia radiotelevisiva e… «non fa il vuoto»*, in *Giur. cost.,* 1994, 3753 ss., è questa la prima volta in cui viene accolta una questione per mancata attuazione dell'imperativo costituzionale al pluralismo in cui consiste il diritto all'informazione.

[123] In questo senso, L. Bianchi, *Tra interesse*, cit., 291. Per la verità, in dottrina (per esempio, R. Zaccaria, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2007, 68 ss.) ci si chiede se possa parlarsi di un diritto all'informazione di carattere più generale, che potrebbe esercitarsi anche nei confronti dell'Amministrazione Pubblica come rivendicazione di trasparenza, e che in tal veste troverebbe già attuazione, tra l'altro, nelle norme sul diritto di accesso.

invero risalenti[124], sulla legittimità costituzionale della normativa sull'ordine dei giornalisti, che la Corte riconduceva pur sempre, sia pure non pronunciandosi mai allora in termini di una precisa situazione soggettiva di vantaggio, alla garanzia dell'interesse generale all'informazione[125], benché l'esistenza dell'ordine non debba ritenersi essenziale a tal fine (come dimostra la sent. n. 38/97, che ha ammesso il *referendum* abrogativo della legge istitutiva).

In conclusione, dunque, la giurisprudenza sembra ormai sufficientemente ed inequivocamente orientata a riconoscere natura costituzionale ad un diritto all'informazione, fondato sull'art. 21, ma anche – potrebbe aggiungersi sulla scorta delle considerazioni della Consulta sulla sua strumentalità rispetto all'effettivo godimento della libertà di manifestazione del pensiero e per la partecipazione alla vita democratica – sull'art. 3, c. 2, Cost.[126]. E proprio il legame con il principio di eguaglianza sostanziale consente di qualificare, secondo una diffusa dottrina, tale situazione soggettiva come diritto sociale[127]. Quanto al suo contenuto, se certo esso può risultare meno definito di quanto non sia la sua stessa esistenza, ormai non revocabile in dubbio[128], esso manifesta un carattere pretensivo, nei confronti del regolatore pubblico e dei soggetti della comunicazione, alla rimozione degli ostacoli che impediscono di ricevere un'informazione completa e corretta nonché a poter accedere a quante e quanto più distinte voci di informazione possibili, attraverso la garanzia di un pluralismo interno ed esterno.

In questa sede ci limitiamo a trattare di questo diritto in riferimento al settore dell'informazione in senso stretto, ancorché vada dato atto che la riconduzione dell'informazione ambientale nell'ambito dell'art. 117, c. 2, lett. *m)* Cost. ad opera della sent. n. 398/06 della Corte potrebbe rappresentare un implicito avallo di questa ricostruzione. *Contra*, A. Pace, M. Manetti, *La libertà*, cit., secondo i quali se di un generico diritto all'informazione può parlarsi, questo vale esclusivamente nell'ambito della disciplina radiotelevisiva.

[124] Il riferimento è infatti, principalmente, alle sentt. nn. 11 e 98/68, 2/71 e 71/91.

[125] Cfr. P. Costanzo, *Informazione*, cit., 344.

[126] Così già F. Tamassia, *Informazione e partecipazione*; e F. Rositi, *Dai poteri ai doveri*, entrambi in J. Jacobelli (a cura di), *Verso il diritto all'informazione*, Roma-Bari, 1991, rispettivamente 155 e 184. In particolare il primo A. riteneva il principio di eguaglianza sostanziale sufficiente *ex se* ad affermare un diritto all'informazione. Più aperta la tesi di A. Loiodice, *Il diritto all'informazione: segni ed evoluzione*, in M. Ainis (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino, 2005, 36, il quale ritiene che, in realtà, questo diritto si desuma, oltre che dalle citate disposizioni, anche dall'intero sistema, ed in particolare da ogni libertà che implica una scelta.

[127] In questi termini, per esempio, già P. Barile, *Diritti*, cit., 235, che ne rileva la natura, al contempo, di diritto soggettivo e interesse diffuso sulla falsariga del diritto alla salute e all'ambiente. Più di recente, cfr. F. Modugno, *I "nuovi diritti"*, cit., 76 ss.; e R. Zaccaria, *Diritto*, cit., 67.

[128] In questo senso, R. Zaccaria, *Diritto*, loc. cit., secondo cui di fronte alle parole della Corte è difficile negare che di vero diritto si tratti, tanto più che esso trova conferma in numerose pronunce.

## 9. Qualche considerazione di sintesi

La ricostruzione della giurisprudenza costituzionale consente ora di formulare alcune considerazioni di sintesi sul ruolo che la Consulta ha avuto rispetto all'affermazione di nuovi diritti sociali. Pur cercando, nel seguito, di evidenziare i singoli punti che ci pare emergano dall'indagine, occorre però preliminarmente rilevare che da essa si ricava da subito l'impressione che, come osservato in dottrina rispetto ai diritti sociali codificati[129], anche – o forse ancor più – per quelli nuovi la giurisprudenza della Corte appare tutt'altro che lineare, caratterizzata, com'è, da alterni e non sempre coerenti sviluppi, in particolare sui contenuti dei nuovi diritti, per i quali il giudizio della Consulta pare spesso risentire non poco della specificità del caso in esame e dell'impatto che in termini più ampi la pronuncia potrebbe avere sull'ordinamento.

### 9.1. L'età dei nuovi diritti

Un primo dato che ricorre nella ricostruzione (di molti) dei nuovi diritti è la loro esplicita affermazione sul finire degli anni '80. Ciò è chiaramente collegato alla svolta giurisprudenziale del 1987 che portò la Corte ad abbandonare il precedente orientamento restrittivo[130] per approdare ad una lettura, destinata a consolidarsi, dell'art. 2 Cost. come clausola generale in grado di ampliare il significato delle disposizioni costituzionali sui diritti, conferendo a nuove istanze, anche di natura sociale, fino ad allora considerate al massimo espressione di interessi generali o diffusi[131], lo *status* di diritti fondamentali.

Questa "dottrina dei nuovi diritti" è enunciata esplicitamente dal Presidente Saja, nella Relazione sulla giustizia costituzionale nel 1987, ove, commentando alcune decisioni in precedenza analizzate, dopo aver illustrato l'adesione della Corte alla lettura dell'art. 2 Cost. di cui si è detto, egli precisava che se «la società si trasforma con ritmo veloce e talvolta vertiginoso, sicché le categorie culturali tradizionali possono spesso risultare non più aderenti alla realtà [...] il compito della giurisprudenza» è «di rendersi sensibile interprete delle nuove esigenze». La Consulta, insomma – precisa ancora la Re-

[129] Così, infatti, C. Salazar, *Dal riconoscimento*, cit., 90, che rileva come il tratto più evidente della giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali sia la sua discontinuità.

[130] Per il quale, ad esempio, si veda ancora la sent. n. 252/83, di cui al paragrafo 2.1.

[131] Si pensi, in particolare, ai diritti all'ambiente e all'informazione, per i quali, come si è visto, la qualificazione in termini di diritto è frutto di una lenta evoluzione, non priva di contrasti nel dibattito dottrinario. In generale, osserva S. Fois, *"Nuovi" diritti di libertà*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, 1990, 86, che molti nuovi diritti, prima dell'intervento del legislatore, tendono a risolversi in interessi diffusi o collettivi, ciò che trova giustificazione – secondo F. Modugno, *I "nuovi diritti"*, cit., 53 – nella «duplice valenza intrinseca ai valori primari di carattere sociale».

lazione sulla giustizia costituzionale nel 1989, sempre a firma del Presidente Saja – «non è rimasta [...] su posizioni statiche, ma, utilizzando gli strumenti consentiti dall'ordinamento, non ha mai perduto di vista l'incessante dinamica della vita moderna», così da porre «tutto il suo impegno affinché la norma costituzionale fosse idonea, nello spirito del sistema, ad assecondare la progressiva realizzazione dello Stato di democrazia sociale». L'affermazione dei nuovi diritti sociali risponde dunque ad una precisa volontà della Corte di invertire il *trend* giurisprudenziale fino ad allora seguito, consentendo l'ingresso di nuove istanze di tutela nel novero dei diritti costituzionali.

Non ci sembra peraltro casuale il fatto che ciò avvenga sul finire degli anni '80, dato che proprio in quel periodo si realizzano due circostanze favorevoli al riconoscimento di nuove situazioni soggettive.

La prima di esse è data dallo smaltimento dell'arretrato. Infatti, l'affermazione di un nuovo diritto (specialmente nel campo dei diritti sociali) ha senso solo laddove essa si accompagni ad un'effettività di tutela, che solo un giudizio pronunciato in tempi rapidi rende possibile[132]. Ora, la possibilità di definire il giudizio in pochi mesi, conseguente al recupero dell'arretrato, per un verso, consente di ottenere un'immediata efficacia nella sfera giuridica delle parti del processo principale, recuperando la concretezza del giudizio[133], e, per altro verso, permette un dialogo "serrato"[134] con il legislatore, primo (e insostituibile) attuatore dei diritti sociali, i cui cambiamenti culturali (si veda il caso dei diritti dei disabili) vengono confermati – e non di rado sollecitati ad ulteriore sviluppo – da parte della Consulta.

La seconda circostanza favorevole è rappresentata dalla diffusione, nel periodo considerato, delle sentenze additive di spesa, cui la Consulta riprende a fare ricorso, dopo una prima fase di *self restraint*[135]. Infatti, ci pare di tutta evidenza che la possibilità di introdurre, attraverso questa tipologia di sentenze, anche prestazioni che comportano maggiori oneri finanziari rende assai più semplice di quanto non sia in momenti di crisi per le finanze pubbliche il riconoscimento di una nuova situazione soggettiva, specie laddove si tratti di un diritto, come quelli sociali, in cui l'aspetto prestazionale appare prevalente.

[132] Perché, come scrive V. Onida, *Eguaglianza e diritti sociali*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, 2002, 104, «l'effettività non è solo una condizione, per così dire ulteriore, di un diritto che già di per sé può esistere giuridicamente, ma è condizione di esistenza stessa del diritto».

[133] In questo senso già L. Pegoraro, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Torino, 1990, 193.

[134] Di «attualizzazione del confronto tra giudice e autore delle leggi» parla da ultima C. Tripodina, *Il "potere politico" della Corte costituzionale e i suoi limiti*, in R. Balduzzi, M. Cavino, J. Luther (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Torino, 2011, 27.

[135] La ricostruzione delle fasi alterne della giurisprudenza costituzionale in tema di pronunce di spesa è operata da, C. Colapietro, *La giurisprudenza*, cit., 83 ss.

### 9.2. Nuovi diritti sociali, diritti fondamentali ed eguaglianza sostanziale

L'interpretazione estensiva dell'art. 2 Cost. cui la Corte aderisce non è la lettura aperta *tout court*, ma piuttosto la terza via di cui parlavamo in precedenza, per cui, attraverso l'affermazione generale del riconoscimento dei diritti fondamentali, si possono sviluppare diritti già codificati, astraendone nuovi significati, di modo che l'integrazione del catalogo di essi avvenga pur sempre come svolgimento di istanze non estranee al testo costituzionale[136]. Il che - ci pare - contribuisce a rispondere al timore della dottrina che l'introduzione di nuovi diritti possa creare antinomie rispetto a diritti esplicitamente riconosciuti, i quali verrebbero ad essere limitati in riferimento a situazioni prive di rilievo costituzionale. Ebbene, nella misura in cui i nuovi diritti sono pur sempre riconducibili a principi interni al testo della Carta fondamentale, si rientra nella fisiologica ipotesi di un bilanciamento tra diritti, certo non sconosciuta nell'ambito dei diritti codificati[137].

La conferma che tale è la posizione della Corte si ha considerando che sono piuttosto infrequenti, come si evince dagli esempi citati, i casi in cui essa utilizza quale parametro il solo art. 2 Cost., preferendovi piuttosto il combinato disposto con la singola disposizione di cui il nuovo diritto costituisce svolgimento, laddove la clausola generale rappresenta semmai la forza propulsiva per l'espansione ermeneutica delle singole specifiche disposizioni. Né questo porta ad attribuire valore meramente «decorativo»[138] all'art. 2 Cost., ma semmai conferma che esso assume la portata di criterio interpretativo più che norma di valore sostanziale nello sviluppo delle nuove situazioni soggettive.

[136] Afferma V. Onida, *La Corte e i diritti: tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, vol. II, Milano 1999, 1098, che è grazie all'interpretazione evolutiva delle norme costituzionali ed anche alla clausola semi-aperta dell'art. 2 che la Corte ha potuto delineare lo statuto di nuove situazioni soggettive quali il diritto all'abitazione, all'ambiente ed all'informazione. Analogamente, di una Corte «"chiusa" rispetto a valori estranei a quelli rinvenibili in costituzione, ma "aperta" alle nuove manifestazioni che questi valori assumono in contesti sociali mutati» parla R. Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, 2008, 156.

[137] La fisiologicità di un contrasto eventuale tra diritti costituzionali, a prescindere che si tratti di situazioni codificate o nuove, è rilevata da F. Modugno, *I diritti del consumatore*, cit., 1380 ss., il quale precisa che non si può neppure obiettare che rispetto ai soli diritti codificati il bilanciamento sarebbe frutto di una scelta del legislatore costituzionale, dato che, invece, sia per i diritti nuovi che per quelli tradizionali la volontà del costituente si concretizza «solo e non meccanicamente» nell'attività dell'interprete.

[138] Secondo l'espressione di A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost*., 2001, 50. Analogamente, A. Barbera, *"Nuovi diritti": attenzione ai confini*, in L. Califano (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004, 21 ss., ritiene che i richiami all'art. 2, per esempio nella citata sent. n. 494/02 o, «in simbiosi con il principio di eguaglianza», nella già vista sent. n. 167/99, non sarebbero che «evidenti espedienti retorici per rafforzare un richiamo a libertà catalogate».

Peraltro, neppure i casi in cui la Corte richiama questa sola disposizione a fondamento di un nuovo diritto contraddicono tale impostazione, giacché, anche allora, si tratta semplicemente di una ricostruzione, intorno ad un principio, di valori comunque riconducibili a disposizioni costituzionali, singolarmente considerate o in combinato disposto tra loro[139].

Considerazioni analoghe possono svilupparsi anche per quanto concerne l'uso del principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, c. 2, Cost., la cui valorizzazione, in tema di nuovi diritti sociali, assume peculiare rilievo nelle pronunce della Consulta sempre dalla fine degli anni '80. Si tratta, anche in tal caso, di un'operazione di cui la Corte si dimostra ben consapevole, tanto che è ancora una volta in una Relazione annuale del Presidente Saja, relativa alla giustizia costituzionale nel 1988, che si afferma come il collegio «non ha mancato di dare il dovuto rilievo alla disposizione del secondo comma dell'art. 3 Cost., relativa al c.d. principio di eguaglianza sostanziale, per ribadire l'esigenza di interventi pubblici diretti a realizzare un'effettiva giustizia, capace di correggere o compensare le limitazioni, anche di fatto, al pieno sviluppo della personalità di ognuno. In questa prospettiva, assume grande significato l'affermazione secondo cui sul piano costituzionale, oltre che su quello morale, non sono ammissibili esclusioni e limitazioni dirette a relegare in situazioni di isolamento e di assurda discriminazione» categorie sociali a maggiore rischio.

Così che, come è stato rilevato[140], l'ampliamento delle dimensioni di tutela dei soggetti deboli nella giurisprudenza della Corte diviene lo specchio che rimanda l'immagine delle inattuazioni e dei ritardi nelle garanzie connesse alle situazioni di bisogno contenute nel testo costituzionale.

### 9.3. Nuovi diritti e forma di Stato sociale

Un ulteriore aspetto che ci pare di dover sottolineare è come la Corte, sia pure in certi casi più esplicitamente che in altri[141], nell'affermare nuovi diritti richiami direttamente la forma di Stato sociale-democratico voluta dal costituente, per individuare, sulla base dei principi fondamentali che concorrono a definirla, nuove istanze cui un ordinamento fondato sul principio solidaristico e sulla eguaglianza sostanziale non può rimanere insensibile. In buona sostanza, la Corte aderisce alla ricostruzione per cui il rapporto tra diritti riconosciuti in un testo costituzionale e forma di Stato è bidirezionale, di modo che questa concorre alla progressiva (ri)

[139] F. Modugno, *I "nuovi diritti"*, cit., 65.

[140] Da A. Valastro, *Le vicende*, cit., 988.

[141] Si veda, per esempio, l'insistenza sul punto in tema di diritto all'informazione o di diritto all'abitazione.

definizione del catalogo di quelli[142]. E presupposto dello Stato sociale è per l'appunto che «i titolari dei diritti fondamentali non devono essere esclusi dalla partecipazione alla vita della comunità per motivi di carattere materiale», poiché se i diritti fondamentali non venissero attualizzati con l'esercizio da parte di tutti, sarebbe messo in discussione il risultato complessivo perseguito attraverso la Costituzione, ciò che obbliga, pertanto, a ricavare nuove dimensioni dei diritti allorché ciò si renda necessario per evitare che nuove insidie finiscano per ridurre i diritti a proclamazioni astratte[143].

Non stupisce, perciò, che anche la dottrina abbia fatto ricorso all'argomento della necessità di integrare e sviluppare lo Stato sociale, allorquando ha proposto la positivizzazione di taluni nuovi diritti sociali, facendo appunto leva sulla stretta interconnessione tra detta forma di Stato e il bisogno di tutela di istanze che ne costituiscono l'attualizzazione ed un più completo svolgimento[144].

### 9.4. Nuovi diritti tra Corte e legislatore

Il riconoscimento di un nuovo diritto da parte della Corte non è mai un'attività completamente e propriamente creativa, dato che il giudice costituzionale si limita quasi sempre a conferire ad una situazione soggettiva già regolata dal legislatore la dignità assiologica di diritto costituzionale, muovendosi, quindi, pur sempre all'interno dei binari da esso tracciati. Anzi, non è raro che il nuovo diritto nasca da un'operazione argomentativa con cui la Consulta trasferisce il significato di una legge ordinaria a norme costituzionali, mascherando l'operazione come un'attività ermeneutica, per conferire ai sottostanti interessi una qualificazione in termini di diritti costituzionali[145].

[142] Ampiamente, L. Carlassare, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1995, 56 ss., la quale, richiamando il diritto all'informazione, ritiene che nella forma di Stato rientrino anche i diritti che si ricavano direttamente come sviluppo del principio personalistico; nonché F. Modugno, *I "nuovi diritti"*, cit., 60, che parla di una "curiosa inversione" rispetto alla opposta tesi che si limita a ricavare la democraticità di un ordinamento dalla previsione di una serie di diritti enumerati.

[143] P. Häberle, *Le libertà*, cit., 49, ove si trova l'espressione virgolettata, e 198 ss. Analogamente, cfr. P. Ridola, *Diritti fondamentali*, cit., 127 ss., il quale individua la chiave di volta del sistema dei diritti nella persona guardata nella realtà delle sue concrete condizioni di vita, da cui la necessità di rimuovere le diseguaglianze di fatto ed evitare la concentrazione di poteri privati come tratto caratterizzante della forma di stato democratico-pluralista.

[144] È il caso, per esempio, di A. Zorzi Giustiniani, *La protezione*, cit., spec. 3724, a proposito del diritto all'ambiente, ma non diversamente potrebbe ragionarsi in relazione a taluni dei diritti "in fieri", come per esempio il diritto di accesso ad internet. Per un approfondimento di quest'ultimo tema, rinviamo alla versione integrale della Relazione, *Diritti sociali*, cit., spec. paragrafo 9.1., anche per i riferimenti bibliografici.

[145] In questo senso si veda R. Bin, *Diritti*, cit., spec. 136 ss. in relazione alla sent. n. 210/87 in tema di diritto all'ambiente.

Ed è grazie a questo *self restraint*, che percorre tutti i filoni giurisprudenziali presi in esame[146], che la Corte rispetta il ruolo del legislatore quale soggetto chiamato in prima battuta ad attuare le disposizioni costituzionali sui diritti sociali (e i nuovi diritti che se ne ricavano)[147], evitando di trarne essa stessa diritti *ex nihilo* ma limitandosi, sia pure con effetti certo di non secondario rilievo, ad intervenire successivamente, nel solco tracciato dal legislatore[148], per riconoscere e garantire nuovi diritti sociali ora semplicemente avallandone le scelte, ora ampliando le misure dallo stesso stabilite, in modo da svilupparne gli spunti innovativi[149].

Già diversi anni or sono, del resto, veniva rilevato come l'art. 3, c. 2, venisse usato di rado nelle pronunce costituzionali come parametro decisivo per l'accoglimento, mentre esso ricorresse molto di più nelle pronunce di rigetto[150], per giustificare un intervento del legislatore inteso a creare un "diritto diseguale", ritenuto dalla Corte espressivo di un'esigenza riequilibratrice.

[146] Tra cui, per fare solo qualche esempio, il diritto di togliersi la fame, che viene affermato a partire dalla (e per giustificare la) normativa statale sulla *social card* od anche il diritto all'informazione, che, se in seguito sarà utilizzato dalla Corte contro il legislatore per sollecitare l'evoluzione normativa del settore, nella sua fase genetica viene riconosciuto per salvaguardare il monopolio pubblico, traendo un nuovo diritto costituzionale dalla normativa ordinaria vigente.

[147] La necessità dell'attuazione legislativa per i diritti sociali è un argomento ricorrente in tutte le trattazioni sul tema, specie in relazione alla esistenza di diritti condizionati, ovvero di situazioni soggettive che richiedono per la loro effettività la predisposizione di un'organizzazione da parte del legislatore (su cui, *ex multis,* A. Baldassarre, *Diritti sociali*, cit., 30 ss.). A prescindere da queste classificazioni, è comunque innegabile la centralità dell'attuazione legislativa per qualunque diritto sociale: sul punto, per tutti, rinviamo alla ricostruzione di A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999, 88 ss.

[148] Realizzando così quel rapporto istituzionale equilibrato tra legislatore e Corte, per cui il primo confeziona enunciati ricognitivi di nuovi diritti, mentre l'altra verifica la corrispondenza al valore personalista di cui all'art. 2 Cost. (così A. Ruggeri, «Nuovi» diritti, cit., 633). In questo senso, anche M. Ainis, *I soggetti*, cit., 39 ss., che evidenzia come lo sforzo immane di riequilibrare le posizioni di svantaggio debba essere compito della politica e non di un organo di garanzia, quale la Corte, cui si può solo richiedere la razionalizzazione dell'ordinamento.

[149] Così che, come scrive C. Colapietro, *Dalla tutela*, cit., 1319, è l'attività della Consulta a «trasformare [gli spunti innovativi della legislazione] da mera enunciazione di principi in attivo strumento di progresso e di civiltà». Analoga valutazione è espressa da L. Azzena, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti «deboli». Spunti per una teoria della «debolezza»*, in C. Calvieri (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2006, 66 ss., la quale evidenzia che il massimo rispetto del legislatore ha portato la Corte a rifiutare, tendenzialmente, di assumere un ruolo attivo nell'individuazione dei soggetti deboli a fronte di omissioni del legislatore, salvo ampliare la tutela di quelli riconosciuti come tali anche dalla legge.

[150] Cfr. M. Ainis, *I soggetti*, cit., 47 ss. Si veda anche R. Bin, *Diritti*, cit., 43, che cita le sentr. nn. 215/87 e 217/88 come emblematiche del ruolo di «mero supporto argomentativo» svolto dalla disposizione in parola.

Peraltro, anche le sentenze additive, ove utilizzate, raramente aggiungono un significativo *quid novi* rispetto alle previsioni legislative, essendo perlopiù rivolte all'ampliamento di provvedimenti legislativi attuativi di diritti sociali anche verso nuove istanze emergenti (si pensi all'estensione di istituti per la salute della donna a situazioni in cui il diritto tutelato è quello del minore o al caso della servitù prediale indirizzata alla socializzazione per il disabile titolare del fondo[151]) o nel senso di ampliare la gamma degli strumenti di tutela e dei soggetti tutelabili attraverso i meccanismi predisposti dal legislatore per una più efficace garanzia (come per la progressiva estensione dei famigliari del disabile che possono fruire dei congedi parentali).

### 9.5. Nuovi diritti tra giudizi principali e incidentali

Il *self restraint* della Corte emerge anche osservando le occasioni in cui essa afferma, di norma, l'esistenza di nuovi diritti sociali e gli effetti di queste pronunce.

Sotto questo profilo, è rilevante osservare che molti casi in cui è riconosciuta una nuova situazione soggettiva sono costituiti da giudizi in via principale, dove l'affermazione del nuovo diritto appare più semplice alla Consulta, non creando direttamente effetti verso i consociati né costi derivanti dalla pronuncia, che si limita a regolare il riparto di competenze tra Stato e Regioni[152].

Piuttosto, si può osservare che spesso l'affermazione del nuovo diritto sociale ha per effetto (o per obiettivo?) l'esclusione da illegittimità delle norme statali che vi danno attuazione. Infatti, grazie all'interesse nazionale, prima del 2001[153], e alla determinazione dei livelli essenziali, dopo la riforma[154],

[151] È interessante rilevare come proprio in questa pronuncia la Corte abbia preferito rovesciare i termini della questione posta dal giudice *a quo*, e, anziché dedurre in via diretta l'incostituzionalità dai parametri evocati, parlare di irragionevolezza sopravvenuta a seguito dell'evoluzione dell'ordinamento, così da far emergere le nuove istanze di tutela. Cfr. G. Serges, *Anacronismo*, cit., 684 ss.

[152] Nella stessa direzione è orientata A. Valastro, *Le vicende*, cit., 992, la quale invero imputa questa *aberratio* dalla centralità dei diritti a quella dei problemi di distribuzione del potere, dopo la riforma del 2001, agli inestricabili intrecci che si determinano tra gli ambiti materiali afferenti ai diritti, più che non ad una strategia della Corte.

[153] Sul riconoscimento di un nuovo diritto come espediente per ricavare un interesse nazionale legittimante una compressione delle competenze regionali, cfr. in riferimento al diritto all'abitazione, G. F. Ferrari, «*Diritto alla casa*», cit., 848.

[154] Ancorché, come insegna la Consulta, tale competenza non potrebbe essere invocata per regolare interi settori, bensì soltanto singole prestazioni: *ex plurimis*, cfr. la sent. n. 423/04. È però la stessa Corte a mostrarsi incoerente e, come si è visto a proposito del diritto di togliersi la fame, a fare della determinazione dei livelli essenziali la riedizione aggiornata dell'interesse nazionale; in questo senso, per tutti, A. Anzon Demmig, *Potestà legislativa regionale residuale e livelli essenziali delle prestazioni*, in *Giur. cost.,* 2010, 161.

il riconoscimento di un nuovo diritto sociale porta spesso la Consulta a consentire allo Stato interventi attuativi di esso, in coerenza con l'orientamento, di cui le sentt. n. 372, 378 e 379/04 sono paradigmatiche, di escludere un ruolo delle Regioni nel riconoscimento (ma invero spesso anche nella garanzia) dei diritti, ivi compresi quelli di ultima generazione[155].

Sotto questo aspetto, ci sembra molto rilevante la giurisprudenza sul diritto all'ambiente che, grazie alla pregressa ricostruzione di questa situazione soggettiva in termini di valore di preminente rilievo costituzionale *ex* art. 32 e 9 Cost., suscettibile pertanto di regolazione unitaria[156], con la riforma del titolo V, dopo un'iniziale apertura ad interventi regionali, ma sempre nella prevalenza della competenza finalistica statale, ha richiamato l'assolutezza di questo valore di cui alle sue prime pronunce ed è quindi tornata a riconoscere alle Regioni un ruolo puramente sussidiario nel suo perseguimento, nei limiti segnati dalla definizione di questo interesse da parte dello Stato.

Ancor più significativo è il caso del diritto "di togliersi la fame", il cui contenuto così indeterminato, unito alla perentorietà profusa nel suo riconoscimento[157] e all'uso accentratore della competenza a determinare i livelli essenziali delle prestazioni – sia pure (discutibilmente) giustificato da contingenti esigenze economiche e sociali – apre, di fatto, la possibilità allo Stato di attuare politiche sociali, elevate alla dignità di diritti fondamentali, in dispregio del riparto di competenze[158].

Insomma, l'impressione che si trae dalla giurisprudenza della Corte originata da giudizi in via principale è che la genesi di un nuovo diritto

[155] Tra i commenti a queste pronunce, rinviamo per tutti a P. Caretti, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, in *Regioni,* 2005, 28, il quale vi aderisce, ritenendo corretta l'esclusione del legislatore, anche statutario, dalla disciplina, pur solo integrativa o evolutiva, dei diritti fondamentali; *contra*, R. Bifulco, *Nuovi statuti regionali e ("nuovi") diritti regionali*, in *Giur. it.,* 2001, spec. 1763, ove l'A. intravedeva ulteriori spazi regolativi per le Regioni proprio in relazione ai nuovi diritti.

[156] Cfr. R. Bin, *Sulla funzione di indirizzo e coordinamento e sul «valore assoluto» dell'ambiente*, in *Regioni,* 1988, 522 ss., che avanza «la maliziosa impressione che non già di un'improvvisa maturazione della sensibilità ecologista della Corte si tratti, ma ancora di un espediente retorico, cioè che al carattere primario dei valori ambientali si ricorra solo quando si vogliono giustificare le attribuzioni statali». Il giudizio è condiviso da L. Violini, *Protezione della salute e dell'ambiente "ad ogni costo"*, in *Giur. cost.,* 1990, 729, che, in riferimento alla citata sent. n. 127/90, rileva come l'assolutezza dell'ambiente compaia nella giurisprudenza costituzionale, di norma incline al bilanciamento, solo quando è strumentale a giustificare interventi statali.

[157] Di «linguaggio sproporzionato rispetto alla dimensione e alla parzialità dell'intervento» parla F. Pizzolato, *La «social card» all'esame della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. sic. soc.,* 2010, 352, il quale ascrive l'enfasi retorica posta dalla Consulta all'esigenza di mascherare la pesante restrizione dell'autonomia regionale.

[158] Tanto che questa giurisprudenza sembra avallare la scelta del legislatore statale di considerarsi «nonostante le proclamazioni [...] unico erogatore e responsabile della garanzia dei diritti sociali» (E. Longo, *I diritti sociali*, cit., 180).

sia spesso determinata non tanto dalla volontà di soddisfare istanze di tutela emergenti, quanto piuttosto di salvare da illegittimità un intervento legislativo statale che a quei bisogni abbia risposto. Ma se ciò può in parte spiegarsi, appunto, in termini di *self restraint* della Corte, che preferisce lasciare al legislatore il compito di attuare i diritti sociali e trovare per primo una soluzione per le nuove istanze emergenti, l'utilizzo nella sola direzione centripeta del giudizio principale per la individuazione di nuovi diritti ci pare finisca per subordinare la centralità nel disegno costituzionale della tutela della persona all'assetto dei rapporti tra Stato e Regioni, allorché a queste sia precluso qualunque intervento, persino di garanzia di diritti riconosciuti[159].

Nei giudizi in via incidentale, invece, è meno frequente che nuovi diritti ricevano una perentoria affermazione, ed in tal casi si tratta di norma o di ipotesi in cui comunque si producono effetti tutto sommato marginali rispetto alle potenzialità che il nuovo diritto potrebbe esprimere (si pensi alla estensione al convivente *more uxorio* della successione nel contratto di locazione[160], oltretutto ridimensionata da pronunce successive), tanto da indurre a dubitare che il riconoscimento del diritto rappresenti più che altro uno stratagemma retorico per celare giudizi di ragionevolezza politicamente spinosi[161], oppure di ipotesi in cui il nuovo diritto affermato comporta, sì, effetti diretti, ma per i quali il soggetto onerato non è lo Stato (ad esempio, le pronunce sulla tutela nella famiglia dei disabili o quelle in cui si afferma il diritto del minore a una famiglia). Neppure in questo caso, peraltro, il diritto viene affermato con assolutezza, trovandosi comunque a dover essere bilanciato con altri interessi che ne circoscrivono la portata innovatrice (si pensi alle pronunce sul diritto all'abitazione od anche alla sent. n. 251/08 per quanto concerne i disabili).

[159] Così A. Ruggeri, *La Corte costituzionale*, cit., 377, secondo cui, precludendo ogni intervento regionale anche in assenza di discipline statali, la Corte sembra appunto attribuire un peso maggiore alle istanze unitarie non solo rispetto a quelle autonomistiche, ma anche rispetto alla garanzia dei diritti.

[160] In questo senso, V. Onida, *Eguaglianza*, cit., 105 ss., il quale parla di «conseguenze assai più modeste di quelle che le dichiarazioni di principio sembrerebbero lasciare intuire». Analogamente R. Bin, *Giudizio «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, in *Giur. cost.,* 1991, 3582, secondo cui nel giudizio incidentale l'elevazione del diritto all'abitazione al rango dei diritti fondamentali rappresenterebbe addirittura un mero stratagemma retorico per richiamare i giudici al dovere di interpretare in senso evolutivo le clausole indeterminate della Costituzione.

[161] Cfr. A. Guazzarotti, *Diritti inviolabili e creatività giurisprudenziale: una risposta ad Elisabetta Lamarque*, in *Quad. cost.,* 2009, 319 ss., che cita il medesimo esempio di cui alla nota precedente, in cui, ad avviso dell'A., l'affermazione del diritto all'abitazione concorreva a mettere in secondo piano il profilo politicamente più rilevante della equiparazione tra famiglia legittima e di fatto.

### 9.6. Nuovi diritti e risorse finanziarie

Un'ultima conferma dell'atteggiamento prudenziale della Corte in tema di nuovi diritti sociali si ottiene dall'analisi del bilanciamento che essa opera tra questi e le risorse finanziarie.

Si è già osservato, infatti, come il riconoscimento dei nuovi diritti comporti talora il ricorso a sentenze additive di spesa, ancorché, rispetto al tema al nostro esame, queste riguardino perlopiù la socializzazione dei disabili nella scuola. E in effetti è in questo filone giurisprudenziale che esse, nonostante il loro progressivo abbandono[162], registrano maggiore resistenza (ancora se ne hanno nel 2002 e persino nel 2010), confermandosi il ruolo dell'eguaglianza sostanziale come «controlimite al limite delle risorse disponibili»[163], ma anche in tale percorso non mancano decisioni ispirate a *self restraint*, come la sent. n. 432/05, in cui il bilanciamento con le risorse economiche traspare come preoccupazione della Corte.

Come si è visto, minori remore incontra invece la Consulta nel riconoscere diritti in cui il soggetto onerato della prestazione sia il privato, dato che ciò non implica costi all'erario. Tuttavia, anche per questa ipotesi non mancano esempi di bilanciamento, come la sent. n. 251/08 in cui lo stesso diritto del disabile alla socializzazione è comparato con valutazioni di natura finanziaria, pur nell'ambito di un rapporto orizzontale.

Del resto, se questa attenzione al costo dei nuovi diritti risponde ad una generale, e certo non nuova, preoccupazione per la discrasia tra una (virtualmente) infinita espansione dei diritti a fronte di una perdurante finitezza (e viepiù limitatezza) delle risorse finanziarie per il loro soddisfacimento[164], è evidente che nel contesto attuale, in cui le finanze pubbliche, anche alla luce delle ultime riforme costituzionali, portano verso un «lineare regresso delle prestazioni»,[165] questa linea sarà seguita dalla Corte con ancora maggior rigore. Il che, ci pare, si può già intravedere nella sent. 80/10, in cui la decisione additiva pone molte cautele per evitare un'indefinita espansione della spesa per le ore di insegnamento di sostegno, limitando il maggior onere a quanto strettamente indispensabile in proporzione alla gravità dell'*handicap*.

[162] Per la ricostruzione del diverso atteggiamento assunto dalla Corte a seguito della maggiore attenzione dedicata agli effetti finanziari delle proprie decisioni a partire dagli anni '90 cfr., per tutti, C. Colapietro, *La giurisprudenza*, cit., 84 ss. e 370 ss.

[163] Secondo l'efficace formulazione di C. Pinelli, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in Id., *Nel lungo andare*, cit., 280.

[164] Discrasia al cui progredire si registra un parallelo aumento del grado di inattuazione dei diritti, come evidenzia A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo modello sociale europeo: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 4/2011, 4.

[165] Per riprendere l'espressione di A. Rauti, *La "giustizia sociale"*, cit., 4.

## 10. Nota conclusiva

I dati che emergono sembrano dunque convergere verso un'interpretazione della giurisprudenza costituzionale aperta, secondo una convincente lettura dei principi della dignità e del pieno sviluppo della persona, al riconoscimento come diritti fondamentali di nuovi bisogni, purché espressivi di istanze non estranee al testo costituzionale[166]. Al contempo, però, la Corte sembra opportunamente non voler occupare il ruolo principale nella individuazione e nella garanzia di tali diritti, limitandosi a dare man forte alle (e non di rado sollecitare le) scelte attuative compiute discrezionalmente dal legislatore, salvo talora ampliarne la portata, ove i principi introdotti rischino di non essere adeguatamente applicati.

Peraltro, attraverso questo modo di procedere, ci pare che la Consulta ottenga pure l'importante risultato di non eccedere, secondo un rischio paventato in dottrina[167], nel riconoscimento e nella moltiplicazione dei diritti, evitando specialmente di cedere alla tentazione di individuarne il fondamento solo con il richiamo ad un principio tanto rilevante quanto pericolosamente ampio quale la dignità umana[168]. Preferendo, invece definirne la portata pur sempre attraverso (e non *praeter*) il testo costituzionale (ed il contesto della legislazione positiva vigente), così da evitare il pericolo che la quantità di diritti si risolva in danno per la loro qualità e la loro concreta attuazione[169].

[166] Dato che «proprio e solo la Costituzione saprebbe esprimere l'ordine assiologico della comunità organizzata»: cfr. M. Luciani, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 46 ss., che cita il caso del diritto all'ambiente come esempio di una corretta attività interpretativa, che non giunge all'esito estremo dell'abbandono del testo.

[167] In particolare, cfr. A. Barbera, "*Nuovi diritti*", cit., 19 ss.; e M. Cartabia, *In tema di nuovi diritti*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, cit., vol. I, spec. 641 ss.

[168] Conveniamo sul punto con M. Luciani, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, cit., vol. III, 1060 ss., il quale rileva che, se nelle democrazie pluraliste la dignità è vista come presupposto non negoziabile, essa costituisce pur sempre «un paradigma socialmente e addirittura giuridicamente costruito» secondo le determinazioni dell'ordinamento positivo, senza contare che, in ogni caso, la proliferazione dei diritti non garantisce affatto una sua maggiore tutela.

[169] Giacché, come scrive A. Spadaro, *I diritti*, cit., 7 ss., esiste un rapporto di proporzionalità inversa tra la concreta attuazione dei diritti e l'espansione degli stessi (o il riconoscimento di nuovi), di modo che una qualificazione in termini di diritti costituzionali fondamentali va riservata a quelli volti a soddisfare bisogni «tendenzialmente stabili nel tempo e universali nello spazio» e non meri desideri di carattere individualistico.

# INTERVENTI E COMUNICAZIONI

# CALAMANDREI E LA QUESTIONE SOCIALE

di Elena Bindi

Sommario: 1. Premessa. - 2. Calamandrei scrittore politico. - 3. Costituente e questione sociale. - 4. Il contributo dato al dibattito in Assemblea costituente. - 5. Gli anni del disincanto e le battaglie compiute dalle pagine del Ponte. - 6. La lunga strada dal riconoscimento alla garanzia: "siamo ancora su quel ponticello, ma com'è difficile passare sull'altra sponda".

## 1. Premessa

In un convegno sul tema "*I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*", mi pare interessante richiamare l'attenzione sul pensiero di Calamandrei in materia di diritti sociali, non solo per il contributo che egli dette, come è noto, alla formulazione dell'art. 3, 2 comma della Cost.[1], norma che rappresenta una sorta di matrice dell'elenco dei diritti sociali presenti nella Carta costituzionale[2], ma anche e soprattutto per la battaglia che condusse per l'affermazione della giustizia sociale, richiamando l'attenzione di tutti i costituenti su quanto fosse lunga e impegnativa la strada dal riconoscimento alla garanzia. Fu proprio egli, infatti, a porre l'accento sulla necessità di affrontare la questione sociale come premessa indispensabile a qualsiasi tentativo di disciplinare in Costituzione i diritti sociali nel saggio apparso su «Il Ponte», nel 1945, dal titolo "*Costituente e questione sociale*"[3].

[1] Sul punto v. P. Barile, *La nascita della Costituzione: Piero Calamandrei e le libertà*, in U. de Siervo (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, II, Bologna, Il Mulino, 1980, 15 ss.; e A. Pace, *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei*, in P. Barile (a cura di) *Piero Calamandrei*, Milano, Giuffré 1990, 304.

[2] Come ricorda ad esempio, S. Scagliarini, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, nt. 9 del paper, già M. Mazziotti, *Diritti sociali*, in *Enc. dir*., vol. XII, Milano, 1964, 804, sottolineava come la Costituzione italiana esprime chiaramente la derivazione dei diritti sociali dall'eguaglianza sostanziale, essendo il diritto sociale «l'insieme delle norme attraverso cui lo Stato attua la funzione equilibratrice e moderatrice delle disparità sociali, allo scopo di "assicurare l'eguaglianza delle situazioni malgrado la differenza delle fortune"». Sul legame tra diritti sociali e art. 3, comma 2, Scagliarini (3, nt. 7 e nt. 9) richiama inoltre, *ex plurimis*, la ricostruzione di B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, 2001, 122 ss.), la quale definisce l'art. 3, comma 2, Cost., una sorta di clausola generale dello stato sociale (125).

[3] P. Calamandrei, *Costituente e questione sociale*, in *Il Ponte*, 1945, n. 5, agosto, p. 368 ss., ora in P. Calamandrei, *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. Bobbio, 2 voll., Firenze, 1966, vol. I, tomo 1, 141 ss.

Molte relazioni del convegno ripartono dunque dal nesso inscindibile che lega diritti sociali e principio di uguaglianza sostanziale e in particolare la relazione di Razzano si sofferma "sull'importanza di identificare la questione sociale di ogni tempo", suggerendo un metodo di ricerca, per il quale diviene essenziale identificare quale sia la "questione sociale" in un determinato tempo, "così da calibrare meglio i modi e le soluzioni che, nella maniera più appropriata possibile, garantiscano effettivamente i diritti sociali in concreto"[4]. Ma vi sono, ad esempio, anche altre relazioni che pur non soffermandosi in generale sulla "questione sociale", presentano notevoli punti di contatto con il dibattito cui Calamandrei contribuì nell'arco di anni dal 1945 al 1956 e che coincidono con i suoi dodici anni alla guida della rivista «Il Ponte»[5].

Per ricostruire il pensiero di Calamandrei sui diritti sociali e in particolar modo la ragione per la quale un uomo che credeva fermamente nella giustizia sociale ma che, com'è noto, voleva porre i diritti sociali al di fuori del testo costituzionale, occorre non limitarsi allo studio degli atti dell'Assemblea costituente. Gli scritti apparsi sul Ponte dal 1945 al 1947 e le posizioni in essi espresse, vicine al socialismo liberale di Rosselli, fanno comprendere come la giustizia sociale, i diritti sociali, l'eguaglianza e la legalità (alcuni dei grandi temi del costituzionalismo moderno) sono tenuti sempre legati in una prospettiva nella quale tuttavia il diritto costituisce alla fine solo un anello, ma non il primo di una lunga catena. Sono gli anni "da lui vissuti in una tensione quasi disperata", nei quali il suo ostinato insorgere contro le ingiustizie sociali sembrava nascere dalla "necessità di riscattare la forzata inerzia" degli anni precedenti[6]. Il problema della "libertà dal bisogno" e quindi la questione della creazione di ricchezza attraverso il lavoro (ed equamente redistribuita) costituiscono pertanto uno degli assi portanti del pensiero di Calamandrei scrittore politico negli anni del dopoguerra. È in questo periodo che probabilmente Calamandrei ritiene possibile l'affermarsi di un modello di Stato sociale all'interno del quale declinare in maniera forte redistribuzione della ricchezza, giustizia sociale, eguaglianza e legalità.

In seguito, durante gli anni dell'Assemblea costituente, in un contesto nel quale quell'evoluzione sociale non si è verificata e sembra lontana da veni-

[4] G. Razzano, *Sullo "statuto" costituzionale dei diritti sociali*.

[5] Oltre a quella di S. Scagliarini, *cit.*, sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di diritti sociali, vd. A. Rovagnati *La pretesa a prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano,* che si sofferma sul diritto alla salute (e *su un* particolare profilo del diritto alla salute proclamato nella Carta fondamentale: quello che si esprime nella pretesa a essere curati); nonché le relazioni e gli interventi citati *infra* nel paragrafo 6.

[6] Così A. Galante Garrone, *Calamandrei*, Milano, 1987, 230-231.

re, predomina in Calamandrei il giurista, per la paura di vedere attenuare la forza giuridica della Carta costituzionale, attraverso l'inserimento nel testo della Costituzione dei diritti sociali, mere enunciazioni generali di finalità etico-sociali.

Infine nel periodo successivo ancora il Calamandrei politico esorta all'attuazione degli istituti previsti nella Costituzione attraverso leggi ordinarie, istituti senza i quali la Costituzione rimane "come un edificio senza cuspide e senza alcuni muri maestri"[7] e soprattutto senza i quali non si può procedere alle tanto invocate riforme della struttura economica.

A queste diverse fasi storiche corrispondono strumenti e modalità diverse per esprimere il proprio pensiero. Principalmente gli scritti su «Il Ponte», dal dopoguerra all'Assemblea costituente (anche se la questione della giustizia sociale aveva già fatto il suo ingresso, negli anni precedenti, negli scritti più intimi[8]); gli interventi di natura giuridica durante l'Assemblea costituente[9]; ancora gli scritti su «Il Ponte» dopo l'entrata in vigore della Costituzione.

La rivista «Il Ponte» per Calamandrei non solo rappresentava una sorta di diario pubblico e per questo coincise con la chiusura del suo diario privato[10], ma soprattutto concretizzava un progetto, come affermò lo stesso Calamandrei, il cui programma era già "tutto nel titolo e nell'emblema della copertina: un ponte crollato, e tra i due tronconi delle pile rimaste in piedi una trave lanciata attraverso, per permettere agli uomini che vanno a lavoro di ricominciare a passare"[11]. In un momento in cui si avvertiva fortemente l'esigenza di ricostruire un paese distrutto visibilmente dai bombardamenti nelle sue opere architettoniche più rappresentative, ma più significativamente distrutto nei suoi fondamenti democratici da un ventennio di regime fascista, l'immagine del ponte che si staglia nel disegno di copertina vuole espri-

[7] P. Calamandrei, *La festa dell'Incompiuta*, in *Il Ponte*, 1951, n. 6, giugno, 565-566, ora in *Scritti e discorsi politici*, cit. vol. I, tomo 1, 485.

[8] Tra i testi più intimi di P. Calamandrei, si possono ricordare il *Diario*, a cura di G. Agosti, Firenze, 1982, 2 voll., le *Lettere 1915-1956*, a cura di G. Agosti e A. Galante Garrone, Firenze, 1968, 2 voll., e anche l'*Inventario della casa di campagna*, testo inizialmente non destinato alla divulgazione, che fu distribuito come regalo di Natale, in una edizione fuori commercio, in 300 esemplari, illustrata con xilografie di Pietro Parigi, (Firenze, 1941).

[9] Interventi che trovarono poi conferma negli articoli pubblicati su «Il Ponte», v. ad esempio, P. Calamandrei, *Come nasce la nuova Costituzione*, in *Il Ponte*, 1947, n. 1, gennaio, ora in M. Rossi (a cura di), *Il Ponte di Piero Calamandrei 1945-1956*, 2 voll., Firenze, 2005, I vol., p. 145 ss. Del resto, come ricorda A. Colombo, *Alla testa del «Ponte»*, in P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande Maestro*, 516-517, "non c'è un numero, dei centoquarantuno da lui diretti, che non porti un suo scritto".

[10] P. Calamandrei, *Diario 1939-1945,* cit.

[11] V. P. Calamandrei, Corsivo di presentazione-programma, senza titolo, che apre il primo numero della rivista *«Il Ponte»*, 1945, n. 1, 1-3.

mere proprio l'assunzione di responsabilità della ricostruzione, soprattutto della ricostruzione morale del paese[12]. Una ricostruzione che non poteva non prendere le mosse dalla necessità di affrontare la questione sociale e fu proprio dal dibattito che si accese al riguardo sulle pagine del Ponte tra economisti e giuristi, che si può ricostruire l'apporto dato da Calamandrei e dal gruppo confluito nel partito d'azione all'elaborazione dell'art. 3, 2 comma della Costituzione e alle battaglie per la sua attuazione[13]. Del resto, nel giugno del 1945 la formazione del governo Parri parve incoraggiare le speranze degli azionisti, e soprattutto di Calamandrei, in un profondo rinnovamento della società italiana[14].

## 2. Calamandrei scrittore politico

Fu proprio negli anni 1944-1945 che nacque dunque, secondo alcuni, il Calamandrei scrittore politico[15], o almeno quegli furono gli anni in cui il Calamandrei politico e il Calamandrei giurista non sembrarono più separabili, a tal punto che "il discorso che egli fa come giurista altro non è che la prosecuzione in concetti tecnici del discorso che egli stesso fa come politico, tanto che alla trattazione giuridica segue sempre una trattazione su «quello che c'è da fare»"[16], e cioè costruire la democrazia. Furono gli anni in cui apparvero, oltre al saggio "*Costituente e questione sociale*", altri scritti fondamentali per comprendere il suo apporto al dibattito in Assemblea costituente in tema di diritti, tra cui gli "*Appunti sul concetto di legalità*"[17], la "*Prefazione*" al libro "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria[18], il

[12] V. A. Colombo, *Alla testa del «Ponte»*, cit., 512 ss.

[13] Fondamentale, oltre allo scritto di P. Calamandrei, *Costituente e questione sociale*, cit., rimane il saggio dell'economista A. Bertolino, *Costituente e riforma economica*, in *Il Ponte*, 1946, ora in M. Rossi (a cura di), *Il Ponte di Piero Calamandrei 1945-1956*, cit., I vol., 97 ss.

[14] E. Collotti, *Un'Italia civile che non esiste più*, in M. Rossi (a cura di), *Il Ponte di Piero Calamandrei 1945-1956*, cit., vol. I, VII e ss.

[15] N. Bobbio, *Introduzione* in P. Calamandrei, *Scritti e discorsi politici*, cit., vol. I, tomo 1, p. XI; Id., *Maestri e compagni*, Firenze, Passigli Editori, 1984, 110; secondo il quale Calamandrei come scrittore politico nasce soltanto nel 1944; Id., *Il pensiero politico,* in P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei,* cit., 206; A. Galante Garrone, *I diritti di libertà da Ruffini a Calamandrei*, *ivi*, cit., 292 ss. e P. Andrés Ibañez, *Calamandrei, affascinante e controverso,* prefazione all'edizione spagnola di *Fede nel diritto*, Biblioteca Archivio Calamandrei, Edizione fuori commercio in occasione del Convegno "Un caleidoscopio di carte", Montepulciano 20 e 21 ottobre 2009, 11.

[16] M. S. Giannini, *La formazione culturale di Calamandrei*, in P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei*, cit., 45-46.

[17] P. Calamandrei, *Appunti sul concetto di legalità* (1944), in *Opere giuridiche*, vol. III, Napoli, 1965, 52 ss.

[18] P. Calamandrei, *Prefazione* a C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene,* a cura dello stesso Calamandrei, Firenze, 1945.

saggio "*L'avvenire dei diritti di libertà*"[19] ed altri saggi ancora che poi confluiranno nel volume "*Costruire la democrazia*"[20]. Se la questione sociale aveva cominciato ad affacciarsi negli scritti anteriori al 1944 (e in particolare negli scritti pubblicati dal 1938 al 1944, soprattutto nei testi più intimi[21]), fu solo nel 1944 che emerse quindi con evidenza il Calamandrei uomo del "quarto stato"[22], e "diversamente da quanto talora si è ritenuto, il 1944 non fu per Calamandrei un'epifania; fu lo scroscio violento di una fonte troppo a lungo occlusa"[23]. A partire dal 1944, quindi, non solo si affacciano le istanze di una nuova legalità superiore, posta sempre a presidio delle libertà individuali, persino contro le scelte compiute dal legislatore, e cioè dalla maggioranza democraticamente eletta, ma si afferma con determinazione che non basta assicurare le libertà negative se non vengono rimosse le disuguaglianze economiche.

Nel saggio "*Appunti sul concetto di legalità*" [24], infatti, il campo di azione del principio di "legalità si allarga; non si riferisce più alla forma dei comandi, ma all'origine e all'estensione dei poteri di chi esercita il comando". In tal modo, "legalità significa partecipazione di tutti i cittadini alla formazione delle leggi; e significa altresì *preventiva delimitazione dei poteri del legislato-*

[19] P. Calamandrei nel saggio *L'avvenire dei diritti di libertà,* prefazione alla ristampa di F. Ruffini, *Diritti di libertà*, Firenze, 1946, ora in *Opere giuridiche*, vol. III, cit., 183 ss.

[20] P. Calamandrei, *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Firenze, Edizioni U, s.d. (ma 1945), poi in *Opere giuridiche*, vol. III, 127 ss., e ora ripubblicato in Id., *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente,* con introduzione di P. Barile, Montepulciano, 2003.

[21] Basti pensare che nel *Diario 1939-1945*, cit., vol. II, pp. 115-116, in data 20 febbraio 1943, Calamandrei annota dissidi nel partito d'azione sul programma, in cui già emerge l'innesto della tradizione socialista con la tradizione liberale, e per questo ad alcuni, tra cui a Bianchi Bandinelli sembrava "troppo poco a sinistra". Calamandrei ribatte "la solita accusa contro i liberali: vi preoccupate soltanto di ristabilire le libertà giuridiche, che sono uno strumento per perpetuare la servitù economica […]. Io credo che si debba francamente affermare che la libertà non vuol dire solo libertà giuridica negativa (di coscienza, di stampa, di riunione, di religione ecc.), ma vuol dire anche libertà economica positiva (diritto al lavoro, diritto alla casa, diritto all'assistenza medica, diritto all'assistenza di vecchiaia, diritto alla scuola). Bisogna considerare come nemici della libertà, come partiti non permessi, quelli che negano queste libertà positive, senza le quali quelle negative non hanno senso. Tutte le altre questioni: come si deve organizzare la produzione, la proprietà ecc. devono essere risolte in funzione di queste libertà positive: *in modo da garantirle*".

[22] Così definito da P. Grossi, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana (1859-1950)*, Milano, Giuffré 1986, pp. 158 e 167, secondo il quale Calamandrei "uomo del terzo stato" avrebbe partecipato, solo dai primi anni '40, alle "istanze del quarto stato".

[23] M.S. Giannini, *La formazione culturale di Calamandrei*, cit., 45.

[24] P. Calamandrei, *Appunti sul concetto di legalità*, cit., 52 ss. Inizialmente questo saggio apparve come testo, ad uso degli studenti, delle lezioni tenute nel corso di diritto costituzionale nella facoltà giuridica della Firenze appena liberata, e rimase inedito fino al 1968, anno in cui fu pubblicato nelle *Opere giuridiche* con il titolo "*Appunti sul concetto di legalità*".

*re*, nel senso che esso si impegna in anticipo a non menomare con le sue leggi certe *libertà individuali* («diritti di libertà»), il rispetto alle quali si considera come condizione insopprimibile di legalità"[25] (passaggio quest'ultimo che contiene in nuce già l'idea di una legalità costituzionale). Si tratta della nota svolta sostanzialista, alla quale è legato il tema della giustizia sociale e della libertà dal bisogno[26].

Se infatti il rispetto delle libertà individuali è condizione insopprimibile di legalità, senza la quale non si può parlare di stato di diritto, senza la quale non vi è democrazia, il cittadino, affinché se ne possa praticamente servire, deve essere liberato dal bisogno. Ed è per questo che nella parte conclusiva degli *Appunti*, Calamandrei si sofferma sulla giustizia sociale come condizione di libertà. Nel passo della lezione sulla giustizia sociale si pone infatti l'accento sul binomio "*giustizia e libertà*", dove la "giustizia è il mezzo e la libertà è il fine": la giustizia è un mezzo perché il fine della piena libertà si può raggiungere solo garantendo ad ogni individuo quel minimo di benessere economico che gli assicuri un'esistenza dignitosa. "Accanto alle libertà civili e alle libertà politiche si allineano [pertanto] le libertà economiche, colla stessa funzione *costituzionale* di garantire ad ogni cittadino il suo posto nello Stato"[27].

[25] P. Calamandrei, *Appunti sul concetto di legalità*, cit., 56.

[26] Parla di svolta sostanzialista G. Zagrebelsky, *Una travagliata apologia della legge*, saggio introduttivo a P. Calamandrei, *Fede nel Diritto*, a cura di S. Calamandrei, Bari, 2008, 20. Importante risulta ai fini della svolta sostanzialista anche il saggio di P. Calamandrei, *La crisi della legalità,* in *La nuova Europa*, 1944, n. 4, anch'esso pubblicato ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. III, 127 ss. Con questo non si vuol sostenere che vi fu una netta cesura nell'evoluzione del pensiero di Calamandrei, perché in esso vi è sempre un medesimo filo conduttore da individuare comunque nel principio di legalità, con valenze e sfumature diverse *legate ai diversi momenti storici* e al *diverso sistema delle fonti del diritto*. Se si ripercorressero le riflessioni contenute nelle opere di Calamandrei si avvertirebbe immediatamente che il compito del diritto sta nel *creare la certezza* su ciò che è e ciò che non è legittimo e che il filo rosso che attraversa le sue riflessioni consiste nel *binomio costante* tra certezza del diritto e tutela dei diritti dell'individuo, dal momento che il principio di legalità e quindi *la certezza del diritto* vengono visti come *baluardo e presidio delle libertà dell'individuo* (M. Cappelletti, *La 'politica del diritto' di Piero Calamandrei: coerenza e attualità di un magistero,* in P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei*, cit., p. 261; A. Pace, *Diritti di libertà e diritti sociali*, cit., 306 ss.). Ed è proprio tenendo presente questo filo rosso che attraversa il suo pensiero, che si riesce a comprendere la posizione da questi tenuta in seno all'Assemblea costituente con riguardo all'introduzione nella Carta costituzionale dei diritti sociali. Per un primo approfondimento sull'evoluzione del pensiero di Calamandrei in tema di legalità v. E. Bindi, *La fede nel diritto nelle riflessioni di Piero Calamandrei*, in Aa.Vv., *Un caleidoscopio di carte. Gli archivi Calamandrei di Firenze, Montepulciano, Trento e Roma,* a cura di F. Cenni, Quaderni del Ponte, Firenze, 2010, 165 ss.

[27] P. Calamandrei, *Appunti sul concetto di legalità*, cit. 111. Sulla terminologia utilizzata da calamandrei per indicare le diverse categorie di diritti v. le considerazioni critiche di A. Pace, *Diritti di libertà e diritti sociali*, cit., 318. In questo passaggio, Calamandrei distingue infatti tra libertà civili e libertà politiche, mentre come sottolinea A. Pace, cit., 318, nt. 62, in

Da questo passaggio si percepisce nettamente la simpatia di Calamandrei per le idee dal movimento "Giustizia e libertà", anima del partito d'azione torinese, tenuto anche conto della sua adesione al partito d'azione toscano fin dalla sua fondazione nella clandestinità[28]. E soprattutto si odono gli echi del socialismo liberale di Carlo Rosselli e del liberlsocialismo di Calogero, alle cui tesi dottrinali Calamandrei in quegli anni si era molto avvicinato[29]. Ma, come ha sottolineato Bobbio, di tutte le diverse interpretazioni del liberlasocialismo quale fosse quella più vicina alle idee e all'azione di Calamandrei è difficile dire. Il suo socialismo era intuitivo. Era un atto di fede, "era un socialismo non di testa, ma di cuore, non dottrinario ma umanitario, secondo cui la grande divisione nella società più che tra proletari e capitalisti, fra espropriati e proprietari, era fra umili e prepotenti". E forse, conclude Bobbio, Calamandrei "più che dalla elaborazione dottrinale di Calogero, che pure ammirava era stato attratto dall'insegnamento rosselliano", pur sottolineando che Calamandrei non amasse parlare di socialismo "quanto di democrazia sociale, la cui molla sta nello spirito di solidarietà che integra e vivifica lo stato di libertà"[30]. Nell'insegnamento rosselliano trovava infatti la risposta alla domanda su quale fosse la strada per far diventare "la libertà, teorica proclamazione universale, rispondente di fatto all'interesse di pochi, […] veramente patrimonio di tutti": la soluzione non poteva che essere rinvenuta nell' incontro fa gli ideali liberali e gli ideali socialisti, nel socialismo reinterpretato come "liberalismo in azione", "nella libertà che si fa per la povera gente", e quindi nella necessità di rimuovere gli ostacoli che impediscono alla maggioranza degli uomini di essere "posta in grado di apprezzarne il significato e di avvalersene concretamente"[31].

### 3. Costituente e questione sociale

Questa idea della democrazia sociale in cui i diritti sociali non devono essere considerati un'integrazione dei diritti di libertà, ma necessaria condizione per il loro esercizio effettivo, e quindi questa idea che solo la democrazia sociale sia una democrazia completa nella quale i diritti di libertà possono essere goduti da tutti i cittadini, viene poi sviluppata nel saggio "*Costitu-*

altri passaggi Calamandrei utilizza la locuzione «libertà politiche» in senso assai lato (cfr. *infra* il paragrafo 3). V. però la giustificazione che ne dà nel saggio *L'avvenire*, cit., 188; sul punto Pace esprime ancora perplessità, a 316, nt. 60.

[28] A. Galante Garrone, *I diritti di libertà da Ruffini a Calamandrei*, cit., 292.

[29] Sulle differenze tra il socialismo liberale di Rosselli e il liberalsocialismo di Calogero v. M. Rossi, *Vent'anni di liberalsocialismo*, in *Il Ponte di Piero Calamandrei*, cit., vol. I, p. XVII e ss.

[30] N. Bobbio, *Il pensiero politico,* cit., 219.

[31] C. Rosselli, *Socialismo liberale*, ed. italiana, Firenze-Milano, 1945, 90-91, richiamato da A. Pace, *Diritti di libertà e diritti sociali*, cit., 319-320.

*zione e questione sociale*" (1945), uscito nel fascicolo di agosto, ma scritto in giugno, nel clima di speranza suscitato dal Governo Parri[32]. "Sono i mesi nei quali, a liberazione ormai conclusa in tutto il paese, già si affaccia il problema della futura e imminente Assemblea Costituente. Calamandrei sente di dovere interloquire come giurista e come politico, e più ancora da politico che da giurista, nell'attesa di questo impegno parlamentare. E fin dalle prime battute dell'articolo si vede il perché di questo prevalere del problema politico su quello giuridico,e, in particolare, del sociale sul politico: «Appena arrivati alla Costituente, noi incontreremo ad attenderci, sulla soglia della questione istituzionale, la questione sociale»"[33].

E proprio in questo articolo, pensato come una sorta di programma per il futuro costituente, traspare chiaramente la lezione di Carlo Rosselli, il cui libro, *Socialismo liberale*, Calamandrei si era finalmente procurato e che viene più volte citato nel saggio[34].

Rivolgendosi al futuro costituente, Calamandrei pone quindi l'accento sulla necessità che i due problemi fondamentali del nuovo Stato, il *quadro istituzionale* e la *questione sociale* siano affrontati e risolti insieme e non in due tempi; perché, dopo il ventennio fascista, salvati e riconfermati solennemente i diritti di libertà, occorre andare oltre, come hanno ben visto quei movimenti che "invece di accentuare l'antagonismo tra l'idea liberale e l'idea socialista, hanno messo in evidenza che una democrazia vitale può attuarsi soltanto nella misura in cui la giustizia sociale, piuttosto che come ideale separato e assoluto, sia concepita come premessa necessaria e come graduale arricchimento della libertà individuale" [35] .

Si afferma quindi con nettezza che "se vera democrazia può aversi soltanto là dove ogni cittadino sia in grado di […] poter contribuire effettivamente alla vita della comunità, non basta assicurargli teoricamente le libertà politiche, ma bisogna metterlo in condizione di potersene praticamente servire", e per far ciò occorre garantire a tutti "quel minimo di benessere economico", far sì che le libertà cessino di essere dei "vuoti schemi giuridici e si riempiano di sostanza economica", ossia che "le libertà politiche siano integrate da quel minimo di giustizia sociale, che è condizione di esse, e la cui mancanza equi-

[32] A. Galante Garrone, *I diritti di libertà da Ruffini a Calamandrei*, cit., 295-296, che peraltro pone l'accento sul fatto che "dalle parole di questo articolo scritto nel giugno ma apparso nell'agosto del 1945 affioravano scetticismo, incertezza, malinconia", ma anche serenità .

[33] V. ancora A. Galante Garrone, *I diritti di libertà da Ruffini a Calamandrei*, cit., 294, che cita testualmente il passo tratto da "*Costituente e questione sociale*".

[34] Nei primi mesi del 1945 Calamandrei non era riuscito a procurarsi il libro d Rosselli, *Socialism libéral*, nell'edizione francese, come ci attestano le sue lettere dall'ottobre del 1944 al febbraio 1945, e solo alcuni mesi dopo la traduzione uscirà anche per il suo interessamento: sul punto v. ancora A. Galante Garrone, *I diritti di libertà*, cit. 293.

[35] P. Calamandrei, *Costituente e questione sociale*, cit. 149.

vale per l'indigente alla loro soppressione politica"[36]. "Ma il problema vero non è quello della enumerazione di questi diritti: il problema vero è quello di predisporre i mezzi pratici per soddisfarli, di trovare *il sistema economico che permetta di soddisfarli*. Questo è, in tanta miseria che ci attornia, l'interrogativo tragico della ricostruzione sociale e politica italiana[37].

Molti dei temi sviluppati nel saggio "*Costituente e questione sociale*", vengono infine affrontati nel saggio pressoché coevo "*L'avvenire dei diritti di libertà*" che Calamandrei inizierà a scrivere nella seconda metà del 1945 e che costituisce la prefazione alla ristampa del libro di Francesco Ruffini, *Diritti di libertà*[38]. Anche in questo saggio Calamandrei continuerà a porre l'accento sulla necessità di prevedere nella Carta costituzionale, così come hanno fatto le costituzioni più progredite, a cominciare da quella di Weimar, i diritti sociali, la cui funzione è quella di garantire ad ognuno quel minimo di giustizia sociale indispensabile premessa per liberare i non abbienti dalla schiavitù del bisogno. È quindi "obbligo dello stato *rimuovere gli ostacoli* di ordine economico e sociale, che si frappongono alla libera espansione morale e politica della persona umana[39]. In queste pagine si va dunque delineando il contenuto di quello che sarà il 2 comma art. 3, anche se poi sarà l'onorevole Basso a redigere il testo approvato dall'Assemblea costituente[40].

## 4. Il contributo dato al dibattito in Assemblea costituente

Ma allora perché Calamandrei in Assemblea costituente si batterà per impedire l'introduzione dei diritti sociali nella Carta costituzionale? [41].

È vero che già nel saggio "*Costituente e questione sociale*" aveva escluso la possibilità di tradurre in lapidari articoli i diritti sociali se al contempo non

[36] P. Calamandrei, *Costituente e questione sociale*, cit. 149-150.

[37] P. Calamandrei, *Costituente e questione sociale*, cit. 152 (corsivi testuali).

[38] V. P. Calamandrei nel saggio *L'avvenire dei diritti di libertà,* prefazione alla ristampa di F. Ruffini, *Diritti di libertà*, Firenze, 1946, ora in *Opere giuridiche*, vol. III, cit., 183 ss. Come ricorda A. Galante Garrone, cit., 284 e 293, Calamandrei fino al 1944 non conosceva questo libro edito da Pietro Gobetti nel 1926, perché il libro ebbe una scarsa diffusione e fu relegato in breve tempo ad una circolazione clandestina, e non possiamo quindi sapere con sicurezza quando ne venne a conoscenza. "L'impressione è che ciò sia avvenuto quando il suo corso [di lezioni] ormai volgeva alla fine , tra il novembre e il dicembre del 1944, e che egli abbia avuto soltanto il tempo di suggerirne la lettura nella *Premessa* delle dispense (scritta dopo la loro integrale stesura)".

[39] P. Calamandrei, *L'avvenire dei diritti di libertà,* cit., 199 (corsivo testuale).

[40] Come sottolinea A. Pace, cit., 304, che richiama L. Basso, *Il principe senza scettro*, Milano, 1958, 133.

[41] Cfr. P. Barile, *Piero Calamandrei all'Assemblea Costituente*, in *Ventidue saggi* (a cura del medesimo), cit., 336, secondo il quale il pensiero di Calamandrei in proposito non fu lineare.

veniva affrontata la questione sociale, se non veniva cioè realizzato quel "sistema economico che permetteva di soddisfarli"; tuttavia, come ricorda Barile, prima di entrare in Assemblea costituente, egli sembrava ormai convinto in punto di giuridicità dei diritti sociali, nel senso che essi dovessero figurare nella costituzione, in quanto "premessa indispensabile per assicurare a tutti i cittadini il godimento effettivo delle libertà politiche"[42]. Forse la risposta a questa apparente mancanza di linearità va individuata nel perenne oscillare tra lo "scrupolo del giurista, che vuole sempre il rigore di norme giuridiche vere e proprie, realizzabili nelle forme giudiziarie previste dall'ordinamento statale, e l'aspirazione del politico che vorrebbe dare a tutti i cittadini la possibilità del soddisfacimento sancito dai diritti sociali". A seconda che prevalga l'anima del politico, come nei saggi sopra ricordati, o l'anima del giurista come negli interventi in Assemblea costituente, Calamandrei può passare dai toni ottimistici nei confronti delle enunciazioni dei diritti sociali ancorché in formule dal valore meramente programmatico, ai toni più amari di chi si vede costretto ad appagarsi di vuote formule consolatorie[43].

Se quindi in Assemblea costituente portò avanti la battaglia contro l'introduzione in Costituzione delle norme programmatiche, non fu perché non volesse l'inserimento dei diritti sociali nella Carta fondamentale, e quindi il suo non fu il tentativo di dare al paese una costituzione borghese, come gli fu allusivamente rimproverato[44], ma fu perché prevalse lo scrupolo del giurista che "per il rispetto della più corretta tecnica giuridica" suggeriva già in sede di Commissione dei 75 di collocare "questi desideri a cui tutti possono partecipare e che hanno un carattere sentimentale, ma non un carattere giuridico […], nel preambolo della Costituzione, e che le vere norme giuridiche fossero limitate a quei diritti che sono diritti nel senso tecnico e perfetto della parola" [45].

Come è noto, la posizione portata avanti da Calamandrei rimase isolata (o meglio, riceveva soltanto il voto dei rappresentanti del partito d'azione, che come ironizzava Calamandrei, "non erano molti"[46]) e prevalsero le istanze favorevoli ad inserire nel testo costituzionale sia le norme classiche sulle libertà dei cittadini, sia le norme esprimenti i diritti sociali. Furono proprio le obiezioni mossegli da Togliatti che sul momento lo convinsero, tanto da fargli accogliere

[42] P. Barile, *La nascita della Costituzione: Piero Calamandrei e le libertà*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della costituente e cultura giuridica*, Bologna, 1980, II, 16-24.

[43] A. Galante Garrone, *I diritti di libertà da Ruffini a Calamandrei*, cit., 299.

[44] Cfr. le affermazioni dell'on. Giua, in A.C., Comm. Cost., riunione del 25 ottobre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, a cura del Segretariato generale della Camera dei deputati, Roma, 1970, vol. VI, 52.

[45] A.C., Comm. Cost., riunione del 25 ottobre 1946, in *La Costituzione*, cit., vol. VI, 46

[46] Cfr. il discorso di Calamandrei pronunciato all'Assemblea Costituente il 4 marzo 1947, poi pubblicato col titolo *Chiarezza nella Costituzione,* Tipografia della Camera dei deputati, Roma, 1947, ora in P. Calamandrei, *Scritti e discorsi politici*, cit., II, 24.

l'invito di ritirare il suo ordine del giorno. Togliatti gli ricordava che siccome "la nostra è la costituzione non di una rivoluzione già fatta, ma di una rivoluzione pacifica e legale da fare in vent'anni, era opportuno che comprendesse anche norme le quali, pur non consacrando diritti immediatamente attuabili, costituissero una specie di orientamento -e quindi sotto questo punto di vista avessero anche un carattere di impegno giuridico e politico- per il futuro legislatore". E per trovare le vie del cuore di Calamandrei, a Togliatti fu sufficiente il richiamo di un verso di Dante, ricordandogli che compito dei costituenti è anche quello di illuminare la strada di coloro che verranno: "come quei che va di notte-, che porta il lume dietro a sé e non giova-, ma dopo sé fa le persone dotte" [47].

Ma il 4 marzo del 1947, in occasione della discussione generale sul progetto di Costituzione, nel famoso intervento dal titolo "*Chiarezza nella costituzione*", Calamandrei si diceva pentito di essersi lasciato sedurre dalla poesia dei versi di Dante (del resto "quale miglior modo per convincere un fiorentino è quello di citargli qualche verso di Dante"), dubitando dell'efficacia illuminante di siffatte norme perché "in molte di esse è assai difficile rendersi conto esattamente della direzione verso la quale esse tendono, è assai difficile che in questi lumi i nostri posteri possano trovare un sicuro orientamento"[48].

La loro formulazione dal significato poco chiaro, che attribuisce al futuro legislatore il potere d'individuare i mezzi per la loro attuazione, avrebbe potuto infatti non solo minare la certezza del diritto ossia la fede nel diritto, da Calamandrei saldamente difesa e predicata nell'arco di tutta la vita, ma anche depotenziare le altre norme costituzionali direttamente applicabili. Tuttavia anche dopo questo famoso intervento, la posizione di Calamandrei rimase isolata e fu respinta anche l'altra strada, da questi ancora indicata, di collocare le norme concernenti i diritti sociali all'interno di un preambolo, in quanto contenenti programmi bisognosi di attuazione da parte del legislatore.

## 5. Gli anni del disincanto e le battaglie compiute dalle pagine del Ponte

Le norme concernenti i diritti sociali fecero quindi il loro ingresso nel testo costituzionale, anche perché le forze di sinistra si accontentarono di una Costituzione che accoglieva una "rivoluzione promessa", come risarcimento della mancata attuazione di quelle riforme economico-sociali che all'epoca le forze di destra non volevano realizzare[49].

[47] On. P. Togliatti, in A.C., Comm. Cost., riunione del 28 novembre 1946, in *La Costituzione*, cit., vol. VI, 72.

[48] Cfr. il discorso di Calamandrei, *Chiarezza nella Costituzione,* cit., 25.

[49] Sull'inattuazione della Costituzione, vd. P. Calamandrei, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in Aa.Vv., *Dieci anni dopo: 1945-1955*, Laterza, Roma-Bari, 1955, ora in *Opere giuridiche*, cit., III, 553 ss. Sulla Costituzione come rivoluzione promessa a risarcimento della rivoluzione mancata, vd. Id., *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, saggio già

Il lavoro svolto in sede Costituente doveva essere tuttavia completato; "ben potevano, infatti, essere inserite fra le norme costituzionali le premesse di riforma, ma la Costituente stessa non avrebbe dovuto sciogliersi senza quanto meno prima impostarle in sede legislativa"[50] come fece con la disciplina relativa alla Corte costituzionale (l. n. 1 del 1948)[51]. "Ma Calamandrei e Mortati erano ingenui: il compromesso stipulato tra sinistra e moderati era stato di accogliere le premesse di riforma in costituzione, *a patto* di non darvi alcun inizio di attuazione in sede legislativa"[52].

I timori paventati da Calamandrei si erano quindi verificati; l'enunciazione dei diritti sociali come finalità etico-politiche senza por mano alla contestuale soluzione della questione sociale, ritardò sul momento quelle riforme economico-sociali, che Calamandrei riteneva una priorità del nuovo Stato democratico. Del resto, lo scenario politico era profondamente mutato a seguito delle elezioni politiche del 18 aprile 1948; la democrazia cristiana, che ne era uscita vincitrice, si contrapponeva fermamente alle forze di sinistra, considerate nemiche della democrazia, e che tentavano di recuperare il terreno perduto con le elezioni invocando l'attuazione di quelle riforme economiche-sociali che la maggioranza cercava di ritardare per quanto possibile.

I ritardi furono conseguenza dunque della mancata volontà di dar loro attuazione, e non della loro enunciazione, com'è nella loro natura, con "formule prive di dimensione fissa, non regolabile *a priori*". I diritti sociali non potevano quindi non entrare nella Costituzione di uno Stato sociale, che sottintende una realtà politica profondamente mutata, ma di questo mutamento Calamandrei, "appassionato sostenitore dello Stato di diritto- e dei principi di legalità e certezza da esso indicati-", non pare aver percepito pienamente tutta la portata innovativa[53]. Tanto da far dire, recentemente, a Giorgio Napolitano che su questo punto non è stato un male che Calamandrei abbia perso la sua battaglia[54].

apparso in P. Calamandrei-A. Levi, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, ora in P. Calamandrei, *Scritti e discorsi politici*, cit., vol. II, 421.

[50] P. Barile, *Piero Calamandrei all'Assemblea Costituente*, cit., 353, che ricorda come giustamente l'Assemblea costituente avesse voluto conservare la funzione legislativa in polemica col governo e in deroga a quanto previsto dalla costituzione provvisoria.

[51] L'approvazione in tempo di record della legge n. 1 del 1948, legge costituzionale ma approvata senza il procedimento aggravato proprio per evitarne rallentamenti nell'*iter* di approvazione, testimonia la volontà, almeno da parte dell'Assemblea costituente, di attuare quanto prima le norme in materia di accesso alla Corte costituzionale: sul punto v. L. Paladin, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana,* Il Mulino, Bologna, 2004, 98-99.

[52] Ancora P. Barile, *Piero Calamandrei all'Assemblea Costituente*, loc. cit. (corsivo testuale).

[53] Così A. Pace, *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei*, cit., 328, che cita E. Forsthoff, *Concetto e natura dello stato sociale di diritto* (1953), in C. Amirante (a cura di), *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffré, Milano, 1973, 47 e 46.

[54] Così G. Napolitano, *Intervento* su *Piero Calamandrei 'l'ultimo dei Mohicani' all'Assemblea costituente. Una tavola rotonda sulla validità e sui limiti del 'compromesso costituzio-*

L'entrata in vigore della Costituzione del resto, fece subito dimenticare a Calamandrei la delusione per la perdita di alcune battaglie per lasciare il posto a nuove battaglie da portare avanti con fermezza. Calamandrei iniziò, infatti, a combattere strenuamente non solo affinché la Costituzione fosse attuata, soprattutto con riguardo ai suoi istituti fondamentali, primo fra tutti la giustizia costituzionale, ma affinché vivesse tra la gente e fosse sentita come una cosa di tutti[55]. Voleva spiegare, con un linguaggio estremamente semplice e chiaro, quale fosse lo scarto esistente tra la carta fondamentale e la legislazione previgente e diffondere la conoscenza dei traguardi che la "rivoluzione promessa" aveva assegnato al legislatore ordinario. Si può dire che negli ultimi anni della sua vita, Calamandrei si sia adoperato per affermare la legalità costituzionale intesa come una "religione" da diffondere[56], utilizzando soprattutto le pagine della rivista «il Ponte», e tra le grandi tematiche in esse affrontate vi è anche "il nodo dei «diritti sociali» nel dibattito alla costituente e nelle non-scelte dei successivi governi"[57].

Con lo scritto "*Festa dell'Incompiuta*" (1951), a tre anni dall'entrata in vigore della Carta costituzionale Calamandrei denunciava l'inattuazione di alcune sue parti. Ma nel far ciò cercava di comprendere le difficoltà pratiche alla base della mancata attuazione della parte programmatica, come i diritti sociali, mentre era assai critico sul fatto che il Governo si fosse "deliberamene astenuto dal portare a compimento la parte organica, cioè quegli strumenti costituzionali, che la Costituente, dopo averli disegnati, non ebbe il tempo di perfezionare, ma la cui attuazione fu affidata alla prima legislatura repubblicana". E ciò era tanto più grave perché l'inattuazione concerneva "gli organi di garanzia costituzionale, destinati a proteggere la Costituzione contro la stessa maggioranza". A fronte di istituti costituzionali rimasti formule inerti, temeva pertanto il verificarsi di "gravi infarti costituzionali", come avviene nei tessuti del cuore allorquando il sangue cessa di affluire[58].

Anche quattro anni dopo, nel "*Discorso ai giovani sulla Costituzione*", pronunciato a Milano nel 1955, Calamandrei invocava con passione l'attuazione degli istituti previsti nella Carta costituzionale, perché la nostra "non è una Costituzione immobile che abbia fissato un punto fermo", ma è "una Costituzione che apre le vie dell'avvenire". Preferiva però non usare il termine Costituzione "rivoluzionaria, perché per rivoluzione nel linguaggio comune

*nale',* in S. Merlini (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico 1944-1948,* Laterza, 2007, 192-193.

[55] Cfr. *Un discorso di Piero Calamandrei ai giovani,* in Aa.Vv., *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, vol. I, Vallecchi, Firenze, 1969, 121.

[56] Così A. Pace, *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei*, cit., 330.

[57] A. Colombo, *Alla testa del «Ponte»*, cit., 516-517.

[58] P. Calamandrei, *La festa dell'Incompiuta*, in *Il Ponte*, 1951, n. 6, giugno, 565-566, ora in *Scritti e discorsi politici*, cit. vol. I, tomo 1, 485-486.

s'intende qualche cosa che sovverte violentemente, ma è una Costituzione rinnovatrice, progressiva, che mira alla trasformazione di questa società in cui può accadere che, anche quando ci sono, le libertà giuridiche e politiche, siano rese inutili dalle disuguaglianze economiche". Occorreva pertanto darle attuazione, altrimenti la Costituzione "rimane un pezzo di carta"; per farla muovere "bisogna "metterci dentro l'impegno, la volontà di mantenere le promesse, la propria responsabilità. Per questo una delle offese che si fanno alla Costituzione è l'indifferenza politica", perché l'indifferenza alla politica apre le porte alla dittatura. Calamandrei si appellava quindi ai giovani affinché partecipassero alla vita politica e contribuissero al progresso della società, ricordando loro che "sulla libertà bisogna vigilare, dando il proprio contributo alla vita politica, impegnandosi quotidianamente a costruire la democrazia[59]. Una democrazia che doveva ripartire dalla scuola, perché "la scuola a lungo andare è più importante del Parlamento e della Magistratura e della Corte costituzionale", perché è la scuola che "crea le coscienze dei cittadini", è cioè laboratorio di "valori morali e psicologici […], dove si creano non cose, ma coscienze". Ed è compito della scuola selezionare una classe dirigente "che sia veramente formata, com'è ideale democratico, dei migliori di tutte le classi, in modo che da tutti gli strati sociali, anche dai più umili, i giovani più idonei e più meritevoli possano salire ai posti di responsabilità". Ed è compito della scuola formare "la classe politica che domani detterà le leggi"[60], e solo se adeguatamente formata riuscirà a svolgere il ruolo di rappresentante del popolo, anziché trasformarsi in un apparato di burocrati "impiegati del loro partito", espressione di quel "professionismo politico" da Calamandrei denunciato e contrastato con passione[61].

Ma fu proprio sul diritto-dovere di lavorare (sul quale tanto aveva ironizzato nel famoso discorso in Assemblea costituente, distinguendo tra chi nel nostro paese "svolge un'*attività*" e chi "svolge una *funzione*"[62]) che incentrerà nel marzo del 1956, l'arringa in difesa di Danilo Dolci, cui era stato intentato un processo per manifestazione sediziosa e turbamento dell'ordine pubblico. Nell'arringa di difesa Calamandrei pone l'accento, tra l'altro, sulle antinomie tra Costituzione e Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, norme quest'ultime simbolo del passato regime fascista ancora in vigore, fatte salve dalla Corte di cassazione che aveva ritenuto tutti i principi costituzionali norme programmatiche e quindi non direttamente applicabili in sede di controllo di costituzionalità. A Danilo Dolci che non aveva altra colpa che chiedere

[59] Cfr. *Un discorso di Piero Calamandrei ai giovani,* cit., 123.

[60] P. Calamandrei, *Scuola e democrazia*, prefazione alla raccolta postuma di scritti di G. Ferretti, Scuola e democrazia, Torino, 1965, ora in G. De Luna, *Lo stato siamo noi*, Milano, 2011, 10-11.

[61] P. Calamandrei, *Appunti sul professionismo parlamentare*", in *Critica sociale*, 5 ottobre 1956, 213 e ss., ora in *Scritti e discorsi politici*, cit. vol. II, 607, spec. 613-614.

[62] Cfr. P. Calamandrei, *Chiarezza nella Costituzione,* cit., 26 (corsivi testuali).

il rispetto della Costituzione, veniva risposto dal commissario di polizia che "l'unica legge è il testo unico di pubblica sicurezza del tempo fascista". Come sottolinea Calamandrei, "anche qui il contrasto è come quello tra Antigone e Creonte: tra la umana giustizia e i regolamenti di polizia; con questo solo di diverso, che qui Danilo non invoca leggi «non scritte». (Perché, per chi non lo sapesse ancora, la nostra Costituzione è già stata scritta da dieci anni.)" E la funzione dei giudici non è quella di "difendere un legalità decrepita", ma "è quella di creare gradualmente la nuova legalità promessa dalla Costituzione.

La nostra Costituzione è piena di queste grandi parole preannunciatrici del futuro: «pari dignità sociale»; «rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana»; «Repubblica fondata sul lavoro»; «diritto al lavoro»; «condizioni che rendano effettivo questo diritto»; assicurata a ogni lavoratore e alla sua famiglia «un'esistenza libera e dignitosa»"[63].

Di lì a pochi giorni, come è noto, la Corte costituzionale inizierà finalmente la propria attività di custode della Costituzione e sarà chiamata innanzitutto a spazzare via quelle norme espressione del precedente regime fascista contrastanti con i principi della Costituzione repubblicana. Calamandrei fu chiamato a far parte del primo collegio di difesa che svolse con successo le deduzioni a sostegno dell'incostituzionalità dell'art. 13 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, di fronte alla Corte costituzionale chiamata a pronunciare la sua prima sentenza (n. 1 del 1956)[64]. Quest'ultima, superando la distinzione elaborata dalla Cassazione tra norme *programmatiche*, incomplete e quindi inapplicabili e norme *precettive*, complete e quindi applicabili, poteva rimuovere dall'ordinamento le leggi anteriori all'entrata in vigore della Carta fondamentale, se confliggenti con i parametri costituzionali, senza dover attendere il futuro e incerto intervento del legislatore. In tal modo, la Corte travolse, per contrasto con la libertà di manifestazione del pensiero, sancita nell'art. 21 Cost., l'art. 13 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, norma simbolo del precedente regime autoritario, che imponeva l'autorizzazione della pubblica sicurezza per

[63] P. Calamandrei, *In difesa di Danilo Dolci*", in *Il Ponte*, 1956, n. 4, aprile, 529 ss. ora in *Scritti e discorsi politici*, cit. vol. I, tomo 2, 149 ss., spec. 161-162, arringa pronunciata il 30 marzo 1956 dinanzi al Tribunale di Palermo. In questa occasione Calamandrei pone l'accento sul fatto che quei pescatori costretti a digiunare perché privi mezzi, affamati dai motopescherecci che in violazione delle leggi pescavano nel mare vicino alla riva, decisero su consiglio di Danilo Dolci di andare a digiunare tutti insieme sulla spiaggia. Soltanto allora gli agenti dell'ordine pubblico, rimasti inermi di fronte ai contrabbandieri, intervennero ma al fine di diffidare Danilo e i pescatori dal mettere in atto il loro proposito, perché "digiunare in pubblico vuol dire disturbare l'ordine pubblico". E Calamandrei si domanda: "L'ordine pubblico di chi? L'ordine pubblico di chi ha da mangiare. Non bisogna disturbare con spettacoli di miseria e di fame la mensa imbandita di chi mangia bene; non bisogna che la gente ben nutrita, che va sulla spiaggia a passeggiare per meglio digerire il suo pranzo, sia disturbata dalla molesta vista dei pallidi affamati" (157-158).

[64] In *Giur. cost*. 1956, 1 ss., con *Osservazione* di C. Esposito.

mettere in circolazione in luogo pubblico o aperto al pubblico scritti e disegni.

La risposta data dalla Corte giunse a celebrare i valori della resistenza, con la consapevolezza che il nemico da abbattere era innanzitutto la "desistenza", rivendicando a se stessa il ruolo di difensore dei valori costituzionali dagli attacchi di un passato che, sotto forme diverse, era in quegli anni tuttavia risuscitato. Come scrisse Calamandrei all'indomani di questa pronuncia, la Costituzione si era finalmente mossa[65], quella Costituzione che egli aveva contribuito a scrivere e ad attuare "trasformando, mazzinianamente, il suo pensiero in azione"[66].

Anche gli anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione, quelli che possono sembrare gli anni del disincanto, e in particolare il saggio pubblicato nel 1955 su «Il Ponte», dal titolo "*La costituzione e le leggi per attuarla*", che sembra esserne un emblema per le conclusioni assai pessimistiche cui giunge, non fecero dunque perdere a Calamandrei il consueto ottimismo, visto che concluse il suo saggio affermando che la Costituzione conservava "intatto per chi resta fedele alla Resistenza, il suo valore di messaggio"[67]. E la pronuncia della prima sentenza della Corte costituzionale, accogliendo l'impostazione da lui sostenuta, aprì senz'altro un varco di speranza, tanto da fargli dire "la costituzione finalmente conta più del governo [..]. La costituzione non è soltanto una carta scritta, la Repubblica non è stata una beffa"[68]. Del resto, nonostante tutto il percorso da fare per attuare la costituzione, quegli erano gli anni in cui, per riprendere parole di Calamandrei, si poteva uscire in piazza e respirare la libertà[69].

## 6. La lunga strada dal riconoscimento alla garanzia: "siamo ancora su quel ponticello, ma com'è difficile passare sull'altra sponda"

Calamandrei, uscito quindi sconfitto nelle singole battaglie, è poi risultato vincente, tenuto conto di una valutazione di lungo periodo strutturale, perché come nessun padre costituente (salvo forse Basso e Mortati, ma su posizioni alquanto diversificate), ha avuto questa coscienza profonda di quella che sarebbe stata la funzione storica di lunga durata della Carta che si stava scrivendo[70]. Colui che aveva in più occasioni sostenuto la non giuridicità dei diritti

[65] P. Calamandrei, *La costituzione si è mossa*, in *La Stampa* del 16 giugno 1956, ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. III, 655 ss.; su tale sentenza vd. anche Id., *La prima sentenza della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, 149 ss.

[66] P. Borgna, *Prefazione* a B. Mazzolai, *La fede nel diritto di Piero Calamandrei,* Quaderni del Calamandrei, edizioni del Centro Studi Piero Calamandrei, Jesi (An), 2010, 20.

[67] V. P. Barile, *Piero Calamandrei all'Assemblea Costituente*, cit., 354.

[68] P. Calamandrei, *La costituzione si è mossa*, cit., 657.

[69] Cfr. *Un discorso di Piero Calamandrei ai giovani,* cit., dove si legge testualmente che "la libertà è come l'aria: ci si accorge di quanto vale quando comincia a mancare".

[70] Così E. Cheli, *Intervento* alla tavola rotonda "*I problemi istituzionali a quarant'anni dalla nascita della Repubblica*", in *Piero Calamandrei e la costruzione dell'Italia repubblica-*

sociali, diritti non giustiziabili posti in Costituzione solo per compensare con una rivoluzione promessa quelle forze politiche che avevano dovuto accettare una rivoluzione mancata[71], già nel 1945 aveva piena consapevolezza di "contribuire a creare nella Costituzione lo strumento per aprire alla giustizia sociale le vie di un domani" che egli avrebbe potuto "soltanto intravedere"[72]. E con la prima sentenza della Corte costituzionale si era ormai chiuso il problema della possibilità di distinguere le norme costituzionali in diverse categorie lasciando soprattutto alla futura giurisprudenza costituzionale "il compito di distinguere i limiti e le condizioni della concreta azionabilità" dei diritti sociali[73].

La scomparsa di Calamandrei nel settembre del 1956, a pochi mesi dalla prima sentenza costituzionale, ha peraltro impedito a quest'ultimo di vedere la Corte costituzionale, per l'istituzione della quale si era tanto battuto, impegnata non solo sul versante della promozione delle riforme economiche e sociali, ma anche sul versante della effettiva garanzia dei diritti sociali, mediante ampie interpretazioni estensive ed evolutive[74]. La Corte nell'arco della sua ormai lunga attività ha infatti svolto una funzione " paralegislativa, promozionale, garantistica, creativa e perfino suppletiva del giudice delle leggi rispetto allo stesso legislatore, specie in riferimento alla garanzia dei diritti sociali"[75]. Ciò non toglie che il legislatore nazionale rimanga comunque l'attore principale nell'attuazione dei diritti sociali[76], nonostante vi sia la possibilità che i diritti sociali previsti nelle Costituzioni nazionali perdano il ruolo di linee guida delle politiche statali, dal momento che rilevanti competenze sono state ormai trasferite a livello comunitario[77].

*na*, *Quaderni del Circolo Rosselli*, 1987, fasc. 4, 83-84. I punti centrali individuati da Cheli nella posizione storica di Calamandrei sono quindi tre: a) la costituzione nasce per unire e non per dividere; b) la costituzione deve guardare lontano, deve essere presbite, non miope, deve cioè puntare sulla lunga durata; c) la costituzione nasce come regola del giuoco democratico, per cui la sua funzione non è soltanto quella di tradurre in legge la volontà della maggioranza, è anche quella di proteggere la libertà delle minoranze.

[71] Sulla non giuridicità delle enunciazioni sui diritti sociali, oltre all'intervento in Assemblea costituente, *Chiarezza nella Costituzione*, cit., v. P. Calamandrei, *Come nasce la nuova Costituzione*, in *Il Ponte*, 1947, n. 1, gennaio, ora in M. Rossi (a cura di), *Il Ponte di Piero Calamandrei 1945-1956*, cit., 145 ss.; Id., *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, cit., in part. il par. 14 sui "Diritti e doveri dei cittadini".

[72] P. Calamandrei, *Costituente e questione sociale*, cit.

[73] S. Merlini, *Paolo Barile, la Costituzione e le libertà*, in Aa. Vv., *L'informazione. Il percorso di una libertà*, a cura del medesimo, Firenze, 2011, 7.

[74] Sull'interpretazione dell'art. 2 Cost. alla luce del pensiero di Calamandrei, v. A. Pace, cit., 311; nonché sull'interpretazione dell'art. 2 Cost. ad opera della giurisprudenza costituzionale, v. S. Scagliarini, cit., 52 ss., spec. nt. 192 e nt. 193 del *paper*.

[75] G. Razzano, cit., 32 e bibliografia ivi citata alla nt. 103 del *paper*.

[76] S. Scagliarini, cit., 52 ss. del *paper.*

[77] D. Tega, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*.

In questo lungo cammino dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali, non si dovrebbe tuttavia perdere di vista la lezione di Calamandrei, secondo il quale il problema vero non è quello della enumerazione di questi diritti: il problema vero è quello di predisporre i mezzi pratici per soddisfarli, di trovare *il sistema economico che permetta di soddisfarli*[78]. Questo è stato il lascito più significativo di Calamandrei, un'eredità che ha guidato soprattutto coloro che hanno proseguito dalle pagine del Ponte sulla strada da egli stesso indicata. E visto che le battaglie per il rinnovamento portate avanti dai pontieri non sembravano poter conoscere realizzazioni immediate, il confronto si spostava in realtà sui tempi lunghi, verso la costruzione di una cultura politica per il futuro[79]. Tuttavia, sebbene la storia degli anni successivi abbia dimostrato che per il partito d'azione uno spazio politico "non c'è mai stato, né allora né poi", un discorso completamente diverso sembra potersi fare "per lo spazio ideale", che ha permesso di portare avanti la lezione del liberalsocialismo e ha fatto sì che non sia mai venuta meno "la forza direttiva di un movimento che è insieme liberale e socialista, che non ripudi la grande tradizione liberale dei diritti dell'uomo e la prolunghi nella continua e mai conclusa battaglia per l'emancipazione dei non liberi e per l'eguagliamento dei non eguali" [80].

Non è un caso che un grande filone d'interesse per la rivista «il Ponte» fu rappresentato dall'esperienza laburista inglese e dai modelli di stato sociale dei paesi nordici, cui furono dedicati negli anni cinquanta fascicoli monografici che puntarono l'attenzione sulle democrazie più avanzate dei paesi del nord Europa. Una delle aspirazioni fondamentali della rivista «Il Ponte» e di Calamandrei in particolare, è stata sempre quella di cercare non modelli, ma soluzioni al problema della questione sociale, del rapporto quindi tra democrazia politica e politiche di *welfare*, e i pontieri colsero perfettamente che i modelli di riferimento non potevano che essere le esperienze dei paesi nordici, che negli anni quaranta e cinquanta rappresentavano le punte più evolute nell'ambito delle democrazie occidentali di realizzazione di forme di democrazia sociale[81].

Anche oggi che dobbiamo rivedere il nostro modello di stato sociale, i cui livelli di tutela raggiunti non possono essere più considerati dei punti di non ritorno, anche oggi che è così sbilanciato il patto intergenerazionale, "che a sua volta determina gravi squilibri nel sistema italiano di *welfare*, a causa dell'aumento abnorme della spesa pensionistica rispetto alle

[78] P. Calamandrei, *Costituente e questione sociale*, cit.

[79] E. Collotti, *Un'Italia civile che non esiste più*, cit. XI.

[80] N. Bobbio, *Liberalsocialismo*, in *Il Ponte*, 1986, n. 1, gennaio-febbraio, ora in *Cinquant'anni e non bastano. Scritti di Norberto Bobbio sulla rivista «Il Ponte» 1946-1997*, Firenze, 2005, 219.

[81] E. Collotti, cit., XII.

altre voci"[82], non si può quindi dimenticare la lezione di Calamandrei, che secondo Bobbio, "sta alla base del pensiero liberalsocialista, secondo cui i diritti sociali non solo rispondono all'esigenza di dare attuazione all'ideale di solidarietà da porre accanto a quello di libertà, ma costituiscono la condizione stessa del pieno esercizio dei diritti di libertà"[83]. E Bobbio ribadiva con forza questa lezione già nel 1997, di fronte ad una sinistra che ai suoi occhi appariva "travolta e disorientata dal crollo del sistema del socialismo reale".

A distanza di quindici anni, di fronte a forze politiche, che sembrano tutte a dir poco travolte e disorientate, di fronte quindi alla grave crisi in cui versano le forze politiche e con esse il paese, e di fronte a bilanci nazionali a cui l'UE impone parametri sempre più rigorosi[84], da cui discendono forti condizionamenti nella conduzione delle politiche sociali derivanti dall'accettazione dei c.d. "*parametri di Maastricht*" , e soprattutto del più recente "*Fiscal compact*"[85] pare ancora attuale la linea già indicata negli anni cinquanta dalle pagine de «Il Ponte»: la necessità di non dissociare l'ideale di libertà da quello di giustizia sociale.

Come emerge dalle relazioni e dagli interventi di questo convegno, seguendo la lezione di Calamandrei "i diritti civili e politici possono essere pienamente esercitati solo garantendo a ciascuno quel minimo di accesso ai diritti sociali che consenta di vivere con dignità"[86], tanto da far sostenere a Razzano che la contrapposizione storica tra liberalismo e socialismo "dovrebbe essere ripensata" [87], procedendo anch'ella quindi lungo la strada già indicata da Rosselli e Calamandrei.

Tuttavia, tenuto conto che diritti civili e sociali, lungi dall'omologarsi, continuano ad operare, di norma, in modo parallelo e talora financo disconnesso tra di loro (v., ancora da ultimo, la sent. n. 330 del 2011) [88], non si

[82] Cfr. la relazione di G. Razzano, cit., 70 e ss. del *paper*.

[83] Così N. Bobbio, *Il Ponte cinquantenne*, op. cit.

[84] D. Tega, cit.

[85] L. Trucco, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*.

[86] Così D. Tega, cit, 6 del *paper*; nonché, *ivi*, ad es., F. Biondi Dal Monte, *Lo stato sociale di fronte alle migrazioni. Diritti sociali, appartenenza e dignità della persona,* 59 del *paper*; G. Monaco, *Spunti sulla tutela dei diritti sociali innanzi al giudice amministrativo*, 1-2 del *paper*; S. Rossi, *Il mercato e i diritti sociali*, 14 del *paper;* S. Troilo, *I "nuovi" diritti sociali: la parabola dell'integrazione scolastica dei disabili*, 1 ss. del *paper.*

[87] V. G. Razzano, cit., 9.

[88] L. Trucco, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, cit., 50 del *paper*, che si sofferma sul rapporto tra pareggio di bilancio e eguaglianza sostanziale (51 ss.). Sul punto v. anche F. Biondi Dal Monte, *cit*., secondo la quale invece l'argomento della scarsità delle risorse non possa essere oltremodo enfatizzato fino a dimenticare la centralità delle scelte (di natura squisitamente politica) concernenti l'allocazione delle risorse disponibili).

possono che condividere le parole di Bobbio, secondo le quali le battaglie di allora, sono anche le battaglie di oggi; e soprattutto che "siamo ancora su quel ponticello. Ma come è difficile passare sull'altra sponda" [89].

[89] Così N. Bobbio, *Il Ponte cinquantenne*, in *Il Ponte*, 199, n. 10, ottobre, ora in *Cinquant'anni e non bastano*, cit., 248.; sul punto v. le riflessioni di M. Rossi, *Siamo sempre su quel ponticello*, in *Cinquant'anni e non bastano*, cit., 9 ss.

# DIRITTO ALLA SALUTE E RISERVA DEL POSSIBILE. SPUNTI DAL CONTESTO BRASILIANO PER OSSERVARE IL "FEDERALISMO FISCALE"

di Silvia Bruno

Sommario: 1. Premessa: utilità del confronto con il Brasile. - 2. Breve ricognizione sul diritto alla salute nel riparto di competenze tra Stato e Regioni in italia. - 3. Spunti di riflessione dall'esperienza brasiliana. - 4. I condizionamenti finanziari del diritto alla salute.

## 1. Premessa: utilità del confronto con il Brasile

I recenti interventi di revisione costituzionale apportati dalla legge costituzionale n.1 del 20 aprile 2012 all'art. 81, con cui è stato introdotto il pareggio di bilancio, in conformità alle richieste avanzate dai Governi Tedesco e Francese con il c.d. *Fiscal Compact*, producono inediti effetti su altre parti della Costituzione, riguardanti la tutela di diritti qualificati dalla stessa come "fondamentali", a partire dal diritto alla salute. Gli aspetti più delicati rimangono quelli connessi al già problematico art. 117 lett. m), concernente la nozione di livelli essenziali delle prestazioni, rispetto appunto al sistema finanziario di gestione disciplinato dal nuovo art. 81 Cost.

Il presente contributo intende sollecitare una osservazione sul tema dal punto di vista di un contesto costituzionale ancora poco studiato in Italia, eppure estremamente ricco di originalità utili anche per il più consolidato costituzionalismo europeo, compreso quello italiano: la Costituzione del Brasile[1]. Che sia una Costituzione significativa proprio sul tema del nesso tra art. 81 e diritti sociali di prestazione sembra comprovato dall'autorevole richiamo fatto da Gianni Ferrara a proposito della *necessità storica della democrazia* di conservare in Costituzione la riserva di bilancio in favore dei diritti sociali[2]: riserva che la Costituzione brasiliana del 1988 – come si accennerà a breve – in qualche modo preserva[3]. Infatti, la comparazione con il Brasile, resa possibile per

[1] Per una prima ricognizione delle originalità del costituzionalismo brasiliano, si v. M. Carducci, R. Orrù (a cura di), *Brasile: vent'anni di Costituzione democratica*, numero monografico di *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, III, 2008, 1340-1467.

[2] G. Ferrara, *Regressione costituzionale*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it) del 18/04/2012.

[3] Una ulteriore riprova della rilevanza di questo confronto costituzionale con il Brasile è dato anche dall'evento in programma per le "*V Giornate italo-ispano-brasiliane di diritto costituzionale*" (presso l'Università del Salento per il 14 e 15 settembre 2012), dedicato appunto a "*Le Costituzioni alla prova della crisi finanziaria mondiale*" nella comparazione triangolare

una serie di corrispondenze strutturali di analogia con l'Italia[4], consente non solo di mettere in luce alcune somiglianze di fondo sul tema oggetto di analisi (come, ad esempio, il decentramento "municipalizzante", orientato verso il basso, che incide sul condizionamento finanziario del diritto alla salute) ma soprattutto di focalizzare l'attenzione sulla c.d. "riserva del possibile", quale garanzia finanziaria costituzionalizzata per la tutela effettiva dei diritti sociali e rappresentativa di un *constitutionalism entrenchment* al di sotto del quale le politiche pubbliche (comprese quelle di bilancio) non possono retrocedere.

## 2. Breve ricognizione sul diritto alla salute nel riparto di competenze tra Stato e Regioni in Italia

È risaputo che l'analisi di un sistema federale porta con sé la questione complessa della gestione del rapporto tra il principio di uguaglianza e la distribuzione/differenziazione territoriale delle decisioni sulle spese, posto che, nel bilanciamento dei due valori in conflitto dovrà verificarsi il contenuto essenziale inderogabile al fine di determinare la competenza dello Stato a legiferare sui livelli minimi essenziali. I LEP infatti rappresentano il criterio di riparto delle competenze legislative Stato-Regione, in cui lo Stato assicura il livello minimo ed uniforme sul territorio, al fine di garantire lo sviluppo dei diritti sociali secondo le esigenze locali che, in questo modo, partono da un medesimo livello, al di sotto del quale il legislatore non può retrocedere. La ricerca di un punto di equilibrio che renda compatibile il modello di Stato sociale con meccanismi di *multilevel governance* trova nella Costituzione italiana principi di diritto positivo che pongono le basi per un equo bilanciamento: dall'art. 5 sui principi di unità e indivisibilità della Repubblica, all'art. 2 quale principio solidaristico che lega i rapporti tra individui e tra enti territoriali; dal principio di uguaglianza che mira ad eliminare le disuguaglianze nel godimenti dei diritti, oltre che nell'esercizio dei doveri, a quello della progressività del sistema tributario[5]. Successivamente alla modifica del Titolo V, l'art. 117, co.2, lett. m) ha sollevato problemi di riconoscimento degli ambiti di competenza oggetto di ampi dibattiti. La stessa giurisprudenza costituzionale ha manifestato la sua in-

tra le "riserve di garanzie" disposte dalla Costituzione brasiliana e le "regressioni costituzionali", per dirla con Ferrara, italo-spagnole.

[4] Anche in ragione della importante influenza della cultura giuridica italiana sui "formanti" brasiliani: si v. in merito M. Carducci, *Diritto pubblico e "flussi giuridici" tra Italia e Brasile*, in A. Godoy Dotta, D. Wunder Hachem, L. Elias Reis (a cura di), *Anais do I Seminário Italo-Brasileiro: Inovações regulatórias em direitos fundamentais, desenvolvimento e sustenabilidade*, Curitiba, 2012, 1-17.

[5] M. Luciani, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia, *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Torino, 2011, 11; N. Longo, *I livelli essenziali delle prestazioni quale clausola di omogeneità sul territorio nazionale*, Roma, 2012.

certezza nell'approccio interpretativo all'articolo in questione (è nota la sent. n. 303/2003 sul rapporto complesso tra l'art. 117 e l'art. 118 Cost.) oscillando tra esigenze di salvaguardia del dato testuale nel maneggiare i blocchi di materie, ed il bisogno di riconoscere il relativo profilo teleologico, nel tentativo di individuare il livello di governo destinatario dell'allocazione delle risorse (sentt. nn. 282/2002, 338/2003). Infatti, pur essendo i diritti coinvolti nelle prestazioni sociali, finanziariamente condizionati e bilanciabili, rimane aperto l'interrogativo sul perché certe competenze siano affidate dalla Costituzione ad un soggetto piuttosto che ad un altro, e quale scopo persegua la fonte di rango sub costituzionale. In particolare, poi, il diritto alla salute[6], tutelato dall'art. 117, co. 3 presenta una struttura complessa, composta sia da un diritto a prestazione, da bilanciare con il valore costituzionale della protezione delle casse pubbliche (rimesso poi alla PA, tenuta ad assicurare il risultato nella suddivisione delle responsabilità tra Stato e Regioni), che da un nucleo articolato su situazioni soggettive di manifestazione delle libertà individuali (sentt. nn. 168 e 416/1995)[7].

Se per alcune materie, come quella dell'ambiente, la Corte ha voluto definire con maggiore rigore gli ambiti di competenza di Stato e Regioni, quella dei livelli essenziali rimane ancora in una zona d'ombra. I LEP, quale oggetto trasversale alle competenze dei diversi livelli di governo, per natura prescindono dal tipo di competenza in cui essi rientrano. Infatti, in quanto competenze «trasversali», essi appartengono a tutti i settori in cui emerge il diritto di riferimento; investono tutte le materie ed il legislatore statale assicura a tutti il godimento delle prestazioni, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle (sent. n. 282/1992). Questo quadro deve innestarsi, ad avviso della Corte (sentt. nn. 80 e 98/2007), su meccanismi di leale collaborazione tra i differenti livelli di governo, soprattutto in considerazione dell'art. 120 che, di fatto, utilizza il criterio dell'interesse nazionale per rimettere allo Stato il potere di accesso nella sfera di competenza regionale, con l'obiettivo di garantire il rispetto dei LEP. In quest'ottica, infatti, spetta allo Stato il compito di fissare i livelli essenziali delle prestazioni sanitarie e le direttive per la cornice organizzativa del servizio pubblico, d'accordo con quanto previsto dall'art. 32 Cost., dal riferimento alla dignità umana in

[6] Con la sentenza n. 455/1990 è stato introdotto, per la prima volta, il concetto di diritto alla salute come diritto costituzionalmente condizionato ("diritto a ottenere trattamenti sanitari, essendo basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere, è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento").

[7] R. Romboli, M.P. Larnè, *Il diritto alla salute nell'ordinamento costituzionale italiano*, in F.F. Scaff, R. Romboli, M. Revenga, *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2009.

combinato disposto con il principio di uguaglianza sostanziale (art. 3, co. 2)[8].

Ma la necessità di porre una base comune, quale è appunto il livello minimo essenziale, non elimina una forma di regionalismo di tipo competitivo piuttosto che cooperativo (incentivato dall'art. 116, co. 3)[9], dal momento che le possibili e ineliminabili asimmetrie che si innestano su quella base comune rappresentano il prodotto finale dei naturali processi evolutivi e di differenziazione della società. I LEP abilitano sistemi di comunicazione reciproca tra i vari livelli di competenza e lo Stato che interviene a tutela di un valore costituzionale fondamentale, non necessariamente determina una limitazione dell'autonomia regionale: l'art. 117, co. 6 che riconosce il potere regolamentare dello Stato di incidere, limitandola, sulla legislazione regionale, trova conforto nella previsione dei LEP quale oggetto di legislazione statale che determina gli standard organizzativi strutturali e tecnologici delle prestazioni (calmierata poi dalla Corte nella nota sentenza n. 282/2002)[10]. Il principio di leale collaborazione che la Consulta riprende in quell'occasione intende favorire forme di intesa tra lo Stato e le Regioni, fermo restando il fatto che quella regionale è ritenuta una autonomia collettiva, da esercitarsi in modo unitario, di indifferenziazione, convergente e consensuale da parte di tutte le Regioni, secondo il sistema delle Conferenze. Questo, infatti, consente la manifestazione dell'autonomia regionale come autonomia delle Regioni nella sua unità, prescindendo dalla specificità appartenente a ciascun ente. E tuttavia, anche qualora il diritto in questione, come quello alla salute, risultasse di competenza regionale, non si potrebbe escludere un intervento del legislatore nazionale a garanzia del fondamento del diritto stesso, ossia, la dignità umana[11].

La determinazione dei LEP concerne qualsiasi materia investita dal riparto di competenze ex art. 117. L'art. 117, 3 Cost. stabilisce la competenza statale nel determinare i principi fondamentali in tema di diritto alla salute, ampliando, di fatto, la portata dei LEP sul piano delle funzioni perché il diritto alla salute è diritto soggettivo e a prestazione sociale. Quando poi la materia dei LEP si interseca con quella dei LEA, dei livelli essenziali di assistenza, disciplinati dalla l. n. 328/2000, si determina un possibile allontanamento dello Stato dalla disciplina dei livelli essenziali per sfociare, attraverso la regolamentazione degli aspetti organizzativi, in quella della salute, con l'obiettivo non di sostituirsi alle Regioni, ma di fissare i principi che garantiscono l'uniformità dei criteri organizzativi[12].

[8] R. Romboli, M.P. Larnè, *op.cit.*, 240.

[9] M. Luciani, *op.cit*., 25.

[10] D. Butturini, *I livelli essenziali delle prestazioni: problemi di definizione e di finanziamento* in F. Palermo, M. Nicolini, *Federalismo fiscale in Europa. Esperienze straniere e spunti per il caso italiano*, Napoli, 2012, 242 ss.

[11] R. Romboli, M.P. Larnè, *op.cit.*, 242.

[12] Corte cost. sentt. nn. 320/2004 per circoscrivere la potenzialità espansiva della compe-

L'aspetto più delicato della questione rimane tuttavia il bilanciamento con l'equilibrio finanziario, a sua volta funzionale alla protezione della salute, tant'è che lo stesso diritto ai trattamenti sanitari è considerato un diritto condizionato dall'attività di bilanciamento operata dal legislatore con altri interessi costituzionalmente tutelati (sentt. nn. 267/1998, 304/1994, 218/1994). Nell'operazione di bilanciamento naturalmente si dovrà mantenere illeso quel nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana" (sentt. nn. 109/1999, 267/1998, 247/1992), affinché non si determinino situazioni del tutto prive di tutela. Rimane aperta la questione sul soggetto che dovrà operare tale bilanciamento e sulle modalità, ossia sui limiti e sulla discrezionalità. La sostenibilità finanziaria in rapporto al diritto alla salute richiede, affinché sia impostato in termini di garanzia del principio di uguaglianza, che il contenuto minimo sia assicurato a tutti a prescindere dallo status di ciascuno, dalle condizioni sociali ed economiche[13].

### 3. Spunti di riflessione dall'esperienza brasiliana

Lo sradicamento della povertà e dell'emarginazione, nonché la riduzione delle disuguaglianze sociali e regionali, rientrano tra gli obiettivi fondamentali della Repubblica brasiliana (art. 3, CF) d'accordo con una politica di sicurezza sociale affidata al Governo che, nei termini di legge, organizza "un insieme integrato di azioni, intraprese su iniziativa dei governi e della società, destinate a garantire i diritti relativi alla salute, alla previdenza e all'assistenza sociale" (art. 194, CF). Il Governo si propone di fornire: I. copertura e assistenza universali; II. uniformità e equivalenza di benefici e servizi resi alla popolazione, sia urbana che rurale; III. fornitura di benefici e servizi in modo selettivo e distributivo; IV. impossibilità di diminuire il valore dei benefici; V. equità nella forma di partecipazione alle spese; VI. diversità della base di finanziamento; VII. carattere democratico e decentrato dell'amministrazione, tramite gestione quadripartita, con partecipazione dei lavoratori, dei datori di lavoro, dei pensionati e del Governo negli organismi collegiali (art. 194, par. unico, CF).

Il diritto alla salute costituisce dunque un aspetto della sicurezza sociale e gli artt. 196-200 del Titolo VIII lo disciplinano in modo dettagliato, a partire dalla definizione (art. 196): "La salute é un diritto di tutti e un dovere dello Stato, garantito per mezzo di politiche sociali e economiche miranti alla riduzione del rischio di malattie e altri danni, e a garantire l'accesso universale e

tenza statale; 88/2003 principio della leale collaborazione; Corte cost. sent. n. 134/2006 sempre sulla leale collaborazione specificando che la disciplina statale può essere di tipo attuativo quando si occupa di fissare degli standards per l'erogazione dei servizi che garantiscano una maggiore effettività del diritto alla salute.

[13] M. Luciani, *op.cit.*, 32.

ugualitario alle azioni e ai servizi per la promozione, la protezione e il ristabilimento della salute". Dalla lettura combinata dei principi costituzionali sulla sicurezza sociale (194) e sulla salute (197), il cui contenuto è stato sviluppato dalla legge organica sulla salute (LOS) n. 8080/1990 si ricavano le direttive fondamentali dell'intero quadro. Intanto, occorre precisare che il diritto alla salute non necessita di alcun requisito ulteriore per la sua fruizione, consentendo, attraverso i principi della universalità e della uguaglianza, l'accesso alle azioni di tutela e ai servizi su tutti i livelli di assistenza: in situazioni disuguali l'applicazione del principio di uguaglianza, da parte del giudice, potrebbe significare il soddisfacimento di una aspettativa prioritaria per i più bisognosi (bambini, adolescenti, donne in stato di gravidanza), per cui i servizi dovranno adattarsi alle domande esistenti e differenziarsi in funzione di queste[14]. Le azioni e i servizi sanitari pubblici, quale parte integrante di una rete regionalizzata e gerarchica, costituiscono un sistema unico, organizzato in armonia con la politica di decentramento, a direzione unica in ogni sfera di governo: la fornitura integrale di servizi, con priorità per le azioni di prevenzione, non può arrecare pregiudizio ai servizi assistenziali (art. 198), mentre l'articolazione e la continuità delle azioni e dei servizi preventivi e curativi si articolano a tutti i livelli del sistema. Il Sistema Unico di Salute è tenuto a garantire l'accesso alle azioni di promozione, di protezione e di recupero delle situazioni interessate dal diritto alla salute, come, rispettivamente, l'educazione, le immunizzazioni e la vigilanza sanitaria, il trattamento di riabilitazione degli ammalati. Per la sua realizzazione, il principio di integrità richiede la combinazione di servizi tra i differenti enti della federazione, in considerazione del fatto che non tutti saranno a disposizione del cittadino nel suo comune di origine.

Il più importante strumento di gestione del sistema è composto dai piani di salute che devono essere sottoposti ai rispettivi Consigli di Salute a partire da una pianificazione che congiunge le necessità sanitarie con la disponibilità dei servizi: in questo modo, ogni ente federativo assume una serie di responsabilità offrendo azioni e servizi a tutela della salute, quale parametro per identificare il livello di governo inadempiente. Il Governo dovrà organizzare la sicurezza sociale garantendo il carattere democratico e decentrato dell'amministrazione (art. 194, VII e art. 198, I e III): l'organizzazione istituzionale del Sistema Unico di Salute (SUS) ha come base la partecipazione della comunità attraverso i Consigli della Salute[15] e la divisione delle responsabilità dei relativi servizi tra gli enti federati. Ciò comporta la estensione della responsabilità dei Municipi nella implementazione delle azioni che coinvolgono il diritto alla salute in considerazione delle richieste che potranno essere soddisfatte

[14] A.M. Maués, *Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil*, in F.F. Scaff, R. Romboli, *op.cit.*, 267; M. Luciani, *op.cit.*, 26-27.

[15] A.M. Maués, *op.cit.*, 268.

nella sfera municipale, come la maggiore possibilità di esercizio del controllo sociale. La regionalizzazione e la gerarchizzazione (art. 198 caput) orientano la politica di decentramento del SUS stabilendo parametri di pianificazione ed esecuzione affinché azioni e servizi siano distribuiti territorialmente in modo da soddisfare le richieste della popolazione di una determinata Regione. Attraverso i principi esposti, lo Stato si impegna ad offrire non solo servizi individualizzati ai cittadini, ma a garantire una politica sanitaria ad ampio raggio.

La costituzionalizzazione dei diritti sociali non permette che queste disposizioni siano considerate meri programmi politici ma, muovendo dall'art. 5, §1, CF che stabilisce l'applicazione immediata per le norme relative ai diritti ed alle garanzie fondamentali, si produce effettività attraverso la pianificazione delle azioni che rendano possibile la universalizzazione e il godimento integrale; il riconoscimento che lo Stato non dispone di mezzi finanziari per soddisfare tutte le possibili richieste, interviene rafforzando il ruolo dei poteri politici nella definizione democratica delle priorità e nella scelta dei mezzi per la sua realizzazione[16].

In conformità con l'art. 196, il diritto alla salute costituisce un dovere per lo Stato che sarà tenuto a garantirne l'effettività sul territorio, estendendo per quanto possibile le prestazioni dei servizi ad esso connessi. In Brasile, le politiche pubbliche sulla salute trovano le direttive di riferimento nei principi di universalità ed equità nell'accesso ai servizi, nel decentramento della gestione, nella integrità dell'aspettativa e nella partecipazione della comunità nella organizzazione di un Sistema Unico di Salute sul territorio nazionale[17]. Infatti, in termini di politica pubblica, il diritto alla salute rientra in una visione sistematica del testo costituzionale, per cui, l'Unione, gli Stati, il Distretto Federale e i Comuni sono tenuti a prendersi cura della salute e della assistenza pubblica (art. 23, II, CF); ai Comuni spetterà fornire, con la cooperazione tecnica e finanziaria dell'Unione e dello Stato, servizi di assistenza sanitaria alla popolazione (art. 30, VII, CF); mentre, sarà dovere della famiglia, della società e dello Stato garantire al bambino e all'adolescente, con assoluta priorità, il diritto alla vita, alla salute, all'alimentazione, all'educazione [...] alla dignità [...] (art. 227 CF). Lo Stato si fa promotore di programmi di assistenza integrata per la salute del bambino e dell'adolescente, con la partecipazione di enti non governativi, con l'obiettivo di dedicare una percentuale delle risorse pubbliche destinate alla salute all'assistenza materno-infantile; [...] (art. 227, § 1, CF).

Questa combinazione tra i differenti livelli di governo si deve all'art. 23 della Cost. del 1988 che ha introdotto il federalismo cooperativo elencando una serie di materie di competenza comune all'Unione, agli Stati, al Distretto

[16] A.M. Maués, *op.cit.*, 270.

[17] L.C. de Macêdo Scaff, *A efetividade do direito à saúde no Brasil entre o orçamento, o finanziamento e as decisões individuais*, in F.F. Scaff, R. Romboli, M. Revenga, *op.cit.*, 293.

Federale e ai Municipi. La legge complementare che avrebbe dovuto fissare le regole per il coordinamento tra gli enti, ancora oggi non è stata elaborata, privando di effettività quel federalismo cooperativo che, in uno Stato interventista e interessato a sviluppare politiche pubbliche come il Brasile, necessita invece di un trattamento uniforme su scala nazionale, soprattutto con riguardo ai settori economici e sociali con unità di progettazione e di direzione. Questa unità di attuazione non significa necessariamente centralizzazione, quale concentrazione dei poteri nella sfera federale, ma omogeneità basata sulla cooperazione per ridurre le disuguaglianze regionali e garantire una uguaglianza di condizioni sociali sul territorio nazionale.

La grande innovazione del processo di ri-democratizzazione nel Brasile degli anni ottanta, fu l'inclusione dei Municipi come componenti della Federazione, dal momento che fino al 1988 era rimesso agli Stati il potere di creare e organizzare questo tipo di enti; l'art. 29, invece, si indirizza direttamente ai Municipi, istituendone la relativa autonomia[18]. La concreta realizzazione del coordinamento nella ripartizione dei poteri è data dalla distribuzione delle competenze concorrenti: l'Unione e gli enti federati concorrono ad una medesima funzione, ma in ambiti e con intensità differenti. Ogni parte decide, all'interno della propria sfera di poteri, in modo separato ed indipendente, riconoscendo la prevalenza del diritto federale. In un primo momento, a livello federale, si decidono gli strumenti da utilizzare, uniformando l'attuazione di tutti i poteri statali competenti in determinate materie; successivamente, a livello statale o municipale, ogni ente federato adatta la decisione presa alle proprie caratteristiche e necessità. Il processo di elaborazione del sistema tributario e finanziario, durante l'Assemblea Costituente del 1987/1988, aveva come caratteristica principale la polarizzazione regionalista dei dibattiti, per cui, la Costituzione del 1988 decentrò le competenze senza elaborare alcun piano o programma di attuazione che sostenesse la cooperazione tra l'Unione e gli enti federati. Il Governo federale riteneva che la mancanza di decentramento potesse giustificare la grave crisi fiscale ed economica del Paese, di conseguenza, lentamente, gli Stati ed i Municipi si sostituirono all'Unione in varie aree della politica di attuazione: una scelta, questa, di abbandono delle politiche sociali che soffrirono la mancanza di pianificazione, coordinamento e cooperazione da parte del Governo Federale (denominata "descentralização por ausência"[19]). Per questi motivi, l'equilibrio fiscale che sarebbe dovuto nascere spontaneamente da un rapporto di coordinamento tra la federazione e gli enti federati è stato, di fatto, imposto dalla legge sulla responsabilità fiscale (l. n. 101, 4 maggio 2000) per cui, l'esecuzione fiscale

[18] G. Mussi, *O Município na Constituição brasileira: competência legislativa*, in http://jus.com.br/revista/texto/14240.

[19] M.H.T. de Almeida, *Federalismo e políticas sociais*, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais,* v. 28, n. 10, 1995, 88.

in forma negoziata tra i differenti livelli di governo ha costituito un imperativo dell'ordinamento federativo del Paese. La decisione di decentrare le politiche sociali è da sempre strettamente legata alla questione storica delle disuguaglianze regionali, della ripartizione asimmetrica di redditi e responsabilità nelle varie Regioni, mai assurto a problema di portata nazionale[20]. Di conseguenza, in assenza di una reale preoccupazione per tale tematica, gli effetti delle politiche di decentramento sono rimasti comunque limitati e, con riguardo alla questione delle disparità regionali, il ruolo dell'Unione ha costituito strumento fondamentale per la elaborazione di decisioni o piani di sviluppo a portata sopra-regionale in grado di uniformare i livelli minimi essenziali delle politiche sociali.

Secondo la Costituzione del 1988, l'Unione controlla l'erogazione del credito, ha competenza legislativa esclusiva in materia di diritti civili e politici, servizi pubblici, sicurezza sociale, immigrazione e materie economiche, finanziarie e tributarie (salva la facoltà per gli enti periferici di agire in sede di legislazione complementare); elabora piani di sviluppo nazionali e regionali. In materia di tributi, essa non prevede espressamente quali funzioni competono a ciascun livello di governo mentre riserva al Senato Federale la competenza ad autorizzare gli atti finanziari di interesse statale, allargando il numero degli atti soggetti ad autorizzazione, fino a comprendere tutte le operazioni esterne di natura finanziaria di interesse dell'Unione, degli Stati, del Distretto Federale, dei Territori e dei Municipi (art. 52, par. 5 CF).

Se, per un verso, la Costituzione del 1988 ha consentito di rafforzare il patto federativo, per altro, le istituzioni, per convenienza o per incapacità, non sono state in grado di fermare la voracità centralizzatrice dell'Unione. Continua a mancare nel potere centrale la volontà politica di creare un equilibrio federativo effettivo che stabilisca la capacità finanziaria degli Stati membri e di migliaia di Municipi brasiliani al fine di creare un parametro minimo di uguaglianza nella prestazione dei servizi. In un'ottica che voglia tendere alla correzione delle disuguaglianze regionali del Brasile e alla piena realizzazione del federalismo cooperativo previsto dalla carta costituzionale, il Governo Federale dovrebbe occupare un ruolo fondamentale nelle politiche di sviluppo regionale, in cui i fondi pubblici acquistano importanza determinante nelle relazioni federative e presuppongono trasferimenti considerevoli tra le regioni, secondo il principio di solidarietà. Il grande obiettivo del federalismo in Brasile rimane dunque la giusta cooperazione tra Unione ed enti federati al fine di realizzare una integrazione economica nazionale, una

[20] C. Souza, *Intermediação de Interesses Regionais no Brasil: O Impacto do Federalismo e da Descentralização,* in *Dados*, vol. 41, n. 3, 1998; D.T. Ramos, *Federalismo assimétrico*, Rio de Janeiro, 2000; M.G. Ferreira Filho, *A organização do Estado brasileiro e as tendências do federalismo: simetria e assimetria,* in *Aspectos do direito constitucional contemporâneo,* São Paulo, 2003, 172.

cooperazione finanziaria da impostare in virtù della solidarietà federale per mezzo di politiche pubbliche congiunte e di compensazione delle disparità regionali. Viceversa, lo squilibrio determinato dall'Unione, che passa ad avere una supremazia determinante nella Federazione brasiliana, ha portato ad una tendenza crescente di soppressione dell'autonomia degli Stati e dei Municipi ed alla centralizzazione del potere, a svantaggio del patto federativo[21]. Per questo motivo, si parla di un federalismo che tende alla centralizzazione o di un federalismo unitario in cui gli Stati ed i Municipi sono sprovvisti della capacità di formulare politiche pubbliche; per cui, in assenza dell'equilibrio necessario tra autonomia politica/amministrativa e autonomia finanziaria, l'idea del patto federativo è evanescente o, come si dice, è sintomo di un federalismo "alla brasiliana"[22].

La ripartizione delle competenze, cioè dei poteri di decisione tra gli enti, è disciplinata secondo il principio della prevalenza degli interessi per cui le materie di competenza nazionale appartengono all'Unione, quelle di competenza regionale agli Stati e quelle di competenza locale ai Municipi. Al Distretto Federale ex art. 32 §1 sono riservate materie regionali e locali. A causa della difficoltà e complessità nel distinguere l'interesse nazionale da quello regionale e locale – trattandosi non solo di questione giuridica, ma anche sociologica e politica – l'ordinamento costituzionale brasiliano ha adottato la tecnica della ripartizione di competenze che enumera espressamente i poteri dell'Unione (artt. 21, 22 CF) e dei Municipi (art. 30), attribuendo agli Stati le competenze che non sono previste nel testo costituzionale (cioè quelle rimanenti, ex art 25, par. 1) e al Distretto le competenze di Stati e Municipi (competenze cumulativa, art. 32, par. 1) ad eccezione dell'art. 22 , inciso XVII. La Costituzione ha previsto inoltre competenze comuni (art. 23 CF) e concorrenti (art. 24 CF).

In Brasile, la necessità di creare istituzioni che incanalano il diritto alla partecipazione diretta nella gestione politica, al fine di incidere sulle politiche pubbliche, si sposa con l'esperienza dei bilanci partecipativi dei governi locali (nati intorno agli anni settanta, con la creazione del Partito dei lavoratori e come reazione alla dittatura militare). Infatti, il Brasile si caratterizza per la ricerca di un maggior decentramento e rafforzamento del potere locale integrato in una federazione, in un'ottica di sviluppo territoriale equilibrato che miri a ridurre le disuguaglianze sociali e regionali. Da qui, la necessità di una corretta distribuzione di competenze tra le diverse sfere del potere sul

[21] C. Souza, *Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil* pós-1988, in *Revista de Sociologia e Política*, n. 24, 2005; E. Kugelmas, L. Sola, *Recentralização/descentralização: dinâmica do regime federativo no Brasil nos anos 90*, in *Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, 2000, 61.

[22] M. Arretche, *Estado federativo e políticas sociais: determinantes da descentralização*, Rio de Janeiro-São Paulo, 2000.

territorio, dall'Unione agli Stati membri, fino ai Comuni. In questo senso, è competenza di tutti gli enti territoriali prendersi cura del diritto alla salute; Unione, Stati membri e Distretto Federale hanno competenza concorrente a legiferare in materia di difesa della salute; infine, i Comuni possono legiferare nel caso in cui rinvengano, nella tutela della salute, un innegabile interesse locale, così come possono fornire, con la cooperazione tecnica e finanziaria dell'Unione e dello Stato, servizi di assistenza sanitaria alla popolazione. L'EC n. 29/2000 ha introdotto l'inciso VII nell'art. 34 CF, consentendo all'Unione di intervenire per applicare il minimo richiesto dalle entrate risultanti da imposte statali, compresa quella proveniente da trasferimenti, per la conservazione e lo sviluppo dell'insegnamento e per le azioni e servizi pubblici sanitari. Così come lo Stato potrà intervenire nella gestione del Comune nel caso in cui non sia stato applicato il minimo richiesto delle entrate municipali per la conservazione e lo sviluppo dell'insegnamento e per le azioni e servizi pubblici sanitari[23].

## 4. I condizionamenti finanziari del diritto alla salute

In Brasile, il giudice che si pronuncia in tema di diritto alla salute, è tenuto a garantire alla norma costituzionale la massima efficacia giuridica, senza oltrepassare i limiti che gli sono imposti, nel rispetto del "minimo esistenziale", ossia delle condizioni minime (soggette a dimostrazione e discussione attraverso elementi probatori) ad una esistenza degna, e della "riserva del possibile"[24]. La "riserva del possibile" (espressione di origine tedesca, *Der Vorbehalt des Möglichen*)[25] rappresenta il limite fattuale e giuridico alla effet-

[23] J.R.R. Afonso, Aspectos conceituais das relações financeiras intergovernamentais, in *Estatísticas Econômicas*, São Paulo, 1992, 5; *Descentralização fiscal na América Latina: estudo de caso do Brasil*, Brasília, 1994.

[24] A. Krell, *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des) Caminhos de un direito constitucional "comparado"*, Porto Alegre, 2002, 52; e soprattutto, J.R. Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente. Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, 779; I.W. Sarlet, L.B. Timm (cur.), *Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*, Porto Alegre, 2008.

[25] BVerfGE 33, 303 (1973). La nozione di "riserva del possibile" ha subito, nel tempo, modifiche interpretative da parte dei Tribunali superiori e di quelli inferiori: dal concetto originario che implicava esigenze di ragionevolezza e proporzionalità nelle prestazioni dello Stato sociale, si è giunti a considerare la riserva del possibile sia come limite fattuale ai diritti fondamentali (ossia come limite determinato da carenze economiche), sia come limite giuridico all'esercizio dei diritti sociali per una carenza "artificiale" (*escassez ficta*), ossia per una "indisponibilità" giuridica esistente nella realtà ma determinata, ad esempio, da una decisione disgiunta dell'organo competente, dunque, non da una causa insuperabile ma idonea a giustificare la mancata realizzazione dei diritti sociali. Interessanti le pronunce: 410715/SP, 412573/RJ, 436996/SP come ricorsi straordinari per il Supremo Tribunale Federale; 485969/SP, 510598/

tivizzazione giudiziaria (e politica) dei diritti fondamentali, ossia il criterio di bilanciamento dei diritti sociali con gli altri valori costituzionali e con le esigenze di bilancio dei soggetti pubblici.

Il sistema brasiliano di bilancio è considerato un modello razionale dell'Amministrazione, vincolato al programma di governo e, dunque, idoneo a fare luce sulla realtà economica del paese in relazione alle disposizioni costituzionali. Esso prevede, in primo luogo, la legge del piano pluriennale (PPA) che stabilisce, su base regionale, linee-guida e obiettivi dell'amministrazione pubblica federale per le uscite di capitale, per quelle che ne derivano e per quelle relative ai programmi di durata continuativa (165, §1, CF); la legge sulle direttive di bilancio (LDO) che comprende invece i progetti e le priorità dell'amministrazione pubblica federale, nonché le spese di capitale per l'esercizio finanziario successivo, orienta l'elaborazione della legge di bilancio annuale, dispone sulle modifiche alla legislazione tributaria e stabilisce la politica di applicazione delle agenzie finanziarie ufficiali di incremento (165, §2, CF); infine, la legge di bilancio annuale (LOA) che, prima di orientare la gestione finanziaria e tributaria del paese, necessita di tre documenti, I. il bilancio fiscale relativo ai poteri dell'Unione; fondi, organi e enti dell'amministrazione diretta ed indiretta, comprese fondazioni istituite e mantenute dal potere pubblico; II. il bilancio di investimento delle imprese in cui l'Unione, direttamente o indirettamente, detenga la maggioranza del capitale sociale con diritto di voto; III. il bilancio della sicurezza sociale, includendo tutti gli enti e organi a essa vincolati, dell'amministrazione diretta o indiretta, così come i fondi e le fondazioni istituite e mantenute dal Governo (art. 165, III e §5, CF). Ma l'aspetto più interessante della disciplina brasiliana sul diritto alla salute che, oltre ad essere un diritto fondamentale sociale di prestazione da parte del potere pubblico, è anche un diritto di difesa, di protezione contro gli atti dello Stato, riguarda la discrezionalità, tutt'altro che ampia, concessa dal costituente al legislatore, sulla quota di gestione da destinare alle spese sociali. La Costituzione, infatti, prevede una serie di vincoli obbligatori in tema di tasse per il fabbisogno sociale, ossia un "budget sociale minimo" determinato in virtù di "garanzie costituzionali di finanziamento dei diritti sociali" che devono essere utilizzate per la implementazione di tali diritti. In questo senso, esistono delle disposizioni specifiche sulla gestione di determinati diritti[26]:

SP, 718203/SP, 736524/SP come ricorsi speciali per il Tribunale Superiore di Giustizia; nn. 2003.01.00.041806-2/DF e 2004.32.00.005202-7/AM quali decisioni dei Tribunali Federali Regionali.

[26] F.F. Scaff, *A efetivação dos direitos sociais no Brasil. Garantias constitucionais de finanziamento e judicialização*, in F.F. Scaff, R. Romboli, M. Revenga, *op.cit.*, 27 ss.

1. Salute (art. 198, § 2 e 3; ADCT[27], art. 77): 15% di tutte le entrate rappresentate dalle imposte riscosse dai Municipi; 12% di tutte le entrate rappresentate dalle imposte riscosse dagli Stati; una percentuale predeterminata che deve essere stabilita dalla legge complementare (ancora in discussione) per l'Unione. 2. Educazione (art.212): 25% da parte degli Stati, del Distretto Federale e dei Comuni, delle entrate risultanti da imposte; 18% delle entrate risultanti da imposte dell'Unione; 100% del contributo sociale degli assegni scolastici. 3. Sradicamento della povertà (ADCT, artt. 80 e 82): Municipi 0,5% dell'ISS (tasse sui Servizi di qualsiasi natura); Stati e Distretto Federale 2% dell'ICMS (tasse sulla circolazione delle merci e sui servizi di trasporto interstatale e intermunicipale e sulle comunicazioni); l'Unione il 5% dell'IPI (imposte sui prodotti industrializzati). 4. Fondo di tutela per i Lavoratori/FAT (art. 239, §1 e 3): 60 % della riscossione delle contribuzioni per il PIS (programma di integrazione sociale)/PASEP (Programma di integrazione del servizio pubblico). 5. Sicurezza sociale (art. 195): 100% della Cofins (contributi per il finanziamento della sicurezza sociale); 100% della CSLL (contributo sociale sul Lucro liquido); 100% dei contributi previdenziali. 6. Ambiente (art. 177, §4): 100% del CIDE (contributo per l'intervento in campo economico). Da considerare, inoltre, l'art. 150, VI, CF ("Senza pregiudizio di altre garanzie assicurate al contribuente, è vietato all'Unione, agli Stati, al Distretto Federale e ai Comuni [...] VI. istituire imposte su: a) patrimoni, redditi o servizi, gli uni degli altri; b) templi di qualsiasi culto; c) patrimoni, redditi o servizi dei partiti politici, incluse le loro fondazioni, gli enti sindacali dei lavoratori, delle istituzioni educative e di assistenza sociale, senza scopi di lucro, attesi i requisiti della legge; d) libri, giornali, periodici e la carta destinata alla loro stampa").

Queste disposizioni costituzionali, che stabiliscono fonti di finanziamento per i diritti sociali, favorendo l'esecuzione delle politiche pubbliche necessarie per rendere effettivi i diritti sociali, rappresentano una peculiarità del costituzionalismo brasiliano, in particolare, della Costituzione del 1988 che, attraverso garanzie finanziarie costituzionalizzate, consente al Brasile di avere un Sistema Unico di Salute finanziato con le risorse del *budget* della sicurezza sociale della Unione, degli Stati, del Distretto Federale, dei Municipi e di altre fonti e garantito attraverso scelte sociali ed economiche che vedono nella riduzione del rischio di malattie e altri danni, e nell'accesso universale ed ugualitario le azioni ed i servizi per la sua promozione, protezione e recupero.

In Italia, a seguito della modifica dell'art. 81, non sono stati introdotti, in Costituzione, quei vincoli costituzionali alle c.d. riserve di giustizia che avrebbero consentito di preservare una percentuale, seppur minima, tale da

[27] È la parte provvisoria della Costituzione brasiliana, conosciuta come (Atto delle Disposizioni Costituzionali Transitorie). È importante ricordare che si tratta di un documento che integra la Costituzione e che possiede forza normativa.

costituire, appunto, il minimo esistenziale, da destinare alla gestione dei diritti sociali che, in questo modo, avrebbero continuato ad essere fondamentali[28]. Mancherebbe, dunque, una garanzia finanziaria per i diritti sociali, in grado di neutralizzare gli effetti delle disposizioni inserite nell'art. 81 che, come modificato, sembra aver decostituzionalizzato, attraverso modificazioni tacite, l'art. 117, lett. m), rendendo di fatto evanescente la tutela dei diritti sociali. E, d'altra parte, considerato che la modifica costituzionale è intervenuta a seguito delle spinte europee, in primis dalla Germania, sembra opportuno sottolineare come, proprio in Germania, in cui il pareggio di bilancio costituiva già caratteristica della Costituzione di Weimar, le prestazioni sociali non siano più incondizionate, i diritti sociali non più assoluti ma finanziariamente condizionati dall'equilibrio tra costi e ricavi, perciò, non più identificabili come fondamentali[29].

Il Brasile, invece, ha da sempre lottato per mantenere, accanto alle disposizioni sul pareggio di bilancio, quelle sulla riserva del possibile, intendendo con ciò una quota intoccabile, a garanzia dei diritti sociali. Questo ha consentito di immunizzare la Costituzione da possibili modificazioni tacite. Non solo. Mantenendo in Costituzione quote rappresentative del minimo esistenziale ha conseguentemente creato una zona giustiziabile, all'interno della quale si muove e interviene il STF. Un'altra differenza, questa, con la situazione italiana, una *Costituzione abdicataria*, una *Costituzione-deCostituzione* (come l'ha definita G. Ferrara[30]) in cui, la creazione di una zona grigia comporta la compressione e la successiva dissoluzione dei diritti. Vero è che spesso, il diritto alla salute è stato modellato dalle decisioni del potere giudiziario piuttosto che dagli interventi del legislativo e soltanto recentemente, il Supremo Tribunale Federale ha mitigato la propria giurisprudenza, riconoscendo un ruolo centrale agli altri poteri nella formulazione delle politiche pubbliche. Sempre mantenendo la salute come diritto fondamentale, il Supremo Tribunale ha ammesso la possibilità di un intervento giudiziale eccezionale, in sostituzione degli altri poteri, nei casi di abusiva inattività del potere pubblico davanti a esigenze di tutela del minimo esistenziale. Nella decisione monocratica ADPF n. 45 (Rel. Min. Celso de Mello), il Tribunale ha stabilito che, nell'ambito delle

[28] Come evidenziato, i LEP avrebbero dovuto implicare livelli di prestazione soddisfacente, non con riferimento ai vincoli economico-finanziari, ma ad obiettivi di benessere ed equità che prescindono dal piano strettamente finanziario; e il contenuto essenziale che avrebbe consentito di superare"squilibri socio-economici territoriali" sarebbe dovuto rimanere inalterato anche a seguito di leggi di revisione costituzionale o altre leggi costituzionali, C. Pinelli, *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza*, Napoli, 2012, 242, 244.

[29] R. Perez, *La nuova disciplina del bilancio in Germania*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1, 2011.

[30] G. Ferrara, *op. cit*.

funzioni istituzionali del potere giudiziario, e in particolare per quelle che riguardano la Corte Suprema, non rientra, per prassi, quella di elaborare politiche pubbliche. Tale incombenza, in casi eccezionali, potrà spettare al potere giudiziario, in particolare, se e quando gli organi statali competenti rischiano di compromettere l'efficacia e l'integrità dei diritti individuali/collettivi di natura costituzionale. Se tali poteri agiscono in modo irrazionale o procedono con la chiara intenzione di neutralizzare, compromettendola, l'efficacia dei diritti sociali, economici e culturali, incidendo, con una ingiustificabile inerzia statale o un abusivo comportamento governativo, il nucleo intangibile rappresentativo di un congiunto irriducibile di condizioni minime necessarie ad una esistenza degna ed essenziali alla sopravvivenza dell'individuo, allora è giustificato, per ragioni etico-giuridiche, l'intervento del potere giudiziario.

Con l'obiettivo di blindare i diritti fondamentali contro il tentativo arbitrario, da parte degli organi statali, di soppressione, il costituente brasiliano ha avvertito la necessità di introdurre un doppio fondamento, materiale e formale. La Costituzione brasiliana del 1988, esempio tipico del costituzionalismo "dirigista", dopo quella messicana del 1917 e quella di Weimar del 1919, ha previsto un ampio gruppo di clausole super-costituzionali, inalterabili, a tutela di un nucleo materiale istituito all'interno del testo costituzionale: tali clausole costituiscono una ulteriore barriera nel processo di riforma della Costituzione, perché destinate alla salvaguardia dei valori fondamentali costituzionali, alla stregua di principi nella interpretazione costituzionale, contro tentativi di decostituzionalizzazione. Con l'inserimento dei diritti fondamentali nelle c.d. *cláusulas pétreas*[31], quali elementi essenziali della Costituzione, a servizio della preservazione della identità costituzionale e la cui soppressione comporterebbe una aggressione al principio della dignità della persona umana (art. 1, inc. III, CF), il legislatore costituzionale ha, così, predisposto i limiti materiali al potere di riforma costituzionale (art. 60, §4, inciso IV, CF) e ha affermato che le norme che dispongono in ambito di diritti e garanzie fondamentali sono direttamente applicabili (art. 5, §1, CF). L'assenza di una distinzione espressa tra il regime previsto per i diritti sociali e quello in cui si inseriscono i diritti fondamentali, insieme al testo del §1 dell'art. 5, CF e in considerazione del fatto che i diritti sociali (come elencati nel Titolo II, CF) sono diritti fondamentali, comporta l'estensione dell'effetto trincerante delle clausole *pétreas*; a conferma di ciò, il fatto che la

[31] S.P. Martins, *Institutos de direito público e privado*, São Paulo, 2002; V.L. Pereira Resende, *Os Direitos Sociais como cláusulas pétreas na Constituição Federal de 1988,* 2006 in *http://www.unifieo.br;* P.R. Schier, *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: campo de tensão,* 2009, in http://jus2.uol.com.br*;* O.V. Vieira, *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma,* São Paulo, 1999.

Costituzione tuteli l'idea del Brasile quale Stato democratico e sociale di diritto, come traspare chiaramente da una buona parte dei principi fondamentali, soprattutto dall'art. 1, incisi I e III o dall'art. 3, incisi I, III, IV dai quali emerge il vincolo stretto dei diritti fondamentali sociali con la concezione dello Stato consacrata nella Costituzione, senza dubitare del fatto che sia il principio di Stato sociale, quanto i diritti fondamentali sociali integrano gli elementi essenziali, cioè l'identità della Costituzione[32]. Per questa ragione si è sostenuto che i diritti sociali, come i principi fondamentali, possono essere considerati autentici limiti materiali impliciti alla riforma costituzionale. I diritti e le garanzie individuali cui si riferisce l'art. 60, §4, inciso IV CF includono i diritti sociali e i diritti di nazionalità e cittadinanza (ossia, i diritti politici), considerato che tutti i diritti fondamentali previsti dalla Costituzione sono diritti di titolarità individuale, sebbene alcuni di essi siano di espressione collettiva (diritto al voto, alla salute, all'assistenza sociale, ad un ambiente salutare ed equilibrato). In questo senso, si fa riferimento alla clausole supercostituzionali, ossia ai principi, che comprendono i diritti fondamentali essenziali, in quanto fondativi della riserva di giustizia costituzionale di un sistema e della realizzazione dell'uguaglianza e della dignità dei cittadini[33].

Questo tipo di *entrenchment*, quale principio di "non ritorno" della concretizzazione della Costituzione rappresenta la tutela giuridica del contenuto minimo dei diritti fondamentali ed evita forme di retrocessione al di sotto del livello essenziale definito in Costituzione. Pertanto, le prerogative dei cittadini sono fissate nella loro intensità e tale intensità è tutelata affinché l'efficacia non sia subordinata a variabili socio-politiche[34]. La determinazione della sufficiente densità di tutela dei diritti fondamentali possiede un fattore teleologico strumentale, quello di garantire la concretizzazione di tali postulati, in ragione della loro natura essenziale ed inalienabile. Il diritto al minimo esistenziale è implicito nella proclamazione del rispetto della dignità della persona umana, dello Stato democratico sociale di diritto e in innumerevoli altre classificazioni costituzionali collegate ai diritti fondamentali[35]. Il principio di divieto di retrocessione risulta dunque naturalmente collegato dalla dottrina a quello della dignità della persona umana[36], nel senso che, il primo è uno strumento di tutela del secondo e questo si

[32] I.W. Sarlet, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, 2006, 424.

[33] O.V. Vieira, *op.cit.*, 222 ss.; J.J. Canotilho, *Dignidade da pessoa humana e dereitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre, 2001.

[34] W. De Moura Agra, *Curso de direito constitucional*, Rio de Janeiro, 2010, 298.

[35] Così evidenziato da W. De Moura Agra, *op.cit.*, 305.

[36] I.W. Sarlet, *Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos Direitos Sociais num contexto de crise*, in *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, 2004, n. 2, 121-168.

configura come qualità intrinseca di ogni cittadino, al quale sono garantite le condizioni minime di benessere sociale che possano consentirgli lo sviluppo delle qualità potenziali[37].

[37] Tra l'altro, è molto interessante, in merito, il riferimento anche all'Argentina e all'utilizzo dei vincoli procedurali dei cosiddetti "principi di Limburg", promosso dalla giurisprudenza e dalla prassi amministrativa di quel paese, proprio per istituzionalizzare la "non retrocessione" dei diritti sociali rispetto ai vincoli di bilancio: cfr. P.A. Gutierrez Colantuono, *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*, Buenos Aires, 2009.

# BUON SENSO E PREGIUDIZIO: OVVERO, LA CRISI DEI VALORI COSTITUZIONALI

di Matteo Carrer

*Adoro i pregiudizi, i luoghi comuni*
*mi piace pensare che in Olanda ci siano*
*sempre ragazze con gli zoccoli*
*che a Napoli si suoni il mandolino*
*che tu mi aspetti un po' in ansia*
*quando cambio tra Lambrate e Garibaldi.*
L. Erba, *Linea Lombarda*[1]

Sommario: 1. Un'apparente divagazione. – 2. L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul consumo? – 3. «Questi sono i miei principi. Qualora non vi piacessero… beh, ne ho degli altri». – 4. Conclusioni.

## 1. Un'apparente divagazione

Quando qualcosa non funziona, spesso si dice che l'unica soluzione consisterebbe nel cambiare mentalità. È divenuto un luogo comune, applicato a qualsiasi situazione e considerato la panacea di tutti i mali. Non di rado, nelle intenzioni di chi lo propone, a cambiare mentalità dovrebbe essere l'intero Paese[2], dimenticandosi che nel "cambiare mentalità" si nasconde spesso un'insidia, che può portare a soluzioni opposte a quelle democratiche. Ove, infatti, per combattere l'alto tasso di evasione fiscale o per sconfiggere un certo insidioso tipo di criminalità organizzata occorra cambiare mentalità, nel senso di un maggior rispetto di un valore, la legalità (effetto positivo), il cambio di mentalità potrebbe con le stesse modalità e gli stessi argomenti essere utilizzato in senso propagandistico

[1] Ora in L. Erba, *Poesie 1951-2001*, a cura di S. Prandi, Milano, 2002, 270.

[2] Solo a titolo di esempio, dal punto di vista giornalistico: S. Manzocchi, *L'impresa di cambiare mentalità*, in http://www.ilsole24ore.com/art/commenti-e-idee/2012-02-15/limpresa- cambiare-mentalita-064001.shtml?uuid=Aat8K1rE, riporta che il premier «Mario Monti dichiara a Time Magazine di voler cambiare il modo di vivere degli italiani»; ovvero la seguente dichiarazione del ministro Elsa Fornero del 7 maggio 2012: «stanno cambiando le regole e le istituzioni, ma è soprattutto necessario cambiare mentalità e comportamenti» reperibile in http://www.adnkronos.com/IGN/Lavoro/Politiche/Fornero-senza-cambio-mentalita-riforma-del-lavoro-resta-su-carta_313277463345.html.

(effetto negativo). Se tutti pensassero come me, saremmo tutti d'accordo: affermazione lapalissiana, che potenzialmente non tiene in nessun conto la libertà di pensiero. Per fare un esempio semplice, anche l'evasore fiscale potrebbe sostenere che, dopotutto, un cambiamento generale di mentalità sarebbe più che adeguato: se tutti considerassero l'evasione fiscale un atto non disdicevole il suo problema (morale ma anche giuridico) sarebbe risolto[3].

Cambiare mentalità è difficile e per certi versi delicato, ma è inoppugnabile che in una comunità statale vi debbano essere dei valori fondanti. Cioè che una "mentalità" debba esservi. L'ipotesi da cui si prende lo spunto è la seguente: e se il cambio di mentalità ci fosse già stato?

Si cercherà subito di rendere la questione meno astratta e decontestualizzata: dunque, attorno a quali valori si costruisce la Repubblica italiana? La domanda non è certo da rivolgere ai costituzionalisti, che conoscono la risposta per dovere d'ufficio, ma deve essere condivisa e attuata anche da chi specialista non è. Altrimenti la risposta resterebbe solo teorica.

Nel secolo passato, la triade Dio, Patria e Re poteva sembrare solida. Così solida da far partire milioni di uomini verso il fronte con un fucile in mano, un'aspettativa di vita breve – o, meglio, abbreviata dalle circostanze – e un'immutata fede in quei valori.

Oggi, nella Repubblica, di Re non ce ne sono; il concetto di Patria è messo in difficoltà da identità localistiche o dal sentirsi cittadini del mondo e persino su Dio qualcuno trova da ridire.

La domanda è seria: su quali valori condivisi si fonda la Repubblica? I valori – è sempre questa l'ipotesi – sono cambiati, non solo rispetto ai tempi della Prima guerra mondiale, ma forse addirittura rispetto all'anno di nascita della Costituzione repubblicana. Se la mentalità, dunque, fosse (già) realmente cambiata, la difficile condizione economica attuale potrebbe aver messo in luce nientemeno che una crisi – o, forse, un vuoto, una mancanza – di valori costituzionali?

Per quanto l'osservazione sia estemporanea e di puro costume, resta l'impressione che non sia impossibile notare un effettivo distacco tra i valori proclamati e quelli professati.

Tutto ciò, si potrebbe obiettare, non ha rilievo costituzionale e forse nemmeno giuridico. Meglio farebbero a rispondere a queste suggestioni altre scienze. Si cercherà di dimostrare che il rilievo giuridico c'è, e che, anzi, è centrale, anche nella riflessione sul riconoscimento e la garanzia dei diritti sociali.

[3] Se tutta l'umanità, tranne una persona, fosse convinta di un'idea, essa non avrebbe il diritto di mettere a tacere quell'unica persona, esattamente come quell'unica persona, se ne avesse il potere, non avrebbe il diritto di mettere a tacere il resto dell'umanità. Nella versione originale: «If all mankind minus one, were of one opinion, and only one person were of the contrary opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person, than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind»: J. S. Mills, *On Liberty* (1859), Chapter II.

## 2. L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul consumo?

Trovare degli argomenti che dimostrino che la Repubblica italiana è fondata su qualcosa di diverso dal lavoro, come recita il primo comma dell'art. 1 Cost., è operazione difficilissima. Oppure estremamente semplice. Se si bada al testo della Costituzione, non vi è dubbio che il lavoro sia al centro dei valori costituzionali, e che, fino a quando la Carta fondamentale avrà questo testo – cioè, presumibilmente, fino ad una revisione totale – non si possa sostenere nessuna tesi alternativa. La Repubblica è fondata sul lavoro e, se qualcuno ritiene che sia fondata su altro, come minimo sta trattando di una scienza diversa dal diritto costituzionale.

Dal principio (supremo) lavoristico, e dal suo intreccio con la garanzia dei diritti inviolabili e la tutela della dignità della persona (ma anche con i doveri di solidarietà), la Costituzione fa discendere il diritto ed il dovere al lavoro, limpidamente enunciati dai due commi dell'art. 4. In particolare, il diritto al lavoro, nel sistema voluto dai costituenti, risulta, logicamente, il primo dei diritti sociali, ed infatti è trattato all'inizio del Titolo III della Parte I.

Il collegamento tra di essi è così stretto che la stessa Corte costituzionale ha osservato che «l'affermazione costituzionale del diritto al lavoro, tutelato in tutte le sue forme ed applicazioni, rispecchia il valore riconosciuto al lavoro, posto tra le basi dell'ordinamento (art. 1 Cost.), nel quale si manifesta anche la dignità e la libertà di scelta della persona»[4].

D'altra parte, non è difficile notare come due secoli di progresso e sviluppo abbiano portato il consumismo al centro della società e il consumo come obiettivo e punto di riferimento non solo per la società ma per l'economia e, per certi aspetti, anche per il diritto. Facendo riferimento agli ultimi due secoli di sviluppo non si vuole certo dare per scontato che il percorso sia stato privo di incertezze, o ineludibile, o che il mondo attuale sia il migliore dei mondi possibili. Piuttosto, così è e anche l'astrazione più pura non può non tener conto di ciò che è. In altri termini, di quel complesso di idee che formano la "mentalità".

La Repubblica è fondata sul lavoro, così dice la Costituzione e così deve essere, soprattutto perché, se per caso si scoprisse, o si dimostrasse, che essa è fondata su altro – anche sul consumo –, le conseguenze sarebbero pressoché fatali, in quanto l'ordinamento costituzionale «verrebbe letteralmente meno – trasformandosi in un ordinamento diverso – nel caso in cui detti principi non fossero osservati e fatti oggetto di specifica tutela»[5].

[4] Corte cost. sent. n. 390/1999. Subito dopo, il collegio – con molto pratico buon senso – aggiunge che le norme costituzionali citate, «se impongono di promuovere le condizioni per rendere effettivo il diritto al lavoro, non assicurano in ogni caso il conseguimento di una occupazione o la conservazione del posto di lavoro (sentenze n. 419 e n. 219 del 1993 e n. 1 del 1986); né, tanto meno, il diritto al lavoro garantisce la stabilità nella sede, quale vorrebbe conseguire l'ordinanza di rimessione».

[5] *I diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale*, Relazione predisposta in occasio-

Infatti, come ha puntualizzato la Consulta, «creare le condizioni minime di uno Stato sociale, concorrere a garantire al maggior numero di cittadini possibile un fondamentale *diritto sociale* [nel caso di specie, oggetto della pronuncia che si richiama, quello all'abitazione, ma il discorso vale anche per il lavoro], contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana, sono compiti cui lo Stato non può abdicare in nessun caso»[6].

Le pagine che seguono hanno lo scopo di argomentare la tesi appena esposta con alcuni corollari, tra cui il più rilevante è il seguente: se si modificano, anche tacitamente, i valori, pure i diritti sociali (per rimanere al tema qui affrontato) cambiano di conseguenza.

L'esempio offerto dal consumo è molto appropriato, poiché all'apparenza sono molti gli aspetti che lo avvicinano al lavoro. Il consumo, esattamente come il lavoro, attiene alla sfera economica. L'impostazione ormai secolare della struttura produttiva, non dell'Italia ma sempre più di ogni Paese del mondo, mette al centro i consumi. Se si pone in un centro ideale il mercato, ad un estremo si trova il lavoratore, all'altro il consumatore. Il primo è impegnato nella produzione di beni e servizi, il secondo è impegnato nel determinare la domanda degli stessi beni e servizi. Considerato che i lavoratori sono anche consumatori, il cerchio sembra chiuso attorno alla centralità del mercato, sulla quale è difficile discutere. Non costituisce novità, ormai, l'osservazione che anche gli Stati più grandi siano troppo piccoli rispetto al mercato globale e che, se pure lo Stato, e in particolare lo Stato democratico e sociale, ha l'ambizione teorica di "rivaleggiare" con il mercato nella disciplina e nella promozione della vita economica, sia quest'ultimo a dettare legge al primo.

Il consumo, di conseguenza, come ogni forma di manifestazione umana e sociale, merita attenzione da parte del diritto. Ecco che nasce la categoria concettuale del "consumatore" ed ecco che nascono i "diritti del consumatore", sui quali si concentrerà immediatamente l'attenzione.

Grazie al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 *Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229*[7], non è difficile ricostruire i diritti dei consumatori. Le norme che aprono l'articolato sono particolarmente significative. Secondo l'art. 1, d.lgs. 206/2005, «il presente codice armonizza e riordina le normative […] al fine di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti». L'art. 2 è rubricato «diritti dei consu-

ne dell'incontro della delegazione della Corte costituzionale con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia, Varsavia 30-31 marzo 2006, p. 2, rintracciabile in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU185_principi.pdf

[6] Così l'ultima frase dell'ultimo punto del considerato in diritto della sent. 217/1988.

[7] Su cui, *ex multis*, si vedano: G. Alpa (a cura di), *I diritti dei consumatori*, Torino, 2009, I e II; F. Tommasi (a cura di), *Contratti e tutela dei consumatori*, Torino, 2007. V. Cuffaro (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2006.

matori» e il tono delle disposizioni del comma 1 e del comma 2 è addirittura costituzionale. Secondo il comma 1, «sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti» e secondo il comma 2 «ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti» che il codice stesso elenca.

Mentre l'art. 1 ricalca nello stile le norme di provenienza dell'Unione Europea e concentra l'attenzione sull'«elevato livello di tutela», l'art. 2 d.lgs. cit. imita lo stile costituzionale. I diritti sono «riconosciuti e garantiti», per assonanza con l'art. 2 Cost., mentre il comma seguente non ha scrupoli nel definire, ed elencare, certi diritti che qualifica come fondamentali. Il tono costituzionale, tuttavia, è più un'impressione che una realtà, e non solo perché esiste una gerarchia delle fonti tale per cui la legge ordinaria, o un atto con forza di legge come nel caso di specie, può definire "diritto fondamentale" ciò che ritiene senza che per questo il catalogo dei diritti costituzionalmente garantiti debba ritenersi modificato o integrato. L'art. 2, co. 1, d.lgs. 206/2005 riconosce e garantisce «diritti» e «interessi individuali», mentre la Costituzione tutela «diritti» e «interessi legittimi» (art. 24).

Prima ancora di approfondire l'elenco dei diritti fondamentali del consumatore, prima ancora di spendere argomenti sul valore dell'aggettivo "fondamentale", o sul sistema delle fonti, prima di tutto ciò, si vede bene che il tono che si è definito "costituzionale" del codice del consumo è, in realtà, alternativo alla Costituzione, come si illustrerà meglio fra un attimo. Sul piano generale, dato che i profili riguardanti il sistema delle fonti sono assorbenti – ovvero che in nessun caso un atto con forza di legge può competere con le disposizioni costituzionali – si può evitare di approfondire la questione dell'alternatività, anche se non vi è dubbio che un ipotetico articolo costituzionale di tale tenore letterale, inserito nel testo della Carta fondamentale magari con il meritorio intento di rendere ancor più intenso il livello di tutela del consumatore, non genererebbe altro che problemi di coordinamento dovuti sia alla forma redazionale sia alla sostanza, al fondamento e al significato di questi "nuovi" diritti.

Comunque, uno sguardo, seppur rapido, ai diritti fondamentali del consumatore elencati dal comma 2 dell'art. 2 d.lgs. 206/2005 mette appunto in evidenza che essi sono una versione potenzialmente alternativa di una serie di diritti costituzionali. In altri termini, se per un attimo si fingesse di non avere a riferimento la Costituzione, si vedrebbe che anche il consumo e il consumatore potrebbero "fondare" una serie di diritti fondamentali, ma non vi sarebbe nessuna certezza che essi siano equivalenti a quelli costituzionali come li conosciamo. Si tornerà sul punto; nel frattempo, per chiarezza, si riporta il contenuto delle lettere da a) a g) del d.lgs. cit., le quali elencano i seguenti diritti: alla tutela della salute (cfr. art. 32 Cost.); alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi (cfr. art. 41, co. 2, Cost.); ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità (cfr. artt. 21 e 41 Cost.); all'educazione al

consumo (cfr. art. 33 Cost.); alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali[8]; alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti (cfr. art. 18)[9]; all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza (cfr. art. 97 Cost.)[10].

Gli echi delle disposizioni costituzionali sono fin troppo evidenti. Eppure gli echi giungono distorti.

La *lectio facilior* è la seguente: posto che la Costituzione tutela i diritti inviolabili dell'uomo, ad un atto con forza di legge non può che spettare la tutela di altro, nello specifico della regolamentazione di determinate categorie, pur ampie, di rapporti contrattuali. Che siano definiti come diritti fondamentali, nulla toglie ai diritti costituzionalmente tutelati, e nemmeno aggiunge, dato che lo spazio costituzionale assegnato alle disposizioni del codice del consumo è un sottoinsieme dell'art. 41 Cost. e dell'art. 117, co. 2, lett. l)[11]. Lo Stato ha il compito di legiferare nella materia ordinamento civile, cui appartengono i contratti che stipulano i consumatori e, all'interno della libertà economica privata, i cosiddetti diritti fondamentali dei consumatori non sono altro che un modo per rispettare il limite del divieto di contrasto con l'utilità sociale di cui all'art. 41, co. 2, Cost.

Ecco dunque un punto fondamentale: se, a fini argomentativi, si dimenticasse questa chiara collocazione delle norme e si provasse a considerare come autenticamente costituzionali disposizioni che di costituzionale hanno solo il tono, si vedrebbe che il consumo basterebbe da solo a fondare un'ampia serie di diritti: associazione, salute, buon andamento ed efficienza dell'azione pubblica, educazione, equità.

Tutti diritti – sociali e di altro genere – che sono nuovi, in realtà, perché rispecchiano solo all'apparenza i corrispondenti diritti costituzionali. Se si sostituisse il consumo al lavoro come elemento fondante della Repubblica e i diritti fondamentali del consumatore elencati dal codice del consumo ai diritti costituzionali, sia pure con beneficio di migliore formulazione, dav-

[8] L'equità non è uguaglianza (art. 3 Cost.), come dimostra l'art. 33 dello stesso codice del consumo, che ne parla nel senso «squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dai contratti» con riferimento alle clausole vessatorie.

[9] Con riferimento alla democraticità dell'associazione cfr. anche gli artt. 39 e 49 Cost.

[10] È vero, piuttosto, il contrario, cioè che «il consumatore è persona (art. 2 Cost.), che è dimensione collettiva (art. 18 Cost.), che è portatore di un valore rilevante come la salute (art. 32 Cost.), che la sua posizione è limite all'attività economica pubblica e privata (art. 41 Cost.)»: G. Alpa, *La persona tra cittadinanza e mercato*, Milano, 1992, 106.

[11] «È opinione unanimemente condivisa che la categoria dei diritti fondamentali di cui all'art. 2 c.cons. non coincida con quella dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, a ciò opponendosi il rilievo insuperabile secondo cui una legge ordinaria non può integrare il novero dei diritti costituzionali»: G. De Cristofaro, A. Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010. , *sub* art. 2, 56.

vero si vedrebbe che, una volta modificati i valori, anche i diritti cambiano di conseguenza e non è ininfluente porre l'uno o l'altro valore a base della costruzione statale[12]. Dunque non è impossibile credere che il consumo abbia davvero la forza (almeno teorica) di fungere da fondamento di un intero assetto statale.

### 3. «Questi sono i miei principi.[13] Qualora non vi piacessero… beh, ne ho degli altri»

Se è pur vero che risultati simili possono essere raggiunti da punti di partenza diversi, il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo non corrisponde al riconoscimento e alla garanzia dei diritti fondamentali del consumatore.

Si potrebbe notare che nella contrapposizione appena proposta non è citato il termine "lavoro" né che il lavoratore viene contrapposto al consumatore. Eppure, l'intera impostazione dei diritti e dei doveri costituzionali è finalizzata al lavoro. Come già accennato, la previsione generica della Repubblica come fondata sul lavoro (art. 1, co. 1 Cost.), lungi dall'essere una dichiarazione vuota, trova precisa e dettagliata conferma negli articoli successivi[14]. L'art. 2 Cost. richiama l'adempimento dei doveri inderogabili, tra le altre cose, ai fini della solidarietà sociale; l'art. 4 Cost., oltre che riconoscere il diritto al lavoro (co. 1), detta una norma di fondamentale importanza (co. 2), che caratterizza non solo il rapporto tra cittadino e Stato, ma che entra nell'organizzazione della vita del cittadino, il quale ha il dovere «di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società». Una norma totalizzante, che ha niente meno che l'ambizione di dare un senso alla vita di ogni cittadino. Senza dubbio, si tratta di un'impostazione non filosofica, né religiosa, ma civica nel senso più alto del termine.

Ancora; l'art. 3, co. 2, Cost., nel prevedere che la Repubblica debba garantire l'uguaglianza in senso sostanziale, ne identifica gli scopi. La rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale non è fine a sé stessa, come potrebbe esserlo una redistribuzione cieca. L'obiettivo non è, tanto per restare nell'esempio, che tutti consumino nelle stesse quantità. La Repubblica

[12] R. Bin, *I diritti di chi non consuma*, già in *www.forumcostituzionale.it* e ora in G. Cocco (a cura di), *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, Milano, 2010. , mette in luce che, se i non-consumatori sono nient'altro che i poveri, allora la categoria dei consumatori non è sinonimo di garanzia di diritti ma possibile (o probabile) fonte di discriminazione. Sotto altra ottica, v. Z. Bauman, Homo consumens. *Lo sciame inquieto dei consumatori e la miseria degli esclusi*, Gardolo, 2007.

[13] Aforisma attribuito a Groucho Marx.

[14] *Ex multis*, C. Mortati, *Art. 1*, G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione,* 1, Bologna, 1975, 13-14.

non un moderno Robin Hood che ruba ai ricchi per dare ai poveri, e non solo perché le imposte colpiscono in ugual misura[15] i consumi degli uni e degli altri. La finalità dell'uguaglianza sostanziale che viene sempre sottolineata è quella del «pieno sviluppo della persona umana», ma l'art. 3 aggiunge subito dopo che pari obiettivo è «l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.»

Per quanto la Corte costituzionale non si sia mai occupata del principio astratto del diritto al lavoro ma sempre di questioni puntuali[16], nella sua giurisprudenza quanto appena osservato trova piena conferma.

Commentare adeguatamente questi profili occuperebbe molto più spazio di quanto non sia qui conveniente sfruttare. Pertanto, si pone l'accento su un punto fondamentale. L'attenzione della Costituzione al lavoro è dovuta al fatto che, nell'impostazione della Carta fondamentale voluta dai costituenti (e dai valori che essi propugnavano), il principio lavorista è collegato alla realizzazione personale. La Costituzione statunitense riconosce il diritto alla ricerca della felicità. La Costituzione italiana ritiene che la realizzazione della persona (da cui deriverà la sua felicità) sia da ricercarsi nel lavoro. Secondo la Costituzione italiana il lavoro è uno strumento fondamentale, non un elemento che finisce per estraniare il lavoratore e renderlo alieno a sé stesso, e, coerentemente con questo principio ispiratore, gli articoli del Titolo III della Parte I (artt. 35 e seguenti), disciplinano vari aspetti legati al lavoro, garantendo una serie di specifici diritti sociali (alla retribuzione, al riposo ed alle ferie, ecc.) che, appunto, evitano di rendere l'uomo schiavo del suo lavoro, e valorizzano il lavoratore come espressione compiuta dell'autorealizzazione.[17]

Anche il consumo può dare delle soddisfazioni personali, e non solo per gli appassionati compulsivi di *shopping*, ma la Costituzione non fonda la realizzazione personale, l'uguaglianza, la parità di *chance*, nell'ottica del consumatore.

È evidente che la scelta è di campo, ovvero di valori. Ecco perché la Costituzione non può permettersi di esporre una serie di principi fondanti e poi, con un minimalismo che sfocia nell'assurdità (e molto meno nell'ironia)

[15] Meglio, proporzione.

[16] V. il documento *La tutela dei "soggetti deboli" come esplicazione dell'istanza solidaristica nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. Bellocci e P. Passaglia, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU%20191_Tutela_soggetti_deboli.pdf, spec. 4 ss. dedicate ai lavoratori.

[17] A questo proposito, la Corte costituzionale ebbe modo di osservare che l'art. 35 Cost. «contiene una norma di principio che non appresta alcuna ulteriore e specifica tutela per il lavoratore oltre quelle enunciate nell'art. 4» Cost. (ordinanza 198/1982, ma anche sent. 1/1986, la quale, in modo più *tranchant*, osserva che la norma in questione «non appresta alcuna ulteriore e specifica tutela per il lavoratore»). A meno di non voler attribuire eccessivo peso alla formulazione più sintetica della sent. 1/1986, per quanto qui sostenuto l'affermazione è in realtà di conferma, nel senso che, nel presupporre che l'art. 35 Cost. non si regge da solo, conferma la centralità dell'art. 4 Cost. e del principio lavorista.

ammettere che, volendo, altri valori abbiano la stessa validità ed efficacia e che, in fondo, producano prima o poi effetti identici.

Secondo autorevole dottrina, la Costituzione di Weimar, per quanto concettualmente avanzata, mostrava un difetto nell'organizzazione dei poteri che si sarebbe rivelato fatale, difetto che «aveva il suo perfetto parallelo nell'incapacità del sistema dei diritti di riflettere o di promuovere un'identificazione e un'unificazione culturale (dei valori) del popolo tedesco»[18].

La dispersione dei valori produsse forze incompatibili con il sistema ed esse finirono per avere la meglio sul sistema costituzionale stesso, stravolgendone l'architettura istituzionale come quella valoriale.

Il sistema dei diritti riflette non solo i valori, ma i valori condivisi, nei quali i cittadini si riconoscono e identificano. Non si può negare che queste affermazioni generino alcune domande complesse. La Costituzione pretende uniformità (anche) nel pensiero? Esiste dunque una sorta di teologia costituzionale o un'ortodossia dei valori?

Le domande, di nuovo, vanno ben oltre i limiti della presente ricostruzione. Si può, comunque, richiamare la distinzione tra indirizzo politico di maggioranza e indirizzo politico costituzionale: quest'ultimo non è modificabile dal comportamento, dall'attività e dai principi ispiratori dei diversi attori istituzionali, perché deve le proprie caratteristiche all'impianto della Costituzione. Come nessun governo o Parlamento può venir meno ai principi di tale indirizzo, non è impossibile pensare che anche i singoli cittadini ne debbano tener conto. Se la formulazione non convince, resta sempre l'art. 54, co. 1, Cost. a ricordare che «tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi». In altri termini, la libertà di cui godono i cittadini non può essere intesa nel senso di restare svincolata dalla Costituzione, la quale non obbliga a "pensare" in un certo modo, ma predispone un ampio quadro di libertà, che non è altro che il già citato sistema dei valori, che chiede a tutti di aderire o, almeno, di confrontarsi dialetticamente con essi.

## 4. Conclusioni

Ecco dunque lo scontro tra pre-giudizio e buon senso. Il pre-giudizio – come una carezzevole intima sicurezza che rimanda a stereotipi e luoghi perduti nel tempo e nella memoria che non hanno nemmeno bisogno di essere verificati, perché altrimenti non sarebbero pregiudiziali – vuole che la Repubblica sia fondata sul lavoro e che quanto sopra accennato, sia pure per sommi capi, riguardo alla supremazia del valore sia sempre valido. Il buon senso, al contrario, fa sospettare che qualcosa di diverso vi sia e che i valori che la Costituzione presuppone condivisi non lo siano del tutto.

[18] A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, 10.

Di nuovo, è complesso dimostrare che, in conseguenza del generale cambiamento di mentalità tale per cui il lavoro non è più percepito come valore fondante ma, come si è riportato ad esempio, il consumo occupa adesso quello che una volta era il suo spazio, il legislatore opera nel quadro che, in verità, pone in cima alle sue priorità valoriali il consumo, con le conseguenze che si sono prospettate. Al contrario, non c'è necessità di dimostrare che l'Unione Europea non è fondata sul lavoro. I pilastri dei tre pilastri sono sempre state le libertà di circolazione gemelle. La parola fa pensare sempre a grandi ideali e concetti filosofici profondi, ma nel caso dell'UE le libertà fondamentali, come tutti sanno, sono tutte molto prosaicamente relative al mercato: libertà di circolazione di merci, persone, capitali, servizi[19].

L'Unione Europea nasce per il mercato comune europeo, per raggiungere obiettivi economici fondati sul mercato, tra cui la moneta unica. Tutto il resto dell'unione – non europea, dell'unione tra i popoli, quell'unione sempre più stretta[20] che converge all'infinito come i binari del treno e che, esattamente come l'unione delle rotaie, può essere indifferentemente una speranza, un'utopia o una mera illusione ottica – sembra che venga o debba venire da sé.

Può essere e forse sarà. Tuttavia, non bisogna dimenticare i valori fondanti. Nessun architetto o ingegnere edile avrebbe dei dubbi nel ritenere che le fondamenta di una costruzione influenzano in modo diretto e vincolante il carattere dell'intero edificio. Anche senza scomodare la parabola evangelica della casa costruita sulla roccia e della casa costruita sulla sabbia[21], il buon senso suggerisce che la base influisce sullo sviluppo verticale. Il poeta, al contrario, può elevare su uno spunto effimero una splendida costruzione, anzi non è raro che proprio l'instabilità del fondamento aumenti la meraviglia, come, del resto, accade per gli equilibristi del circo e che un pregiudizio, un'idea vaga, possano giustificare ogni cosa.

La Costituzione non è poesia e non ha travi di cemento armato. Nemmeno alla Repubblica possono essere attribuite tali caratteristiche.

Tuttavia, è bene essere avvertiti e consapevoli. Una crisi economica globale è senza dubbio grave, soprattutto se viene avvertita con forza da ogni strato della società. Una crisi di valori costituzionali, per quanto non vi siano

[19] Secondo l'art. 2 del TUE, nella formulazione posteriore alle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, «l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini». Ma altri articoli dello stesso TUE e del TFUE sono ispirati ai valori del mercato e del consumo.

[20] Nel Preambolo del TUE si legge che gli Alti Contraenti sono «*decisi* a portare avanti il processo di creazione di un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa».

[21] Mt., 7, 24-29.

indicatori quantitativi a misurarla, è molto più grave, perché mette in discussione i fondamenti della Repubblica, come si è cercato di dimostrare. Quando si valuta che la politica è in crisi, nel senso che lo sono le forze politiche e anche le istituzioni che esse incarnano; quando soluzioni, spesso teoriche, sono proposte da istituzioni che si fondano su valori diversi da quelli costituzionali; il discorso attorno ai valori fondanti dovrebbe tornare di attualità, non come slogan ma come riflessione ponderata.

Se così non fosse, risulterebbe sconfitta la Costituzione e con essa i valori che propugna. A questo punto, anche i diritti sociali ne uscirebbero sconfitti, e ciò si tradurrebbe nell'incapacità della Repubblica di adempiere ai propri impegni, ossia in prestazioni inesigibili, in diritti fondamentali non garantiti, in nuovi diritti proclamati solo sulla carta. In altre parole, nella rinuncia dello Stato democratico e sociale ad essere sé stesso, ad essere uno Stato-di-distribuzione, «nel senso che la distribuzione "naturale" delle risorse […] è soggetta alle correzioni e agli interventi necessari affinché sia conformata a fini di giustizia sociale»[22]. Ecco perché una rivoluzione della mentalità non è ininfluente nel quadro dell'analisi giuridica: essa costringerebbe, prima o poi, ad un ripensamento ed una revisione dei diritti sociali (se non pure degli altri diritti). Non si nega che, in ipotesi, una tale revisione potrebbe anche produrre effetti positivi, nel senso che sostituire al lavoro un altro fondamento per la Repubblica potrebbe condurre ad un più alto livello di tutela. Benché il pessimismo sia facile in momenti di crisi, la possibilità teorica non è da escludersi, per quanto l'unica alternativa qui commentata, quella offerta dal consumo, non sembri proprio indirizzata nel senso di un tale miglioramento.

Ancora una volta, l'importante è esserne avvertiti. Qualora ci si accorgesse che la Costituzione repubblicana incarna valori di una generazione passata che è pressoché scomparsa, che nuovi valori devono fondare la convivenza sociale, magari ad un livello che oggi sarebbe chiamato sovranazionale, nulla ostacola il dibattito ed un cambiamento anche incisivo, proprio perché, come argomentato sopra, la Costituzione non fa obbligo di nessuna ortodossia di pensiero. Che sia però, esplicito: non resti la Costituzione lieve pregiudizio al quale ci si affida ad onta del buon senso.

[22] A. Baldassarre, *Diritti sociali*, cit., 7.

# IL DIRITTO ALLA SALUTE COME DIRITTO "A PRESTAZIONI". CONSIDERAZIONI SULL'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA

di Elisa Cavasino

Sommario: 1. Il diritto alla salute nella morsa dei pubblici poteri. Il modello eteronomo di tutela della salute. - 2. Modello "eteronomo" di tutela della salute, garanzie dell'uguaglianza e compressione dell'autonomia regionale. - 3. Strategie dell'uguaglianza e vincolo economico-finanziario: fattori di "crisi" endogeni del modello eteronomo. - 4. Emergenza finanziaria e processo d'integrazione sovranazionale: verso l'ineffettività del diritto alla salute?

## 1. Il diritto alla salute nella morsa dei pubblici poteri. Il modello eteronomo di tutela della salute

Le trasformazioni del diritto costituzionale assumono davvero significato con la creazione e la stabilizzazione di «nuovi concetti e teorie di diritto pubblico»[1].

Alla introduzione nella Costituzione di una disciplina davvero minimale del diritto alla salute, è seguita un'opera di costruzione e stabilizzazione di concetti e teorie elaborati sulla scia di importanti interventi legislativi[2].

La giurisprudenza costituzionale ha inciso sul quadro normativo delineato dal legislatore in modo ambivalente.

Da un lato, le decisioni della Corte sono riuscite a "contenere", *ex post*, possibili effetti distorsivi della disciplina positiva. Mi riferisco in particolare alle decisioni rese in sede di giudizio di legittimità in via incidentale, con lo sviluppo della teorica del *contenuto minimo irriducibile del diritto alla salute.* D'altro canto, soprattutto in fasi di crisi finanziaria dello Stato, gli orientamenti della Consulta non hanno inciso sulle scelte normative di contenimento della spesa sanitaria in modo da *evitare* possibili *generalizzate* lesioni al diritto alla salute. Questo è quanto emerge dalla giurisprudenza costituzionale in sede di giudizio di legittimità in via principale. Quest'ultimo dato, si vedrà, ha importanti conseguenze sul piano della tenuta di certe categorie concettuali nella fase storica più recente.

[1] L. Von Stein, *Il principio e il movimento della libertà*, in Id., *Opere scelte. I. Storia e società*, antologia a cura di E. Bascone Remiddi, Milano, 1986, 159.

[2] In questo contributo non si affrontano gli aspetti giuscivilistici della tematica, che pure sono stati fondamentali nella costruzione della struttura costituzionale del diritto alla salute come diritto soggettivo (tema emerso chiaramente nella giurisprudenza costituzionale a partire da Corte cost. sent. 88 del 1979), per i quali sembra invece centrale il ruolo della giurisprudenza, soprattutto di legittimità e di merito.

Alcune parole, dunque, sulla centralità del ruolo del legislatore e l'atteggiamento ambivalente tenuto dalla Corte.

A proposito dell'interpretazione dell'art. 32 Cost., disposizione che inizialmente era ritenuta norma *programmatica*, è stata la sua graduale attuazione, mediante la costruzione – per via legislativa – di un assetto organizzativo dell'*apparato pubblico* preposto alla tutela della salute (che, peraltro, va ben oltre il livello di garanzia da essa prescritto) che ha portato alla piena affermazione della precettività del diritto alla salute[3].

Sembra poi ormai monolitica in dottrina e in giurisprudenza la tesi che il diritto alla salute sia un diritto costituzionale condizionato dal limite economico-finanziario, dal limite tecnico-scientifico e dal limite organizzativo[4].

Quindi, appare un dato ormai acclarato che nel fascio di situazioni giuridiche soggettive riconducibili al dettato dell'art. 32 Cost. giochi un ruolo preponderante il concetto di *diritto a prestazione*[5] che trova forme di tutela nel rispetto *delle compatibilità di bilancio*; allo *stato* delle *tecnologie e delle conoscenze scientifiche disponibili* e delle *modalità di organizzazione del servizio* che spettano alla pubblica amministrazione.

Nella giurisprudenza costituzionale emerge in modo costante, a partire dall'inizio degli anni '90, una forma di sindacato delle scelte normative in materia di tutela della salute che fa leva sulla "categoria giuridica" del *contenuto minimo essenziale* (o, se si vuole, del *nucleo duro*, *irriducibile*) del diritto, contenuto minimo che, in particolare, *non tollera lesioni* in nome delle esigenze di bilancio, *non potendo entrare in bilanciamento* con le esigenze economico-finanziarie[6].

Ma come si è giunti a definire questo quadro? Si tratta di punti fermi o si sta riaprendo il tema del *bilanciamento* fra esigenze economico-finanziarie ed effettiva tutela del diritto alla salute?

Appare in linea di continuità con il trentennio passato che tutti questi assiomi concettuali siano l'effetto di precise scelte legislative e, nel tempo, abbiano avuto importanti riflessi anche sul piano delle scelte del legislatore costituzionale in materia di tutela della salute. Ne è la dimostrazione che

[3] V. Crisafulli, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, *Principi generali e norme programmatiche*, ivi, 30 ss., per giungere a tale conclusione.

[4] *Ex multis*, Corte cost. nn. 455/1990; 304/1994; 267/1998; 309/1999; 354/2008; 248/2011.

[5] G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755.

[6] Corte cost. nn. 455/1990; 267/1998 e 309/1999 (non a caso sono citate la sentenza che "apre" quel decennio e quelle che lo "chiudono", che *correggono* C. cost. n. 992 del 1988). In dottrina A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, ora in Id., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 139. Per un'analisi della questione alla luce della giurisprudenza costituzionale C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali : orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000; B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali: indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001.

negli studi condotti prima *dell'attuazione* per via legislativa dell'articolo 32 Cost., difficilmente si ritrovano concetti e problematiche emerse nella fase storica che segue all'entrata in vigore della l. n. 833 del 1978[7].

Posto ciò, le scelte del legislatore successive alle *crisi di bilancio* dei primi anni '90 dello scorso secolo hanno fortemente influenzato il processo di riforma dell'assetto dei rapporti centro-periferia poi definito con la l. cost. n. 3 del 2001 e stanno determinando la *crisi* di alcuni dei paradigmi interpretativi della disciplina costituzionale.

In particolare, nella legislazione statale emerge una linea di tendenza che fa entrare in crisi l'idea che la tutela del contenuto minimo essenziale non possa entrare in bilanciamento con le scelte economico-finanziarie. Nella giurisprudenza costituzionale, probabilmente anche per ragioni connesse all'aumento dei giudizi in via principale ed al ridimensionamento del giudizio in via incidentale, sembra aprirsi un percorso giurisprudenziale che *non ostacola* queste scelte normative: in un momento di crisi di bilancio, in cui appare essere un'emergenza costituzionale il rispetto degli obblighi costituzionali ed europei in materia di stabilità finanziaria, è più complesso sindacare le scelte legislative utilizzando la categoria del contenuto minimo essenziale.

Sembra quindi attuale la riflessione mortatiana sull'assetto costituzionale repubblicano laddove avvertiva che il punto debole di questo risiedeva nelle «antinomie» della parte *organizzativa* della Costituzione. Sono ancor'oggi i meccanismi di articolazione dei poteri ad essere inadeguati a quanto è richiesto all'«azione dello Stato rivolta ai nuovi compiti assunti nel campo economico-sociale»[8].

## 2. Modello "eteronomo" di tutela della salute, garanzie dell'uguaglianza e compressione dell'autonomia regionale

Il diritto alla salute, come del resto gli altri diritti costituzionali, vive stretto nell'antica dicotomia fra diritti sociali e diritti di libertà ed è soggetto più degli altri ai tre ordini di limiti che sono stati indicati[9]:

[7] Cfr. ad es. F. PERGOLESI, *Alcuni lineamenti dei "diritti sociali"*, Milano, 1953; S. LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950.

[8] C. MORTATI, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, 214, spec. 222.

[9] C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928, trad. it a cura di A. CARACCIOLO, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, 212 ss. (spec. 227 e 242). La forte influenza di questa impostazione *individualistica* dei diritti fondamentali come *libertà dallo Stato* viene evidenziata da V. E. ORLANDO, *Prefazione*, edizione italiana di J. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, 1912, VII; poi da P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, 1947, 145. Parte della dottrina italiana continua a sostenere tale tesi A. PACE, *Problematica*

il limite tecnico-scientifico; il limite organizzativo; il limite economico-finanziario.

Il legislatore statale, nel 1978, aveva immaginato l'attuazione della Costituzione mediante la costruzione di un servizio sanitario *soggettivamente* pubblico, finanziato prevalentemente a carico della fiscalità generale[10], costruito per erogare «livelli» di prestazioni da garantire «comunque» a «tutti i cittadini»; per assicurare «condizioni e garanzie di salute uniformi per tutto il territorio nazionale»[11]. Questa scelta ha condizionato ogni successivo svolgimento sia dei percorsi di riforma dell'assetto normativo in materia di tutela della salute, sia delle analisi della struttura di questo diritto costituzionale[12].

Sono noti gli effetti che ha avuto *questa modalità* di interpretazione per via legislativa dell'inciso del primo comma dell'art. 32 Cost.: si è costruita l'idea della imprescindibilità del *medium* normativo per definire «il contenuto del diritto sociale alla salute»[13]; si è determinata la progressiva stabilizzazione di un modello di allocazione delle competenze normative, amministrative e finanziarie sperimentato nel trentennio successivo alla l. n. 833 del 1978 e una visione eteronoma del contenuto e della struttura del "diritto alla salute": in altri termini, se si vuole comprendere lo statuto del diritto alla salute si deve innanzitutto analizzare la legislazione statale, laddove essa fissa i principi di organizzazione del servizio sanitario; le prestazioni erogabili; le coperture finanziarie per i costi dei servizi. Questo perché è sulla base di essa che si muovono i percorsi della giurisprudenza. In nome dell'uguaglianza e dell'esigenza di garantire la tutela della salute tramite un servizio pubblico finanziato a carico della fiscalità generale, è *nel rapporto* fra singolo e servizio sanitario che si definiscono modi e tecniche di tutela della salute[14].

*delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 94 ss., nonostante già a partire dagli studi di M. Mazziotti si immagini un differente percorso culturale (cfr. M. Mazziotti, *Lo spirito del diritto sociale nelle costituzioni e nelle leggi della Francia rivoluzionaria*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1954, 50). Per una lettura differente, cui qui si accede, R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2011, cap. XIII. Di recente A. Mangia, *'Attuazione' legislativa ed 'applicazione' giudiziaria del diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 751 spec. 753.

[10] Cfr. art. 51 l. n. 833 del 1978.

[11] Artt. 3 e 4 l. n. 833 del 1978.

[12] Si pensi all'impatto che ha avuto sulla dottrina, negli anni '80: cfr. B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 21 ss.; M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 769; B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 21. Rileva tale circostanza A. Mangia, *'Attuazione' legislativa ed 'applicazione' giudiziaria* , cit., 765.

[13] Così anche B. Pezzini, *IL diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 59.

[14] Quello che qui viene definito *modello eteronomo* potrebbe essere rappresentato nei termini in cui si esprimono S. Holmes, C.R. Sunstein, *The Cost of Rights. why Liberty Depends on Taxes*, New York, 1999, trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, a cura di E. Caglieri, Bologna, 2000, 214.

Per una lunga fase storica, quest'assetto del servizio sanitario nazionale, volto a garantire l'*uguagliamento delle condizioni* dei singoli su tutto il territorio nazionale[15] ha inciso sui raccordi centro-periferia, con effetti importanti sui margini di autonomia regionali[16]. Oggi la struttura del diritto alla salute è il *prodotto* delle scelte legislative statali e regionali sull'organizzazione del servizio sanitario; delle scelte normative statali sui livelli essenziali di assistenza sanitari (scelte "politiche" condizionate dalle variabili tecnico-scientifiche) e delle scelte statali sulla provvista finanziaria per l'erogazione dei LEA (scelte "politiche" condizionate dalle variabili macro-economiche).

Successivamente all'entrata in vigore della l. cost. n. 3 del 2001, è stato avviato un processo di negoziazione fra Stato e Regioni delle scelte sulla relativa "provvista" finanziaria per i LEA[17] e gli *obiettivi* di *performance* dei servizi sanitari che vede le scelte di bilancio negoziate nel *sistema* delle Conferenze e poi trasfuse a livello legislativo[18]. Questo è l'esito di un lungo percorso di responsabilizzazione delle Regioni nella spesa sanitaria che prende le mosse dal d.lgs. n. 446 del 1997 e procede verso il *federalismo fiscale*, sviluppato in una prima fase, precedente alla riforma costituzionale del 2001, con il d.lgs. n. 56 del 2000 (attuazione della delega di cui all'art. 10 l. n. 133 del 1999) e poi rilanciato dalla l. n. 42 del 2009 e dai decreti legislativi attuativi[19].

Dunque, i tratti dell'ordinamento italiano che più hanno inciso sulla costruzione *eteronoma* della tutela costituzionale della salute sono stati definiti, per lungo tempo, *sul piano della legislazione ordinaria*, nella quale il limite delle esigenze economico-finanziarie ha iniziato ad assumere un peso determinante a partire dagli anni '90. La riforma costituzionale del 2001 ha essenzialmente trasposto a livello costituzionale dei *dati normativi* già con-

[15] Art. 1 l. n. 833 del 1978.

[16] G. Mor, *Il riordino della sanità nella crisi dello stato sociale e della costituzione materiale*, in *Le Regioni*, 1994, 957, spec. 974. Sul punto Corte cost. sent. n. 610/1988 con nota di G. Pastori, *La sanità fra legislazione statale e amministrazione regionale*, in *Le Regioni*, 1989, 323.

[17] La regola della *contestuale individuazione* dei livelli e delle risorse economico-finanziarie era implicita nel d. lgs. n. 502 del 1992 e nel d.lgs. n. 229 del 1999 e ha inciso sull'azione amministrativa in tema di erogazione delle prestazioni LEA, avendo determinato la specificazione di diversi criteri cui informare l'azione amministrativa (Art. 1 c. 2 d.lgs. n. 502 del 1992, come mod. da art. 1 d.lgs. n. 229 del 1999).

[18] Questa è l'esperienza successiva all'art. 1 cc. 173 ss. l. n. 311 del 2004 ed agli ultimi "Patti per la salute": Intesa 23 marzo 2005 in Conferenza Stato Regioni; Intesa del 3 dicembre 2009 "patto per la salute" per il triennio 2009-2011. La legge finanziaria per il 2010 (l. n. 191 del 2009) *legificherà* i contenuti dell'Intesa. Su quello qui definito "sistema delle conferenze" I. Ruggiu, *Contro la camera delle regioni: istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, Napoli, 2006; R. Bifulco, *Il modello italiano delle conferenze stato-autonomie territoriali (anche) alla luce delle esperienze federali*, in *Le Regioni*, 2006, 233 ss.

[19] D.lgs. n. 68 del 2011; d.lgs. n. 118 del 2011, titolo II; d.lgs. n. 149 del 2011.

solidati. La Corte costituzionale, peraltro, sotto questo aspetto, non sembra avere operato una interpretazione estensiva delle competenze regionali[20].

Il quadro costituzionale immagina dunque un modello uniforme di tutela della salute del singolo su cui *possono innestarsi* elementi di differenziazione a livello regionale, se ci sono le *condizioni economiche* per farlo e *al di fuori di un livello minimo* (uguale per tutti e su tutto il territorio nazionale)[21] di tutela del diritto alla salute *come diritto a ricevere determinate prestazioni sanitarie*[22]. Ora, il limite economico-finanziario assume un ruolo *cruciale* per definire concretamente il livello di *differenziazione* dei sistemi sanitari regionali e il livello di tutela del diritto alla salute. Elementi di differenziazione potrebbero emergere in questo quadro sul piano del finanziamento del servizio, ove si ritenesse, in particolare, che in materia di attuazione dell'art. 119 Cost. le Regioni ad autonomia differenziata fossero chiamate *fuori* da questo processo in nome della tutela del principio pattizio. Ma, per una serie di ragioni di sistema, che emergono anche nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e nei raccordi Stato-Regioni, anche le Regioni speciali sono state sino ad oggi parte del complesso *sistema* sanitario nazionale[23].

Gli strumenti dell'*uguale esercizio dei diritti costituzionali* sono i *livelli essenziali delle prestazioni* ed il connesso regime del loro finanziamento. Questi sono la *cifra costituzionale* dell'uguaglianza nella determinazione dei tratti *prestazionali* del diritto alla salute e sono il prodotto di precise scelte legislative, assunte nel quadro di un dato modello di servizio sanitario: un servizio pubblico, universale, che nel tempo ha sviluppato moduli di apertura all'apporto dei privati e l'allocazione delle competenze e delle responsabilità organizzative e gestionali sull'Ente Regione.

I livelli essenziali delle prestazioni (LEP) di cui all'art. 117 c. 2° lett. *m)* Cost. sono stati e sono ancor'oggi, in materia di tutela della salute, i *livelli essenziali di assistenza sanitaria*, categoria costruita dal legislatore statale a

[20] Questo a partire da Corte cost. sentt. nn. 282/2002; 338/2003; 200/2005; 438/2008.

[21] Da ultimo Corte cost. sent. n. 252/2011.

[22] La riforma costituzionale del 2001 inserisce fra le competenze legislative esclusive statali la competenza sui livelli essenziali delle prestazioni e immagina una competenza concorrente in materia di tutela della salute che è stata intesa prevalentemente come competenza sull'organizzazione del servizio sanitario (Corte cost. n. 438/2008; 200/2005, anche per le Regioni speciali *ex* art. 10 l. cost. n. 3 del 2001: Corte cost. sent. nn. 448/2006; 50/2007; 98/2007; 371/2008. *Ante* riforma Corte cost. sent. n. 355/1993).

[23] Rispetto al Patto di stabilità interno, poiché la finanza delle Regioni speciali è parte della "finanza pubblica allargata" Corte cost. sentt. nn. 353 e 425/2004; Rispetto agli obiettivi di stabilizzazione finanziaria: Corte cost. sent. n. 353/2004 (che richiama Corte cost. sentt. nn. 357/1993; 416/1995; 169/2007; per assicurare il rispetto dei "vincoli comunitari": Corte cost. sentt. nn. 229/2011; 82/2007. Così nell'esperienza dei Patti per la salute.

partire dall'art. l. n. 833 del 1978[24] e poi espressamente qualificati come tali nelle riforme sanitarie degli anni '90[25].

A livello costituzionale ha quindi trovato *codificazione* una categoria giuridica costruita dal legislatore statale: è stato il legislatore a sostituire il termine *assistenza* sanitaria con quello di *prestazione sanitaria* per definire le attività del servizio sanitario nazionale[26] e ad introdurre le espressioni livelli *uniformi* di assistenza, livelli *essenziali ed uniformi* di assistenza[27].

A proposito di questa disciplina si è parlato dei LEA come «contenuto necessario e sufficiente dell'obbligo di servizio pubblico posto dall'ordinamento a carico di ciascuna regione nel proprio ambito territoriale, nei confronti dei destinatari del servizio»[28]. Ciò spiega perché essi si possono considerare come *cifra dell'uguaglianza*.

I LEP assumono un preciso significato in rapporto al *limite alla discrezionalità* del legislatore rispetto al contenuto essenziale del diritto alla salute.

La dottrina, immediatamente dopo l'entrata in vigore della l. cost. n. 3 del 2001, ha evidenziato quali rapporti possano essere costruiti fra *livelli essenziali delle prestazioni* e *contenuto minimo essenziale* del diritto alla salute[29]: i primi sono la forma *normativa* dell'uguaglianza, il secondo è *strumento di controllo* della discrezionalità del legislatore nella garanzia dei diritti costituzionali. I LEP possono coincidere con il contenuto minimo, non possono intaccarlo e possono essere collocati al di sopra del *quantum* di tutela con esso identificato.

I LEP, dopo la riforma costituzionale, sono divenuti forma normativa delle funzioni costituzionali dello Stato. Le implicazioni di tale assunto sono

[24] Artt. 3 e 53 l. n. 833 del 1978.

[25] Cfr. il testo dell'art. 1 d. lgs. n. 502 del 1992 prima e dopo le modifiche apportate dal d.lgs. n. 229 del 1999.

[26] L. n. 833 del 1978 su cui E. Ferrari, *Art. 19*, in AA. VV., *Il servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, cit. 227, nota 8, riferendosi alle teorie di S. Romano, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1906, 331-344; R. Alessi, *Le prestazioni pubbliche*, Roma, 1964, 44-73; A. Barettoni Arleri, *Obbligazioni, obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Milano, 1966.

[27] Dd.llgs. nn. 502 del 1992 e 229 del 1999.

[28] Così N. Aicardi, *La sanità*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Tomo I, II ed., Milano, 2003, 657.

[29] Per tutti, i commenti di A. Simoncini ed E. Balboni a C. cost. n. 88 del 2003 in *Le Regioni*, 2003, 1199 ss. e i saggi di A. D'Aloia, *Diritti e stato autonomistico: il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, 1064 e M. Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117 c. 2° lett. m) della Costituzione)*, in *Pol. dir.*, 2002, 345, oltre alle monografie di V. Molaschi, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali: livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008, e C. Tubertini, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008.

molteplici. Il modello eteronomo definito dal legislatore, determina l'esercizio della competenza sui LEP integrando nelle scelte politiche le variabili tecnico-scientifiche (dentro i LEA sanitari va ricercata una nozione *oggettiva* di salute). In secondo luogo, il modello eteronomo di tutela della salute e il rilievo che ha assunto il principio di uguaglianza nell'esercizio dei diritti costituzionali spiegano il consolidamento degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale che configurano i LEP sanitari come *benefits in kind* che devono essere erogati dal SSN (si tendono ad escludere dai *LEP* relativi al diritto alla salute i c.d. LEP procedimentali e organizzativi)[30]. In terzo luogo, la garanzia del pluralismo istituzionale nelle scelte politico-normative sui diritti costituzionali "a prestazione" (fra cui il diritto alla salute) è garantita dal principio di leale collaborazione (da qui la centralità dell'attività della Conferenza Stato-Regioni nella definizione delle politiche sanitarie nazionali, di cui i LEP sanitari, ossia i LEA sono il cuore). Inoltre, in questo contesto, i principi fondamentali in materia di tutela della salute (art. 117 c. 3° Cost.) assumono il ruolo di "principi uniformi" nella definizione dei rapporti fra utenti e SSN e dei caratteri organizzativi e strutturali del modello eteronomo di tutela della salute[31].

Sotto un altro profilo, infine, il *principio di uguaglianza incide anche sull'allocazione delle competenze amministrative. Assume relativo rilievo il principio di sussidiarietà verticale*, essendosi consolidato un modello di regionalizzazione delle funzioni amministrative. Quello italiano è un modello a *governo pubblico regionale della fase della erogazione delle prestazioni*, in cui il *principio di sussidiarietà orizzontale* o le aperture al *mercato* dei servizi sanitari giocano una funzione servente rispetto alle scelte politico-amministrative regionali (ciò, in particolare, successivamente alla riforma del 1999)[32].

Sono dunque tratti caratterizzanti il modello italiano di tutela della salute, strutturato sui principi di eteronomia e di uguaglianza: la regionalizzazione di diversi oggetti della disciplina relativi alla *organizzazione* del servizio; l'allocazione a "livello statale" della definizione dei *contenuti* del diritto e della disciplina di principio dell'organizzazione dei servizi per la salute; la leale collaborazione nella definizione dei meccanismi di garanzia dei LEP e della relativa provvista finanziaria, il monitoraggio ed il controllo delle scelte da parte dell'Esecutivo statale (NSIS, AGENAS, organi tecnici del Ministero

[30] Corte cost. sentt. nn. 120/2005; 387/2007; 200/2009; 235/2010; mentre, in favore dell'inclusione di questi nei LEP Corte cost. sentt. nn. 134/2006; 279/2005. Sul tema E. Balboni, *Gli standard strutturali delle istituzioni di assistenza tra livelli essenziali e principi fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2007, 4333 spec. 4341.

[31] Da Corte cost. sent. n. 338/2003 (che precisa quanto espresso in Corte cost. sent. n. 282/2002) e, successivamente, per tutte cfr. Corte cost. sent. n. 438/2008.

[32] Sul tema, per tutti, N. Aicardi, *La sanità*, cit., 414. Nella giurisprudenza costituzionale, sul tema Corte cost. sent. n. 200/2005.

della salute e del Ministero dell'economia e delle finanze) nella negoziazione con i governi regionali.

Questo modello consente la differenziazione dei servizi soltanto in base ai *risultati di gestione* dei servizi. *La variabilità dei risultati dei SSR dipende dalle modalità di erogazione delle prestazioni da parte delle p.a. regionali*. Ora, proprio perché l'*autonomia regionale (sia normativa che amministrativa) dipende dai risultati della gestione dei servizi sanitari*[33], in caso di incapacità di assicurare i livelli essenziali di assistenza nei limiti di "budget" prefissati, l'autonomia regionale viene annichilita. Poiché appare ormai un dato strutturale l'incapacità di assicurare i LEA nel rispetto dei vincoli economico-finanziari, si può affermare che questo modello pone dei seri problemi sul piano dell'effettività della tutela del diritto alla salute, ma garantisce forti elementi di uniformità sul piano normativo.

### 3. Strategie dell'uguaglianza e vincolo economico-finanziario: fattori di "crisi" endogeni del modello eteronomo

La presenza, nel quadro costituzionale, del principio di uguaglianza, che rileva sul piano delle pari condizioni di esercizio del diritto alla salute sul territorio nazionale, si è detto, ha avuto importanti ricadute nella configurazione delle competenze normative statali. Sia nel vecchio quadro costituzionale che nella recente riforma costituzionale, poiché è rimasto fermo quello che qui è stato definito *modello eteronomo* di tutela della salute, sono emersi due ordini di problemi, entrambi legati al vincolo economico-finanziario. Il primo discende dalla circostanza che i livelli essenziali di assistenza *non possono* incidere sulla garanzia del *contenuto minimo essenziale del diritto* alla salute. Ciò comporterebbe una tendenziale rigidità della spesa sanitaria[34]. Il secondo riguarda la *responsabilità* per l'uso delle risorse destinate al finanziamento del servizio sanitario: il nodo problematico riguarda il ruolo dell'Ente Regione. Da un lato, il livello regionale non può incidere sulle decisioni in tema di *fissazione* dei livelli essenziali e l'autonomia regionale inizia, per quanto riguarda l'aspetto delle prestazioni, proprio nelle *scelte* che vanno *oltre* la garanzia dei LEA. Dall'altro, l'Ente Regione è tenuto al rispetto dei vincoli economico-finanziari stabiliti a livello statale per l'erogazione dei LEA. Ora, si è verificata una crisi del sistema, che nel periodo più recente è evidentissima, poiché molti sistemi sanitari regionali sono in costante *deficit* di bilancio, incapaci di garantire i *soli* livelli essenziali con le risorse ad essi destinate dal livello statale.

Nel tempo, per ovviare a tale problema, è stato fissato, nella legislazione statale e nella giurisprudenza costituzionale, il principio di responsabilità

[33] Cfr. Corte cost. sentt. nn. 141/2010; 163/2011; 182/2011.

[34] Problematica emersa ad es. in Corte cost. sent. n. 416/1995.

finanziaria delle Regioni[35], principio che si è tradotto, in epoca di *crisi finanziaria* dello Stato, in cui diversi sono stati i tentativi di ridimensionamento della spesa sanitaria, nella individuazione di meccanismi di controllo della spesa regionale e, di recente, di *sostituzione* dell'Ente Regione in caso di *deficit di bilancio* in sanità[36].

Quanto all'esigenza di comprimere la spesa sanitaria, il legislatore statale ha più volte tentato di incidere sui criteri utilizzati per definire il *quantum* del fondo sanitario nazionale e per il finanziamento dei LEA. In particolare, emerge nella legislazione già dal 1996, l'esigenza di superare il criterio della "spesa storica" nel finanziamento del servizio sanitario[37]. Inoltre, nell'intervento di riforma di cui al d.lgs. n. 229 del 1999 si apre chiaramente la questione del rapporto fra *criteri per la fissazione dei LEA e vincoli di bilancio*: i LEA vanno individuati *ex post*, una volta definito il vincolo di bilancio, oppure il vincolo di bilancio non può essere considerato come un *vincolo esogeno* ai LEA?

Quanto all'esigenza di evitare *deficit di bilancio in sanità a livello regionale*, è a partire dal 1997-1998, con l'introduzione dei patti di stabilità che a livello di Conferenza Stato-Regioni sono stati fissati, nei Patti per la salute, criteri e modalità di *garanzia* della stabilità finanziaria regionale[38]. Questa

[35] Corte cost. sentt. nn. 356/1992; 452/1989. Assume rilievo anche la l. cost. n. 1 del 2012 nella parte in cui interviene sull'art. 97 Cost.

[36] Nella giurisprudenza costituzionale cfr. ad es. Corte cost. sent. n. 115/2012 sul rilievo dell'art. 81 Cost. e scelte regionali sulle prestazioni sanitarie. Cfr. spec. il percorso di costruzione di questa disciplina che giunge alla definizione dei meccanismi sanzionatori di cui alle leggi nn. 311 del 2004 e 191 del 2009 ed al d.lgs. n. 149 del 2011. Centrali sono state l'Intesa 23 marzo 2005 e l'Intesa 3 dicembre 2009 in Conferenza Stato-Regioni. Sui meccanismi di sostituzione successivamente previsti dal legislatore statale sono state avanzate diverse critiche, che riflettono la difficile qualificazione dei poteri sostitutivi *ex* art. 120 Cost., su cui, in questa sede non sembra il caso di soffermarsi. Cfr., nella giurisprudenza costituzionale, Corte cost. sentt. nn. 33/2012; 77 e 325/2011. Per la specifica disciplina della sostituzione in caso di *deficit di bilancio* in sanità A. Ruggeri, Summum ius summa iniuria*, ovverosia quando l'autonomia regionale non riesce a convertirsi in servizio per i diritti fondamentali*, in *Consulta online*, reperibile alla pagina web http://www.giurcost.org/studi/ruggeri10.htm; R. Dickmann, *Sull'esercizio del "potere legislativo", a titolo sostitutivo da parte dei commissari ad acta*, in *Federalismi*, n. 14/2008, reperibile alla pagina web *http://www.federalismi.it*, spec. 3 ss., che, semmai ritiene possa argomentarsi nel senso dei poteri sostituivi normativi *ex* art. 117 c. 5° Cost.; E. Jorio, *Prime osservazioni sull'esercizio del potere legislativo da parte dei commissari ad acta*, n. 13/2008, reperibile alla pagina web *http://www.federalismi.it*; in tal senso anche G. Fontana, *L'incostituzionalità delle interferenze regionali sui poteri commissariali del Presidente della Giunta*, in *Giur. cost.*, 2011, 1196 ss.

[37] Sarà poi il d.lgs. n. 50 del 2000 a ribadirlo e alla l. cost. n. 3 del 2001 cfr. Patti per la salute e leggi finanziarie che li *legificano* e poi cfr. l. n. 42 del 2009 e d.lgs. n. 68 del 2011.

[38] Già con la l. n. 448 del 1998 si doveva procedere all'accertamento *definitivo* dei deficit in sanità. Sarà però l'art. 16 d.lgs. n. 229 del 1999 a definire «tutti gli elementi qualificanti dell'attuale procedura» (R. Balduzzi, *Una proposta che coniuga l'autonomia con la coerenza di si-*

disciplina è poi stata *legificata* nelle leggi finanziarie, di stabilità, negli interventi urgenti in materia di contenimento della spesa pubblica dell'ultimo quindicennio.

Gli strumenti per realizzare i due principi, della garanzia dei LEA (incomprimibilità della spesa finanziaria) e della responsabilità finanziaria, nella disciplina di attuazione degli artt. 119 e 120 Cost., sono stati costruiti, nel rispetto del principio di leale collaborazione (ci si riferisce alle intese in Conferenza Stato-Regioni note come "patti per la salute" ed alla loro *legificazione*), prevedendo forme di sostituzione normativa e amministrativa degli Enti che non rispettano i piani di rientro dal deficit[39]; di responsabilizzazione dei soggetti chiamati a gestire il *deficit* di bilancio in sanità[40] e tentando di intervenire sul nodo dei flussi finanziari e della contabilità nel settore sanitario[41] che già da tempo la dottrina aveva evidenziato essere uno degli aspetti problematici del *governo* della sanità[42].

La legge n. 42 del 2009 ed i decreti legislativi attuativi si collocano in linea di continuità con il percorso avviato già negli anni '90[43]. Il legislatore ha immaginato un *percorso di graduale attuazione* dei principi posti dalla legge di delega in continuità con il quadro dei rapporti Stato-Regioni emergente dalle due intese raggiunte in Conferenza Stato-Regioni del 2005 e del 2009 sui "Patti per la salute".

Obiettivo manifesto di questi interventi normativi è il raggiungimento dell'efficienza economica nella definizione delle risorse per i LEA[44]. Strumenti per raggiungere tale obiettivo sono i meccanismi di calcolo dei *costi standard* e dei *fabbisogni standard statali e regionali*[45]. Questi tre concetti

*stema*, in *Monitor*, n. 28, 2011, 4, reperibile alla pagina web: http://www.agenas.it/agenas_pdf/monitor%2027.pdf.), intervenendo sulla riforma sanitaria del 1992. È l'introduzione dell'art. 19-*ter* d.lgs. n. 502 del 1992 a costituire *il modello* di intervento per il rientro dal *deficit*.

[39] Cfr. spec. l. n. 311 del 2004; l. n. 191 del 2009.

[40] Cfr. spec. artt. 2 e 3 d.lgs. n. 149 del 2011.

[41] Titolo II d.lgs. n. 118 del 2011.

[42] Ad es. A. Brancasi, M. Cresti, *L'assistenza sanitaria tra scarsità delle risorse pubbliche ed apporto del "mercato"*, in AA.VV., *Contenimento della spesa pubblica ed efficienza dell'amministrazione nella crisi dello Stato sociale: il caso della sanità*, Pisa, 1997, 71 ss.

[43] Ci si riferisce ai d.lgs. nn. 68, 118 e 149 del 2011. Sulle problematiche attuative dell'art. 119 Cost. e la disciplina di attuazione (con riferimento ai problemi in materia di istruzione) P. Caretti, *I possibili effetti paradossali dell'attuazione del federalismo fiscale in relazione al mancato trasferimento delle funzioni alle regioni: il caso emblematico dell'istruzione scolastica* in *Le Regioni*, 2010, 459 ss.

[44] Per comprendere quanto siano in linea di continuità con la disciplina pre-riforma costituzionale cfr. Corte cost. sent. n. 355/1993.

[45] Il *fabbisogno sanitario nazionale standard* è la *quantità* di risorse finanziarie destinata dallo Stato alla spesa, su base annuale, per l'erogazione delle prestazioni sanitarie. Si tratta delle risorse destinate dallo Stato al finanziamento dei livelli essenziali di assistenza sanita-

definiranno il livello di spesa per il servizio sanitario nazionale e incideranno sul livello di *garanzia* del diritto alla salute sul territorio nazionale.

Qual è la *ratio* perseguita dal legislatore nella costruzione di questi concetti giuridici?

Per quanto riguarda il *fabbisogno sanitario nazionale standard* appare evidente la tensione fra l'esigenza di *muovere dalla individuazione delle prestazioni comprese nei livelli essenziali di assistenza per definire il costo complessivo delle stesse* e quella di *controllare la spesa sanitaria per definire poi quali e quante prestazioni è possibile assicurare*.

Determinare il finanziamento dei LEA in base soltanto a valutazioni relative alla individuazione delle prestazioni sanitarie da includere negli stessi, imporrebbe di compiere delle scelte economico-finanziarie parametrate *soltanto* all'obiettivo di assicurare la tutela della salute. La spesa per i LEA sarebbe definita, in questo caso, essenzialmente dalla variabile tecnico-scientifica e da concetti quali la "salute" come "oggettiva" condizione di benessere della persona. Le scelte economico-finanziarie sarebbero *strumentali* a garantire una *quantità ideale* di prestazioni sanitarie che ciascun soggetto presente sul territorio nazionale dovrebbe poter ricevere per godere di uno stato di benessere psico-fisico inteso in senso "oggettivo". Queste scelte dovrebbero rispondere al seguente interrogativo: quanto costano le prestazioni sanitarie che possono essere considerate essenziali "allo stato delle migliori tecnologie disponibili" per assicurare il mantenimento di un buon livello di salute della popolazione presente sul territorio della Repubblica? Si dovrebbe procedere "per sommatoria di costi" delle singole prestazioni "essenziali", ponendo l'accento sia sulla *qualità delle prestazioni erogate* sia *sull'ampiezza dell'offerta sanitaria da assicurare a tutti su tutto il territorio nazionale*.

Definire il finanziamento dei LEA nel quadro complessivo delle manovre finanziarie dello Stato, invece, impone di procedere spostando il punto di vista su un altro livello, quello della *quantità di prestazioni sanitarie che è economicamente sostenibile erogare*. In questa prospettiva sono le contingenze macro-economiche, i vincoli di bilancio posti agli Stati dal livello sovranazionale e imposti dalla finanziarizzazione dell'economia globale (dai "mercati"), le scelte "difficili" su come investire le risorse pubbliche per assicurare il perseguimento di *tutti* i fini costituzionali, fra cui anche la tenuta dell'equilibrio di bilancio. In questa prospettiva, le scelte economico-finanziarie sul finanziamento dei LEA, rispondono essenzialmente al seguente interrogativo: come *contemperare* il finanziamento della spesa sanitaria con la garanzia

ria. Il *fabbisogno regionale standard* è la *quantità* di risorse che ciascuna Regione riceve annualmente dallo Stato per il finanziamento dei LEA sanitari nell'ambito del servizio sanitario regionale. La somma di tutti i fabbisogni regionali standard deve equivalere al fabbisogno nazionale standard. Il *costo standard regionale* nel settore sanitario è la variabile percentuale in base alla quale viene effettuata la distribuzione, a ciascuna Regione, delle risorse statali per il finanziamento dei LEA.

della complessiva stabilità finanziaria dello Stato? Le scelte economico-finanziarie sui LEA devono risultare *compatibili con il complesso della politica economica e finanziaria dello Stato* e garantiscono la quantità di prestazioni sanitarie che *è possibile assicurare* a ciascun soggetto presente sul territorio nazionale *per salvaguardare* il proprio benessere psico-fisico, inteso in senso "oggettivo", nel quadro delle *attuali condizioni* delle finanze pubbliche e degli obblighi di stabilità economico-finanziaria assunti dalla Repubblica.

L'art. 25 c. 2 d.lgs. n. 68 del 2011 inquadra il problema in quest'ultima prospettiva. Il legislatore mira ad assicurare che la spesa per i LEA e dunque, l'individuazione del *fabbisogno nazionale standard*, sia definita compatibilmente con «i vincoli di finanza pubblica» e gli «obblighi assunti dall'Italia in sede comunitaria».

Ora, la determinazione del *fabbisogno nazionale standard* è collegata alle scelte compiute nella selezione delle prestazioni che rientrano nei LEA e queste decisioni incidono sull'autonomia legislativa, amministrativa e finanziaria regionale. Pertanto, il legislatore statale ha ricalcato i moduli procedimentali che meglio rispondono al principio di *leale collaborazione* fra gli Enti per l'individuazione del fabbisogno sanitario nazionale standard[46]: sarà in Conferenza Stato-Regioni che dovrebbe essere assicurata la sostenibilità del finanziamento dei LEA. A tal proposito è il caso di richiamare l'esperienza dei recenti Patti per la salute che dimostra come le Regioni abbiano dovuto accettare delle clausole fortemente invasive della loro autonomia organizzativa e finanziaria come contropartita dell'inserimento di *meccanismi premiali* (finanziamenti aggiuntivi) per il rispetto delle "compatibilità" finanziarie delle scelte regionali con il Patto di stabilità interno[47].

Ad ogni modo, quello che qui interessa è che la determinazione del *fabbisogno nazionale standard* costituisce il *limite esterno* oltre il quale lo Stato non assicurerà, a regime, *copertura finanziaria* alle scelte sulle prestazioni sanitarie erogate dal SSN. Gli economisti lo definirebbero un «vincolo di bilancio esogeno fissato *top-down*»[48]. Coerentemente, il legislatore ha orientato la definizione del *fabbisogno regionale standard* e del *costo standard* lungo tale direttrice: la compatibilità delle scelte sul finanziamento dei LEA, sia a livello statale che a livello regionale, con l'obiettivo dell'equilibrio economico-finanziario[49]. Innanzitutto, il *fabbisogno regionale standard* viene determinato

[46] Art. 26 cc. 1 e 2 d.lgs. n. 68 del 2011.

[47] La Corte costituzionale ha *avallato* queste soluzioni: Corte cost. sent. n. 36/2005; 98/2007.

[48] E. Caruso, N. Dirindin, *Costi e fabbisogni standard nel settore sanitario: le ambiguità del decreto legislativo n. 68 del 2011*, Paper for the Espanet Conference "Innovare il welfare. Percorsi di trasformazione in Italia e in Europa" Milano, 29 Settembre — 1 Ottobre 2011, reperibile alla pagina web: http://www.espanet-italia.net/conferenza2011/edocs1/sess%2020/20-caruso-dirindin.pdf, 5 ss. (la citazione è di p. 6).

[49] Valutazioni analoghe venivano effettuate *de jure condendo* da A. Brancasi, M. Cresti, *L'assistenza sanitaria tra scarsità delle risorse*, cit., 77.

«comunque, nel rispetto del livello di fabbisogno standard nazionale»[50]. A regime, gli elementi "oggettivi" di valutazione per la costruzione dei costi standard saranno i dati sull'erogazione dei LEA raccolti dal Nuovo sistema informativo sanitario (NSIS) del Ministero della salute[51].

Il legislatore ha immaginato, però, una disciplina di carattere *transitorio* per due sono le ragioni *di sistema*: l'intero impianto della disciplina statale di attuazione dell'art. 119 Cost., per *essere compatibile* con il quadro costituzionale, deve consentire la «effettiva determinazione del contenuto finanziario dei livelli essenziali delle prestazioni»[52]; il principio di leale collaborazione deve informare tutti i procedimenti volti a determinare i livelli essenziali delle prestazioni ed il loro finanziamento. Ne consegue che il legislatore statale *ha dovuto* costruire alcuni aspetti della disciplina transitoria in linea di continuità con le intese sui LEA ed il loro finanziamento[53].

L'altro interrogativo riguarda, invece, l'incidenza di questa disciplina sulla differenziazione dei servizi sanitari regionali, ed in particolare, quali aspetti della disciplina sui costi standard e sui fabbisogni standard nel settore sanitario sarà "diritto comune" per le autonomie ordinarie e le autonomie speciali.

A tal riguardo bisogna distinguere fra la *disciplina transitoria* e la *disciplina applicabile "a regime"*[54]. Nella fase transitoria, il meccanismo *sperimentale* di ripartizione del *fabbisogno nazionale standard*, ossia le modalità di calcolo del *fabbisogno regionale standard*, si applicherà alle *sole* Regioni a statuto ordinario, mentre le Regioni ad autonomia speciale, in ragione del principio di leale collaborazione, concorreranno *soltanto* alla rilevazione dei *dati* che, a regime, determineranno le scelte sul finanziamento dei LEA sanitari, ossia quegli «elementi informativi» e quei «dati necessari» all'attuazione

[50] Art. 29 c. 1 d.lgs. n. 68 del 2011.

[51] Art. 27 c. 2 d.lgs. n. 68 del 2011, parla di «elementi informativi».

[52] Così come previsto dall'art. 20 c. 1 lett. *b)* l. n. 42 del 2009. Sul tema LEP e attuazione dell'art. 119 Cost. nella l. n. 42 del 2009. F. Saitto, *La legge delega sul "federalismo fiscale": i livelli essenziali delle prestazioni come* misura economica dell'eguaglianza, in *Giur. cost.*, 2010, 2817; C. Tucciarelli, *La legge n. 42/2009: oltre l'attuazione del federalismo fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 61 ss., spec. paragrafo 3.4.1.

[53] Cfr. artt. 25 e 27 cc. 3 ss. d.lgs. n. 68 del 2011. Il legislatore, innanzitutto, ha tenuto fermo, per il triennio coperto dall'ultimo Patto per la salute, l'ammontare del fabbisogno sanitario nazionale standard stabilito con l'Intesa raggiunta in Conferenza Stato-Regioni il 3 dicembre 2009 (il Patto per la salute 2010-2012) e le successive rideterminazioni ad opera delle "manovre finanziarie" del 2010 (art. 26 c. 2 d.lgs. n. 68 del 2011). Analoga soluzione è stata immaginata per le scelte sulla programmazione nazionale del finanziamento della spesa sanitaria (art. 27 c. 3 d.lgs. n. 68 del 2011).

[54] L'art. 27 c. 4 d.lgs. n. 68 del 2011 specifica che *nel periodo transitorio* «il fabbisogno sanitario standard delle singole regioni a statuto ordinario» sarà la *grandezza finanziaria* che dovrà risultare *equivalente* «al livello del fabbisogno sanitario nazionale standard». Il fabbisogno regionale standard, «in fase di prima applicazione a decorrere dall'anno 2013» sarà determinato «applicando a tutte le regioni» dei «valori di costo rilevati nelle regioni di riferimento».

del d.lgs. n. 68 del 2011[55], salvo, ovviamente che nella *definizione* in Conferenza Stato-Regioni del nuovo Patto per la salute (che coprirà proprio l'arco temporale del periodo transitorio), non si convenga diversamente.

Un'interpretazione sistematica di tale disciplina conduce a ritenere, di contro, che a regime il *principio dell'equivalenza* fra il totale dei fabbisogni regionali standard e il fabbisogno nazionale standard ed i *criteri di ripartizione delle risorse statali per il finanziamento dei LEA sanitari* (il *costo standard*) costituiranno una disciplina *comune* per le autonomie ordinarie e speciali. È il tenore dell'art. 29 d.lgs. n. 68 del 2011 (*revisione a regime dei fabbisogni standard*), che induce a propendere per tale soluzione. Il processo di revisione dei fabbisogni standard, infatti, si colloca in quello che le intese sui Patti per la salute hanno definito percorso di «efficientamento» dei servizi sanitari regionali e lo stesso legislatore delegato riprende tale terminologia[56]. Ora, le Regioni ad autonomia speciale sono state pienamente coinvolte nel "percorso di efficientamento" come disciplinato dai Patti per la salute conclusi nel 2005 e nel 2009 e dalla successiva disciplina legislativa statale che ne ha operato la *legificazione*[57].

Il d.lgs. n. 68 del 2011, a proposito di tale percorso, ha esplicitato chiaramente che: 1) la revisione dei fabbisogni regionali standard effettuata in Conferenza sarà vincolata al rispetto di quello che è stato qui chiamato *principio di equivalenza* fra fabbisogno sanitario nazionale standard (che comprenderà il totale delle risorse destinate ai LEA sanitari) e il complesso dei fabbisogni regionali standard[58]; 2) la revisione dei fabbisogni regionali avverrà «in coerenza con il processo di convergenza»[59] dalla spesa storica al fabbisogno standard. Tale processo è previsto dalla l. n. 42 del 2009 al fine di determinare la «effettiva determinazione del contenuto finanziario dei livelli essenziali delle prestazioni»[60], condizione *imprescindibile* per realizzare una corretta attuazione dell'impianto costituzionale sull'autonomia finanziaria regionale[61]. Se

[55] Art. 31 c. 2 d.lgs. n. 68 del 2011. Il comma 3 dello stesso articolo estende alle Regioni ad autonomia speciale l'applicazione della disciplina sulla raccolta dei dati inerenti alla definizione dei fabbisogni standard per il finanziamento dei LEP inerenti all'esercizio di funzioni fondamentali degli Enti locali delle Regioni speciali (cfr. d.lgs. n. 216 del 2010).

[56] Art. 29 c. 1 d.lgs. n. 68 del 2011.

[57] Peraltro, il d.lgs. n. 68 del 2011 immagina un meccanismo di revisione dei fabbisogni regionali standard costruito sui moduli con i quali è stato declinato sinora il principio di leale collaborazione: intese (con cadenza biennale), in Conferenza Stato-Regioni.

[58] Art. 29 c. 1 d.lgs. n. 68 del 2011.

[59] Art. 29 d.lgs. n. 68 del 2011.

[60] Art. 20, comma 1, lettera *b)* l. n. 42 del 2009, collegato all'attuazione dell'art. 18 l. n. 42 del 2009 come mod. dall'art. 51 c. 3 lett. a) l. n. 196 del 2006 che disciplina il *Patto di convergenza*.

[61] Alla tesi interpretativa qui esposta potrebbe essere mossa un'obiezione fondata su un'interpretazione letterale del decreto legislativo n. 68 del 2011. L'art. 31 del d.lgs. n. 68 del

si guarda poi all'origine ed alla *ratio* di tale disciplina, si comprende come essa rappresenti la sintesi di procedure già indicate e sperimentate nei "Patti per la salute" successivamente *legificati* per assicurare maggiore efficienza ed adeguatezza nell'erogazione dei LEA, valevoli in larga parte anche per le Regioni ad autonomia differenziata.

L'impianto del d.lgs. n. 68 del 2011 induce quindi a ritenere che nel quadro di sistema della normativa di riforma dell'autonomia finanziaria regionale, le norme di attuazione degli Statuti speciali non potrebbero prevedere forme differenti di determinazione del costo standard dei livelli essenziali delle prestazioni rispetto a quelle previste per le Regioni ad autonomia ordinaria, nelle materie e per le funzioni "estese" agli Enti ad autonomia differenziata in base all'art. 10 l. cost. n. 3 del 2001.

La posizione qui espressa, inoltre fa leva sul limite alla differenziazione imposto dal quadro costituzionale in tema di autonomia finanziaria delle Regioni speciali. È incontroverso, infatti, nella giurisprudenza costituzionale che anche le Regioni ad autonomia differenziata concorrono al risanamento della finanza pubblica e agli obiettivi di «solidarietà interistituzionale e coesione socio-economica»[62]. Con riferimento al tema qui in esame, si ritiene che ciò comporti *l'applicazione di un criterio uniforme per tutte le Regioni nella definizione dei costi standard* e che non sia possibile far rientrare nella disciplina del finanziamento dei LEA l'esigenza di *differenziazione* sul piano

2011 mantiene ferme le clausole di salvaguardia dell'autonomia finanziaria degli enti ad autonomia differenziata recata dall'art. 1 l. n. 42 del 2009. Com'è noto, quest'ultima determina in modo espresso quali disposizioni della stessa legge delega sono applicabili alle regioni ad autonomia differenziata e, fra esse, non comprende gli articoli 18 e 20 c. 1 lett. b) sul processo di convergenza al fabbisogno standard. L'art. 1 l. n. 42 del 2009, infatti, stabilisce che sono applicabili agli Enti ad autonomia differenziata soltanto gli articoli 15, 22 e 27. Ora, è vero che l'art. 27 l. n. 42 del 2009, salvaguarda i *moduli procedurali* del principio "pattizio", per cui lo svolgimento dei rapporti finanziari con lo Stato è disciplinato dalle norme di attuazione degli Statuti, ma esso richiama espressamente il principio per cui le spese per i livelli essenziali «sono determinate nel rispetto dei costi standard associati ai livelli essenziali delle prestazioni fissati dalla legge statale in piena collaborazione con le regioni e gli enti locali, da erogare in condizioni di efficienza e di appropriatezza su tutto il territorio nazionale», lasciando quindi fermi i principi recati dalla l. n. 42 del 2009 relativi alla *definizione del contenuto* della nozione di *costo standard* per i livelli essenziali delle prestazioni. A ciò si aggiunga che, la disciplina relativa al *Patto di convergenza* impone per gli aspetti che qui interessano «l'obiettivo della convergenza dei costi e dei fabbisogni standard dei vari livelli di governo nonché un percorso di convergenza degli obiettivi di servizio ai livelli essenziali delle prestazioni» di cui all'art. 117 c. 2° lett. *m)* Cost. (art. 18 l. n. 42 del 2009 come mod. dalla l. n. 196 del 2006).

[62] D. Immordino, *Ragioni e prospettive della specialità finanziaria nel nuovo assetto del sistema di finanza pubblica*, in *Le Regioni*, 2009, 1309, spec. 1341; Cfr. antecedentemente all'approvazione della l. n. 42 del 2009 G. M. Salerno, *Le Regioni ad autonomia speciale ed il federalismo fiscale: una questione da affrontare*, in *Federalismi*, n. 12/2007 reperibile alla pagina web http://www.federalismi.it.

dei rapporti finanziari con lo Stato sottesa all'esigenza della perequazione[63]. Quest'ultima esigenza dovrà trovare, appunto, soddisfazione nell'ambito della disciplina sulla perequazione e sugli interventi speciali (artt. 119 cc. 3° e 5° Cost.).

Quali saranno, invece, i tratti della disciplina transitoria che consentiranno di individuare l'*effettivo costo dei livelli essenziali delle prestazioni* e, quindi, di concludere il «processo di convergenza dalla spesa storica al fabbisogno standard»[64]?

Si tratta dei parametri e delle procedure che definiscono la nozione di *costo standard* e *fabbisogno regionale standard*, che dovrebbero assicurare l'efficienza economica del sistema sanitario[65].

Alcuni studi hanno messo in discussione la capacità delle soluzioni normative individuate di perseguire le finalità cui sarebbero preordinate, cioè la razionalizzazione della spesa, il miglioramento qualitativo, di efficienza ed efficacia nell'erogazione dei LEA da parte delle Regioni. I principali punti deboli del d.lgs. n. 68 del 2011 risiederebbero nelle modalità di calcolo del costo standard, che neutralizzerebbero la scelta delle Regioni di riferimento e non consentirebbero di influire sull'accesso al *fabbisogno nazionale standard*. In tale prospettiva, il d.lgs. n. 68 del 2011 sarebbe intervenuto soltanto sull'influenza della variabile demografica nel riparto del finanziamento. Il meccanismo dei *pesi* immaginato dal decreto legislativo del 2011 consentirebbe, da un lato, alle Regioni del sud di beneficiare di quote maggiori di risorse statali per i LEA e, dall'altro, di incrementare il finanziamento dei LEA in quelle regioni in cui la spesa sanitaria è al di sotto del livello delle Regioni *benchmark*, mentre, sinora, sarebbero state premiate le Regioni del nord[66].

Queste obiezioni, comunque, riguardano una tecnica di calcolo del costo standard che è applicabile in via transitoria. Dal 2014, per la revisione dei criteri da utilizzare per la determinazione dei *fabbisogni regionali standard* sarà necessaria un'Intesa in Conferenza con cadenza biennale[67]. Sarà nell'ambito dei processi di negoziazione su LEA e finanziamento degli stessi, si opereranno eventuali aggiustamenti a tali distorsioni del modello.

È comunque un dato incontrovertibile che il vincolo di bilancio assumerà una posizione preponderante nelle scelte sulla quantità e le tipologie di prestazioni "LEA". Ciò emerge nelle scelte relative all'individuazione del

[63] Sul tema G. M. Salerno, *Coordinamento finanziario, autonomie speciali e coesione nazionale*, in *Federalismi*, n. 23/2008, 2, 4, 6, 10, reperibile alla pagina web http://www.federalismi.it, *contra* D. Immordino, *Ragioni e prospettive*, cit., 1343.

[64] Art. 20 c. 1 lett. *b)* l. n. 42 del 2009.

[65] Art. 27 d.lgs. n. 68 del 2011.

[66] E. Caruso, N. Dirindin, *Costi e fabbisogni standard*, cit., 18-20.

[67] Art. 29 d.lgs. n. 68 del 2011.

fabbisogno nazionale standard[68]. Il legislatore ha utilizzato un'espressione piuttosto equivoca nel definire "a regime" come si costruirà la relazione fra fabbisogno nazionale standard, costo standard e fabbisogni regionali standard: assumeranno rilievo i vincoli di bilancio imposti dagli obblighi sovranazionali e dalle intese con le Regioni sul Patto di stabilità interno oltre alle intese raggiunte in Conferenza Stato Regioni sui LEA, la revisione biennale dei costi standard, le intese sul fabbisogno nazionale standard.

Le procedure immaginate dal capo IV del d.lgs. n. 68 del 2011 potrebbero comportare, nel caso in cui non diventasse *sostenibile* il rapporto fra *quantità e tipologie dei LEA sanitari* da garantire e *spesa statale per i LEA* in ogni Regione, ad un ulteriore aumento delle probabilità che le Regioni andranno in *deficit* o non riusciranno a garantire i LEA in condizioni di efficienza e appropriatezza. Si avrebbe come diretta conseguenza una ulteriore compressione dell'autonomia organizzativa e finanziaria delle Regioni.

Sul punto, non si ha ancora alcun pronunciamento della Corte, anche se si riscontra l'emergere di una linea "rigorista" rispetto alla tutela dell'equilibrio economico-finanziario[69] sulla quale s'innesta la riforma costituzionale di cui alla l. cost. n. 1 del 2012 che interviene proprio per irrigidire ulteriormente tale vincolo.

## 4. Emergenza finanziaria e processo d'integrazione sovranazionale: verso l'ineffettività del diritto alla salute?

Nell'ultimo quindicennio è attraverso i principi e le regole sull'accesso ai finanziamenti statali per la garanzia dei LEA che si è maggiormente inciso sulle competenze regionali in materia di tutela della salute. Muovendo soprattutto dall'analisi della struttura dei procedimenti e dei criteri di allocazione delle risorse statali in sanità si possono prospettare alcune conclusioni sull'evoluzione del *welfare sanitario.*

Appare come dato strutturale la costruzione del rapporto fra livelli essenziali e spesa statale che *tende* a rendere i primi una variabile dipendente dalla seconda. La conseguenza è che i servizi sanitari regionali delle Regioni in *deficit o inadempienti* alla disciplina relativa all'erogazione dei LEA sono stati trasformati in complessi di strutture organizzati soltanto per assicurare la garanzia dei LEA.

La giurisprudenza costituzionale non ha inciso su questo *rapporto di forze*, pur se sollecitata dalle Regioni nelle difese e nei ricorsi da esse presentate in sede di giudizio in via principale[70].

[68] L'art. 25 c. 3 d.lgs. n. 68 del 2011, potrebbe comportare effetti perversi poiché le modalità di definizione del costo standard e del fabbisogno standard non sono condotte in base a criteri che mirano ad assicurare sia il controllo della spesa sia a combattere le inefficienze del sistema, E. Caruso, N. Dirindin, *Costi e fabbisogni*, cit., 21.

[69] Corte cost. sent. n. 115/2012.

[70] Cfr. Corte cost. sentt. nn. 193/2007; 100 e 141/2010; 77, 123, 163, 182/2011.

In questi casi si è determinata l'impossibilità di svolgere il fine costituzionale della *differenziazione dell'assistenza sanitaria* sul piano delle strutture e delle prestazioni per rispondere alla domanda di salute proveniente dagli utenti (che giustifica l'attribuzione della potestà legislativa concorrente in materia di tutela della salute e l'autonomia amministrativa e finanziaria regionale).

Si può anche convenire con la *ratio* di fondo di questi interventi: consentire margini di manovra soltanto a quelle Regioni che hanno saputo utilizzare gli spazi di autonomia garantiti dalla Costituzione e *colpire* le Regioni che non hanno gestito in modo efficiente le risorse statali. Ma bisogna comunque evidenziare che i meccanismi di calcolo delle risorse statali per i LEA *potrebbero risultare insostenibili* anche per Regioni che sinora hanno fatto buon uso dell'autonomia regionale in materia sanitaria: si potrebbe chiedere *troppo* alle Regioni, ossia di assicurare un'ampia platea di LEA senza che lo Stato possa operare un investimento coerente con la finalità che s'intende raggiungere.

In tali casi si dovrebbe procedere al ridimensionamento dei LEA; al *peggioramento* degli indici di qualità, efficienza ed appropriatezza nella loro erogazione; al ridimensionamento dell'autonomia regionale *pur di assicurare l'uniformità nella garanzia dei LEA.* Nei primi due casi si correrebbe il rischio di intaccare il *contenuto essenziale del diritto alla salute* e quindi di *fallire nella tutela costituzionale di un diritto fondamentale*. Nell'ultima ipotesi, si ridurrebbero i servizi sanitari regionali a complessi di strutture che si devono occupare unicamente di assicurare i LEA.

C'è poi un altro rischio per il funzionamento del modello: l'incongruità dei mezzi prescelti dal legislatore rispetto ai fini che s'intendono perseguire.

È stato evidenziato che la costruzione dei rapporti fra gli Enti che hanno in carico le competenze sulla fissazione e l'erogazione dei LEA (cioè di quello che *è il nucleo* comune delle prestazioni sanitarie che vengono garantite sul territorio della Repubblica), facendo leva, da un lato, sulla *responsabilità politico-amministrativa* delle Regioni nella spesa e nell'organizzazione dei servizi sanitari e, dall'altro, sulla posizione dello Stato come *garante ultimo* della stabilità finanziaria del sistema sanitario nazionale, potrebbe impedire di realizzare l'obiettivo del miglioramento della qualità, dell'efficacia, dell'efficienza nell'erogazione delle prestazioni da parte del servizio sanitario nazionale e nell'allocazione delle risorse pubbliche. Questo sarebbe dovuto a diversi ordini di motivi, fra i quali, in questa sede interessa rilevare, l'incoerenza rispetto al fine della disciplina sui LEA.

La disciplina sui LEA, infatti, è oggi evidentemente *sbilanciata* rispetto al raggiungimento dell'equilibrio finanziario. Questo potrebbe *impedire* di raggiungere l'obiettivo dell'«effettiva tutela dei livelli essenziali delle prestazioni» e, di conseguenza, impedire la costruzione di una vera *comunità politica*, mettendo a rischio lo stesso principio unitario[71], perché subordinerebbe

[71] G. Pitruzzella, *Sanità e Regioni*, cit., 1180-1183; Id., *Problemi e pericoli del «federalismo fiscale» in Italia*, in *Le Regioni*, 2002, 977, spec. 983.

alla capacità economica dei territori la possibilità di garantire livelli adeguati di servizio. Costruire i LEA sulla base della *sostenibilità* finanziaria significherebbe ancorare il senso della normatività della Costituzione soltanto al principio di gradualità nella sua attuazione e allentare le maglie del controllo delle scelte politico-normative in tema di diritti sociali. Questo è il percorso seguito dal legislatore e tale scelta è stata resa manifesta nel decreto legislativo n. 68 del 2011.

Ci si chiede se questo percorso sia lo svolgimento di scelte avallate dalla giurisprudenza costituzionale, soprattutto in epoche di *contenimento* della spesa pubblica imposte anche dai vincoli di bilancio europei[72].

Questo interrogativo appare cruciale, perché, se così fosse, la funzione che i diritti (sociali) hanno rivestito nel quadro costituzionale italiano ed europeo nel II dopoguerra, legata all'idea di «modificare l'intero quadro della disuguaglianza sociale»[73] – cederebbe rispetto alla garanzia della stabilità finanziaria dello Stato, variabile delle politiche monetarie dell'organizzazione sovranazionale europea[74]. Si ricordi, poi, che in periodi di grave crisi finanziaria dello Stato sono già state ammesse forti riduzioni della spesa sanitaria, anche dalla Corte costituzionale[75].

Le conseguenze possibili di uno scenario in cui il finanziamento dei LEA può essere compresso sarebbero la ridefinizione dei caratteri strutturali del diritto alla salute, che vedrebbe la prevalenza del limite economico-finanziario. Questa sarebbe determinata da una limitazione *di fatto* della sovranità sull'esercizio dei poteri normativi e di governo della spesa pubblica[76]; dal neo-centralismo dello Stato in materia di *gestione* delle risorse (ed effettiva tutela del diritto alla salute – si pensi al contenzioso costituzionale su patto di stabilità e coordinamento finanziario); dalla circostanza che se i LEA vengono ridimensionati, viene ridimensionato a livello *di politica sanitaria* il *complesso delle prestazioni da garantire in modo eguale su tutto il territorio nazionale*, con possibile lesione del *contenuto minimo essenziale* del diritto alla salute. Rispetto a quest'ultimo profilo si ritiene che le scelte normative sui LEA possano pregiudicare il nucleo duro del diritto alla salute e soltanto *ex post* i singoli potrebbero garantire effettività a tale diritto, mediante il ricorso alla tutela giurisdizionale: ciò significa che a fronte di una diffusa ineffettività del diritto alla salute (un aumento delle disuguaglianze), i LEP ed i loro meccanismi di garanzia non assicurerebbero l'uguale esercizio del diritto alla salute quanto, piuttosto, il controllo della spesa sanitaria regionale.

[72] Questo è quanto appare sotteso ad es. a C. cost. n. 325 del 2011. Sul punto cfr. A. Ruggeri, Summum ius summa iniuria, cit.

[73] T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class* (1950), trad. it. *Cittadinanza e classe sociale*, a cura di S. Mezzadra, Roma-Bari, 2002, 50.

[74] Si pensi alla l. cost. n. 1 del 2012.

[75] C. cost. n. 356 del 1992.

[76] D. Bifulco, I *diritti sociali nella prospettiva della mondializzazione*, in *Dem. dir.*, 2005, 207.

# L'APPROCCIO *STANDARD* NELL'AMBITO DELL'ATTUAZIONE DEL C.D. FEDERALISMO FISCALE: TRA AUTONOMIA, EFFICIENZA E TUTELA DEI DIRITTI E DELLE PRESTAZIONI ESSENZIALI

di Moris Foglia

Sommario: 1. Il terreno d'indagine. – 2. L'approccio *standard* delineato dalla legge delega n. 42/2009. – 3. La concreta implementazione dell'approccio *standard* in alcuni attuativi. – 3.1. Il decreto legislativo n. 216/2010. – 3.1.1. Il graduale approccio verso i costi e fabbisogni *standard*. 3.1.2. La procedura per la determinazione dei fabbisogni *standard*. 3.1.3. Alcune succinte osservazioni. – 3.2. Il decreto legislativo n. 68/2011. – 3.2.1. I costi e i fabbisogni *standard* nel settore sanitario. 3.2.2. Alcuni brevi rilievi. – 4. Semplici annotazioni conclusive.

## 1. Il terreno d'indagine

Il processo di attuazione del Titolo V della Carta fondamentale, ed in particolare del suo art. 119, avviato dalla legge n. 42/2009 recante delega al Governo in materia di federalismo fiscale, ha portato con sé il prorompente ingresso di un peculiare strumento che dovrebbe guidarne la progressiva implementazione, quello dei costi e dei fabbisogni *standard*. Originato dalla precipua finalità di superamento delle precedenti logiche imperniate al costo storico, il rinnovato approccio, dall'apparenza meramente tecnica, assume un'importanza decisiva, sia in ordine ai risvolti che esso sarà in grado di importare sul tasso di affrancamento degli Enti territoriali nei confronti dello Stato, sia in relazione, soprattutto, alle ripercussioni in termini di maggiori o minori garanzie dei diritti e delle prestazioni essenziali che ne risultano direttamente interessati. Come è stato efficacemente osservato, in effetti, la tematica in esame si pone «al crocevia tra principio autonomistico, vincoli di bilancio e tutela dei diritti costituzionali»[1].

Tanto premesso, l'intento di questo contributo sarà dunque quello di procedere ad una breve ricognizione sulle disposizioni della legge delega, in guisa da saggiarne il tenore prescrittivo ed il livello di vincolatività in vista della successiva adozione dei decreti attuativi, su alcuni dei quali ci si soffermerà, al fine di vagliarne i principali contenuti e profili di criticità, anche in

[1] Cfr. G. Rivosecchi, *La determinazione dei fabbisogni* standard *degli enti territoriali: un elemento di incertezza nella via italiana al federalismo fiscale*, in G. Campanelli (a cura di), *Quali prospettive per il federalismo fiscale? L'attuazione della legge delega tra analisi del procedimento e valutazione dei contenuti*, Torino, 2011, 176.

termini di ricadute sulle effettive soglie di garanzia che, nell'ottica appena indicata, saranno in grado di assicurare.

## 2. L'approccio *standard* delineato dalla legge delega n. 42/2009

Come appena accennato, nell'ambito di una prioritaria finalità volta al perseguimento della più ampia autonomia di entrata e di spesa in favore degli Enti locali, la legge n. 42/2009 individua tra i propri tratti maggiormente innovativi e ricorrenti l'espressa volontà di abbandono delle logiche imperniate sulla cosiddetta "spesa o costo storico", ormai da sostituirsi con quella fondata sui costi *standard* e fabbisogni *standard*, quali costi e fabbisogni che, valorizzando l'efficienza e l'efficacia, costituiscono l'indicatore rispetto al quale comparare e valutare l'azione pubblica[2].

Il cambiamento è chiaramente improntato ad evitare che gli Enti chiedano fondi a fronte degli impegni precedentemente sostenuti, nel timore che i medesimi siano portati a dichiarare uscite maggiori rispetto a quelle effettivamente sopportate.

Sicché, in quest'ottica, laddove la Costituzione, a prima vista, non pare assumere espressamente alcuna precisa posizione, la legge delega prevede invece, in relazione a ciascun livello di governo, che il superamento del criterio della spesa storica avvenga, per l'appunto in favore di quello del fabbisogno *standard* per il finanziamento dei livelli essenziali di cui all'art. 117, secondo comma, lett. *m)* della Costituzione, e delle funzioni fondamentali di cui all'art. 117, secondo comma, lett. *p)* della Carta fondamentale, ovvero di quello della perequazione della capacità fiscale per le altre funzioni[3].

A tal proposito, può segnalarsi come la distinta parametrazione – ovvero, come pure è stata definita, segmentazione[4] – dei due ambiti sia stata oggetto di critica da una parte della dottrina, la quale ha rimarcato che «se la scelta della previa definizione degli standard delle prestazioni e dei costi standard di realizzazione dei servizi è stata percorsa in quanto si ritiene che sia questa la via primaria per riuscire a finanziare i fabbisogni "reali" di ogni livello di governo al netto delle inefficienze, allora essa avrebbe dovuto essere genera-

[2] Cfr. art. 2, c. 2, lett. *f)* l. n. 42/2009.

[3] Cfr. art. 2, c. 2, lett. *m)* l. n. 42/2009. Può anche osservarsi come A. Poggi, *Costi standard e livelli essenziali delle prestazioni (Commento agli articoli 2, 7, 8, 9, 10 e 20)*, in V. Nicotra, F. Pizzetti, S. Scozzese (a cura di), *Il federalismo fiscale*, Roma, 2009, 109, rilevi come la legge delega costituisca il primo vero tentativo di dare attuazione alla statuizione di cui all'art. 117, c. 2, lett. *m)* della Costituzione.

[4] Cfr. F. Bassanini, *Il federalismo fiscale: una riforma necessaria, ma difficile*, su www.astrid-online.it, 2010, pag. 5.

lizzata per tutte le funzioni»[5]. Sennonché, a parte le oggettive difficoltà nel sottoporre a tale metodologie componenti di spesa dal carattere eventuale e comunque fortemente discrezionale, già la Relazione governativa accompagnante la legge delega poneva in luce che in rapporto alle voci di uscita esulanti i diritti fondamentali o le funzioni essenziali delle varie Istituzioni territoriali, «il concetto di costo e fabbisogno standard è sostanzialmente inapplicabile e quindi sconsigliato, anche perché, per esse, non esistono le preoccupazioni di ordine politico e sociale che possono suggerire la perequazione integrale» statale, «tanto che è apparsa appropriata una perequazione della capacità fiscale». Va peraltro osservato che il fatto che la legge delega riferisca costi e fabbisogni *standard* ai soli livelli essenziali delle prestazioni, e alle funzioni fondamentali di ciascun livello di governo, non mette in discussione la tenuta della clausola di autosufficienza di cui al quarto comma dell'art. 119 della Costituzione, giacché questa prescrive sì l'integrale copertura del normale esercizio delle funzioni, ma non afferma che tutte debbano essere finanziate allo stesso modo, né che in relazione ad esse debba sempre è comunque trovare applicazione la metodologia dei costi e dei fabbisogni *standard*[6].

Una metodologia, verso la quale sono comunque tenute a tendere tutte le Istituzioni territoriali locali, in conformità ad un particolare strumento, individuato dalla stessa legge delega, denominato patto di convergenza. Sulla scorta di esso, è così previsto che, nell'ambito del disegno di legge finanziaria (oggi legge di stabilità), ed in coerenza con gli obiettivi e gli interventi appositamente individuati da parte del Documento di programmazione economico-finanziaria, l'Esecutivo, «previo confronto e valutazione congiunta in sede di Conferenza unificata, propone norme di coordinamento dinamico della finanza pubblica volte a realizzare l'obiettivo della convergenza dei co-

[5] In questi termini, T. Martines, A. Ruggeri, C. Salazar, *Lineamenti di diritto regionale – Appendice di aggiornamento*, Milano, 2010, 9, i quali peraltro incalzano osservando che, quanto ad un'eventuale «obiezione (più che altro di carattere pratico) per cui le funzioni diverse da quelle concernenti i livelli essenziali e dalle funzioni fondamentali degli enti locali riguarderebbero tutto sommato attività marginali nel panorama di quelle svolte dagli enti locali, stimabili intorno al 20-25% del complesso delle stesse, può rispondersi che tra di esse possono annoverarsi quelle dirette allo sviluppo e alla crescita delle economie esterne: in particolare la formazione, l'innovazione tecnologica e la ricerca scientifica». In chiave critica anche F. Bassanini, *Il federalismo fiscale: una riforma necessaria, ma difficile*, cit., 5: «È rimasta nel testo una (incostituzionale) segmentazione del finanziamento a seconda della natura delle "funzioni assegnate". La questione non ha un gran rilievo quantitativo. Le funzioni per cui è prevista una perequazione parziale valgono meno di 2 punti di Pil. […] Ma si tratta delle risorse destinate, per lo più, agli investimenti (produttivi e infrastrutturali) necessari per superare nel tempo le condizioni di "minore capacità fiscale". La perequazione parziale rischia di legittimare il perdurare di richieste di assistenzialismo».

[6] Cfr. anche E. Corali, *Federalismo fiscale e Costituzione. Essere e dover essere in tema di autonomia di entrata e di spesa di Regioni ed Enti locali,* Milano, 2010, 224.

sti e dei fabbisogni *standard* dei vari livelli di governo nonché un percorso di convergenza degli obiettivi di servizio ai livelli essenziali delle prestazioni e alle funzioni fondamentali di cui all'articolo 117, secondo comma, lettere *m)* e *p)* della Costituzione[7] e a stabilire, per ciascun livello di governo territoriale, il livello programmato dei saldi da rispettare, le modalità di ricorso al debito nonché l'obiettivo programmato della pressione fiscale complessiva, nel rispetto dell'autonomia tributaria delle regioni e degli enti locali»[8].

Nello stesso senso militano poi ulteriori e più precise indicazioni rinvenibili nell'ambito dell'art. 8 della legge delega, il quale provvede alla classificazione delle spese connesse alle materie di competenze legislativa, di cui al terzo e quarto comma dell'art. 117 della Costituzione, in relazione alle quali le Regioni siano altresì investite di corrispondenti competenze amministrative, tra queste annoverando:

1) le spese riconducibili al vincolo di cui al secondo comma, lettera *m)*, del predetto art. 117 – in cui rientrano quelle per la sanità, l'assistenza ed in parte l'istruzione[9] – rispetto alle quali è da garantirsi il finanziamento integrale mediante il gettito, valutato ad aliquota e base imponibile uniforme, di tributi propri derivati, cui si assommano l'addizionale regionale IRPEF e la compartecipazione regionale all'IVA, nonché, se del caso, quote del fondo perequativo, oltre a quanto ritraibile dall'IRAP, fino alla sua eventuale sostituzione con altri tributi;
2) le spese non riconducibili al vincolo anzidetto, da finanziarsi attraverso i tributi propri derivati, le addizionali sulle basi imponibili erariali ed i tributi propri istituiti dalle Regioni[10];
3) infine, le spese finanziate con i contributi speciali, con i finanziamenti dell'Unione europea e con i cofinanziamenti nazionali relativi all'effettuazione di interventi speciali[11].

[7] Sul punto si notino i rilievi critici promossi da A. Brancasi, *Il coordinamento della finanza pubblica nel federalismo fiscale*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2011, 466: «Quanto poi ai percorsi di avvicinamento agli obiettivi di servizio dei livelli essenziali, la loro previsione da parte del legislatore statale contraddice il carattere doveroso di tali obiettivi, ai quali non vi è da avvicinarsi e non vi è da delineare alcun percorso per farlo, per il semplice motivo che gli enti sono tenuti a garantirlo alla popolazione una volta che tali livelli siano stabiliti».

[8] Cfr. art. 18 l. n. 42/2009.

[9] Cfr. art. 8, c. 3 l. n. 42/2009.

[10] Si osservi come l'art. 8, c. 1, lett. *c)* della legge delega disciplini a parte la spesa relativa al trasporto pubblico locale, nella determinazione dell'ammontare del cui fabbisogno è prescritto che si tenga conto di un livello adeguato del servizio su tutto il territorio nazionale nonché dei costi *standard*. A questo particolare ambito si lega poi quanto previsto dall'art. 9, c. 1, lett. *f)* sulla scorta del quale le quote del fondo perequativo, per le spese di parte corrente, sono assegnate in modo da ridurre adeguatamente le differenze tra i territori con diverse capacità fiscali per abitante e, per le spese in conto capitale, tenendo conto del fabbisogno *standard* di cui è assicurata l'integrale copertura.

[11] Di cui all'art. 16 l. n. 42/2009.

È fondamentale notare come, ancora una volta, la prima delle tre tipologie di spesa siano determinate nel rispetto dei costi *standard* associati ai livelli essenziali delle prestazioni fissati dalla legge statale in piena collaborazione con le Regioni e gli Enti locali, da erogare in condizioni di efficienza e di appropriatezza su tutto il territorio nazionale[12], sicché viene conseguentemente previsto che le aliquote dei tributi e delle compartecipazioni destinati al loro finanziamento siano determinate al livello minimo assoluto sufficiente ad assicurare il pieno finanziamento del fabbisogno corrispondente ai livelli essenziali delle prestazioni, valutati secondo il predetto principio dei costi *standard*, in una sola Regione, fermo restando, l'ulteriore concorso del fondo perequativo, allorquando il relativo gettito tributario dovesse rivelarsi insufficiente[13].

Parallelamente, è poi sulla scorta dell'art. 11 che sono complementariamente regolate le voci di entrata e di spesa ascrivibili agli altri Enti locali. In relazione a questi ultimi, viene, infatti, edotta tutta una serie di possibili impegni, corredata dalla specifica indicazione delle risorse per farvi fronte:

1) spese riconducibili alle funzioni fondamentali[14] ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera *p)* della Costituzione, come individuate dalla legislazione statale, sostenute da tributi propri, compartecipazioni al gettito, senza vincolo di destinazione, di tributi erariali e regionali, addizionali a tali tributi[15], e dal fondo perequativo;
2) spese relative alle altre funzioni, finanziate da tributi propri, dalle compartecipazioni al gettito, senza vincolo di destinazione, dei tributi erariali e regionali e dal fondo perequativo basato sulla capacità fiscale per abitante;
3) in ultimo, spese finanziate con i contributi speciali, con i finanziamenti dell'Unione Europea e con i cofinanziamenti nazionali[16].

Analogamente a quanto visto in precedenza, anche in questo caso, è previsto che, in relazione alle prima categoria di uscite, e dei livelli essenziali delle prestazioni eventualmente da esse implicate, il tutto avvenga in modo da garantirne il finanziamento integrale in base al fabbisogno *standard*, assicurato dai tributi propri, da compartecipazioni al gettito di tributi eraria-

[12] Cfr. art. 8, c. 1, lett. *b)* l. n. 42/2009.

[13] Cfr. art. 8, c. 1, lett. *g)* l. n. 42/2009. A tal proposito, si osservi inoltre che, ai sensi del secondo comma dell'art. 20 della legge delega, «fino a loro nuova determinazione in virtù della legge statale si considerano i livelli essenziali di assistenza e i livelli essenziali delle prestazioni già fissati in base alla legislazione statale».

[14] E dei livelli essenziali delle prestazioni eventualmente da esse implicate.

[15] La cui manovrabilità è stabilita tenendo conto della dimensione demografica dei Comuni per fasce.

[16] Ai sensi dell'art. 11, c. 1, lett. *a)* della legge in esame.

li e regionali, da addizionali a tali tributi e dal fondo perequativo[17] con la contestuale soppressione dei relativi finanziamenti ad opera dei trasferimenti statali e regionali[18].

Va in ultimo segnalato come l'ambito in esame sia altresì interessato da specifiche norme transitorie dettate dall'art. 21 della legge delega, in forza del quale è previsto che sino all'entrata in vigore delle disposizioni concernenti l'individuazione delle funzioni fondamentali di primi due Enti più prossimi ai cittadini, il fabbisogno delle funzioni stesse sia finanziato, secondo l'ultimo bilancio certificato a rendiconto[19], considerando – con decisione gravata di un certo grado di approssimazione, se non di vera e propria arbitrarietà[20] – l'80% delle spese come fondamentali ed il restante 20% come non fondamentali[21], dovendosi provvedere alla copertura delle due porzioni rispettivamente con entrate derivanti dall'autonomia finanziaria, comprese le compartecipazioni a tributi erariali, e dal fondo perequativo, e con entrate derivanti dall'autonomia finanziaria, ivi comprese le compartecipazioni a tributi regionali, e dal fondo perequativo[22].

Ulteriori norme, dal carattere provvisorio, sono infine dettate per l'individuazione delle funzioni e dei servizi di Comuni e Province ai fini della determinazione dell'entità e del riparto dei fondi perequativi in base al fabbisogno *standard* o alla capacità fiscale[23].

Nel primo caso trattasi di funzioni:

a) generali di amministrazione, di gestione e di controllo, nella misura complessiva del 70% delle spese come certificate dall'ultimo conto del bilancio disponibile alla data di entrata in vigore della presente legge;
b) di polizia locale;
c) di istruzione pubblica, ivi compresi i servizi per gli asili nido e quelli di assistenza scolastica e refezione, nonché l'edilizia scolastica;
d) nel campo della viabilità e dei trasporti;
e) riguardanti la gestione del territorio e dell'ambiente, fatta eccezione per il servizio di edilizia residenziale pubblica e locale e piani di edilizia nonché per il servizio idrico integrato;
f) del settore sociale[24].

[17] Cfr. art. 11, c. 1, lett. *b)* l. n. 42/2009.

[18] Quest'ultima previsione valendo anche in relazione alle ulteriori funzioni, così come previsto dall'art. 11, c. 1, lett. *e)* l. n. 42/2009.

[19] Cfr. art. 21, c. 1, lett. *e)*, n. 3 l. n. 42/2009.

[20] Che la legge delega soffra di questa seconda caratteristica è convinto G. Rivosecchi, *La determinazione dei fabbisogni* standard *degli enti territoriali*, cit., 175.

[21] Cfr. art. 21, c. 1, lett. *e)*, n. 1 l. n. 42/2009.

[22] Cfr. art. 21, c. 1, lett. *e)*, n. 2 l. n. 42/2009.

[23] Cfr. art. 21, c. 2 l. n. 42/2009.

[24] Cfr. art. 21, c. 3 l. n. 42/2009.

Nel secondo caso, tali uffici consistendo in funzioni:

a) generali di amministrazione, di gestione e di controllo, nella misura complessiva del 70% delle spese come certificate dall'ultimo conto del bilancio disponibile alla data di entrata in vigore della presente legge;
b) di istruzione pubblica, ivi compresa l'edilizia scolastica;
c) nel campo dei trasporti;
d) riguardanti la gestione del territorio;
e) nel campo della tutela ambientale;
f) nel campo dello sviluppo economico relative ai servizi del mercato del lavoro[25].

La *ratio* di queste disposizioni è chiara: evitare che l'attuazione dell'art. 119 della Costituzione avvenga in un vuoto normativo, ossia in assenza della preventiva determinazione delle funzioni fondamentali degli Enti locali, motivo per cui è la stessa legge n. 42/2009 a provvedervi fin da subito e direttamente, sebbene con normazione dal carattere transitorio.

Se l'intento del legislatore delegante è dunque abbastanza ragionevole, maggiormente discutibile è invece la metodica dal medesimo all'uopo impiegata. Ed in effetti si è osservato che muovendo in senso opposto alle rinnovate istanze autonomistiche sottese all'intero Titolo V della Carta fondamentale, e segnatamente al suo art. 117 che ne rappresenta uno dei più alti emblemi, l'approccio seguito in questo ambito dalla fonte in esame appare affatto speculare, andando ad individuare le singole funzioni fondamentali da ricondurre ai diversi livelli di governo, così segnando non solo un evidente ritorno alle logiche del passato, ma anche un fatto ancor più clamoroso per un atto normativo esplicitamente denotante l'ambizione di spingere nella direzione del federalismo fiscale[26].

## 3. La concreta implementazione dell'approccio *standard* in alcuni decreti attuativi

Così succintamente tracciata, in tema di transizione verso il rinnovato approccio *standard*, la cornice normativa evincibile dalla legge delega – sulla quale peraltro si ritornerà in sede di considerazioni conclusive – non resta ora che analizzarne i successivi sviluppi, in quest'ottica venendo allora in rilievo la disamina dei due decreti attuativi che più da vicino se ne sono occupati: segnatamente, i decreti legislativi n. 216/2010 e n. 68/2011.

### 3.1. Il decreto legislativo n. 216/2010

Il decreto legislativo 26 novembre 2010, n. 216, recante disposizioni in materia di determinazione dei costi e dei fabbisogni *standard* di Comuni,

[25] Cfr. art. 21, c. 4 l. n. 42/2009.

[26] In merito, si osservi R. Bin, *Verso il federalismo fiscale o ritorno al 1865?*, in *Le Regioni*, n. 4/2010, 722 ss.

Città Metropolitane e Province, rappresenta il terzo atto avente forza di legge adottato dell'Esecutivo in attuazione della legge delega n. 42/2009[27].

Prima di addentrarci nella descrizione dei suoi contenuti è bene precisare fin d'ora quale sia la sua portata, giacché: in primo luogo, non trova applicazione in riferimento agli Enti locali appartenenti ai territori delle Province Autonome di Trento e Bolzano e delle Regioni a statuto speciale[28]; in secondo luogo, al di là dell'intitolazione dello stesso, il fatto che le Città Metropolitane non siano state ancora costituite influisce non poco sulla prescrittività delle disposizioni in esso confluite, le quali, limitatamente alle predette Istituzioni territoriali, risultano quindi temporaneamente sospese e comunque condizionate, nella loro prospettica applicazione, a quella che sarà la loro compatibilità con le future statuizioni normative in materia[29].

Ciò doverosamente premesso, occorre però evidenziare come da quella stessa denominazione del decreto traspaia con forza anche la volontà normativa che ne sta alla base, ossia l'intento di prodursi, seppure gradualmente, nello sforzo verso il definitivo superamento della logica del costo storico, così andando ad abbracciare un diverso e rinnovato criterio fondato invece su costi e fabbisogni *standard*[30], costituenti il parametro di riferimento cui rapportare, almeno in ultima istanza[31], il finanziamento integrale degli oneri relativi alle funzioni fondamentali ed ai livelli essenziali delle prestazioni da assolversi ad ogni livello di governo, comunale e provinciale[32].

Attesa, come visto, l'obbligatoria copertura delle due predette voci di spesa, si rende conseguentemente necessario procedere ad una previa identificazione delle stesse, onde poterne inferire il complessivo ammontare. Ecco dunque che, se per un verso, il decreto in parola, circa la delucidazione di quale sia l'esatta soglia dei livelli essenziali delle prestazioni, rinvia alla legislazione statale vigente[33], per l'altro, interviene invece direttamente nel chiarire quali siano le funzioni fondamentali di Comuni e Province, almeno fintanto che il legislatore non sarà giunto a predisporre un'apposita e definitiva

[27] Ed in particolare del suo art. 2, comma 2, lett. *f)*, del suo art. 11, c. 1, lett. *b)*, del suo art. 13, c. 1, lett. *c)* e *d)*, del suo art. 21, c. 1, lettere *c)* ed *e)*, 2, 3 e 4 e del suo art. 22, c. 2, tutti relativi al finanziamento delle funzioni di Comuni, Città metropolitane e Province.

[28] Cfr. art. 8, c. 4 d. lgs. n. 216/2010.

[29] Cfr. art. 8, c. 1 d. lgs. n. 216/2010: «i fabbisogni standard delle Città metropolitane, una volta costituite, sono determinati, relativamente alle funzioni fondamentali per esse individuate ai sensi dell'articolo 23, c. 6, lettere *e)* e *f)* della legge 5 maggio 2009, n. 42, e successive modificazioni, secondo le norme del presente decreto, in quanto compatibili».

[30] Cfr. art. 1, c. 1 d. lgs. n. 216/2010.

[31] Ossia per quando si realizzerà la definitiva entrata a regime della riforma introdotta del decreto in disamina.

[32] Cfr., tra gli altri, art. 1, c. 2 e art. 2, c. 1 d. lgs. n. 216/2010.

[33] Cfr. art. 1, c. 2, ultimo periodo d. lgs. n. 216/2010.

normativa *ad hoc*, interessante tutti gli Enti territoriali minori. Sennonché, nel farlo, il decreto non fa altro che replicare alla lettera le disposizioni già contenute nel terzo e nel quarto comma dell'art. 21 della legge delega, in tal modo rinunciando ad offrire ad esse una maggiore specificazione[34].

### 3.1.1. Il graduale approccio verso i costi e fabbisogni *standard*

Ad ogni modo, così ribadite le due principali coordinate che fungeranno da riferimento cui rapportare costi e fabbisogni *standard* – ma cui andranno vieppiù ad aggiungersi parametri addizionali, quali le indicazioni promananti da bilanci o rendiconti contabili, anche riclassificati, delle Istituzioni periferiche[35], ovvero l'analisi dei costi[36] o di ulteriori rilevazioni statistiche[37], oppure valutazioni circa il livello dei servizi rispettivamente resi[38], o, ancora i recuperi di efficienza potenzialmente ritraibili da eventuali unioni di Comuni[39] – occorre a questo punto evidenziare come la conclusiva entrata a regime di questo nuovo approccio, tendente a superare definitivamente, e ad invarianza di costi[40], la perdurante logica del costo storico, debba avvenire secondo un processo graduale.

Invero, il rinnovamento radicale prospettato, la profonda eterogeneità delle situazioni di partenza riconducibili ai vari Enti locali, la necessità di provvedere alla raccolta di tutte le informazioni necessarie per poter successivamente calibrare in relazione a ciascuno di essi risposte ottimali, nonché l'occorrenza all'apprestamento di adeguati sistemi di monitoraggio, mal si concilierebbe con l'elaborazione di soluzioni estemporanee, o che non lascino il tempo alle Istituzioni periferiche di introiettare così ampi mutamenti in essere.

Di qui, la previsione di una fase transitoria che vede come anno di decorrenza il 2012[41], ma che nondimeno contempla, sin da subito, l'attuazione di misure preliminari finalizzate al conseguimento del predetto dichiarato

[34] Con riguardo a questo aspetto, E. Jorio, *Federalismo municipale: la determinazione dei costi e fabbisogni standard (e non solo)*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2011, pagg. 4-5 rileva come il decreto sia «sembrato ricco di enunciazioni esclusivamente teoriche, considerato che non ha fissato nulla di concreto in termini di fattivo funzionamento dei comuni e delle province».

[35] Cfr. art. 4, c. 1, lett. *a)* d. lgs. n. 216/2010.

[36] Cfr. art. 4, c. 1, lett. *c)* d. lgs. n. 216/2010.

[37] Cfr. art. 4, c. 1, lett. *d)* d. lgs. n. 216/2010.

[38] Cfr. art. 4, c. 1, lett. *b)* ed *e)* nonché c. 2 e 4 d. lgs. n. 216/2010.

[39] Cfr. art. 4, c. 3 d. lgs. n. 216/2010.

[40] Cfr. art. 1, c. 3 d. lgs. n. 216/2010: «Fermi restando i vincoli stabiliti con il patto di stabilità interno, dal presente decreto non devono derivare nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato oltre a quelli stabiliti dalla legislazione vigente».

[41] Cfr. art. 2, c. 4 d. lgs. n. 216/2010.

intento, da attuarsi attraverso la percorrenza di un triplice *step*: nel 2011, oggetto di determinazione essendo i fabbisogni *standard*, entranti in vigore il successivo anno, riguardo ad almeno un terzo delle funzioni fondamentali in precedenza indicate[42]; il 2012, quale anno per la determinazione dei fabbisogni *standard*, che entreranno in vigore nel 2013, riguardo ad almeno due terzi di quelle stesse funzioni fondamentali; infine, nel 2013, verranno determinati i fabbisogni *standard*, che entreranno in vigore nel 2014, sempre riguardo a tutte le precitate funzioni fondamentali[43].

### 3.1.2. La procedura per la determinazione dei fabbisogni *standard*

Concretamente, il soggetto cui è affidato tale compito corrisponde a Sose S.p.a.[44], una società per gli studi di settori, la cui attività, in quest'ottica, avrà una natura meramente tecnica[45] che essenzialmente consisterà:

1) nella predisposizione, per l'appunto, dei fabbisogni *standard*, tenendo conto delle specifiche caratteristiche di ciascun Comune e Provincia, ed in particolare:
   - dei dati di spesa storica;
   - della spesa dei servizi esternalizzati o svolti in forma associata;
   - della efficacia, efficienza, qualità e grado di soddisfazione degli utenti, in relazione sia ai servizi erogati, sia al personale a tale scopo impiegato;
   - della spesa per abitante;
   - delle caratteristiche territoriali, demografiche, sociali e produttive ivi presenti[46];
2) nel monitoraggio della fase applicativa[47];
3) nell'aggiornamento periodico delle elaborazioni concernenti la determinazione dei fabbisogni *standard*[48];

[42] Cfr., come visto, art. 3 d. lgs. n. 216/2010.

[43] Cfr. art. 2, c. 5, lett. *a)*, *b)* e *c)* d. lgs. n. 216/2010.

[44] Molto succintamente, come reperibile dal suo stesso sito internet istituzionale, «la Società per gli Studi di Settore è una Società per Azioni costituita con la partecipazione al capitale sociale del Ministero dell'Economia e delle Finanze per l'88% e della Banca d'Italia per il 12%, in base all'art. 10, comma 12 l. n. 146/1998, con l'affidamento in concessione di svolgere tutte le attività relative alla costruzione, realizzazione e aggiornamento degli studi di settore, nonché ogni altra attività di supporto metodologico all'Amministrazione finanziaria in materia tributaria e di economia d'impresa».

Per maggior ragguagli, cfr. http://www.sose.it/portal/portal/sose/Home.

[45] Cfr. art. 5, c. 1, lett. *a)* d. lgs. n. 216/2010.

[46] Cfr., nuovamente, art. 5, c. 1, lett. *a)* d. lgs. n. 216/2010.

[47] Cfr. art. 5, c. 1, lett. *b)* d. lgs. n. 216/2010.

[48] Cfr., nuovamente, art. 5, c. 1, lett. *b)* d. lgs. n. 216/2010, ma anche art. 7, del decreto stesso, sul quale si avrà, a breve, modo di tornare.

4) nella predisposizione, se del caso, di questionari da somministrare a Comuni e Province, in ordine al reperimento di ogni ulteriore informazione ritenuta utile, tale prerogativa essendo nondimeno assistita da un preciso presidio sanzionatorio, consistente nella sospensione dei trasferimenti a qualunque titolo erogati ai predetti Enti, qualora i medesimi non restituiscano, per via telematica, siffatti questionari debitamente compilati, entro sessanta giorni dal loro ricevimento[49];
5) nel possibile avvalimento della collaborazione e supporto prestati dall'Istituto per la Finanza e l'Economia Locale (IFEL), nonché dell'Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT)[50].

I fabbisogni *standard* così predisposti sono poi inviati alla Commissione tecnica paritetica per l'attuazione del federalismo fiscale, ovvero, dopo la sua istituzione, alla Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica – parimenti interessate nelle successive fasi di monitoraggio e aggiornamento – tali risultanze intendendosi, per un verso, approvate, qualora, entro i successivi quindici giorni, non siano state formulate osservazioni, per l'altro, passibili di conseguente trasmissione, sempre ad opera di Sose S.p.a., anche ai Dipartimenti delle Finanze e alla Ragioneria dello Stato[51].

Il successivo passo è segnato dal decreto con cui il Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata la nota metodologica relativa alla procedura di calcolo in precedenza descritta, oltre, naturalmente al derivante fabbisogno *standard* per ciascun Comune e Provincia[52]. Posto che già sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri sia sentita la Conferenza Stato-Città e autonomie locali, decorsi quindici giorni, il medesimo, corredato da una relazione tecnica che

[49] Cfr. art. 5, c. 1, lett. *c)* d. lgs. n. 216/2010. Può aggiungersi che, ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. *f)* d. lgs. n. 216/2010, i dati raccolti ed elaborati nell'ambito di questa procedura saranno nondimeno condivisi con la banca dati delle Amministrazioni pubbliche, di cui all'art. 13 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, nonché di quella istituita presso la Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica, di cui all'art. 5, primo comma, lett. *g)* della legge n. 42/2009.

[50] Cfr. art. 5, c. 1, lett. *d)* d. lgs. n. 216/2010, il quale, relativamente all'IFEL, precisa che il medesimo: «fornisce analisi e studi in materia di contabilità e finanza locale e partecipa alla fase di predisposizione dei questionari e della loro somministrazione agli enti locali; concorre allo sviluppo della metodologia di calcolo dei fabbisogni standard, nonché alla valutazione dell'adeguatezza delle stime prodotte; partecipa all'analisi dei risultati; concorre al monitoraggio del processo di attuazione dei fabbisogni standard; propone correzioni e modifiche alla procedura di attuazione dei fabbisogni standard, nonché agli indicatori di fabbisogni fissati per i singoli enti. IFEL, inoltre, fornisce assistenza tecnica e formazione ai Comuni e alle Province».

[51] Cfr. art. 5, c. 1, lett. *e)* d. lgs. n. 216/2010.

[52] Il tutto, previa verifica di conformità, da parte del Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato del Ministero dell'economia e delle finanze, rispetto alla legislazione vigente, ed in particolare ai vincoli derivanti dal patto di stabilità interno, in ossequio a quanto previsto dall'art. 1, c. 3 d. lgs. n. 216/2010.

ne evidenzia gli effetti finanziari[53], è comunque trasmesso alle Camere ai fini dell'espressione del parere da parte della Commissione bicamerale per l'attuazione del federalismo fiscale e da parte delle Commissioni parlamentari competenti, sempre per le conseguenze di carattere finanziario. A questo punto, ossia una volta decorsi quindici giorni dalla trasmissione alle Camere da parte dell'Esecutivo, il decreto – recante i fabbisogni *standard* di Comuni e Province, e contenente nondimeno in allegato l'indicazione di ogni elemento all'origine di tale determinazione – può comunque essere adottato, previa deliberazione definitiva da parte del Consiglio dei Ministri, ed è pubblicato in Gazzetta Ufficiale. Il tutto, fermo restando che, qualora il Governo non intendesse conformarsi ai pareri parlamentari, avrebbe l'onere di trasmettere alle Camere una relazione adducente le ragioni fondanti il mancato ossequio ai citati pareri[54].

Atteso che – con le stesse modalità appena narrate, e come opportunamente prescritto dall'art. 7 del decreto in disamina – i fabbisogni *standard* siano sottoposti a continuo monitoraggio, nonché a revisione periodica da operarsi non più tardi del terzo anno rispetto alla loro precedente adozione, è solo il caso, in ultimo, di soggiungere come il procedimento giunga finalmente a chiudersi con la doverosa pubblicazione del decreto, da parte dei predetti Enti locali, sul proprio sito istituzionale, oltre ad ogni altra forma di comunicazione all'interno del rispettivo bilancio[55].

### 3.1.3. Alcune succinte osservazioni

Venendo ora a spendere qualche succinta osservazione sui contenuti, appena edotti, del decreto n. 216/2010 può ribadirsi, innanzitutto, come il medesimo avesse, quale fondamentale obiettivo, quello di recare disposizioni in materia di determinazione dei costi e dei fabbisogni *standard* in relazione alle funzioni fondamentali e ai livelli essenziali delle prestazioni riconducibili ai livelli di governo più prossimi al cittadino, il tutto in diretta attuazione di quanto previsto dall'art. 2, comma 2, lett. *f)* della legge delega. Sennonché, a ben vedere, era proprio già quest'ultima prescrizione a richiedere direttamente la «determinazione del costo e del fabbisogno *standard* quale costo e fabbisogno che, valorizzando l'efficienza e l'efficacia, costituisce l'indicatore rispetto al quale comparare e valutare l'azione pubblica».

Ora, non si può non prendere atto della circostanza che il decreto in esame, pur indubbiamente cercando di muoversi in quella direzione, non abbia adempiuto fino in fondo a tale ufficio, il medesimo essendosi limitato, inve-

[53] Ai sensi dell'art. 17 c. 3 l. n. 196/2009.

[54] Cfr. art. 6, c. 1 d. lgs. n. 216/2010.

[55] Cfr. art. 6, c. 3 d. lgs. n. 216/2010.

ro, a definire il soggetto, i criteri, e la procedura per addivenirvi[56]. Per altro verso, l'aver nuovamente rinviato l'appuntamento al definitivo disvelamento di una nozione, quale quella di costo e fabbisogno *standard*, tanto ricorrente, eppure tanto oscura, ha nondimeno offerto l'impressione che allorquando si produca la sensazione di giungerne finalmente alla decifrazione ultima dell'autentico significato, tale percezione sia destinata irrimediabilmente a svanire, similmente a colui che aprendo la prima matrioska, ne ritrova subito un'altra, e così via[57].

D'altro canto, poi, anche la stessa scelta di affidare a Sose S.p.a., con attività a carattere esclusivamente tecnico, la definizione delle metodologie per la determinazione dei fabbisogni *standard* suscita qualche perplessità: se da un lato è pacifico che costi e fabbisogni *standard* siano parametri di valutazione tecnici, in quanto derivanti dalle scienze economico-aziendali che già da tempo li utilizzano, è però altrettanto indubbio che tutt'altro che tecnici siano ora, in campo giuridico, i risvolti derivanti dalla particolare conformazione dei medesimi, specie allorquando, in gioco, vi sia l'effettiva tutela dei livelli essenziali delle prestazioni[58]. Le dirette e variabili ricadute, dagli stessi esprimibili, a seconda della loro concreta configurazione suggeriscono che probabilmente, in questo ambito, l'abdicazione, o quanto meno il marcato arretramento, della pretesa decisionale da parte degli organi rappresentativi, sia abbastanza discutibile[59].

[56] Anche sotto altro profilo, G. Rivosecchi, *La determinazione dei fabbisogni* standard *degli enti territoriali*, cit., 183, imputa al decreto in esame un atteggiamento troppo rinunciatario, rilevando, invero, che «troppo labili paiono le coordinate tracciate dall'art. 2 d. lgs. n. 216/2010, che finisce per rimettere integralmente al Governo, nell'ambito della legge di stabilità o con apposito disegno di legge collegato alla manovra di finanza pubblica, le norme di coordinamento dinamico degli obiettivi di servizio ai Lep e alle funzioni degli enti locali, con una pedissequa riproposizione dell'art. 18, comma sostituire con 1 l. n. 42/2009, senza che, sul punto, siano forniti gli elementi qualitativi e quantitativi attraverso i quali il legislatore delegato dovrebbe invece garantire il percorso che dai Lep conduce agli obiettivi di servizio e, conseguentemente, alla determinazione dei costi e dei fabbisogni *standard*, secondo quanto previsto dalla stessa legge di delega».

[57] Cfr. R. Balduzzi, *Intervento*, in R. Balduzzi (a cura di), *La sanità italiana alla prova del federalismo fiscale*, Bologna, 2012.

[58] L'assoluta centralità della questione è ben messa in risalto da G. Rivosecchi, *La determinazione dei fabbisogni* standard *degli enti territoriali*, cit., 155: «I costi *standard* – attraverso cui determinare […] i fabbisogni *standard* degli enti territoriali – costituiscono […] il nuovo parametro di riferimento ai fini del finanziamento complessivo delle funzioni e dei pubblici servizi inerenti ad alcuni fondamentali diritti sociali, con particolare riguardo – in base a quanto previsto dalla stessa legge n. 42 – a sanità, assistenza, istruzione e trasporto pubblico locale. È, quindi, una questione tutt'altro che "tecnica" e su cui anzi sembra misurarsi la tenuta complessiva del disegno di riforma e la sua compatibilità rispetto alla prima parte della Costituzione repubblicana».

[59] Cfr. anche G. Grasso, *Federalismo, federalismo fiscale, federalismo sanitario. Il lessico costituzionale alla prova dei costi standard*, in R. Balduzzi (a cura di), *La sanità italiana alla*

### 3.2. Il decreto legislativo n. 68/2011

Ciò detto in relazione alla prima misura attuativa, particolare oggetto della nostra indagine, la seconda di esse è data invece dal decreto legislativo 6 maggio 2011, n. 68, recante disposizioni in materia di entrata delle Regioni a statuto ordinario e delle Province, nonché determinazione dei costi e dei fabbisogni *standard* nel settore sanitario, che rappresenta il quinto atto avente forza di legge adottato dell'Esecutivo in attuazione della legge delega n. 42/2009.

Come anche in parte deducibile dall'intitolazione dello stesso, il decreto si propone, quali principali intenti, quelli di offrire una regolazione che vada ad interessare:

1) l'autonomia di entrata delle Regioni a statuto ordinario;
2) l'autonomia di entrata delle Province;
3) la perequazione, ai sensi dell'art. 13 della legge n. 42/2009 ed il sistema finanziario delle Città Metropolitane nelle Regioni a statuto ordinario;
4) i costi e i fabbisogni *standard* nel settore sanitario;
5) l'istituzione, l'organizzazione ed il funzionamento della Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica.

A ciascuno di questi obiettivi il decreto dedica un apposito Capo, cui è da aggiungerne uno terminale, di chiusura, dedicato, come di consueto, alla esplicitazione delle norme finali e delle abrogazioni.

#### 3.2.1. I costi e i fabbisogni *standard* nel settore sanitario

Circoscrivendo ora l'attenzione, per quel che noi maggiormente interessa, al quarto intento promosso dal decreto n. 68/2011, può rilevarsi come lo stesso consista, come già accennato, nella determinazione, a partire dal 2013, dei costi e dei fabbisogni *standard* nel settore sanitario, i quali costituiscono il riferimento cui gradualmente rapportare – tanto nella fase transitoria, quanto in quella a regime – il finanziamento integrale della spesa sanitaria, in ossequio alla programmazione nazionale e ai vincoli di finanza pubblica[60].

*prova del federalismo fiscale*, Bologna, 2012, il quale in effetti manifesta «l'impressione […] che ci sia uno squilibrio eccessivo tra il decisore tecnico e quello politico, tutto a vantaggio del primo».

A parziale ridimensionamento di queste apprensioni può forse segnalarsi il fatto che Sose S.p.a. non possa essere annoverata alla stregua di una vera e propria Autorità Amministrativa Indipendente, la stessa non potendosi pregiare di un sostanziale affrancamento dagli organi politici, ed in ispecie dal Governo, per via del fatto che, come già osservato, la medesima è partecipata per ben l'88% dal Ministero dell'Economia e delle Finanze. Per la restante quota è invece partecipata dalla Banca d'Italia. A tal proposito, cfr. anche G. Grasso, *Federalism, fiscal federalism, health federalism: the standard costs in the Legislative Decree of 6 May 2011, No 68,* in *Perspectives on Federalism*, 2011, vol. 3, issue 3, 71 ss.

[60] Cfr. art. 25 d. lgs. n. 68/2011.

Posto che per gli anni 2011 e 2012 il fabbisogno nazionale *standard* corrisponda al livello di finanziamento determinato ai sensi di quanto disposto dall'art. 2, comma 67, della legge 23 dicembre 2009, n. 191 – in attuazione dell'intesa Stato-Regione in materia sanitaria per il triennio 2010-2012, poi rideterminato dall'art. 11, comma 12, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122[61] – a far data dal 2013, tale fabbisogno sarà determinato coerentemente con quello derivante dalla specificazione dei livelli essenziali di assistenza (LEA) erogati in condizioni di efficienza ed appropriatezza, ed in modo tale da poter discernere la quota complessivamente destinata alle Regioni a statuto ordinario, da quella riferibile invece alle altre Istituzioni locali[62].

A partire dalle soglie percentuali di finanziamento della spesa per ciascuno dei macrolivelli di assistenza – rispettivamente ascrivibili, per il 5% all'assistenza sanitaria collettiva in ambiente di vita e di lavoro, per il 51% all'assistenza distrettuale, e per il 44% all'assistenza ospedaliera[63] – il fabbisogno *standard* delle singole Regioni a statuto ordinario, cumulativamente corrispondente a quello nazionale *standard*, è delineato[64] applicando a tutti i massimi Enti territoriali locali i valori di costo ritraibili dalle Regioni di riferimento[65], tali essendo le tre, tra cui obbligatoriamente la prima, «che siano state scelte dalla Conferenza Stato-Regioni tra le cinque indicate dal Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentito il Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale, in quanto migliori cinque regioni che, avendo garantito l'erogazione dei livelli essenziali di assistenza in condizione di equilibrio economico, comunque non essendo assoggettate a piano di rientro e risultando adempienti», siano state conseguentemente individuate, per un verso, in base a canoni di qualità dei servizi erogati, in condizioni quindi di efficienza e appropriatezza rispetto alle risorse finanziarie ordinarie a loro disposizione, per l'altro, sulla scorta di criteri di territorialità, dovendo essere garantita «una rappresentatività in termini di appartenenza geografica al nord, al centro e al sud, con almeno una regione di piccola dimensione geografica»[66].

[61] Cfr. art. 26, c. 2 d. lgs. n. 68/2011.

[62] Cfr. art. 26, c. 1 d. lgs. n. 68/2011.

[63] Cfr. art. 27, c. 3 d. lgs. n. 68/2011.

[64] In sede di prima applicazione, ossia dal 2013.

[65] Cfr. art. 27, c. 4 d. lgs. n. 68/2011.

[66] Cfr. art. 27, c. 5 d. lgs. n. 68/2011. Si osservi, inoltre, quanto disposto anche dal decimo comma del medesimo articolo, in base al quale «qualora nella selezione delle migliori cinque regioni di cui al comma 5, si trovi nella condizione di equilibrio economico come definito al medesimo comma 5 un numero di regioni inferiore a cinque, le regioni di riferimento sono individuate anche tenendo conto del miglior risultato economico registrato nell'anno di riferimento, depurando i costi della quota eccedente rispetto a quella che sarebbe stata necessaria a garantire 1'equilibrio ed escludendo comunque le regioni soggette a piano di rientro».

I costi *standard*, invece, sono calcolati, in relazione a ciascuno dei macrolivelli di assistenza sanitaria[67], dalla media pro-capite pesata del costo registrato dalle Regioni di riferimento[68]. In quest'ottica, il livello della spesa riconducibile ai tre predetti ambiti dovrà essere: computato al lordo della mobilità passiva e al netto della mobilità attiva extraregionale[69]; depurato delle quote di ammortamento[70], della quota di spesa che finanzia livelli di assistenza superiori a quelli essenziali[71] e della quota di spesa finanziata dalle maggiori entrate proprie rispetto a quelle considerate ai fine della determinazione del finanziamento nazionale[72]; infine applicato, per ogni Regione, alla relativa popolazione pesata regionale[73].

Ora, posto che le Regioni in equilibrio economico, oltre che in forza dei predetti criteri, siano individuate sulla base dei risultati relativi al secondo esercizio precedente quello di riferimento, le pesature saranno effettuate con i pesi per classi di età parimenti riconducibili a quello stesso periodo[74] e, mentre da un lato, il fabbisogno sanitario *standard* regionale sarà dato dalle risorse corrispondenti al valore percentuale, in attuazione di quanto appena indicato, rispetto al fabbisogno sanitario nazionale *standard*[75], dall'altro, il conseguimento di eventuali risparmi nella gestione sanitaria operati dalle Regioni, permarranno nella loro disponibilità[76].

A ciò, si aggiunga, in ultimo, che, mentre per le Regioni a statuto speciale e per le Province Autonome di Trento e Bolzano rimane ferma l'applicazione dell'art. 1, comma 2 e degli artt. 15, 22 e 27 della legge delega[77], in via generale, il descritto regime dei costi e fabbisogni *standard* nel settore sanitario, a partire dal 2014, previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, sarà sottoposto a revisione periodica, con cadenza biennale, al fine di garantire la perdurante efficacia del processo di efficientamento posto in essere[78].

[67] Sempre erogati in condizione di efficienza e appropriatezza.

[68] Cfr. art. 27, c. 6 d. lgs. n. 68/2011.

[69] Cfr. art. 27, c. 5, lett. *a)* d. lgs. n. 68/2011.

[70] Cfr. art. 27, c. 5, lett. *d)* d. lgs. n. 68/2011.

[71] Cfr. art. 27, c. 5, lett. *c)* d. lgs. n. 68/2011.

[72] Cfr. art. 27, c. 5, lett. *b)* d. lgs. n. 68/2011.

[73] Cfr. art. 27, c. 5, lett. *e)* d. lgs. n. 68/2011.

[74] Cfr. art. 27, c. 7 d. lgs. n. 68/2011.

[75] Cfr. art. 27, c. 8 d. lgs. n. 68/2011. Va peraltro soggiunto che, come precisato dal successivo comma 10, «la quota percentuale assicurata alla migliore regione di riferimento non può essere inferiore alla quota percentuale già assegnata alla stessa, in sede di riparto, l'anno precedente, al netto delle variazioni di popolazione».

[76] Cfr. art. 27, c. 14 d. lgs. n. 68/2011.

[77] Cfr. art. 31 d. lgs. n. 68/2011.

[78] Cfr. art. 29, c. 1 d. lgs. n. 68/2011.

### 3.2.2. Alcuni brevi rilievi

Esprimendo preliminarmente qualche considerazione di carattere generale, la ricostruzione, necessariamente selettiva, di alcuni soli dei vari contenuti del decreto, ha impedito di apprezzare come lo stesso abbia indubbiamente il pregio di cercare di conferire una crescente autonomia finanziaria agli Enti locali, prevedendo la contemplazione di ulteriori entrate, anche di carattere premiale, in loro favore, a fronte di una graduale soppressione dei trasferimenti alimentanti la finanza a carattere derivato. Per altro verso, l'ulteriore tentativo di sviluppare in maniera più approfondita le diverse indicazioni promananti dalla legge delega – riuscendo ad elevarne, in tutti gli ambiti dal medesimo toccati, il livello di definizione – può dirsi solo parzialmente riuscito. Sono invero ancora molteplici i nodi da sciogliere, su tutti una maggiore attenzione alla disciplina dello strumento perequativo, oggetto di scarne e vaghe disposizioni[79], ed una più ampia delucidazione delle modalità di determinazione dei costi e dei fabbisogni *standard* nei comparti diversi dalla sanità e rispetto ai quali, il decreto, con mossa dalla assai dubbia legittimità costituzionale, restituisce alla legge la normazione di alcuni aspetti che la stessa delegava invece al suo ufficio[80].

Ad ogni modo, diversamente, nell'ambito sanitario, lo sforzo compiuto dal decreto n. 68/2011 sembra aver dato frutti migliori, almeno dal punto di vista del grado di specificazione regolatorio, sebbene, proprio su di esso sembrino nondimeno essersi affastellati i maggiori profili di criticità. Quello della determinazione dei costi e fabbisogni *standard* in sanità rappresenta, infatti, un fondamentale crocevia, atteso che il settore in considerazione, per

[79] Cfr. E. Jorio, *Un primo esame del d. lgs. 68/2011 sul federalismo regionale e provinciale, nonché sul finanziamento della sanità (… cinque dubbi di incostituzionalità)*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2011, 3: «quanto approvato definitivamente dall'Esecutivo rappresenta di certo un passo in avanti nella formulazione legislativa attuativa del federalismo fiscale, ma risulta palesemente dimostrativo della sua disattenzione nei confronti del meccanismo della redistribuzione equa e solidale, nei confronti del quale il medesimo, più complessivamente inteso, ha dimostrato superficialità in rapporto alla sua attività dinamica, limitandosi appena a tracciare la sua dimensione statica, peraltro a grandi linee. Con questo, non si è dato il necessario peso al detto strumento perequativo - che così rimane ancora indeterminato - ancorché indispensabile per ridistribuire le risorse in modo tale da garantire alle regioni a "minore capacità fiscale per abitante" quelle "ricchezze" necessarie a rendere esigibili i diritti di cittadinanza in favore delle loro collettività residenti. Fino a quando non accadrà ciò, ovverosia sino al perfezionamento del sistema perequativo, alla determinazione concreta delle modalità di redistribuzione solidale ed equa delle risorse, ci troveremo di fronte un "federalismo fiscale" ben concepito, sul piano dei principi e dei criteri applicativi, nei suoi perimetri normativi e attuativi, ma assolutamente incompleto sotto il profilo della sua applicazione reale».

[80] Cfr. art. 13 d. lgs. n. 68/2011. Su questo punto, F. Politi, *Il decreto legislativo sui costi e fabbisogni standard in sanità: prime valutazioni*, in R. Balduzzi (a cura di), *La sanità italiana alla prova del federalismo fiscale*, Bologna, 2012.

un verso, impegni la stragrande maggioranza delle uscite riconducibili alle massime Istituzioni locali, per l'altro[81], e proprio per questo motivo, sia atteso alla verifica del buon esito o meno di questo sistema di computo che potrebbe aprirne la strada verso un'estensiva applicazione anche altrove[82].

Già in precedenza, ossia nel corso della disamina compiuta nei confronti del decreto n. 216/2010, si era ammonito circa l'assoluta rilevanza e centralità del soggetto e del *modus operandi* seguito per l'elaborazione di parametri che, quand'anche definibili meramente tecnici, sono tuttavia poi in grado di informare le capacità operative degli Enti che ne sono destinatari e, di riflesso, la stessa possibilità di godimento, da parte delle collettività, di diritti e prestazioni sancite a livello costituzionale.

Sennonché, ancor prima di addentrarci allora nel commento delle già descritte modalità di formazione dei costi e dei fabbisogni *standard* occorrerà partire dalla considerazione di un'ambiguità di fondo, giacché il decreto sembra ambire ad imporre il superamento del criterio della spesa storica ad un settore, quello sanitario, che però, a ben vedere, già da anni[83] ha abbandonato tale approccio[84]. Se così è, se ne converrà che quanto apportato dal decreto n. 68/2011 possa tutt'al più modificare un preesistente stato dei fatti, ma non già introdurlo *ex novo*[85]. E proprio qui risiede la vera questione, ossia l'apprezzamento del modo in cui, in chiave apparentemente innovativa, l'atto avente forza di legge va a dispiegare i propri effetti. In quest'ottica può quindi fin da subito evincersi come il tenore delle sue disposizioni non sia eccessivamente confortante. Prendendo innanzitutto spunto dal secondo e dal terzo comma

[81] Sempre per questa stessa ragione, come nuovamente rilevato da F. Politi, *Op. ult. cit.*, non casuale, dunque, nemmeno la scelta di riunificare in un unico atto normativo le prescrizioni afferenti ai due diversi ambiti – quello dell'autonomia di entrata delle Regioni a statuto ordinario e quello, per l'appunto, della determinazione dei costi e fabbisogni *standard* nel settore sanitario – che la legge delega sembrava affidare a due successivi e distinti decreti legislativi (cfr., rispettivamente, art. 7 c. 1 e art. 2 c. 6 l. n. 42/2009).

[82] Avverso tale ipotesi, predicando l'inconcludenza del metodo dei costi *standard*, anche con riferimento al comparto sanitario, V. Mapelli, *Se il costo standard diventa inutile*, in www.lavoce.info, 2010.

[83] Cfr. Age.Na.S., *Riflessioni sui criteri da utilizzare per il riparto del fabbisogno sanitario. Relazione commissionata dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome*, Roma, 30 aprile 2010, 15.

[84] Cfr. M. Bordignon – N. Dirindin, *Costi standard: nome nuovo per vecchi metodi*, in www. lavoce.info, 2010. Per una ricostruzione delle diverse discipline che, con particolare riferimento agli aspetti finanziari, hanno segnato l'evoluzione del settore sanitario, si rinvia a N. Viceconte, *L'evoluzione del sistema di finanziamento del servizio sanitario nazionale tra federalismo "promesso" ed esigenze di bilancio*, reperibile su www.issirfa.cnr.it, 2012, 2 ss.

[85] Cfr. E. Jorio, *Un primo esame del d. lgs. 68/2011 sul federalismo regionale e provinciale*, cit., 18, il quale in effetti rileva che «la riforma in atto disegna un finanziamento della sanità che è la quasi copia di quello di oggi, corretto nella determinazione di uno dei suoi fattori di calcolo, appunto il costo *standard*».

del suo art. 25 ci si avvede, infatti, di come, nel primo caso, sia stabilito che il fabbisogno sanitario *standard*, determinato compatibilmente con i vincoli di finanza pubblica e degli obblighi assunti dall'Italia in sede comunitaria, costituisca l'ammontare di risorse necessarie ad assicurare i livelli essenziali di assistenza in condizioni di efficienza ed appropriatezza, laddove invece, nel secondo caso, i costi e i fabbisogni sanitari *standard* costituiscono il riferimento cui rapportare il finanziamento integrale della spesa sanitaria, nel rispetto della programmazione nazionale e dei vincoli di finanza pubblica. Ora, non può sfuggire che oltre ad un serio problema di difficile raccordo tra i due enunciati[86], ve ne sia uno ancor maggiore, consistente nella possibilità che il tenore dei servizi erogati soggiaccia irrimediabilmente alla previa quantificazione delle risorse disponibili. Se così fosse, il tutto si porrebbe in aperta contraddizione sia con la giurisprudenza costituzionale in tema di diritto alla salute[87], sia con la stessa legge delega, il cui art. 2, c. 2, lett. *f)*, da cui la normativa in esame trae origine, sembra all'opposto «portare alla conclusione che i livelli essenziali siano svincolati, e addirittura logicamente presupposti, rispetto all'individuazione delle risorse economiche e alle modalità di gestione delle medesime»[88].

Un secondo profilo critico è poi rappresentato da quelle disposizioni concernenti la segnalazione dei livelli percentuali di finanziamento della spesa sanitaria costituenti indicatori della programmazione nazionale per l'attuazione del federalismo fiscale e sostanzianti, come visto, nel 5% per l'assistenza sanitaria collettiva in ambiente di vita e di lavoro, nel 51% per l'assistenza distrettuale, e nel 44% per l'assistenza ospedaliera[89]. L'aver prescritto la stretta osservanza di siffatte precise soglie non può non risolversi in un nocumento per l'autonomia gestionale, programmatoria e di spesa delle Regioni e, segnatamente, in un vero e proprio vincolo di destinazione della cui legittimità costituzionale si può fondatamente dubitare, in relazione a

[86] Ma il discorso potrebbe ampliarsi anche ad altre disposizioni. Si osservi, in proposito B. Pezzini, *Polisemia del fabbisogno sanitario. Prime osservazioni sull'impostazione del d.lgs. 68/2011*, in R. Balduzzi (a cura di), *La sanità italiana alla prova del federalismo fiscale*, Bologna, 2012, la quale si interroga sulla valenza di significato della nozione di fabbisogno sanitario *standard*: «come può il *fabbisogno* essere contemporaneamente misura della spesa del settore sanitario (art. 15, comma 5: il fabbisogno quantifica l'ammontare della spesa) ed uno degli elementi in base ai quali viene determinata tale spesa (art. 25, comma 3: la spesa sanitaria viene calcolata in base ai fabbisogni ed ai costi)?».

[87] Cfr., esemplificativamente, Corte cost., sentt. nn. 88/1979, 184/1986, 559/1987, 307/1990, 199/1996, 282/2002, 120/2005, 371/2008, 2/2010.

[88] Così, L. Cuocolo, *I «costi standard» tra federalismo fiscale e centralismo*, in R. Balduzzi (a cura di), *La sanità italiana alla prova del federalismo fiscale*, Bologna, 2012. Su questi aspetti, si osservi inoltre A. Brancasi, *Uguaglianze e disuguaglianze nell'assetto finanziario di una Repubblica federale*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2002, 927.

[89] Cfr. art. 27, c. 3 d. lgs. n. 68/2011.

trasferimenti che, come nel caso di specie, si orientano verso materie di legislazione concorrente[90].

Un terzo aspetto riguarda inoltre la scelta delle tre Regioni *benchmark*, scelte tra le migliori cinque che – avendo garantito l'erogazione dei livelli essenziali di assistenza in condizione di equilibrio economico, comunque non essendo assoggettate a piano di rientro e risultando adempienti – saranno individuate in base a criteri di qualità dei servizi erogati, appropriatezza ed efficienza, tenendo comunque conto dell'esigenza di garantire una rappresentatività in termini di appartenenza geografica al nord, al centro e al sud, con almeno una Regione di piccola dimensione geografica[91]. Ora, non può sottacersi come, proprio su quest'ultima indicazione, si incentrino le maggiori perplessità, poiché il metodo utilizzato:

- non chiarisce cosa si intende per Regione di piccola dimensione, lasciando intendere che il riferimento sia all'estensione territoriale e non alla popolazione;
- positivizza differenze geografiche assimilandole a differenze economico-sociali;
- trascura differenze pur significative tra Regioni della stessa area[92];
- richiedendo necessariamente una rappresentanza distribuita sia a livello di latitudine, sia a livello dimensionale, sacrifica la possibile assunzione a Regione *benchmark* di realtà che pur avendo i requisiti tecnici per potervi accedere, non dispongono però di quelli geografici. La logica di compromesso al ribasso così perseguita, attenua però ineluttabilmente gli *standard* di efficienza, finendo dunque con l'accontentarsi di soluzioni, quanto meno, di *second best*.

Un quarto fattore riguarda poi la tecnica di pesatura utilizzata. Non essendo, invero, sufficiente, al fine di avere adeguati ragguagli in ordine alla determinazione del fabbisogno sanitario, provvedere a dividere il totale della spesa sanitaria sostenuta da una data Regione per il numero del suoi abitanti,

[90] Cfr. P. Piciocchi, *Relazione alla tavola rotonda «Costi standard e federalismo. Quale prospettiva per il finanziamento delle prestazioni sanitarie»*, Roma, 1/12/2010, su http://www.i-com.it/AllegatiDocumentiHome/423.pdf, 5 e Corte cost., sentt. nn. 36/2004, 417/2005.

[91] Cfr. art. 27, c. 5 d. lgs. n. 68/2011. A tal proposito, è stato osservato che la previsione circa l'inserimento di una Regione di piccola dimensione risponda in tutta probabilità ad una esigenza compensativa rispetto a quelle di grandi dimensioni, in grado di sviluppare economie di scala: cfr. G. Zotta, *La sanità nell'età del federalismo ed il ruolo della Corte dei Conti*, in www.contabilita-pubblica.it, 2011, 5.

[92] Cfr. L. Cuocolo, *I «costi standard» tra federalismo fiscale e centralismo*, in R. Balduzzi (a cura di), *La sanità italiana alla prova del federalismo fiscale*, Bologna, 2012, il quale nondimeno evidenzia che «il criterio utilizzato dal legislatore sembra eccessivamente rozzo e semplificante» e che, ad ogni modo, «è dubbio che il metodo immaginato di correggere il riparto in base a fattori «geografici», per come è stato concretamente costruito, possa superare indenne l'eventuale vaglio del giudice costituzionale».

occorre procedere ad affinare le modalità di calcolo, facendo in modo che queste si affianchino al mero elemento capitario. Tanto premesso, come visto, il decreto n. 68/2011 percorre la strada della semplice pesatura per classi di età[93]. Posto che siffatto parametro non sia certo ignorabile per la decifrazione del ricercato valore, è però altrettanto certo che il medesimo, da solo, non possa predisporsi a fornirne la completa e autentica ricostruzione ultima[94]. Detto in altri termini, se è vero che la pressione esercitata sulle prestazioni sanitarie di una qualche Regione è direttamente correlata all'invecchiare della sua popolazione, è però altrettanto vero che a spiegare compiutamente il fenomeno possano e debbano altresì concorrere ulteriori parametri, quali gli indici di deprivazione sociale[95], dal decreto tuttavia completamente esclusi da qualunque dignità di computo[96]. Il che appare abbastanza singolare, tenuto

[93] Cfr. art. 27, c. 7 d. lgs. n. 68/2011.

[94] Cfr. N. Dirindin, S. Pellegrino, *Federalismo fiscale regionale, autonomia finanziaria e costi standard: quali prospettive?*, in R. Balduzzi (a cura di), *La sanità italiana alla prova del federalismo fiscale*, Bologna, 2012.

[95] Cfr., nuovamente, M. Bordignon, N. Dirindin, *Costi standard: nome nuovo per vecchi metodi*, cit., in cui questo aspetto è ben messo in risalto. Sull'importanza di tali indici sia per la comprensione anche di fenomeni più generali, sia per l'attuazione di conseguenti, relative, politiche maggiormente mirate, cfr. A. Testi, E. Vivaldi, A. Busi, *Caratteristiche e potenzialità informative degli indici di deprivazione*, in *Tendenze nuove*, n. 2/2005, 112 ss.: «Il calcolo di tali indici riveste un notevole interesse, perché conoscere in che misura differenti condizioni di salute dipendano anche da condizioni socioeconomiche svantaggiate consentirebbe di migliorare le strategie di allocazione delle risorse, prevedendo non soltanto interventi sanitari in senso stretto, ma indirizzando anche verso altre politiche di tipo sociale e infrastrutturale, che potrebbero addirittura rivelarsi più efficaci nel promuovere la salute, essendo in grado di eliminare a monte alcune delle cause della maggiore morbilità o mortalità. Tali misure potrebbero essere particolarmente utili a livello regionale come supporto ai nuovi compiti programmatori previsti nell'attuale contesto federalista».

Sono peraltro gli stessi Autori a segnalare come: in primo luogo, gli indici di deprivazione pur non sembrando «avere fondamenti teorici particolarmente robusti, [...] «funzionano», ossia permettono di evidenziare in modo sufficientemente preciso l'effetto di diverse condizioni socioeconomiche sui differenziali di salute», un vantaggio notevole essendo «il loro costo contenuto e la relativa semplicità di calcolo»; in secondo luogo, essi forniscano risultanze dipendenti dall'originaria selezione di alcune variabili, quali l'ambito geografico di riferimento, nonché la scelta, la combinazione e le modalità di valutazione degli indici stessi; in terzo luogo, non sia universalmente condiviso l'assunto secondo cui, a parità di ogni altra condizione, esista una correlazione tra fattori socio-economici da un lato, e grado di morbilità/mortalità dall'altro.

[96] Almeno per quanto riguarda lo specifico profilo in disamina. Indicatori socio-economico e ambientali sono invece dall'art. 28 del decreto considerati, in ordine all'effettuazione degli interventi strutturali straordinari in materia di sanità. Sulla assoluta rilevanza e complementarietà di questa perequazione infrastrutturale rispetto a quella ordinaria, cfr. E. Jorio, *Un primo esame del d. lgs. 68/2011 sul federalismo regionale e provinciale*, cit., 18-19: «la perequazione straordinaria dovrà essere direttamente connessa e relazionata a quella sull'ordinario, dal momento che il successo del federalismo fiscale dipenderà dalla corretta combinazione della razionalizzazione delle spese correnti (garantite mediante costi *standard*) con l'ammoder-

conto, per un verso, che nella versione originaria, antecedente l'intesa in sede di Conferenza Unificata, era in previsione che ulteriori indicatori dovessero essere presi in considerazione, per l'altro che, ad ogni modo, proprio il diritto sanitario ha già da tempo sperimentato l'avvalimento anche di ulteriori variabili rispetto al solo elemento capitario[97].

Un quinto e ultimo elemento deriva, infine dall'incrocio dei due precedenti. Già si è visto come il decreto lasci intendere che le Regioni *benchmark* siano ritenute efficienti, anche in quanto non soggette a piani di rientro. Parimenti, si è appena argomentato di come il decreto medesimo, in ordine alla determinazione del fabbisogno sanitario, provveda unicamente a percorrere la strada della semplice pesatura per classi di età. Ora, è evidente l'interrelazione tra i due profili, ma è proprio qui che può annidarsi l'equivoco di fondo, quello di associare al semplice rinvenimento di costi *standard* calmierati un superiore tasso di efficienza. A ben vedere, invero, assumendo la pesatura per classi di età quale solo principio guida, il rischio è quello di considerare efficienti, Regioni, per la mera circostanza che queste denotino una popolazione più giovane, ed un più ampio ricorso alle strutture private, aspetto, quest'ultimo, peraltro totalmente ignorato dalle metodologie evincibili dal decreto. Ma se da un lato è inopinabile il risvolto ovviamente meno impattante offerto da questi due fattori sulla sanità pubblica, non è tuttavia altrettanto incontestabile la logica di fondo, poiché le valutazioni circa l'efficienza di un soggetto dovrebbero passare attraverso l'apprezzamento del suo meritorio modo di agire e non già dalla semplice constatazione di un esogeno stato dei fatti[98].

Conclusivamente, può quindi dirsi che, a differenza degli altri comparti, in quello relativo alla determinazione dei costi e fabbisogni *standard*

namento infrastrutturale, strettamente funzionale a colmare le attuali asimmetrie produttive che caratterizzano molte regioni del centro nord del Paese. Quelle asimmetrie strutturali che ne determinano l'arretratezza tecnica che è causa di quella mobilità passiva che vale ben oltre il miliardo di euro all'anno. Un fenomeno, questo, che va combattuto, pena il godimento dei costi *standard* da parte dei destinatari istituzionali indiretti (le regioni destinatarie e beneficiarie del turismo sanitario) diversi da quelli originariamente individuati in sede di riparto. Un modo, questo, per contribuire concretamente all'unità sostanziale della Repubblica!».

[97] Sul punto, G. Grasso, *Federalismo, federalismo fiscale, federalismo sanitario*, cit., il quale, relativamente al primo profilo, evidenzia come la fuoriuscita degli ulteriori parametri di valutazione sia stata voluta proprio dalle Regioni in sede di Conferenza Unificata. Quanto al secondo aspetto, rimarca poi che «il diritto sanitario ha già introiettato da tempo» numerosi altri elementi previsti dall'«art. 1, comma 34 l. n. 662/1996 (popolazione residente, frequenza dei consumi sanitari per età e per sesso, tassi di mortalità della popolazione, indicatori relativi a particolari situazioni territoriali ritenuti utili al fine di definire i bisogni sanitari delle Regioni ed indicatori epidemiologici territoriali), oltre che […] parametri riferiti alla popolazione residente, alla capacità fiscale, ai fabbisogni sanitari e alla dimensione geografica di ciascuna Regione, cui fa riferimento, invece, il d.lgs. n. 56/2000».

[98] Su questo aspetto, duramente, V. Mapelli, *La risposta ai commenti*, in www.lavoce.info, 2010.

nel settore sanitario il decreto n. 68/2011 non si sia particolarmente mosso nella direzione delle istanze autonomiste evincibili dalla legge delega, a tale considerazione dovendosi nondimeno accompagnare quella ancor più amara relativa al fatto che siffatta "scelta centralista non sia fondata sulla volontà di aumentare il peso e la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni, bensì – principalmente – dall'obiettivo (senz'altro meritorio, ma non utilizzabile quale unico criterio di azione) di contenere la spesa pubblica"[99], così andando ad alterare l'ordine di priorità tra di diritto alla salute ed esigenze di efficienza e di equilibrio di finanziario, il tutto a discapito del primo.

## 4. Semplici annotazioni conclusive

Volendo a questo punto tracciare qualche succinta conclusione in ordine alla tematica dei costi e dei fabbisogni *standard* e delle loro dirette ripercussioni sui diritti e sulle prestazioni costituzionalmente garantite, ne potremmo inferire quanto segue.

Se a livello costituzionale non sussistono disposizioni esplicitamente esigenti o deneganti il ricorso al suddetto approccio, su altro piano, può nondimeno osservarsi come la legge n. 42/2009 lo sposi in pieno, prescrivendone la progressiva adozione da parte di tutti i livelli di governo, al fine di garantire il definitivo superamento della logica del costo storico, ed in tal modo pervenire ad un criterio per la valutazione ed il perseguimento del maggior efficientamento del rispettivo agire relativamente alle loro funzioni fondamentali, nonché ai livelli essenziali delle prestazioni. Procedendo in quest'ottica, non sfuggono però nemmeno i principali limiti evincibili dalla fonte in parola, i quali possono essenzialmente condensarsi nell'assenza di una precisa definizione delle nozioni di costo e fabbisogno *standard*, nella ricorrente indeterminatezza dei principi e criteri direttivi che verso di essi dovrebbero guidarne la transizione e nella non onnicomprensività dei medesimi, i quali non risultano invero riferibili agli impegni esulanti i due ambiti di spesa testé citati[100].

[99] In questi termini, L. Cuocolo, *I «costi standard» tra federalismo fiscale e centralismo*, in R. Balduzzi (a cura di), *La sanità italiana alla prova del federalismo fiscale*, Bologna, 2012, .

Sul fatto che l'applicazione del metodo dei costi *standard* potrebbe «aprire la strada a tagli al budget del Sistema sanitario nazionale» concorda V. Mapelli, *Se il costo standard diventa inutile*, cit., il quale, peraltro, partendo dall'assunto dell'assoluta inconcludenza di tale approccio al sistema sanitario, incalza in questi termini: «lo *scoop* sta nel fatto che […] il costo standard dovrebbe guidare la distribuzione delle risorse tra le regioni – e non è vero […] – mentre guida semmai la riduzione del fabbisogno nazionale, che è tutt'altra cosa». Cfr. V. Mapelli, *La risposta ai commenti*, cit.

[100] Su questi aspetti, più approfonditamente, G. Rivosecchi, *La determinazione dei fabbisogni* standard *degli enti territoriali*, cit., 175.

La più immediata conseguenza di siffatta impostazione si è così sostanziata in un'ampia libertà di manovra rimessa all'Esecutivo, il quale però, ciononostante, non ha saputo offrire quei definitivi responsi alle istanze regolative lasciate insolute dalla legge delega. In particolare, dall'esame dei due decreti attuativi che più da vicino se ne sono occupati è emerso come un maggiore sforzo definitorio sia stato certamente compiuto, benché il medesimo non abbia ancora consentito di pervenire a delle risultanze ultime. In effetti, l'attenzione è stata piuttosto particolarmente rivolta all'aspetto procedimentale, ossia all'individuazione del soggetto e delle modalità per giungere alla determinazione dei parametri *standard*. Atteso che, come più volte rammentato, le svolte in tal senso compiute dal legislatore delegato, lungi dall'avere una mera valenza tecnica, siano destinate ad incidere direttamente sulla portata, e prima ancora sulla effettività, delle soglie di tutela dei diritti e delle prestazioni da riconoscersi e garantirsi alla collettività, non poche riserve possono dunque avanzarsi in relazione tanto alla scelta di rinunziare all'estroflessione di un proprio potere regolativo diretto, per affidarlo ad una figura in alcun modo rappresentativa della volontà popolare, quanto all'opzione di escludere dal sistema di computo l'utilizzo di elementi ulteriori, rispetto a quello capitario, che avrebbero consentito la ricostruzione di valori maggiormente oggettivi e calibrati, imperniati su una logica di piena tutela delle posizioni giuridiche soggettive e non solo su quella di un mero contenimento delle spese, come a tratti è parso emergere dal modo in cui le esaminate disposizioni sono state concepite.

# GIURISPRUDENZA CEDU E GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE SUI DIRITTI SOCIALI A CONFRONTO

di Andrea Guazzarotti

Sommario: 1. La tutela dei diritti sociali nella CEDU: quando la diversità dei "cataloghi costituzionali" conta. – 2. Il sindacato di eguaglianza e di proporzionalità sui diritti sociali garantiti a livello nazionale.

## 1. La tutela dei diritti sociali nella CEDU: quando la diversità dei "cataloghi costituzionali" conta

Nonostante la CEDU si incentri prevalentemente, se non esclusivamente, sulla tutela dei diritti civili e politici, la Corte EDU ha sviluppato una giurisprudenza non insignificante su quelli che, con molta approssimazione, possono chiamarsi "diritti sociali". Il precedente più citato, in materia, è il noto caso *Airey*, ove la Corte ebbe modo di affermare che, «sebbene (la Convenzione) enunci essenzialmente diritti civili e politici, molti di questi hanno delle implicazioni di natura economica o sociale. (...) (N)essuna barriera impermeabile separa i diritti socio-economici dall'ambito coperto dalla Convenzione»[1].

I limiti del catalogo, sommati ad altre differenze strutturali di fondo, rendono la giurisprudenza CEDU sui diritti sociali sensibilmente diversa da quella della nostra Corte costituzionale. L'analisi "sinottica" di alcuni casi di entrambe le giurisdizioni può chiarire tale differente filosofia di fondo.

Il caso *N. c. Regno Unito*[2] riguardava una questione politicamente scottante, perché relativa al potere degli Stati di gestire l'immigrazione clandestina. Il caso era originato dall'espulsione di un malato di AIDS verso un Paese di provenienza così povero da non garantire cure adeguate e anzi da far presagire l'elevato rischio di degenerazione della malattia e di morte dello straniero da espellere. Il che potrebbe equivalere persino ad esporre quest'ultimo al rischio di subire trattamenti disumani e degradanti ai sensi dell'art. 3 CEDU. L'unico precedente della Corte, non senza ambiguità, aveva riconosciuto la violazione di tale norma in un caso d'espulsione di una malata di AIDS, la quale si trovava in uno stadio terminale della malattia e usufruiva delle cure

[1] Caso *Airey c. Irlanda*, sent. del 9 ottobre 1979, § 26 (in tema di gratuito patrocinio, derivato dal generico diritto al "giusto processo", ex art. 6.1 CEDU).

[2] Caso *N. c. Regno Unito* (GC), 27 maggio 2008.

(gratuite) di un centro per l'assistenza alle ultime fasi di vita[3]. Nel caso successivo, però, il quadro non era altrettanto grave e la Corte ha affermato di non poter impedire l'espulsione verso Paesi in cui è comunque *astrattamente* possibile reperire cure contro l'AIDS e di dover prescindere dal fatto che si tratti di cure fornite solo alla piccola parte della popolazione economicamente in grado di procurarsele. Il Governo britannico, convenuto in entrambi i casi, eccepiva nel secondo giudizio che la tutela offerta dall'art. 3 CEDU, per la sua assolutezza, mal si concilia con disposizioni sull'assistenza sanitaria contenute in strumenti internazionali *come la Carta sociale europea*, la cui natura è meramente *programmatica* e non attribuisce al singolo diritti azionabili[4]. Il Governo aggiungeva che ammettere la tutela dell'assistenza sanitaria attraverso la «porta sul retro» dell'art. 3 sarebbe totalmente contrario all'*original intent* della Convenzione. La risposta della Corte sul punto è assai cauta: invertendo l'ordine della citazione del caso *Airey*, cit., (e con esso, il senso), la Corte ricorda come, «sebbene molti dei diritti [della Convenzione] abbiano implicazioni di natura sociale o economica, la Convenzione è essenzialmente diretta alla protezione di diritti civili e politici»; «l'articolo 3 non impone agli Stati contraenti l'obbligo di alleviare le disparità [esistenti tra Stati ricchi e stati poveri, in materia di assistenza sanitaria] garantendo cure gratuite e illimitate a tutti gli stranieri irregolari presenti nel proprio territorio. Affermare il contrario farebbe gravare sugli Stati contraenti un fardello troppo grande»[5]. Gli apologeti dell'avvento di una Corte europea "dei diritti sociali" hanno parlato di una decisione con cui *l'indivisibilità dei diritti, affermata nel caso Airey, viene malmenata* dalla Corte[6]. Ma il giudizio, per non tener conto del "contesto" in cui si muove la Corte, appare eccessivamente *tranchant*.

La Corte EDU, in sostanza, era chiamata a piegare l'art. 3 CEDU (divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti) al fine di garantire la tutela della salute quale diritto inviolabile dell'uomo, come tale posseduto anche dagli stranieri irregolari. Di una questione perfettamente sovrapponibile si è occupata anche la nostra Corte costituzionale, nella sentenza n. 252/2001. In tale decisione, la Consulta ha riconosciuto la natura incondizionata di "un nucleo irriducibile del diritto alla salute", in quanto "ambito inviolabile della dignità umana", come tale da garantirsi anche agli stranieri irregolari. Cosa che, del resto, è espressamente enunciata dal T.U. sugli stranieri, laddove prevede la garanzia di cure "urgenti o comunque essenziali" anche agli irregolari[7]. La

[3] Caso *D. c. Regno Unito*, 2 maggio 1997.

[4] Caso *N. c. Regno Unito*, cit., §24.

[5] Ivi, §44.

[6] J.-P. Marguénaud, J. Mouly, *L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux*, in *Recueil Dalloz* 2009, p. 742, n. 11.

[7] Assieme con il divieto di segnalazione all'autorità degli stranieri irregolari che accedono alle strutture sanitarie. Cfr., rispettivamente, gli artt. 2 e 35, co. 3, del T.U., e l'art. 35, co. 5.

Corte, desumendone un *favor* legislativo per la tutela della salute, ne deduce la possibilità di ritenere coperta la garanzia non solo di situazioni "urgenti" bensì anche di altro tipo, purché appunto "essenziali". Una simile interpretazione del giudice costituzionale italiano vale a rigettare la richiesta di una declaratoria d'incostituzionalità diretta a colpire la normativa sulle espulsioni laddove non prevede *un divieto di espulsione per il soggetto che si trovi nella necessità di usufruire di una terapia essenziale per la sua salute*. Per la Corte costituzionale, una simile tutela esiste già tra le pieghe delle disposizioni del T.U. sugli stranieri, per cui non andrebbe eseguita l'espulsione «di un soggetto che potrebbe subire, per via dell'immediata esecuzione del provvedimento, un irreparabile pregiudizio [al diritto costituzionale alla salute]»[8].

Come si vede, mentre la nostra Corte può agevolmente pronunciarsi sul diritto costituzionale alla salute, la Corte EDU può garantirlo solo di riflesso, nella misura in cui la sospensione delle cure terminali allo straniero da espellere, per il momento in cui viene a cadere, si traduce in un provvedimento inutilmente e gravemente afflittivo[9]. Più una garanzia della "buona morte", dunque, che un diritto alla salute inviolabile nel suo nucleo duro. A tal fine, non rileva la astratta situazione di povertà e carenza di cure per gli indigenti che caratterizza il Paese di destinazione dell'espulsione, accontentandosi la Corte EDU che in tale Paese sussista l'astratta possibilità di procurarsi le cure per la malattia in questione, ma prescindendo dalle probabilità concrete che tali cure vengano effettivamente godute dallo straniero espulso[10]. La Corte EDU, in altre parole, si occupa solo "di riflesso" della salute del ricorrente, che scatta *solo* come corollario del divieto di infliggere, anche indirettamente e non intenzionalmente, trattamenti disumani all'individuo.

Altra comparazione di casi sovrapponibili può aversi in materia di pensioni sociali. Dinanzi alla Corte EDU è stato sostenuto che l'assenza di una pensione sociale e/o di qualsiasi altra forma di sostegno economico pubblico che possa sottrarre l'individuo alla fame e all'indigenza si tradurrebbe inevitabilmente nell'abbandono dell'individuo a una condizione "inumana e degradante" per opera dello Stato inerte, cioè ancora una volta nella violazione dell'art. 3 CEDU[11]. Una simile interpretazione è stata fatta propria, a parole, dalla Corte EDU: «*a wholly insufficient amount of pension and social benefits may raise an issue under Article 3 of the Convention*»[12]. Strasburgo, però,

[8] Corte cost. sent. n. 225/2001, cit., § 5.

[9] Caso *D. c. Regno Unito*, cit., § 51ss.

[10] *Ibidem*.

[11] Cfr. F. Sudre, *Misère et Convention européenne des Droits de l'homme*, in *Revue Quart Monde,* N°151 - *Droits humains, affaire de citoyens*, 1994; Id., *La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme: un exercice de 'jurisprudence fiction'?*, in *R.T.D.H.*, 2003, 760 s.

[12] Caso *Larioshina c. Russia* (dec.), 23 aprile 2002. In termini ancor più pregnanti, la Corte

si rifiuta di indagare sulla *astratta* inadeguatezza della misura della pensione sociale (o provvidenze simili) di cui è titolare il ricorrente, bensì pretende la prova della *concreta* condizione di estrema indigenza del ricorrente e il nesso di causalità tra basso ammontare della pensione ed eventuale situazione di degrado psico-fisico lamentata[13]. Opposto è l'approccio della Corte costituzionale italiana, che può disporre dell'art. 38 Cost. e della garanzia ivi sancita del diritto *al mantenimento e all'assistenza sociale*. Un caso per tutti che bene si staglia contro la giurisprudenza di Strasburgo è quello dell'inadeguatezza economica dell'indennizzo contro la disoccupazione involontaria, deciso dalla sentenza n. 497/1988, laddove la Corte utilizza direttamente l'art. 38, co. 2, per affermare l'incostituzionalità della normativa nel punto in cui non prevedeva un meccanismo di adeguamento del valore monetario contro l'erosione da svalutazione. Per la Consulta è sufficiente l'*astratta* inadeguatezza del trattamento economico, che nel caso in questione viene ritenuta "indubbia"[14]. Vale la pena notare come la Corte riconduca una simile provvidenza sociale ai "diritti fondamentali della persona", ex art. 2 Cost[15]. Altrettanto interessante la sentenza sul divieto di cumulo tra pensione di vecchiaia e di invalidità sopravvenuta (n. 88/1992), ove la Corte afferma che l'art. 38 Cost. «richiede che la solidarietà collettiva non si limiti ad intervenire soltanto allorquando i redditi cumulati dei coniugi siano talmente contenuti da consentire loro una condizione di vita assolutamente modesta»[16]. Come si vede, quanto di più lontano dalle elevate se non inattingibili soglie di gravità della concreta situazione del ricorrente pretese da Strasburgo sull'art. 3 della Convenzione.

Per concludere questa parte della "sinossi", vale la pena di notare in che modo la Corte EDU ha riconosciuto tutela "indiretta" al diritto di sciopero, attraverso la garanzia di uno dei pochi "diritti sociali" espressamente enun-

ha affermato di non poter escludere la responsabilità dello Stato, ex art. 3, «where an applicant, in circumstances wholly dependent on State support, found herself faced with official indifference when in a situation of serious deprivation or want incompatible with human dignity» (*Budina c. Russia* (dec.), 18 giugno 2009). Il caso *Budina*, cit., è significativamente utilizzato dalla Corte per affermare che, sebbene l'art. 8 CEDU non garantisca alcun "diritto all'abitazione", «an obligation to secure shelter to particularly vulnerable individuals may flow from Article 8 of the Convention in exceptional cases» (*Yordanova e altri c. Bulgaria*, del 24 aprile 2012, § 130).

[13] Caso *Kutepov and Anikeyenko c. Russia*, 25 ottobre 2005, § 62; *Budina c. Russia*, cit. Nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, GC, 21 gennaio 2011, § 249 ss., la Corte ha riconosciuto la violazione dell'art. 3 da parte della Grecia nei confronti di un richiedente asilo abbandonato completamente a condizioni di totale precarietà dalle autorità pubbliche, rilevando come i rapporti del Commissario sui Diritti dell'Uomo del Consiglio d'Europa e dell'Alto Commissariato sui Rifugiati delle Nazioni Unite accertino la *notorietà* della condizione di precarietà e vulnerabilità dei richiedenti asilo in Grecia.

[14] Corte cost. n. 497/1988, cit., §5.

[15] *Ibidem*.

[16] Corte cost. sent. n. 88/1992, §6.

ciati dalla Convenzione: il diritto a dar vita a sindacati e ad aderirvi *per la tutela dei propri interessi* (art. 11). Prima della fondamentale svolta avutasi prima con il caso *Demir*, sulla contrattazione collettiva, e poi con il caso *Enerji Yapi*, sullo sciopero,[17] la Corte di Strasburgo era solita affermare che dall'art. 11 non era possibile estrapolare specifiche modalità di azione sindacale per ritenerle comprese nella generica tutela del diritto a fondare sindacati e di aderirvi, essendo sufficiente che l'ordinamento statale garantisse, *in un modo o nell'altro*, il diritto dei sindacati di "far sentire la propria voce"[18]. Ispirata da tale filosofia di fondo, la Corte ha risolto un caso di sciopero di alcune categorie del pubblico impiego in Turchia riconoscendo che l'irrogazione di sanzioni agli aderenti allo sciopero aveva costituito una violazione dell'art. 11. Ciò perché lo Stato convenuto non aveva dimostrato l'esistenza di *altri* strumenti pacifici con cui il sindacato avrebbe potuto difendere i diritti degli impiegati pubblici ad esso iscritti; la legislazione turca, infatti, vietava in modo *generale* le azioni collettive di tale categoria di lavoratori[19]. Come si vede, ancora una volta lo strumentario della Corte EDU è più limitato di quello offerto dall'art. 40 Cost. alla Corte costituzionale italiana, che ha potuto garantire ai pubblici impiegati la garanzia del diritto di sciopero senza ricorrere a simili logiche da *extrema ratio*[20].

L'approccio prudente di Strasburgo sull'uso "diretto" della Convenzione per tutelare i diritti sociali, più che con omologhi casi della nostra Corte costituzionale, sembra fare il paio con alcune decisioni della Corte suprema degli Stati Uniti, nel periodo di "riflusso" della *Burger Court* che seguì al *New Deal* di Roosevelt (e alla *Warren Court*)[21]. Il che è assai indicativo.

[17] Cfr. i casi *Demir e Baykara* c. *Turchia*, GC, sent. del 12 novembre 2008; *Enerji Yapi - Yol Sen c. Turchia,* del 21 aprile 2009, cui ha fatto seguito il caso *Danilenkov e altri* c. *Russia*, del 30 luglio 2009.

[18] A partire dal caso *Schmidt and Dahlström* c. *Svezia*, cit. Cfr. A. Guazzarotti, *Articolo 11*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla CEDU*, Padova 2012, 447.

[19] Caso *Karaçay c. Turchia*, 27 marzo 2007, § 28 (in termini omologhi, *Satılmış e altri c. Turchia*, 17 luglio 2007).

[20] C. cost. n. 123/1962; 31/1969; 4/1977, che pure sono state criticate per i limiti applicati allo sciopero nei servizi pubblici essenziali: V. Onida, *Luci e ombre nella giurisprudenza costituzionale in tema di sciopero*, in *Giur. cost.*, 1969, 898 ss.; L. Carlassare, *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero*, in *Giur. cost.*, 1977, 259ss.

[21] Cfr. il caso *San Antonio School District v. Rodgriguez*, 411 U.S. 1 (1973), ove la Corte Suprema si rifiutò di colpire la discriminatorietà di una legge di finanziamento delle scuole pubbliche che favoriva i distretti più ricchi: negando che il diritto all'istruzione avesse natura di diritto costituzionale, essa ammise che solo il *totale* diniego di «*educational opportunities*» avrebbe potuto rilevare ai fini di un'indiretta violazione di diritti costituzionali espressi (come l'effettivo godimento del diritto di voto): cfr. C. Sunstein, *The Second Bill of Rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*, NY 2004, p. 165.

## 2. Il sindacato di eguaglianza e di proporzionalità sui diritti sociali garantiti a livello nazionale

Il rapido e parziale *excursus* svolto sopra dovrebbe far comprendere come esistano dei limiti "strutturali" nella Convenzione, delle "rigidità", che impediscono a Strasburgo di offrire una tutela paragonabile a quella offerta da una Corte costituzionale come la nostra, dotata di un ben più ricco catalogo di diritti. In realtà, il fenomeno è in parte sovrapponibile a quanto già da tempo verificatosi in Italia. Molti diritti sociali contemplati in Costituzione posso essere scissi in due dimensioni: una dimensione senz'altro innovativa rispetto allo Stato di diritto liberale (diritti "a prestazioni" pubbliche, libertà "positive"), l'altra perfettamente omologa alla concezione liberale dei diritti, quella cioè che intende questi ultimi come "libertà negative". Lo sciopero, ad esempio, assume questi connotati, una volta garantito in Costituzione: non sono ammesse restrizioni arbitrarie da parte delle autorità *e dallo stesso legislatore*, che pure può disciplinarne le modalità e i limiti (art. 40 Cost.)[22]. Tanto è vero che la Corte costituzionale, con qualche difficoltà, è riuscita ad affermare l'immediata applicabilità dell'art. 40 senza dover attendere l'intervento legislativo (che del resto si è poi limitato al solo ambito dello sciopero nei servizi pubblici essenziali)[23]. Analoga duplicità di natura presenta il diritto alla salute: da un lato, diritto all'organizzazione pubblica sanitaria, da un altro lato, diritto a non subire illecite intromissioni da parte di chicchessia, privati o pubblica amministrazione[24]. Ne è conseguito un uso "privatistico" dell'art. 32 Cost. da parte della dottrina e dei giudici comuni, impegnati a costruire la teorica della risarcibilità del danno alla salute con l'avallo della stessa Corte costituzionale[25].

A questo punto, potremmo dire che la Corte EDU ha (o potrebbe avere) giurisdizione su questo secondo versante dei diritti sociali, che risultano da

[22] Cfr. A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. giur*. XII, 1989, 18.

[23] L. n. 146/1990 (cfr. R. Nania, *Sciopero e sistema costituzionale*, Torino, 1995).

[24] A. Baldassarre, *op. cit*., p. 13 e 25s.; M. Luciani, *Diritto alla salute*, in *Enc. giur.*, 1991, XXVII, p. 4ss.; G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/1981, p. 776 ss.; C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000, 15ss.; P. Carrozza, *Riforme istituzionali e sistemi di welfare*, in M. Campedelli, P. Carrozza, L. Pepino, *Diritto di welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Bologna, 2010, p. 211s.

[25] Cfr. Cass, SS.UU. nn. 796/1973; 5172/1979; Trib. Genova, sent. 25 maggio 1974, in *Giur. it.* 1975, I, 2, 54ss. (con nota di M. Bessone, Roppo, *Lesione dell'integrità fisica e "diritto alla salute"*, ivi, 53ss); G. Alpa, *Danno "biologico" e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 della Costituzione*, in *Giur. it*. 1976, I, 2, 446. Per la giurisprudenza costituzionale, cfr. Corte cost. sentt. nn. 88/1979, 184/1986, 559/1987 (cfr. G. B. Ferri, *Il risarcimento del danno biologico nel sistema della responsabilità civile*, in *Giur. cost.,* 1986, 1722 ss.). Critico su una simile prassi interpretativa dell'art. 32 risultò però V. Crisafulli, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, 563 s.

essa tutelabili nella misura in cui si presentano nella loro veste "liberale", cioè assumendo i connotati di "libertà negative"[26]. Non stupisce, allora, la nutrita giurisprudenza di Strasburgo in tema di danno alla salute e di connessa tutela ambientale, ricondotta sotto l'ampio ombrello dell'art. 8 e del diritto alla vita privata e familiare[27], ovvero sotto la garanzia del diritto alla vita, ex art. 2[28]. Né stupisce trovare, nella giurisprudenza della Corte EDU, persino la proclamazione di un diritto come il "diritto al lavoro" (espressamente previsto dalla Carta sociale europea all'art. 1, par. 2 e, ovviamente, dall'art. 4 della nostra Costituzione). Ciò perché, appunto, si tratta della dimensione puramente "negativa" di tale diritto, inteso quale *libertà di scelta di un'attività lavorativa o di una professione*[29] che vale come limite al potere legislativo statale di sanzionare determinati soggetti attraverso l'interdizione di molte (troppe) professioni[30].

V'è tuttavia un ambito in cui lo sviluppo della giurisprudenza di Strasburgo non può confinarsi a tale visione "tradizionale" dei diritti e delle libertà: si tratta dell'uso del sindacato di eguaglianza e, più in generale, di ragionevolezza cui la Corte di Strasburgo ricorre per colpire misure statali volte a restringere o negare provvidenze di natura squisitamente sociale. Il fenomeno è sovrapponibile a quanto già verificatosi molti anni prima nella giurisprudenza della Corte Suprema statunitense, anch'essa alle prese con un catalogo costituzionale dei diritti "monco" di quelli sociali. Onde poter estendere alle prestazioni sociali post *New Deal* la garanzia della *Due Process Clause*, la Corte Suprema prese a qualificare tali prestazioni come "*new property rights*", omologhe ai diritti proprietari quanto alla possibilità di giustiziare gli arbitri o le discriminazioni compiute (non solo e non tanto dalla

[26] Cfr., in riferimento all'art. 11 e ai diritti sindacali, G. Romeo, *Civil Rights v. Social Rights nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: c'è un giudice a Strasburgo per i diritti sociali?*, in L. Mezzetti, A. Morrone, *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, Torino, 2011, 499 s.

[27] Cfr. i casi *López Ostra c. Spagna*, 9 dicembre 1994 ; *Guerra e altri c. Italia*, 19 febbraio 1998; *Hatton e altri c. Regno Unito*, GC, 8 luglio 2003; *Di Sarno e altri* c. *Italia*, sent. 10 gennaio 2012 (sulla vicenda dei rifiuti in Campania). Cfr. C. Pitea, Articolo 8, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla CEDU*, Padova, 2012, 349 ss.

[28] Cfr. il caso *G.N. e altri c. Italia*, 19 dicembre 2009, e i precedenti ivi rassegnati. In questa decisione, la Corte ha stabilito l'obbligo statale di predisporre un quadro regolamentare che imponga alle strutture ospedaliere l'adozione di tutte le misure atte ad assicurare la protezione della vita dei pazienti (§80). Per gli obblighi sostanziali e procedurali relativi a decessi causati da rischi ambientali, cfr. il caso *Öneryildiz c. Turchia*, GC, 30 novembre 2004 (cfr. F. Bestagno, *Articolo 2*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla CEDU*, cit., 46 ss.).

[29] A. Baldassarre, *op. cit*., 15.

[30] Cfr. i casi *Sidabras e Džiautas* c. *Lituania*, del 27 luglio 2004; *Rainys e Gasparavičius* c. *Lituania*, del 7 aprile 2005 (sulle incapacità professionali degli ex membri del KGB); *Campagnano* c. *Italia*, *Albanese* c. *Italia* e *Vitiello* c. *Italia*, tutti del 23 marzo 2006 (sulle incapacità professionali dei falliti).

p.a. bensì) dai legislatori statali che ne disciplinavano l'erogazione[31]. Come per la Corte Suprema, anche per la Corte EDU si tratta di provvidenze che la Convenzione *non può imporre* agli Stati membri, ma che una volta istituite, nella misura in cui cadono sotto il cono d'ombra del *diritto al godimento dei propri beni* (art. 1, Prot. I), devono poter fruire della garanzia di Strasburgo sotto il profilo dell'arbitraria o discriminatoria negazione, quantificazione o revoca. Ciò avviene il più delle volte combinando l'art. 1, Prot. I, con l'art. 14 CEDU (divieto di discriminazioni)[32], ma spesso lo si trova anche all'interno della garanzia del solo art. 1, Prot. I[33].

Altra norma che ben si presta alla tecnica in questione è quella dell'art. 8, ossia della tutela della vita privata e familiare. Così, ad es., i congedi parentali non possono certamente corrispondere a obblighi positivi derivanti dal rispetto della vita familiare (che, come "libertà negativa", non può imporre simili prestazioni a carico degli Stati), ma una volta riconosciuti nella legislazione statale essi hanno necessariamente un'influenza sulla vita familiare, come intesa dall'art. 8 CEDU, e ciò basta per poter applicare il sindacato d'eguaglianza ai sensi dell'art. 14 CEDU (che, come noto, garantisce la non discriminazione *nel godimento* dei diritti espressamente garantiti dalla Convenzione, anche quando *nessuna* violazione di questi ultimi si sia verificata)[34].

Per vedere come le cose cambino sensibilmente sotto questo nuovo angolo prospettico, si prenda un caso materialmente sovrapponibile a quelli sopra rassegnati in tema di pensioni sociali e simili. Nel caso *Moskal*, alla ricorrente era stato dapprima concesso e poi revocato il pensionamento anticipato rico-

[31] Cfr. C. Sunstein, *op. cit.*, 156 ss.; per altri riferimenti dottrinari, cfr. G. Romeo, *op. cit*., 501s.

[32] Cfr. G. Romeo, *op. cit*., 496 s.

[33] In verità, esattamente come accadde nella giurisprudenza della Corte Suprema, tutto inizia con l'includere entro la garanzia del giusto processo (art. 6.1 CEDU) anche il diritto al gratuito patrocinio per i non abbienti: è l'oggetto del tanto citato caso *Airey c. Irlanda*, cit. Per la giurisprudenza della Corte Suprema USA, cfr. *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956); *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963); *Douglas v. California*, 372 U.S. 353 (1963); *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971). In *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970), la Corte Suprema concluse che i "*welfare benefits*" valgono come una sorta di "*new property*" al fine di far scattare la garanzia costituzionale della "*due process clause*" (cfr. C. Sunstein, *op. cit*., 161 ss.). La teorizzazione dei diritti sociali come "*new properties*" si deve a C. Reich, *The new property*, in *The Yale Law Journal*, 1964, Vol. 73, No. 5, 733 ss., su cui cfr. S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, II ed., Bologna, 1990, 47 ss. Per la giurisprudenza CEDU che inaugurò l'applicabilità del giusto processo (art. 6.1) anche a controversie in materia di prestazioni sociali, cfr. i casi *Feldbrugge c. Paesi Bassi*, 29 maggio 1986; *Salesi c. Italia*, 26 febbraio 1993; *Mennitto c. Italia*, 5 ottobre 2000 (cfr. G. Romeo, *op. cit*., 493 s.).

[34] Cfr. il caso *Konstantin Markin v. Russia* [GC], 22 marzo 2012,§130. Sull'art. 14 CEDU, cfr. G.P. Dolso, *Articolo 14*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla CEDU*, cit., 519 ss.

nosciuto dalla legislazione polacca ai genitori di figli affetti da gravi malattie[35]. Ritenuta la posizione giuridica della ricorrente *sul piano interno* quale *diritto* a godere di tale beneficio (non mera concessione puramente discrezionale), la Corte la qualifica come aspettativa economicamente tutelata ai sensi dell'art. 1, Prot. I, per sindacare la proporzionalità della misura restrittiva (la revoca). Trattandosi della revoca di un provvedimento adottato per errore commesso dalla stessa p.a. (senza corresponsabilità della ricorrente), la Corte ritiene che il disagio subito dalla ricorrente (improvvisamente privata della sua unica fonte di sostentamento per sé e la famiglia), aggiunto al rischio potenziale di non trovare alcun nuovo impiego, abbia rappresentato una restrizione sproporzionata al diritto in questione, con ciò violandosi l'art. 1, Prot. I[36]. Come si vede, in tale differente contesto la Corte non ha paura di essere troppo aperta alle istanze "sociali" dei ricorrenti; essa si accontenta di valutare rischi "potenziali" della povertà e non chiede alcuna "*probatio diabolica*" in proposito, a differenza di quanto visto per l'art. 3 CEDU. Ciò perché, a monte di tutto, Strasburgo rassicura gli Stati che *nessuna* prestazione del tipo di quella in causa possa mai discendere dalla Convenzione e dall'art. 1, Prot. I, *di per sé*. La Convenzione si applica, invece, solo perché lo Stato in questione ha garantito, nella sua più ampia discrezionalità, benefici sociali costruiti come veri e propri diritti sul piano interno (una volta accertati certi requisiti di legge, all'interessato il beneficio non può essere negato)[37]. Qualcosa di analogo lo si registra anche nel precedente caso *Koua Poirrez*, ove il Governo convenuto sosteneva che, pur avendo negato alla categoria cui apparteneva il ricorrente un determinato beneficio sociale (assegno di invalidità, non riconosciuto a determinate tipologie di stranieri extracomunitari), al ricorrente veniva *comunque* riconosciuta una diversa provvidenza sociale che garantiva il c.d. "reddito minimo d'inserimento"[38]. La Corte, senza alcun riguardo per simile obiezione, afferma la violazione del principio di non discriminazione in relazione all'art. 1, Prot. I, con ciò imponendo allo Stato di riconoscere al ricorrente il beneficio sociale in questione[39]. Le esemplificazioni di tale diversità di approccio giurisprudenziale potrebbero continuare a lungo[40].

[35] Caso *Moskal c. Polonia*, 15 settembre 2009.

[36] Ivi, § 73s.

[37] Ivi, § 40. Cfr. anche i casi *Zeibek c. Grecia*, 9 luglio 2009; *Andrejeva c. Lettonia*, GC, 18 febbraio 2009.

[38] Cfr. il caso *Koua Poirrez* c. *Francia,* 30 settembre 2003, § 43.

[39] Ivi, § 47ss. Cfr. anche il caso, in parte sovrapponibile, *Andrejeva c. Lettonia*, GC, 18 febbraio 2009, ove il Governo eccepiva, senza successo, la natura non "essenziale" della prestazione sociale contesa (§68).

[40] Si confronti il caso *Gheorghe c. Romania*, dec. del 22 settembre 2005 (irricevibilità), ove la Corte ha escluso l'invocabilità dell'art. 2 (diritto alla vita) isolatamente considerato, con il caso *G.N. c. Italia*, cit., ove tale articolo veniva invocato (anche) in combinato disposto con

Quello della Corte EDU non è, invero, un approccio tanto lontano da quello della nostra Corte costituzionale, la cui giurisprudenza sull'art. 3 e sul principio di eguaglianza e ragionevolezza è incommensurabilmente più frequente di quella incentrata sulla violazione frontale del singolo diritto sociale[41]. V'è però un cruciale distinguo. La nostra Costituzione abilita la Corte costituzionale a parlare, in certi casi, di "irretrattabilità" delle provvidenze legislative già apprestate, perché corrispondenti alla sola implementazione vigente di determinati diritti sociali costituzionalmente garantiti[42]. Si è visto, invece, che per la Corte di Strasburgo, almeno in teoria, tale "irretrattabilità" non sussiste. Essa non si stanca di rammentare, infatti, che gli Stati non sono obbligati a instaurare sistemi di sicurezza sociale, ai sensi della Convenzione. Semmai, la Corte EDU si occupa della (relativa) "irretrattabilità" di provvidenze concretamente erogate da parte della p.a. (come nel caso *Moskal*, cit.), ma si tratta evidentemente di questioni diverse. V'è tuttavia un argomento generale e assai impegnativo speso da Strasburgo per attrarre sotto il manto della tutela proprietaria anche le prestazioni sociali di tipo non contributivo. «*In the modern, democratic State, many individuals are, for all or part of their lives, completely dependent for survival on social security and welfare benefits. Many domestic legal systems recognise that such individuals require a degree of certainty and security, and provide for benefits to be paid (...) as of right. Where an individual has an assertable right under domestic law to a welfare benefit, the importance of that interest should also be reflected by holding Article 1 of Protocol No. 1 to be applicable*»[43]. Dinanzi a una simile,

l'art. 14. Nel primo caso la Corte ha ritenuto che, per deplorevole che fosse, l'assenza di una determinata prestazione sanitaria in grado di contenere l'evoluzione della malattia del ricorrente rientrava tra le scelte statali da compiere in termini di priorità e risorse finanziarie limitate; nel secondo caso, invece, la Corte ha riconosciuto il diritto all'indennizzo per le malattie (gravi o mortali) contratte a seguito di trasfusioni di sangue contaminato operate dal servizio sanitario, non ritenendo conferente l'obiezione dell'Italia secondo cui l'esclusione dall'indennizzo di una categoria di beneficiari era giustificabile per ragioni di finanza pubblica (§129ss.).

[41] Cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 52ss.; 161s.

[42] Cfr. C. cost. n. 106/1992 (ove la Corte parla di «*vulnus* nascente dalla negazione di un diritto in precedenza riconosciuto in attuazione del programma solidaristico di cui all'art. 38 della Costituzione»); in termini analoghi, Corte cost. sent. n. 80/2010. La Corte ha, poi, ritenuto inammissibile la mera abrogazione (per via di referendum) di determinati istituti di sicurezza sociale, invocando l'indefettibilità della tutela legislativa approntata ai corrispondenti diritti sociali (Corte cost. sentt. nn. 36, 42 e 49 del 2000). I diritti sociali sarebbero strumenti più efficaci del principio d'eguaglianza per reagire allo smantellamento legislativo dello stato sociale: M. Luciani, *Sui diritti sociali*, cit., 576. Cfr. anche B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano 2001, 197 s., che parla di «protezione privilegiata da parte della costituzione [dei diritti sociali] proprio in quanto *attuazione realizzata*» [dalla legge ordinaria].

[43] Caso *Stec*, *Stec e altri* c. *Regno Unito*, GC, (dec. ammissibilità) del 6 luglio 2005, § 51; caso *Moskal*, cit., § 39. Il passo riecheggia tanto la teoria di Reich sulle "*new properties*" (N.

drammatica, osservazione circa la dipendenza della sopravvivenza di molti individui dal *welfare* pubblico, non potrebbe affermarsi che la dottrina della "irretrattabilità" dei diritti sociali (almeno di alcuni) abbia cittadinanza anche nella CEDU? Fra l'altro, la Corte europea ha sempre affermato di guardare a come lo Stato disciplina certe provvidenze. Ma se uno Stato come il nostro avesse non solo nella legislazione bensì anche nella sua Costituzione il chiaro riconoscimento di un diritto sociale (ritenuto come non meramente "programmatico"), non potrebbe la Corte di Strasburgo valorizzare tale peculiarità interna[44] per affermare che l'affidamento ingenerato da un simile assetto costituzionale in determinate categorie di cittadini non può essere semplicemente travolto dal legislatore nazionale intento a smantellare lo Stato sociale?[45] In altre parole, le "legittime aspettative" verso prestazioni sociali azionabili come "diritti" ai sensi dell'art. 1, Prot. I, non potrebbero essere anche quelle disciplinate nell'ordinamento nazionale a livello di meri "principi" costituzionali?

GRIGOLETTO, *Le "nuove proprietà" e i "nuovi beni" in una prospettiva costituzionale*, Tesi del Dottorato di ricerca in Diritto costituzionale XXIII ciclo, Università di Ferrara, 2012, 139), quanto il già citato precedente della Corte Suprema, *Goldberg v. Kelly*, cit., ove può leggersi: «(w)elfare, by meeting the basic demands of subsistence, can help bring within the reach of the poor the same opportunities that are available to others to participate meaningfully in the life of the community. [Public] assistance, then, is not mere charity, but a means to 'promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity'». E tale passaggio della Corte Suprema, a sua volta, riecheggia un discorso del Presidente F.D. Roosevelt volto a lanciare un "*Second Bill of Rights*" (cfr. C. SUNSTEIN, *op. cit*., 161).

[44] La nostra Costituzione sarebbe un *unicum* quanto ad analiticità del riconoscimento dei diritti sociali: cfr. A. BALDASSARRE, *op. cit*., 13 s.; C. SALAZAR, *op. cit.*, 188.

[45] Cfr. B. PEZZINI, *op. cit*., 192 s., che parla di «aspettative tutelabili» a proposito dei diritti sociali costituzionali sforniti di attuazione legislativa. Sulla giurisprudenza costituzionale che considera come precettive le norme stabilite, in particolare, dall'art. 38, co. 1 e 2, Cost., cfr. A. BALDASSARRE, *op. cit*., 20.

# IL PARADIGMA INCLUSIVO DELLA CITTADINANZA EUROPEA E LA SOLIDARIETÀ TRANSNAZIONALE

di Andrea Lollo

Sommario: 1. Modelli di *Welfare* e confini delle comunità. – 2. Le trasformazioni della cittadinanza europea e il paradigma inclusivo nell'accesso *cross border* ai diritti sociali. – 3. Il volto della solidarietà europea. – 4. Solidarietà transnazionale, *deficit* democratico e destino dell'unione: conclusioni.

## 1. Modelli di *Welfare* e confini delle comunità

L'accostamento tra i modelli di *Welfare* e la delimitazione territoriale dei confini comunitari rappresenta un *topos* nella riflessione giuridica: difatti, si ritiene che i concetti dell'eguaglianza sostanziale e della solidarietà non siano neppure pensabili senza una restrizione delle politiche redistributive ai membri della nazione[1]. Non a caso, *è possibile* cogliere una intima connessione tra l'affermazione di un sofisticato sistema di solidarietà sociale e la costruzione degli Stati nazionali in Europa, con la consustanziale diffusione della cittadinanza nazionale, legata com'è noto ai concetti di appartenenza e identità[2].

Appare pertanto evidente come il processo di denazionalizzazione del diritto[3] e la deterritorializzazione dei confini, politici e giuridici, delle comunità nazionali non solo rischia di incidere sul funzionamento dei moderni modelli statali di *Welfare*, ma involge problemi di più ampio respiro in ordine alle trasformazioni delle comunità politiche sottostanti. Problemi che si acutizzano, com'è naturale, con riguardo alla tutela dei diritti sociali nell'ordinamento europeo.

In effetti, la relazione di D. Tega mette a fuoco in apertura la correlazione esistente tra la tutela dei diritti sociali in Europa e il destino politico dell'Unione, ponendo una serie di interrogativi, che, riprendendo le parole dell'autrice stessa, possono essere così sintetizzati: "adesso che cosa può o deve succedere? L'Unione europea si trova veramente ad un bivio drammatico della sua storia? Se ciò fosse vero l'alternativa sarebbe tra prendere atto della fine

[1] Cfr. S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, 12; J. Halfmann, *Welfare State and Territory*, in M. Bommes-A. Geddes (a cura di), *Immigration and Welfare: Challenging the Borders of the Welfare State*, London, 2000, 34 ss.

[2] Cfr., per tutti, C. Salazar, «*Tutto scorre»: riflessioni su cittadinanza, identità e diritti alla luce dell'insegnamento di Eraclito*, in *Pol. dir.*, 2001, 374 ss.

[3] Cfr. P. Carrozza, *Nazione*, in *Digesto discipl. pubbl.*, vol. XVI, Torino, 1994, 126 ss.

della sua esperienza politica, in concomitanza con il riemergere delle identità nazionali e imboccare, al contrario, la via di una sorta di rigenerazione"[4].

Come si cercherà di argomentare in questo breve intervento, la cittadinanza europea, ed in particolare le mutazioni che essa sta vivendo, possono rappresentare "leibnizianamente" un "perfetto specchio vivente dell'universo" con riguardo al processo di integrazione europeo.

## 2. Le trasformazioni della cittadinanza europea e il paradigma inclusivo nell'accesso *cross border* ai diritti sociali

Congegnata dai Trattati come istituto accessorio[5] ed ancillare[6] rispetto alla cittadinanza nazionale, la cittadinanza europea si è pian piano resa un po' più autonoma rispetto alla prima, tanto da essere destinata a divenire lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri[7]. Ciò ha consentito, peraltro, alla Corte di giustizia di incidere su ambiti materiali gelosamente custoditi dagli Stati membri, quali le condizioni di acquisto e revoca della cittadinanza nazionale[8]. Sicché, come è stato osservato, se è vero che l'accessorio (la cittadinanza europea) non può determinare il principale (la cittadinanza nazionale), è altrettanto vero che il principale finisce per essere condizionato notevolmente dall'accessorio[9].

La giurisprudenza comunitaria ha, in effetti, mostrato in più di un'occasione di voler "prendere sul serio" le situazioni giuridiche collegate alla cittadinanza europea: ciò è accaduto, innanzitutto, con riguardo all'allentamento del limite delle situazioni puramente interne agli ordinamenti nazionali, tradizionalmente costituenti ambiti materiali sottratti alla giurisdizione della Corte di giustizia[10].

[4] Id., *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e politiche e crisi economica*, in *www.gruppodipisa.it*, 2012, 3.

[5] Cfr., per tutti, M. Cartabia, *Cittadinanza europea*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, Aggiornamento, Roma, 1995, 4 ss.

[6] S. Cassese, *La cittadinanza europea e le prospettive di sviluppo dell'Europa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, 870.

[7] Tale affermazione ricorre con una certa frequenza a partire dalla sentenza resa nella causa C 184/99, caso *Grzelczyk*.

[8] Cfr., da ultimo, la sentenza *Janko Rottman* c. *Freeistaat Bayern*, del 2010, in cui la Corte di giustizia osserva come, benché le condizioni di acquisto della cittadinanza nazionale siano determinate dagli Stati nazionali e siano espressione della sovranità di quest'ultimi, nondimeno essi devono osservare nella concessione e nella revoca della stessa il diritto dell'Unione europea. In dottrina, cfr. di recente L. Montanari, *La cittadinanza in Europa: alcune riflessioni sugli sviluppi più recenti*, in *www.rivistaaic.it* 2/2012, 3 ss.

[9] Cfr. F. Dinelli, *Recenti tendenze in materia di cittadinanza europea: oltre il limite delle «situazioni puramente interne» all'ordinamento degli Stati membri*, in *Foro amministrativo. Tar*, 5/2011, 1786.

[10] Cfr., per tutti, U. Villani, *Istituzioni di diritto dell' unione europea*, Bari, 2008, 67 ss.

Sebbene il limite in parola venga "formalmente" ribadito, così come in passato era accaduto con la dottrina dell'*incorporation*[11], una interpretazione estensiva dell'elemento transfrontaliero ha difatti consentito a questa di attrarre nell'ambito applicativo del diritto comunitario materie tradizionalmente a questo sottratte[12]. Le sentenze *Zhu* e *Chen*, la vicenda *Zambrano* e, infine, la decisione sul caso *Mc Charty*[13] rappresentano epifenomeni di un simile *trend* giurisprudenziale, che tuttavia non è per ovvie ragioni qui possibile ripercorrere.

La questione si interseca, com'è noto, con il problema delle "discriminazioni al contrario", che parte della dottrina europeista considera non più tollerabili, auspicando di porvi rimedio mediante la *Drittwirkung* del divieto di discriminazione in base alla nazionalità[14].

Nella più recente giurisprudenza comunitaria si rinvengono, d'altro canto, i primi sintomi di una tale tendenza, che vede il contenuto del diritto di soggiorno rendersi più autonomo rispetto al diritto alla libera circolazione. Il che contribuisce a rendere più simile il contenuto essenziale della cittadinanza europea a quello della cittadinanza nazionale[15].

Non deve tuttavia essere trascurato come una simile tendenza giurisprudenziale possa incidere in modo sempre più netto sul ruolo istituzionale della stessa Corte di giustizia, consentendo a quest'ultima di consolidare il ruolo di giudice

[11] Cfr. M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in Id. (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, 27.

[12] Cfr. A. Arena, *Il limite della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia in presenza di situazioni puramente interne: la sentenza* Sbarigia, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1/2011, 201 ss. Una posizione netta in tema di situazioni puramente interne è stata di recente assunta dall'Avv. generale E. Sharpston nelle conclusioni della causa Zambrano: l'avvocato generale afferma che "a lungo andare, la regola più chiara sarebbe quella che rende la possibile tutela dei diritti fondamentali dell'Unione dipendente non dal fatto che una disposizione del Trattato fosse direttamente applicabile né dal fatto che il diritto derivato sia stato emanato, ma piuttosto *dall'esistenza e dalla portata di una competenza materiale dell'Unione*. Per dirla in altri termini: la regola sarebbe che, purché l'Unione abbia competenza (esclusiva o condivisa) in un particolare settore di diritto, i diritti fondamentali dell'Unione dovrebbero tutelare il cittadino dell'Unione *anche se tale competenza non è stata ancora esercitata*" (punto 163).

[13] Su questa giurisprudenza cfr. R. Calvano, *Cittadini «statici» e diritti diseguali*, in *Giur. cost.*, 3/2011, 2536 ss.; S. Spinaci, *Le sentenze* Zambrano *e* McCarthy *e i nodi irrisolti della cittadinanza europea*, *ivi*, 2542 ss.; D. Gallo, *La Corte di giustizia rompe il vaso di Pandora della cittadinanza europea*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2012, 39 ss.; C. Berneri, *Le pronunce Zambrano e McCarty: gli ultimi sviluppi giurisprudenziali sulle unioni famigliari tra cittadini comunitari ed extracomunitari*, in *Quad. cost.*, 3/2011, 696 ss.; C. M . Cantore, *La sentenza Zambrano della CGUE: una 'rivoluzione copernicana'?*, in *www.dirittocomparati.it.*

[14] In tale direzione si dirigono, peraltro, le conclusioni dell'Avvocato generale E. Sharpston nella causa Zambrano.

[15] Cfr. G. U. Rescigno, *Note sulla cittadinanza*, in *Diritto Pubblico*, 2000, 755, che individua nel diritto di rientrare nel territorio e di rimanervi senza limiti di tempo il contenuto irrinunciabile della cittadinanza nazionale.

dei diritti che si sta ritagliando e di svolgere una funzione che si avvicina molto a quella di un vero e proprio giudice costituzionale. La qual cosa – si noti d'inciso – potrebbe con tutta evidenza produrre un importante effetto propulsivo in ordine all'ambito di applicazione della Carta dei diritti, determinando quindi una ragguardevole diffusione dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo e pertanto una decisa accelerata al processo di integrazione in Europa[16].

L'utilizzo sempre più intenso del principio della parità di trattamento tra i cittadini nazionali, corollario dello *status* di cittadino europeo, ha d'altro canto più di recente consentito alla Corte di giustizia di inferire dalla cittadinanza europea ambizioni inclusive nell'accesso *cross border* ai diritti sociali in favore dei soggetti economicamente non attivi.

Si tratta di una giurisprudenza che desta un particolare interesse. Difatti, com'è noto, agli albori del processo di integrazione comunitaria erano i soli *migranti economicamente attivi*, e in modo particolare i lavoratori subordinati, a beneficiare di uno *status* sociale strettamente legato all'attività economica svolta, mentre i soggetti non produttori di reddito erano in tale contesto cittadini di serie B[17]. Pertanto, costituendo lo *status* occupazionale del soggetto il principale canale di accesso transnazionale alla prestazioni di previdenza e di assistenza sociale[18], la logica dell'integrazione risultava marcatamente commutativa[19], ossia di scambio tra contributo al processo produttivo e piena integrazione socioeconomica, essendo volta a prevenire fenomeni di *dumping* sociale ed altre possibili distorsioni del processo concorrenziale[20].

Una simile logica non risultava tradita, rappresentandone piuttosto uno sviluppo, neppure dalle ambizioni inclusive maturate dalla prima giurisprudenza comunitaria degli anni '80, che, mediante una interpretazione estensiva di alcune norme dei Trattati – segnatamente quella contenente la nozione di lavoratore – e del diritto derivato, ha esteso in modo considerevole la gamma dei destinatari e delle prestazioni sociali, fino a ricomprendere anche prestazioni a carattere non contributivo o di natura assistenziale. Come è stato notato, benché le prestazioni sociali in questione rispondessero ad un'idea di solidarietà redistributiva, e non propriamente commutativa, era difatti pur

[16] Non a caso, l'Avv. E. Sharpston, nelle già richiamate conclusioni alla causa *Zambrano*, richiama proprio la sentenza *Gitlow vs New York*, che ha come noto contribuito in modo decisivo al processo di federalizzazione negli Stati Uniti.

[17] Cfr. S. Amadeo, *Il principio di eguaglianza e la cittadinanza dell'Unione: il trattamento del cittadino europeo "inattivo"*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1/2011, 72 ss.

[18] Cfr. S. Giubboni, *Diritti*, cit., 144; S. Spinaci, *Libertà di circolazione, cittadinanza europea, principio di eguaglianza*, Napoli, 2011, 1 ss.

[19] S. Giubboni, *Diritti*, cit., 149.

[20] Cfr. S. Giubboni, *L'accesso al* welfare *nell'Unione europea, tra cittadinanza e mercato*, in G. Bronzini, V. Picone, *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, 2007, 135.

sempre la funzione economica assolta dal lavoratore all'interno del mercato a costituire titolo di accesso transfrontaliero ai diritti sociali. Sicché, si rimaneva nell'ambito della solidarietà "occupazionale" o "categoriale" [21].

Sennonché, a partire dalla nota sentenza *Martinez Sala*, e poi con la sentenza *Baumbast*, la giurisprudenza comunitaria sui cittadini economicamente inattivi si fa davvero creativa, nel momento in cui consente a tale categoria di cittadini l'accesso, in condizioni di parità con gli altri cittadini, ai diritti sociali anche a costo di "ridimensionare la portata limitativa della condizione di "autosufficienza economica" [22]. Cosicché, l'intreccio tra diritto alla libera circolazione, che si spoglia gradualmente della matrice funzionale, e principio della parità di trattamento, declinato in ambito (non più solo formale, ma) sostanziale, consente alla Corte di giustizia di allargare in modo ragguardevole i limiti originariamente contenuti nelle norme del Trattato e del diritto derivato, sino a rasentare il riconoscimento di un diritto incondizionato di circolazione e soggiorno[23].

Il principio della libera circolazione assume in tale contesto un significato costituzionale, tanto da venire ribaltato l'originario rapporto tra il diritto primario e il diritto derivato: la direttiva n. 38/2004 non attribuisce al cittadino un diritto di circolare e soggiornare, poiché un simile diritto trova fondamento nel Trattati, mentre il diritto derivato ne disciplina i limiti, che come tali sono soggetti allo scrutinio di "costituzionalità" della Corte di giustizia.

### 3. Il volto della solidarietà europea

La giurisprudenza sull'accesso alle prestazioni sociali nel paese ospite dei minori, degli studenti e dei soggetti in cerca di occupazione[24] ha assolto una importante funzione ai fini della diffusione di un certo grado di solidarietà

[21] Cfr. S. Giubboni, *Diritti*, cit., 149.

[22] Per uno sguardo complessivo di tale giurisprudenza cfr. L. Appicciafuoco, *Lo* status *sociale dei cittadini europei economicamente non attivi: una cittadinanza sociale di mercato europeo?*, in E. Triggani (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, 309 ss.

[23] A quel punto, forse, andrebbe però rivista la stessa condizione di autosufficienza economica, che potrebbe collidere con il diritto primario nell'evoluzione del diritto vivente. Un simile contrasto, invero, è stato escluso in via ermeneutica dalla Corte di giustizia nella sentenza *Vatsouras*, in cui la Corte, però, aderendo ad una nozione ampia di lavoratore europeo, ha fornito al giudice nazionale gli strumenti per garantire ai ricorrenti – due cittadini greci che avevano cessato l'esercizio di una attività retribuita – di ottenere il vantaggio sociale controverso, facendoli rientrare nella categoria di disoccupati.

[24] Cfr. L. Raimondi, *Circolazione degli studenti universitari e principio di non discriminazione nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in E. Triggiani (a cura di), *Le nuove frontiere*, cit., 309 ss.; P. Gargiulo, *La cittadinanza sociale europea tra mito e realtà*, *ivi*, 229 ss.; N. Lazzerini, *La Corte di giustizia consolida la propria giurisprudenza sul diritti di soggiorno nell'Unione dei soggetti non economicamente attivi: le sentenze* Teixeira *e* Ibrahim, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2/2010.

tra i cittadini degli Stati membri in Europa[25], evocando il concetto habermasiano di "solidarietà tra estranei"[26]. Ciò mediante una vera e propria *interpretatio abrogans*, dei limiti contenuti nel diritto derivato.

Appare certo ancora lontana l'idea di una compiuta solidarietà postnazionale o paneuropea, che assuma i medesimi caratteri somatici della solidarietà nazionale[27]. E d'altra parte è al momento impensabile il contrario, considerata l'incompiutezza di un progetto "sociale" nei Trattati attualmente in vigore. La stessa Corte di giustizia dimostra, in effetti, giustamente di non ignorare del tutto il problema della condizione di stabilità finanziaria degli Stati membri[28]; problema che rischia peraltro di assumere toni drammatici nel momento di crisi che attanaglia l'Europa.

La stessa idea della solidarietà nazionale pare allo stato attuale rappresentare un limite ad una piena diffusione della solidarietà in Europa. Il requisito del "collegamento reale" che si coglie nella giurisprudenza sui soggetti in cerca di occupazione costituisce, ad esempio, un criterio di selezione dei beneficiari delle prestazioni sociali, escludendo queste i soggetti che, non inseriti nel circuito della vita economica dello Stato di residenza, non contribuiscono a generare ricchezza nel Paese ospite.

Tuttavia, si può immaginare come l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009, e la contestuale attribuzione alla Carta di Nizza-Strasburgo dello stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6 TUE), possano in futuro fornire alla giurisprudenza comunitaria un ulteriore presidio normativo in materia di diritti sociali[29]. Difatti, benché il sistema dei Trattati

[25] Cfr. F. A. Cancilla, *Servizi del Welfare e diritti sociali nella prospettiva europea*, Milano, 2009, 116. Un riferimento al concetto della solidarietà è contenuto nella richiamata sentenza *Grzelczyk*.

[26] Cfr. J. Habermas, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, trad. it., Milano, 1998; conf. S. Giubboni, *Diritti*, cit., 220.

[27] In argomento cfr., per tutti, F. Giuffrè, *I doveri di solidarietà sociale*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, 2007, 3 ss.; Id., *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano 2002; sulla natura paradossale della solidarietà orizzontale, cfr. A. Morelli, *Il carattere inclusivo dei diritti sociali e i paradossi della solidarietà orizzontale*, in *www.gruppodipisa.it*, 2012; Id., *Il dovere di fedeltà alla Repubblica*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., 141 ss.

[28] Sul punto cfr. la relazione di L. Trucco, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, in *www.gruppodipisa.it*, 2012, 1 ss.

[29] Benché fino ad oggi la giurisprudenza comunitaria abbia formalmente ignorato il *Bill of rights*, imperniandosi le ambizioni inclusive nei confronti dei cittadini economicamente inattivi sulle norme dei Trattati: cfr. C. Salazar, A Lisbon Story*: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato… a un incerto presente?*, in *www.gruppodipisa.it*, 2011, 20 ss; P. Bianchi, *Il parametro superfluo. La Carta di Nizza nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in G. Campanelli, F. Dal Canto, E. Malfatti, S. Panizza, P. Passaglia, A. Pertici (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti*, Torino, 2010, 145 ss.

non dia vita ad un federalismo solidaristico e non attribuisca all'Unione il ruolo di "signora della solidarietà", né introduca un federalismo competitivo[30] – per cui il mercato unico verrebbe ad essere fronteggiato dai soli sistemi di protezione sociale territoriali –, la collocazione in posizione apicale, tra i valori cui si ispira l'Unione europea, della dignità umana[31], dell'eguaglianza, della solidarietà, il principio di indivisibilità dei valori contenuti nella Carta[32], la cancellazione, tra gli obiettivi contenuti nei Trattati, del riferimento alla concorrenza libera e non falsata, il riferimento "all'economia sociale di mercato fortemente competitiva", l'introduzione della *social policy* tra le materie di competenza concorrente e l'introduzione della clausola sociale (art. 9 TFUE) potrebbero con tutta evidenza creare un *humus* assai favorevole per il diffondersi di una giurisprudenza ulteriormente garantista in quest'ambito. Senza dimenticare che la maggioranza delle disposizioni contenute nella Carta dei diritti rivela ambizioni inclusive già dal punto di vista della formulazione semantica, essendo rivolta a "tutti" e non solo ai cittadini[33]. Lo stesso principio d'eguaglianza si fa apprezzare per una ambizione inclusiva. Tutto ciò, insomma, potrebbe consentire di realizzare un ulteriore passo verso una "Europa delle persone"[34].

Considerato che l'idea di solidarietà, soprattutto quella asimmetrica, ossia quella dipendente unicamente dallo stato di bisogno, presuppone quei legami di identità collettiva tipici delle comunità nazionali e dei membri all'interno delle stesse[35], sarà, ad ogni modo, interessante approfondire gli sviluppi che ne seguiranno, al fine di verificare quanto possa diffondersi un senso di appartenenza alla comunità (europea), e quindi un'idea di *civis europeus* in difetto dei consueti strumenti di partecipazione politica[36].

[30] Cfr. G. Bronzini, *Il modello sociale europeo*, in F. Bassanini-G. Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, 119 ss.

[31] Cfr., da ultimo, G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

[32] Cfr. E. Paciotti, *La Carta: i contenuti e gli autori*, in A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2000, 17; A. Manzella, *Dal mercato ai diritti*, *ivi*, 38 ss.; S. Rodotà, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, *ivi*, p. 73; da ultimo, M. Cartabia, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in Bassanini, G. Tiberi (a cura di), *Le nuove*, cit., 105.

[33] Per quanto concerne i più recenti sviluppi giurisprudenziali, cfr. in argomento A. Ruggeri, *Prospettiva prescrittiva e prospettiva descrittiva nello studio dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu (oscillazioni e aporie di una costruzione giurisprudenziale e modi del suo possibile rifacimento, al servizio dei diritti fondamentali)*, in *www.rivistaaic.it*, 3/2012.

[34] D. Gallo, *La Corte di giustizia rompe il vaso di Pandora*, cit., 49.

[35] M. Ferrera, *Modelli di solidarietà*, Bologna, 1993, 63 ss.

[36] È interessante in tale contesto notare come si capovolga la classica prospettiva di Marshall secondo cui il processo di estensione dei diritti avviene secondo un ordine cronologico preciso – in "fila indiana"– che vede prima profilarsi i diritti politici e quelli civili ed in ultimo

## 4. Solidarietà transnazionale, *deficit* democratico e destino dell'Unione: conclusioni

La porosità dei confini delle comunità redistributive, tipica del costituzionalismo *multilevel*, solleva il tradizionale problema del grado di sostenibilità finanziaria del costo dei diritti[37]. Il rischio concreto che si corre è, da un canto, quello di un aumento di politiche di esclusione ai danni dei cittadini extracomunitari[38] e, d'altro canto, quello di un irrigidimento delle condizioni di acquisto della cittadinanza nazionale, giacché questa costituisce ancora, in difetto di una organica disciplina sovranazionale, un presupposto per l'acquisto della cittadinanza europea.

Il paradigma inclusivo della cittadinanza europea potrebbe prospettare, del resto, scenari di una dimensione propriamente postnazionale della solidarietà in Europa, fondata su una relazione diretta tra l'Unione e i suoi cittadini[39], per quanto appaia ancora lontana dal realizzarsi una compiuta idea di un *demos* europeo[40], stante il connaturale *deficit* democratico dell'Unione e la carenza dei tradizionali strumenti di partecipazione politica.

Nondimeno, il processo di integrazione europeo sulla scia dei diritti palesa tutti i limiti connaturali ad un processo prevalentemente giurisprudenziale[41].

La logica dell'integrazione perseguita dalla Corte di giustizia resta, difatti, tuttora "individualistica"[42], poiché integralmente ricostruita, in modo non del tutto dissimile da quanto è accaduto per costruzione della costituzione economica, sui diritti del singolo che esercita la libera circolazione. Sicché,

quelli sociali: cfr. A. Ruggeri, C. Salazar, *"Ombre e nebbia", nel riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del Titolo V*, in M. Revenga Sanchez (a cura di), *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna*, Valencia, 2005, 57, nota 54.

[37] Su cui cfr. la relazione di G. Razzano, *Lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali*, in *wwwgruppodipisa.it*, C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, spec. 95 ss.

[38] Cfr. A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2011, 5.

[39] Cfr. C. Pinelli, *Cittadinanza europea*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, I, Milano, 181 ss.; cfr. pure sul punto A. Spadaro, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali": la giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli, 2005.

[40] Insiste sulla carenza di un *demos* quale elemento ostativo ad un processo di federalizzazione in Europa L. Ventura, *Introduzione*, in L. Ventura-P. Nicosia-A. Morelli-R. Caridà, *Stato e sovranità. Profili essenziali*, Torino, 2010, 7 ss.; ID., *L'irriducibile crisi della democrazia repubblicana*, in corso di pubblicazione in *Scritti in onore di Aldo Loiodice*.

[41] Da ultimo, sul punto, cfr. le osservazioni di G. Azzariti, *Verso un governo dei giudici? Il ruolo dei giudici comunitari nella costruzione dell'Europa politica*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, I, Napoli, 2012, 367 ss.

[42] S. Giubboni, *Diritti*, cit., 227.

la dimensione collettiva e politica della solidarietà rischia di sfumare, favorendo per forza di cose, soprattutto in tempi di crisi quali quelli che stiamo vivendo, politiche di *social leveling down*[43]. E benché politiche di riduzione, ove oculatamente predisposte, potrebbero in effetti costituire il sintomo del diffondersi negli ambienti politici di una certa solidarietà tra i popoli europei, l'unico modo che può consentire di fronteggiare i complicati problemi che si è qui cercato di affrontare torna ad essere quello di una ripoliticizzazione dell'Unione.

Per quanto, difatti, le operazioni di bilanciamento delle Corti possano apparire sagge, solo il recupero di una reale dimensione politica può garantire il controllo dei riflessi sistemici prodotti da scelte fondamentali, che inevitabilmente dovranno essere prese. Solo una ricomposizione della biunivocità del rapporto tra diritti e doveri – doveri attualmente inconsistenti in Europa, malgrado il vago richiamo che è contenuto nei Trattati – potrà consentire di affrontare questioni che verosimilmente saranno in un prossimo futuro cruciali.

Il tutto, però, pare non poter prescindere da una modifica dei Trattati che percorra la strada del trasferimento di ulteriori competenze dagli Stati membri all'Unione. Strada che, invero, malgrado un rilancio recentemente auspicato della Cancelliera tedesca Angela Merkel[44], appare difficilmente percorribile allo stato attuale, considerata anche la tragica fine del progetto di Costituzione europea.

J. Habermas, in un recente saggio in cui indaga sulle cause della crisi in Europa, d'altro canto, ha prima messo in luce le debolezze del Trattato di Lisbona dovute per lo più alla carenza delle competenze di controllo politico conseguenti alla introduzione dell'euro, rilevando come solo una modifica dei Trattati possa dar vita ad un comune «governo dell'economia». E al contempo ha rivolto parole icastiche alle «esitazioni» delle *élites* politiche verso la modifica dei Trattati e la creazione di un compiuto progetto democratico transnazionale. Si tratta di parole significative che si commentano da sé, e che si ritiene opportuno riportare testualmente in conclusione di questo intervento: «gli ostacoli a una modifica del Trattato sono alti. E la decisione di affrontarla esige dalle *élites* politiche un radicale cambio di atteggiamento: se vogliono conquistare le loro popolazioni alla causa di un Europa solidale, devono prender congedo dall'abituale combinazione di lavoro presso l'opinione pubblica e incrementalismo pilotato da esperti, e passare a una lotta rischiosa e soprattutto ispirata nella vasta sfera pubblica. E, abbastanza paradossalmente, nell'interesse del bene comune europeo dovrebbero volere qualcosa che è in contrasto con il proprio interesse di conservare il potere.

[43] S. Besson, A. Utzinger, *Introduction: Future Challanges of European Citizenship. Facing a Wide-open Pandora's Box?*, in *European Law Journal*, 2007, 573 ss.; conf. S. Giubboni, *Diritti*, cit., 225.

[44] Cfr. *La Repubblica* 26.08.2012.

Infatti nel lungo periodo si registrerebbero gli spazi d'azione nazionali e l'entrata in scena di potentati locali perderebbe d'importanza. Angela Merkel e Nicolas Sarkozy hanno stipulato, il 22 luglio 2011, un compromesso vago e certamente bisognoso di interpretazione fra liberalismo economico tedesco e statalismo francese che esprime un'intenzione tutt'affatto diversa. Tutti i segni indicano che i due personaggi vorrebbero trasformare il federalismo esecutivo progettato nel Trattato di Lisbona in un dominio intergovernativo – in direzione contraria allo spirito del Trattato – del Consiglio Europeo. Su questa via di un controllo centrale da parte del Consiglio Europeo potrebbero trasmettere gli imperativi del mercato ai bilanci nazionali. E qui, accordi presi senza alcune trasparenza e privi di forma giuridica dovrebbero essere imposti agli esautorati parlamenti nazionali con l'ausilio di minacce di sanzioni e di pressioni varie»[45].

[45] J. Habermas, *Questa Europa è in crisi*, trad. it., Bari, 2012, 80-81.

# LA PARITÀ FRA UOMO E DONNA NELL'ACCESSO AI SERVIZI SANITARI. RIFLESSIONI SU DONNE, ABORTO E OBIEZIONE DI COSCIENZA

di Anna Lorenzetti

Sommario: 1. Le prassi discriminatorie nell'accesso ai servizi sanitari: il caso della contraccezione e dell'interruzione di gravidanza. – 2. La direttiva 2004/113 e le eccezioni al principio di non discriminazione. – 3. Finalità legittime e mezzi appropriati e necessari: confini e limiti. – 4. L'obiezione di coscienza come limite al diritto di accesso alle prestazioni sanitarie. – 5. L'uguaglianza nell'accesso ai servizi: modifica dei paradigmi e possibili evoluzioni. – 6. Cenni conclusivi.

## 1. Le prassi discriminatorie nell'accesso ai servizi sanitari: il caso della contraccezione e dell'interruzione di gravidanza

Nell'anno 2004, sulla scia dell'affermazione e progressiva estensione del diritto antidiscriminatorio di seconda generazione[1], l'Unione europea ha varato una normativa di contrasto alle discriminazioni fra uomini e donne nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi, ovvero la Direttiva 2004/113[2], recepita all'interno dell'ordinamento italiano con una modifica al cd. Codice per le pari opportunità (D.Lgs. 198/2006).

Tra i servizi per cui la normativa europea mirava ad assicurare la parità di genere è incluso l'ambito sanitario, rispetto al quale, nei report di monitoraggio sullo stato di attuazione della Direttiva effettuati negli Stati membri, sono state segnalate alcune prassi ritenute discriminatorie nei confronti delle donne. Queste hanno riguardato, in particolare, l'offerta di prestazioni e servizi socio-sanitari in termini differenziati (anche a livello tariffario) fra uomini e donne, venendo a incidere in termini regressivi o disincentivanti sull'offerta, la qualità, l'efficienza di servizi necessariamente riservati alle donne, in quanto connessi alla funzione riproduttiva propria solo del corpo femminile, quali cure riproduttive, diagnosi prenatali, metodi contraccettivi e interruzione della gravidanza[3]. In specie, il rifiuto di fornire beni

[1] Con questa espressione ci si riferisce al *corpus* di normative approvate a partire dall'anno 2000, per contrastare le discriminazioni fondate su razza e origine etnica (Dir. 2000/43), orientamento sessuale, disabilità, età, convinzioni personali e religiose (Dir. 2000/78), sesso (Dir. 2002/73, Dir. 2004/113; Dir. 2006/54); *inter alia*, M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007.

[2] Approvata il 13 dicembre 2004 dal Consiglio dell'Unione europea sulla base dell'art. 13 del Trattato (ora art. 19 TFUE).

[3] Si vedano i monitoraggi sull'applicazione della Direttiva 2004/113 nei paesi dell'Unio-

(farmaci) o prestazioni sanitarie (accesso all'interruzione di gravidanza) in quanto contrari al proprio credo religioso, è stato segnalato come una discriminazione basata sul sesso e dunque come una violazione della Direttiva 2004/113. Anche l'indicazione di non somministrare farmaci contraccettivi e di non praticare l'interruzione di gravidanza, rivolto a medici, farmacisti e operatori sanitari da parte di alcune comunità religiose[4], ha destato l'interrogativo in ordine ad una potenziale inquadrabilità come ordine di discriminare, concetto incluso nella nozione di discriminazione[5] e perciò vietato dalla Direttiva.

## 2. La Direttiva 2004/113 e le eccezioni al principio di non discriminazione

Questi casi hanno confermato le carenze e le lacune di un testo normativo peraltro segnalato come confuso e frammentario[6], in cui una serie di eccezioni hanno fatto velo ad una estensione del principio generale che la Direttiva 2004/113 mirava ad applicare, ovvero il contrasto e la rimozione delle discriminazioni basate sul sesso. Così, ad esempio, a differenza di quanto previsto nella Direttiva 2000/43 – l'atto normativo che mirava ad introdurre la parità sulla base della razza e origine etnica e che si estendeva al di fuori della materia tradizionale, quella giuslavoristica, per interessare anche l'accesso ai servizi – nell'ambito di applicazione della Direttiva in oggetto non sono stati inclusi né la materia della protezione sociale, né le prestazioni sociali. Inoltre, e per la prima volta, era stata ammessa una forma di discriminazione diretta, riconoscendo la legittimità di tariffe differenziate sulla base del sesso nella fornitura dei servizi finanziari e assicurativi. Peraltro la Direttiva lasciava impregiudicate le disposizioni più favorevoli sulla protezione della donna in gravidanza e in maternità[7], aspetto che è stato criticato in quanto – richiamando l'intenso dibattito femminista sulla peculiarità delle vicende che riguardano il corpo femminile – parrebbe considerare le esperienze relative

ne europea: AA.VV., *Access to goods and services: implementation of Directive 2004/113/EC*, 2007 e S. BURRI, A. MCCOLGAN, *Sex Discrimination in the Access to and Supply of Goods and Services and the Transposition of Directive 2004/113/EC*, 2009; v. anche AA.VV., *Sex-segregated Services*, 2008, disponibili alla pagina *http://www.non-discrimination.net/publications*.

[4] S. BURRI, A. MCCOLGAN, *Sex Discrimination*, cit.

[5] La Direttiva 2004/113, così come le altre Direttive di seconda generazione, ha infatti delineato una pluralità di forme di discriminazione, ovvero diretta, indiretta, molestie e molestie sessuali, ordine di discriminare.

[6] *Inter alia*, v. F. AMATO, M. BARBERA, L. CALAFÀ, *Codificazioni mancate: riflessioni critiche sul Codice per le pari opportunità*, e D. zLA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, entrambi in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, 227 ss.

[7] Art. 4, par. 1, lett. a); *considerando* 20.

alla riproduzione, esclusivamente femminili, quali "eccezioni" ad una regola[8] piuttosto che vicende integranti la persona nella sua specificità.

Infine, mentre nel contrasto alla discriminazione a causa della razza e origine etnica, la Direttiva 2000/43 non ha ritenuto configurabili ragioni tali da giustificare una fruizione differenziata, ponendo una presunzione, per così dire, *iuris et de iure*, di discriminazione, nella Direttiva in parola la previsione di una differenziazione all'accesso a beni o servizi sulla base del sesso non è stata considerata, sempre e automaticamente, in contrasto con il principio della parità di genere. Infatti, in presenza di "finalità legittime" perseguite "con mezzi appropriati e necessari", la forza presuntivamente discriminatoria di determinate disposizioni, criteri, prassi viene meno, legittimando così differenze di trattamento per la fornitura di beni o servizi se destinati, esclusivamente o principalmente, a persone di un solo sesso (così art. 4, co. 5).

La Direttiva riporta un elenco, a carattere esemplificativo, delle «finalità legittime» in grado di giustificare un trattamento differenziato fra uomo e donna (*considerando* 16), in cui sono inclusi la protezione delle vittime di violenza a carattere sessuale[9], motivi connessi con l'intimità della vita privata e il senso del decoro[10], non invece le prestazioni di servizi sanitari differenziati in funzione della diversità biologica fra coloro che appartengono al sesso femminile e coloro che appartengono al sesso maschile, in quanto "situazioni (non) paragonabili" (*considerando* 12).

### 3. Finalità legittime e mezzi appropriati e necessari: confini e limiti

L'indagine circa i confini delle "finalità legittime" appare funzionale nel fissarne i contenuti, impedendo o comunque moderando la possibilità di estenderne i limiti; diversamente sembrerebbe difficile disinnescare il rischio dell'utilizzo discrezionale di una formula generica, ipoteticamente in grado di vanificare gli obiettivi che la Direttiva si poneva e dunque aprendo la via alla legittimazione di prassi discriminatorie sulla base del sesso.

[8] Regola definita e plasmata avendo come riferimento un corpo maschile, non predisposto per accogliere una gravidanza. Questo aspetto suggerisce una riflessione sulla considerazione del maschile come parametro di riferimento e del femminile come eccezione ad esso, implicitamente segnato da un segno di disvalore. Per un approfondimento del tema che ha attraversato il dibattito femminista, v. L. Gianformaggio, *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, 2005.

[9] Ad es., la creazione di strutture di accoglienza per persone di un solo sesso.

[10] Come nel caso di chi fornisca alloggio in una parte della propria abitazione; analogamente, sono state considerate "finalità legittime" la promozione di interessi solo degli uomini o delle donne (ad es., per gli organismi di volontariato a favore di persone di un solo sesso), la libertà di associazione (che viene in rilievo nel caso di circoli privati aperti a persone di un solo sesso) e l'organizzazione di attività sportive (ad es., eventi sportivi limitati a partecipanti di un solo sesso).

In questa prospettiva, gli esperti giuridici incaricati di analizzare gli atti nazionali di recepimento della Direttiva 2004/113[11] hanno tentato di ipotizzare casistiche-tipo in cui, nonostante l'accertata differenza di trattamento fondata sul sesso, è assente il carattere discriminatorio di alcune prassi: così, a titolo esemplificativo, la "promozione di scopi socialmente utili" è stata individuata quale finalità sotto la quale ricondurre i casi in cui può essere ammessa una differenza in base al sesso. Questa locuzione è stata intesa a comprendere l'inclusione, in determinate attività ritenute "salutari" o comunque benefiche, di persone che diversamente non vi parteciperebbero[12], a riconoscere la vulnerabilità delle donne di fronte ad alcuni tipi di aggressione[13], in risposta a preoccupazioni legate al pudore o al timore di molestie, o a controbilanciare gli effetti e i risultati degli stereotipi legati al genere che impediscono o rendono difficoltosa una fruizione paritaria a beni e servizi sulla base del sesso[14]. Attraverso la valutazione della finalità, sarebbe così possibile superare una visione del contrasto alle prassi discriminatorie esclusivamente fondata sulla parità di trattamento, così come tradizionalmente intesa, riconoscendo come legittimi trattamenti differenziati sulla base di una logica di inveramento dell'uguaglianza sostanziale piuttosto che formale.

Fermo restando che la formula della "promozione di scopi socialmente utili" dovrebbe comunque essere interpretata restrittivamente, secondo il principio dello *strict scrutiny*, trattandosi di un *vulnus* al principio di non discriminazione, le finalità legittime – tali da disinnescare il carattere discriminatorio di un atto – impongono un confronto circa la ragionevolezza della misura rispetto allo scopo perseguito; in tal senso, la preclusione nell'accesso e nella fornitura che non sia ragionevolmente fondata rispetto allo scopo perseguito potrebbe sollevare perplessità in ordine al rispetto del principio di parità che la Direttiva mira a perseguire, rappresentando il solo caso in cui sarebbero ammissibili offerte differenziate e limitazioni nell'accesso. Quanto alla proporzionalità della limitazione nell'accesso e nella fornitura di beni o servizi, la valutazione andrebbe operata avendo di mira il bilanciamento tra diritti e interessi contrapposti.

In relazione all'accesso e alla fornitura di servizi sanitari, gli aspetti sopra riportati assumono un particolare rilievo in relazione all'interruzione di gra-

[11] Dal 1984, il *Network of legal experts* – costituito da un esperto per ognuno degli Stati membri e dei paesi EFTA (Islanda, Liechtenstein, Norvegia) – supporta la Commissione nel monitoraggio delle procedure di recepimento del *Community acquis*, relativo al principio di parità di trattamento fra uomini e donne negli Stati membri (in materia di occupazione, affari sociali, uguaglianza fra uomini e donne) e nella definizione delle nuove iniziative.

[12] Si pensi al benessere, nel caso delle palestre o delle piscine, in cui sono ammessi soltanto membri di un solo sesso.

[13] Come nei casi di parcheggi o servizi taxi riservati alle donne.

[14] È il caso dei corsi di *bricolage* riservati alle donne o di puericultura riservati agli uomini.

vidanza e alla cd. contraccezione di emergenza, ovvero la somministrazione di farmaci abortivi, anch'essa considerata prestazione sanitaria[15]. Ai fini del presente lavoro, è interessante verificare se il rifiuto di fornire questo tipo di prestazioni, giustificato in base alla previsione della obiezione di coscienza, garantita e tutelata dall'art. 9 della legge n. 194/1978 di disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza, possa essere ritenuto compatibile con la parità di trattamento sulla base del sesso, nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi, secondo quanto dichiarato dalla Direttiva 2004/113.

Si deve, in premessa, considerare che la Direttiva ammette una differenza di trattamento nell'accesso a beni e servizi destinati ad uno solo sesso, quali sono certamente le prestazioni sanitarie finalizzate all'interruzione di gravidanza e alla somministrazione di farmaci abortivi, fruibili, per fattori biologici, solo dalle donne. Diviene perciò rilevante valutare se l'impedimento o la preclusione nell'accesso ad un servizio sanitario sulla base del sesso sia compatibile con gli obiettivi imposti dalla Direttiva, ovvero il raggiungimento della parità di genere.

Gli ipotetici dubbi circa il fatto che rifiutare l'accesso a pratiche abortive possa essere in linea con il rispetto del principio di non discriminazione, ritenendo, per assurdo, che sottrarre alla donna la sfera decisionale sulle questioni inerenti la gravidanza e la maternità sia un'azione di contrasto alle discriminazioni, sono da tempo stati risolti dall'ampia dottrina che si è occupata del tema[16].

Permane quindi il problema dell'eventuale riconduzione dell'obiezione di coscienza del personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie tra le eccezioni che la Direttiva consente, il che può tradursi nella possibile sussunzione tra le "finalità legittime", in grado di caducare la portata potenzialmente discriminatoria di un criterio, una disposizione, una prassi.

## 4. L'obiezione di coscienza come limite al diritto di accesso alle prestazioni sanitarie

L'obiezione di coscienza, che consente di astenersi dal partecipare alle procedure decisionali e agli interventi (mentre vi sarebbero dubbi circa l'assistenza antecedente o successiva[17]), viene riconosciuta, quale "diritto", ai sanitari e al personale ausiliario in quasi tutti gli ordinamenti che prevedono una regolamentazione dell'aborto, riconducendola alla tutela della libertà di coscienza.

[15] B. Pezzini, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, II, *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 1660 ss.

[16] D. Stetson, *Abortion politics, Womens, movements and the State*, Oxford, 2001.

[17] B. Pezzini, *Inizio e interruzione della gravidanza*, cit., 1660 ss.

Dell'obiezione di coscienza[18] come interesse contrapposto al diritto ad interrompere una gravidanza si è occupata, a più riprese, la Corte costituzionale[19], in particolare relazione alla posizione del giudice cui è richiesto di autorizzare la minore laddove i genitori non siano informati e al quale, a differenza di quanto riconosciuto al personale sanitario, non spetterebbe il diritto ad astenersi dal partecipare alle attività[20].

Ricordato che la posizione del giudice non è stata ritenuta equiparabile a quella del personale sanitario, non riconoscendo il diritto di astenersi dal decidere sulla base alle proprie convinzioni[21], si intende approfondire il tema dell'obiezione di coscienza come limite potenziale al diritto di accesso alle prestazioni sanitarie, valutando la possibilità di ricondurla alle eccezioni che la Direttiva 2004/113 e la normativa interna di recepimento ammettono per giustificare una differenza sulla base del sesso nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi.

La questione, che appare dirimente, è su come e in che termini il rifiuto di fornire beni e prestazioni sanitarie, in particolare farmaci contraccettivi e interruzione della gravidanza, possa potenzialmente integrare le "finalità socialmente utili" in presenza delle quali una disposizione, un criterio, una prassi perdono la forza discriminatoria e possono essere ammessi, pur delineando un trattamento differenziato sulla base del sesso.

Così configurato, il quesito potrebbe essere risolto rinviando al bilanciamento fra le proprie convinzioni personali, che possono impedire ad alcune persone di svolgere attività lavorative in contrasto con il proprio credo e il legittimo diritto ad una prestazione sanitaria (tale è l'interruzione volontaria di gravidanza) o alla fornitura di farmaci (quali i medicinali destinati alla contraccezione d'emergenza) precluso dall'esercizio dell'astensione dal lavoro.

Ai fini di una valutazione della ragionevolezza e della proporzionalità della condotta analizzata, dovrebbe valutarsi se i mezzi impiegati, ovvero il diniego totale della prestazione, potrebbero essere ritenuti in linea con i requisiti di appropriatezza e necessarietà, previsti dalla Direttiva. Non pare

[18] L'obiezione di coscienza, spesso prevista anche per lo svolgimento del servizio militare, consiste in un comportamento di disobbedienza ad una norma giuridica in base a motivazioni assiologiche attinenti alle proprie convinzioni ma in contrasto con il dettato normativo. V. Turchi, *Obiezione di coscienza*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, XII, Torino, 1995, 520; D. Paris, *L'obiezione di coscienza*, Firenze, 2011; A. Pugiotto, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. Pubbl.*, X, Torino, 1995, 250 ss.

[19] Numerose le pronunce sul tema dell'interruzione volontaria di gravidanza: Corte cost., 10 febbraio 1981, n. 26; Corte cost., 31 marzo 1988, n. 389; Corte cost., 4 dicembre 2002, n. 514.

[20] Corte cost., 25 giugno 1981, n. 109; Corte cost., 25 maggio 1987, n. 196; Corte cost., ord. 14 aprile 1988, n. 463; Corte cost., 24 giugno 1993, n. 293.

[21] G. Brunelli, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, 2009, 850 ss.

infatti che, nel caso specifico dell'interruzione di gravidanza, sia configurabile un accesso parziale, sembrando ipotizzabile, anche per le ragioni di tempo che impongono di agire all'interno di un lasso di tempo ristretto consentito dalla legge (i primi 90 giorni), un accesso o un diniego *tout court*, che comporterebbe la compressione di un diritto (ad una maternità o meglio ad una maternità consapevole) garantito. La questione è rilevante in quanto, l'esercizio massivo dell'obiezione di coscienza all'aborto potrebbe tradursi in un vero e proprio corto circuito della legge, mettendo a rischio – soprattutto in determinate zone del Paese – l'erogazione di un servizio che deve essere assicurato *in ogni caso* (art. 9, 4° co., l. 194/1978)[22].

Ricordando che la Corte europea dei diritti dell'uomo[23] ha ritenuto una violazione dell'art. 13 CEDU (diritto ad un ricorso effettivo) l'assenza di un rimedio effettivo contro il rifiuto di un medico di praticare un aborto per salvaguardare le condizioni di salute delle donna[24], vi è da ritenere che se l'elevato tasso di obiettori rispetto al personale sanitario mettesse a rischio il sistema, la disciplina che consente l'esercizio di tale diritto sarebbe probabilmente da ritenersi viziata da irragionevolezza[25].

Anche la tutela della maternità potrebbe affiancarsi nel bilanciamento con le convinzioni personali che inducono all'obiezione di coscienza all'accesso a pratiche abortive. Tuttavia, in tal modo, la tutela della maternità, proposta come antagonista, anziché rappresentare garanzia della volontà della futura madre, subirebbe una torsione tale da farne un valore astratto, non negoziabile, a tutela dei diritti del concepito, anche a prescindere dalla salute della donna: posizione non integrabile con il diritto alla salute, psichica e fisica, della donna, *ex* art. 32 Cost.[26], che l'ordinamento interno, nel regolamentare l'interruzione di gravidanza, ha inteso salvaguardare in via prevalente rispetto ai diritti e agli interessi che ad esso si contrappongono.

Ad ogni modo, già prima dell'introduzione della legge n. 194/1978, la Corte costituzionale, nella nota pronuncia n. 27/1975, aveva risolto il bilanciamento fra diritto alla salute della madre, garantito *ex* art. 32 Cost., e

[22] Sui dati dell'adesione all'obiezione di coscienza, v. Relazione del Ministro della salute presentata al Parlamento il 4 agosto 2011.

[23] Caso *Tysiąc* v *Poland*, Ct. EDU, sez. IV, 20 marzo 2007, ric. n. 5410/03.

[24] In altre pronunce, la Ct. EDU ha avuto modo di riconoscere che la tutela della salute e vita della donna deve essere sempre preferita rispetto alla tutela della vita pre-natale. Ct. EDU, *Open Door and Dublin Well Woman c. Ireland* del 29 ottobre 1992, ric. 14234/88, §. 70; Ct. EDU, 8 luglio 2004, *Vo v. France*, ric. n. 53924/00, §§. 74-80; Ct. EDU, 16 dicembre 2010, *A, B, and C v. Ireland*, ric. n. 25579/05, §. 237-240; Ct. EDU, 13 maggio 1980, *HR*, *X. v. the United Kingdom,* DR 19, 244.

[25] V. Sul punto quanto sostenuto da A. D'Atena, *Commento all'art. 9 della legge 194/1978*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, 1660-1661.

[26] B. Pezzini, *Inizio e interruzione della gravidanza*, cit., 1660 ss.

«interesse costituzionalmente protetto» del concepito, tutelato, «sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie», *ex* art. 2 Cost., riconoscendo come «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»; per tale via, era stata attribuita (o meglio riconosciuta) alla donna una potestà decisionale assoluta anche a fronte di relazioni giuridiche qualificate come quella del padre del concepito, a cui viene assegnato un ruolo meramente subordinato; sembrerebbe per ciò paradossale che, a distanza di decenni, riemergesse un valore assoluto e assolutizzato della maternità a prescindere dalla volontà, o meglio contro la volontà, della futura madre, così come il prevalere del diritto del concepito alla vita o alla salute, o della tutela della vita umana fin dal suo inizio, rispetto ai quali i diritti della donna alla salute, all'autodeterminazione, alla vita non possono essere pretermessi.

Peraltro, in sede di giudizio di ammissibilità[27], la Corte ha avuto modo di sottolineare il carattere di «disposizioni a contenuto normativo costituzionalmente vincolato» della legge n. 194/78 che involge i diritti costituzionali inviolabili alla vita, alla salute, nonché la necessaria tutela della maternità, dell'infanzia e della gioventù, senza con ciò consentire una modifica per via ermeneutica delle limitazioni previste all'esercizio del "diritto" all'obiezione di coscienza, che comunque cede il passo quanto meno nei casi di grave pericolo di vita per la madre[28].

Nel dibattito interno, la questione appare ancor più attuale alla luce delle riflessioni stimolate dall'introduzione della cd. pillola abortiva, RU 486[29], e dalla somministrazione della contraccezione di emergenza[30], che ha visto contrapposte posizioni fra chi le ha ricondotte ad una pratica abortiva, configurando anche un diritto all'obiezione di coscienza del farmacista che non intenda fornirla[31] pur se in presenza di una regolare ricetta medica, e chi invece le ritenga farmaci, in quanto tali sottratti ai limiti e alle cautele di cui alla legge 194 del 1978[32].

[27] Corte cost., 10 febbraio 1997 n. 35, per l'ammissibilità del referendum abrogativo degli artt. 4, 5, 12 e 13 della l. 194/1978; Corte cost., 10 febbraio 1981, n. 26.

[28] B. Pezzini, *Inizio e interruzione della gravidanza*, cit., 1675 ss.

[29] Si tratta del cd. "aborto farmacologico" che induce l'eliminazione della mucosa uterina e dell'embrione che vi sia annidato e il cui uso è "ospedalizzato".

[30] Ci si riferisce alla cd. "pillola del giorno dopo" (farmaco *levonorgestrel*, commercializzato con il nome *Norlevo*) M.L. Di Pietro, M. Casini, A. Fiori, R. Minacori, L. Romano, A. Bompiani, *Norlevo e obiezione di coscienza*, in *Medicina e morale*, 2003, 411 ss.; G. Boni, *Il dibattito sull'immissione in commercio della c.d. pillola del giorno dopo: annotazioni su alcuni profili giuridici della questione, in particolare sull'obiezione di coscienza*, in *Dir. fam.*, 2001, 677 ss.

[31] V. Turchi, *L'obiezione di coscienza nell'ambito della bioetica*, in *Dir. fam.*, 2008, 3, 1436.

[32] Vi è comunque la questione della configurabilità dell'obiezione di coscienza da parte del medico che non intenda prescrivere il farmaco necessario per la contraccezione di emer-

## 5. L'uguaglianza nell'accesso ai servizi: modifica dei paradigmi e possibili evoluzioni

Il caso dell'accesso ai servizi e in particolare ai servizi sanitari sembra poter essere assunto quale paradigma delle nuove e non del tutto esplorate potenzialità del diritto antidiscriminatorio e del principio di uguaglianza.

A livello sovranazionale, questo pare ridotto al divieto di discriminazione in base a determinate e precise caratteristiche personali[33] o alla parità di trattamento da perseguirsi mediante le azioni positive, mancando una riflessione sui paradigmi sulla base dei quali alcuni individui vengono considerati "minoranze"[34], e dunque tutelati, ed altri no.

Nel dibattito interno, stenta a farsi strada una visione in grado di superare queste dimensioni statiche dell'uguaglianza che, in un dialogo con il diritto sovranazionale di matrice comunitaria e internazionale, potrebbero forse trovare nuovi spunti e nuove dimensioni[35] nella considerazione di come la codifica in senso soggettivo dei singoli divieti ne influenza l'impatto e l'efficacia[36].

L'affermazione del principio di parità sulla base del sesso nel mercato dei consumi non pare adeguatamente considerare che uomini e donne si trovano in una posizione "di partenza" diversa, posto che queste ultime vi accedono da una posizione di fragilità che spesso determina l'inefficacia dei divieti.

Nell'ordinamento interno, la questione dell'interruzione di gravidanza viene ricondotta a temi etici, al diritto alla salute, sfuggendo l'impatto poten-

genza: il Ministro della Sanità e il Comitato Nazionale per la Bioetica hanno emesso un parere secondo cui il "diritto" di appellarsi alla clausola di coscienza avrebbe rango costituzionale essendo previsto in funzione della tutela del concepito (Comitato Nazionale per la bioetica, *Nota sulla contraccezione d'emergenza*, 28.5.2004, in *http://www.governo.it/bioetica/testi/*contraccezione_emergenza.pdf). In dottrina, al contrario, è stato configurato un "dovere indeclinabile di procedere alla prescrizione", negando al medico il diritto all'obiezione di coscienza (V. Pacillo, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2003, 215); vi è anche chi ha aveva ritenuto non sussistente la questione dell'obiezione di coscienza nei confronti del medico, in quanto egli non sarebbe obbligato a prescrivere il farmaco (G. Di Cosimo, *I farmacisti e la "pillola del giorno dopo"*, in *Quad. cost.*, 2001, 142).

[33] Peraltro, il cd. "Diritto antidiscriminatorio di seconda generazione" (v. nota 1) ha segnato una rigida elencazione delle condizioni personali tutelate e tutelabili.

[34] Si pensi ad es. alle donne che rientrano fra i soggetti tutelati dall'ordinamento antidiscriminatorio europeo pur non essendo statisticamente una minoranza.

[35] B. Pezzini, A. Lorenzetti, *Il principio di parità tra uomo e donna nell'integrazione europea: costruzione del genere e costruzione dell'uguaglianza*, in P. Gargiulo, *Politica e diritti sociali nell'Unione Europea,* Napoli, 2011, 105 ss.

[36] Ad esempio, le molestie e le molestie sessuali, forme in cui è declinata la nozione di discriminazione, fanno riferimento ad un ambiente "ostile, degradante, umiliante, offensivo", mettendo in luce una spiccata connotazione soggettiva.

zialmente discriminatorio celato dietro ad istituti consolidati nella tradizione giuridica come l'obiezione di coscienza. Questa, infatti, riconduce una sfera personale quale quella della gravidanza e della maternità in un limbo in cui è un soggetto terzo a decidere, a prescindere da, e persino potenzialmente contro la volontà della donna.

Tuttavia, se la dimensione nella quale l'interruzione di gravidanza trova il proprio fondamento giuridico fosse esclusivamente quella della salute, *ex* art. 32 Cost., in particolare intendendola quale "mezzo" o "strumento" per il raggiungimento del benessere fisico o psichico della donna, l'obiezione di coscienza non potrebbe forse avere spazio nel bilanciamento, risultando forzatamente cedevole.

Proprio in quanto la questione riguarda l'autodeterminazione, la libertà di scelta individuale della donna, la sua stessa volontà, sembrerebbe giustificato l'ingresso in bilanciamento delle convinzioni personali che sono alla base dell'obiezione di coscienza, peraltro introdotte dal medico, che resta soggetto indispensabile a costruire la relazione terapeutica (la relazione inter-soggettiva medico-paziente nella quale si manifesta e si rende possibile l'attività di cura della salute). Ciò tuttavia, non viene affermato nella convinzione della fondatezza di una tutela della maternità come valore sociale a prescindere dalla stessa volontà della donna, quanto piuttosto per porre la questione di come reimpostare il bilanciamento fra i diritti e gli interessi che si contrappongono, ipotizzando un prevalere del diritto ad una scelta libera, individuale e consapevole della sola donna. Non sembrerebbe, infatti, potersi diversamente "gerarchizzare" la contrapposizione fra il diritto (esclusivo) della donna nell'assumere decisioni sul proprio corpo (a tutela della salute) e il diritto del medico all'astensione da un determinato comportamento nel rispetto delle proprie convinzioni.

In questi termini, l'interruzione volontaria di gravidanza e l'accesso alla contraccezione di emergenza (come diritti a prestazioni e forniture sanitarie) potrebbero essere letti in funzione di una piena realizzazione della parità e della non discriminazione fra uomo e donna, in una dimensione che integri i presupposti nell'analisi delle questioni in gioco e che pare offrire un maggiore rigore nella ricostruzione delle situazioni e vicende che si contrappongono.

Proprio in quanto l'interruzione di gravidanza e l'accesso alla contraccezione di emergenza costituiscono manifestazioni tipiche ed esemplari della diversità fra i sessi e richiedono di riconoscere, anche giuridicamente, l'asimmetria di genere che ne è alla base (nel senso della differenza e della specificità del ruolo del corpo femminile nella funzione riproduttiva), la questione richiederebbe un superamento, un'evoluzione della prospettiva antidiscriminatoria che consenta di tenere conto di come uomini e donne si trovano in una situazione profondamente diversa nel mercato di beni e servizi.

## 6. Cenni conclusivi

Prendendo spunto dalle pronunce della giurisprudenza costituzionale e dalle prassi segnalate negli Stati membri, pare interessante avanzare una lettura del diritto all'accesso a beni e servizi sanitari, in particolare interruzione di gravidanza e contraccezione di emergenza, in funzione dell'uguaglianza intesa come antisubordinazione[37].

La dottrina costituzionale italiana ha rinvenuto il fondamento giuridico del principio antisubordinazione, «che riconosce l'esigenza fondativa e fondante di rimuovere la subordinazione del genere femminile al maschile, leggendo le condizioni di genere come un assetto di potere»[38], nelle norme di genere presenti nella Costituzione italiana: questa, infatti, mostra rilevanti novità sia nel nominare le differenze in termini di sesso e di genere, sia nei contenuti; in particolare, le norme in materia di famiglia, oltre che di lavoro femminile e diritti politici, mettono in luce un capovolgimento dei rapporti di genere e una rottura della subordinazione del genere femminile al genere maschile, trasformando il "verso" della costruzione dei rapporti di genere, fino a quel momento profondamente segnati dalla discriminazione e dalla subordinazione della donna, vissuta come "naturale" e in quanto tale giuridicizzata[39].

In riferimento alla questione dell'interruzione volontaria di gravidanza e della contraccezione di emergenza, questa dimensione pare emergere nella sottrazione a soggetti terzi[40] di qualsiasi volontà di intervento e intromissione su scelte della donna, riconosciute come individuali ed esclusive; sembra così delinearsi una prospettiva di valorizzazione della dimensione dinamica dell'uguaglianza in grado di focalizzare e porre in discussione le condizioni e i presupposti alla base delle statuizioni normative; questi, che *ex se* collocherebbero il genere femminile in una situazione di subordinazione rispetto a quello maschile, vedono avviarsi un percorso di reinterpretazione delle regole e delle norme in chiave di superamento delle diseguaglianze di genere, portando con sé la garanzia dell'autonomia decisionale della donna sulle scelte che involgono il proprio corpo.

[37] M.A. Barrère Unzueta, *Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo, Il principio di uguaglianza di donne e uomini come strategia per una rilettura giuridica*, in *Diritti delle donne tra particolarismo e universalismo,* in *Ragion pratica*, 23, 2004, 364.

[38] B. Pezzini, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, 2009, 1150.

[39] B. Pezzini, *Donne e Costituzione: le radici ed il cammino*, in B. Pezzini, M. Baronchelli (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana. Le radici, il cammino*, Bergamo, 2007, 163 ss.

[40] L'obiezione di coscienza viene in causa in riferimento a soggetti che non vantano relazioni qualificate con la donna, medici e personale sanitario, farmacisti, giudici.

# L'ABITAZIONE, DIRITTO ED ONERE DELLO STRANIERO. ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE

di Marta Mazzotta

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il frastagliato ordinamento normativo in materia: un diritto conteso tra Stato, Regioni ed enti locali. - 3. L'accesso degli stranieri all'edilizia residenziale pubblica tra giurisprudenza di merito e costituzionale. - 4. L'inadeguatezza delle politiche abitative in italia. Considerazioni conclusive.

## 1. Premessa

La *vexata quaestio* in ordine alla estensibilità dei diritti sociali a coloro che non hanno la titolarità della cittadinanza, ha conosciuto – e conosce – una tensione particolare nei riguardi del diritto all'abitazione esteso, molto faticosamente a suon di rivendicazioni giurisprudenziali, a coloro che cittadini non sono[1].

Occorre notare sin da subito come la Corte costituzionale abbia difatti già da tempo riconosciuto, quale diritto inviolabile dell'uomo riconducibile all'articolo 2 della Costituzione, il diritto all'abitazione[2]. Con la sent. n. 217 del 1988, ripresa e approfondita dalla più nota sentenza 404 del 1988, ha asserito come: «il diritto all'abitazione rientra fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione [...] In breve, creare le condizioni minime di uno Stato sociale, concorrere a garantire al maggior numero di cittadini possibile un fondamentale diritto sociale, quale quello all'abitazione, contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana, sono compiti cui lo Stato non può abdicare in nessun caso».

Invero, se per i cittadini tale obbligato percorso interpretativo è risultato dovuto, seppur scarsamente tutelato[3], in considerazione del diretto collegamento con la Costituzione e, in particolare, con il principio di cui all'art. 2

[1] Per una riflessione sul diritto all'abitazione, oggetto del presente contributo, cfr. F. Bilancia, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, I, 348 e F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 61.

[2] Cfr. da ultimo Cass. civ., sez. II, sentenza 11.03.2011, n. 9908; *ex plurimis* Corte cost. sostituire con sentt. nn. 252/1983; 217/1988; 404/1988; 410/2001; 520/2000; 309/1996.

[3] G. Guiglia, *Il diritto all'abitazione nella Carta Sociale europea: a proposito di una recente condanna dell'Italia da parte del Comitato europeo dei diritti sociali"*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti* (www.aic.it), 3/2011, 1.

Cost., per le persone che non condividono la stesso *status* di cittadino italiano, la strada è stata molto più impervia ed è tuttora, una meta da conquistare, configurandosi, da un lato come *diritto* (sociale) – che quindi necessita di un intervento attivo dello Stato per essere garantito – e dall'altro, come *onere* per lo straniero, che a sua volta deve attivarsi per potersi assicurare la permanenza sul territorio italiano.

I tentativi di un'effettiva tutela di tale diritto si sono accompagnati alla difficile riconoscibilità, nei confronti degli stranieri, di quello che dovrebbe essere il livello di garanzia successivo, ovvero il conseguimento di un'abitazione che si ispiri a caratteri imprescindibili di salubrità e dignità.

Una condizione abitativa adeguata a canoni minimi di salubrità rappresenta, infatti, la *conditio sine qua non* per il sistema dei permessi che caratterizza l'anima della regolazione legislativa della condizione dello straniero nel nostro ordinamento[4].

Il possesso di una casa è variamente collegato dalla legislazione vigente e, in particolare, dal T.U. sull'immigrazione ad una serie di situazioni quali:

- il rilascio del primo permesso di soggiorno per motivi di lavoro (art. 5-bis, T.U.),
- per il rilascio del permesso di soggiorno per lavoro autonomo (artt. 22 e 26),
- così come quello per ricongiunzione familiare (artt. 29 e 29-bis),
- per cure mediche (art. 36);
- per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo (art. 9).

Il legame tra queste situazioni e il possesso di un alloggio paiono porsi in un'ottica di prevenzione[5], per quanto possibile, di circostanze nelle quali lo straniero sia costretto a situazioni abitative emergenziali che lo costringano a condizioni di vita non dignitose, essendo in questo modo dimostrato come esso debba legarsi inevitabilmente alla attestazione di un interesse alla permanenza prolungata sul territorio italiano.

È appunto il valore della dignità abitativa quello che ha condotto oggi alle situazioni tristemente note dei centri di abitazione, si pensi ai cc.dd. campi *rom*, in cui la vita e l'alloggio non sono spesso rispettosi dei canoni minimi di salubrità, igiene e dignità.

Senza giungere ad affrettate conclusioni, muovendo da rapide premesse sulla regolamentazione e la relativa applicazione giurisprudenziale di questo particolare diritto, l'obiettivo del presente breve contributo consiste nel ripercorrere, attraverso una rapida disamina normativa, gli aspetti che concorrono ad una (auspicabile) tutela del diritto in questione per lo straniero che voglia essere parte attiva del nostro Paese, esigendo una prestazione sociale minima dallo Sta-

[4] Cfr. il Capo III del T.U. sull'immigrazione che si occupa delle "Disposizioni in materia di alloggio e assistenza sociale".

[5] F. Biondi Dal Monte, *Immigrazione e* welfare: *condizioni di accesso e principio di non discriminazione,* in *Le Regioni*, 2008, 1101.

to, quale è quella del riconoscimento del diritto ad avere un'abitazione, legato, come si vedrà, ad altri diritti di natura fondamentale che da esso non possono prescindere (si pensi, volendo fare un esempio, al ricongiungimento familiare).

## 2. Il frastagliato ordinamento normativo in materia: un diritto conteso tra Stato, Regioni ed enti locali

Se sul piano internazionale[6] non vi sono dubbi nel ritenere che il diritto alla casa sia un diritto sociale fondamentale, estensibile anche agli stranieri, nella dimensione nazionale la disciplina è regolata, come accennato, dal noto T.U. sull'immigrazione che gradua l'accesso dello straniero all'abitazione a seconda del titolo di soggiorno posseduto[7]. Soltanto i lavoratori stranieri titolari del permesso CE per lunghi soggiornanti (la vecchia carta di soggiorno) ovvero di permesso di soggiorno almeno biennale, infatti, hanno diritto di accedere agli alloggi di edilizia residenziale pubblica ed ai servizi eventualmente predisposti da regioni ed enti locali al fine di agevolare il diritto dello straniero ad una collocazione abitativa ulteriore (come ad es. l'acquisto o la locazione della prima casa).

A questo proposito può menzionarsi il c.d. Piano casa, il quale, approvato «al fine di superare in maniera organica e strutturale il disagio sociale e il degrado urbano derivante dai fenomeni di alta tensione abitativa»[8], limitava l'offerta di abitazioni di edilizia residenziale a «gli immigrati regolari a basso reddito, residenti da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima regione»[9].

[6] Il diritto all'abitazione trova riconoscimento nell'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e 11 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali i quali, qualificando l'abitazione come diritto inviolabile dell'uomo, sono stati il presupposto giuridico per l'orientamento giurisprudenziale emerso dalla sentenza 404 del 1988 della Corte costituzionale. Ulteriore riconoscimento proviene, poi, dalla Convenzione OIL n. 97 che obbliga «*tutti gli Stati a riconoscere ai lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti un trattamento non meno favorevole dei cittadini nell'accesso all'alloggio*» (articolo 6, lett. a)) e dalla Carta Sociale Europea la quale, in particolare agli articoli 16, 30 e 31, promuove garanzie atte a salvaguardare l'effettivo esercizio di tale diritto.

[7] Ai sensi dell'art. 40, comma 6, TU: «Gli stranieri titolari di carta di soggiorno e gli stranieri regolarmente soggiornanti in possesso di permesso di soggiorno almeno biennale e che esercitano una regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo hanno diritto di accedere, in condizioni di parità con i cittadini italiani, agli alloggi di edilizia residenziale pubblica e ai servizi di intermediazione delle agenzie sociali eventualmente predisposte da ogni regione o dagli enti locali per agevolare l'accesso alle locazioni abitative e al credito agevolato in materia di edilizia, recupero, acquisto e locazione della prima casa di abitazione».

[8] F. Biondi Dal Monte, Welfare, *immigrazione e non discriminazione. Quando i diritti costruiscono l'integrazione*, paper per Espanet Conference "Innovare il welfare. Percorsi di trasformazione in Italia e in Europa", Milano, 29 Settembre — 1 Ottobre 2011, 14.

[9] Cfr. art. 11, comma 2, lett. g), d.l. 25 giugno 2008, n. 112 convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133 salvato dalla Corte costituzionale sentenza 26 marzo 2010, n. 121

Il criterio utilizzato dal legislatore riguarda, dunque, la dimostrata permanenza in Italia che sia dotata di una certa durevolezza e che sia collegata allo svolgimento della vita dello straniero all'interno del nostro Paese.

È stato osservato come, in realtà il criterio del permesso di durata biennale, a differenza del permesso CE per lunghi soggiornanti, non soddisfi l'esigenza di non precarietà temporale della residenza in quanto il permesso da ultimo richiamato presuppone una permanenza di almeno cinque anni, mentre quello biennale è *eventualmente* rilasciato dal questore in modo discrezionale a fronte di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato oppure che si tratti di lavoratore autonomo[10].

### 3. L'accesso degli stranieri all'edilizia residenziale pubblica tra giurisprudenza di merito e costituzionale

Una delle questioni maggiormente problematiche riguarda l'accesso, da parte degli stranieri, all'edilizia residenziale pubblica, rispetto alla quale dottrina e giurisprudenza hanno riscontrato difficoltà legate a presunte violazioni del principio di uguaglianza.

Molte di queste difficoltà derivano dal fatto che la materia dell'edilizia residenziale pubblica – alla quale la Corte riconosce espressamente il carattere di "trasversalità" – si estende su tre livelli normativi[11]: il primo riguarda la determinazione dell'offerta minima di alloggi destinati a soddisfare le esigenze dei ceti meno abbienti, che rientra nella competenza *esclusiva* dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettera m), Cost.; il secondo riguarda la programmazione degli insediamenti di edilizia residenziale pubblica, che ricade nella materia «governo del territorio», ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost. rientrante quindi nella competenza *concorrente*; infine, il terzo, rientrante nel quarto comma dell'art. 117 Cost., dunque nella competenza *residuale*, attiene alla gestione del patrimonio immobiliare di edilizia residenziale pubblica

secondo cui: «La norma censurata indica alcune categorie sociali, cui è riconosciuta una posizione preferenziale rispetto a tutte le altre, in considerazione del particolare stato di disagio economico in cui versano le persone in esse comprese. Questa individuazione prioritaria rientra a pieno titolo nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, che deve avere carattere soggettivo, oltre che oggettivo, giacché occorre sempre tener presenti le differenti condizioni di reddito, che incidono in modo diretto sulla fissazione del singolo "livello minimo", da collegare alle concrete situazioni dei soggetti beneficiari» punto 7 del Considerato in diritto.

[10] Cfr. in questo volume F. Biondi Dal Monte, *Lo stato sociale di fronte alle migrazioni. Diritti sociali, appartenenza e dignità della persona*.

Cfr. le criticità messe in luce da M. Vrenna, *Il decreto legge n. 112 del 2008 e le misure per il contenimento della spesa sociale e di quella sanitaria: piano casa, assegno sociale e questioni aperte sul trattamento dei comunitari, Gli Stranieri*, 2009.

[11] Cfr. a riguardo le sentenze della Consulta nn. 486/1995 e 451/2006.

di proprietà degli Istituti autonomi per le case popolari o degli altri enti che a questi sono stati sostituiti ad opera della legislazione regionale.

Dalla trasversalità della materia deriva una differenziazione non solo a livello nazionale tra regione e regione, bensì un distinguo ulteriore che avviene anche all'interno di una medesima regione, da comune a comune.

La conquista di un alloggio dotato di determinate caratteristiche igienico-sanitarie[12] da parte dell'immigrato si pone in maniera maggiormente problematica nei confronti degli stranieri se si considera che alcuni bandi indetti dai comuni italiani fissano principi dichiarati dalla giurisprudenza discriminatori.

Potendo in questa sede fornire soltanto alcune indicazioni sommarie circa la varietà dei criteri seguiti a livello locale, basterà ricordare che:

- alcuni Comuni hanno condizionato l'accesso ad una condizione di reciprocità, ossia a condizione che nello Stato di provenienza dell'interessato sia riconosciuta pari possibilità di accesso del cittadino italiano all'edilizia pubblica[13];

[12] Allo straniero non si chiede di possedere un'abitazione qualsiasi, bensì «un alloggio […] che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica» per la stipula del contratto di soggiorno (art. 5-bis, lett. a, del testo unico). Tali direttive sono state puntualizzate dalle leggi regionali come, ad esempio, la l.r. Valle d'Aosta 4 settembre 1995, n. 39 che dedica al tema l'articolo 3, rubricato "Nozione di alloggio improprio o antigienico" secondo cui: «Agli effetti della presente legge si intende per:

a) alloggio improprio, l'unità immobiliare avente caratteristiche tipologiche incompatibili con la destinazione ad abitazione. Rientrano in tale categoria le baracche, le stalle, le grotte, le caverne, i sotterranei, le soffitte, i bassi, le autorimesse e le cantine. È altresì considerato improprio l'alloggio privo di servizio igienico;

b) alloggio antigienico, l'abitazione per la quale ricorra almeno una delle seguenti fattispecie:

1) altezza media interna utile di tutti i locali inferiore ai valori di cui alla legge regionale 23 febbraio 1976, n. 11 (Norme di integrazione delle vigenti disposizioni statali in materia di altezza minima e requisiti igienico-sanitari dei locali di abitazione), e successive modificazioni ed integrazioni;

2) presenza di vani stabilmente e necessariamente adibiti ad abitazione, totalmente sprovvisti di finestre apribili;

3) presenza di un'unica stanza da bagno carente per ragioni tecnico-oggettive, di almeno due degli impianti di cui all'art. 7, comma 3, del d.m. 5 luglio 1975;

4) presenza di umidità permanente in uno o più vani utili per una superficie pari ad almeno un quarto di quella dell'alloggio, determinando quest'ultima ai sensi dell'art. 13, comma 1, lett. a), della legge 27 luglio 1978, n. 392(Disciplina delle locazioni di immobili urbani), non eliminabile con gli interventi manutentivi indicati all'art. 31, comma 1, lett. a) e b), della legge 5 agosto 1978, n. 457 (Norme per l'edilizia residenziale);

4bis) servizio igienico esterno.

Non è comunque considerata antigienica, ai soli fini dell'attribuzione del punteggio, l'abitazione per la quale sia stata accolta l'istanza di sanatoria edilizia».

La normativa regionale continua precisando, invece, all'art. 2 la nozione di alloggio adeguato, con determinate caratteristiche formali (per es. la superficie utile, in metri quadrati, per i varii nuclei familiari, composti da un solo soggetto fino a 6 o più soggetti).

[13] Ad es. Chiari (BS) delibera della Giunta comunale 18.11.2004, n. 239 su cui si è pronunciato il T.A.R. Brescia-Lombardia, ordinanza 25 febbraio 2005, n. 264.

- altri hanno invece introdotto, tra i requisiti di accesso, la durata della residenza o dell'attività lavorativa sul territorio comunale o regionale[14];
- altri bandi e delibere hanno infine previsto l'attribuzione di punti aggiuntivi in relazione al possesso della cittadinanza italiana o in funzione della durata della residenza[15].

Quest'ultimo genere di discriminazione in base alla cittadinanza si è presentato in un recente caso in cui il Comune di Genova aveva introdotto nel bando per l'assegnazione di edilizia residenziale pubblica, un punteggio aggiuntivo legato al sol requisito della cittadinanza italiana. A fronte di questo criterio una cittadina italiana, aveva proposto ricorso presso il T.A.R. Liguria per ottenere una revisione della graduatoria a discapito degli assegnatari provvisori stranieri.

Il T.A.R. ligure, intervenendo in proposito, ha avuto modo di riconoscere che "*Non è contraria al principio di eguaglianza una graduatoria in tema di alloggi popolari che non favorisca i cittadini rispetto agli stranieri soggiornanti; all'opposto va considerato integrante gli estremi del comportamento discriminatorio sanzionato dall'art. 43, d.lgs. n. 286 del 1998 l'attribuzione, nell'ambito delle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, di un punteggio aggiuntivo in ragione esclusivamente della cittadinanza italiana del richiedente, con conseguente trattamento deteriore di accesso agli alloggi pubblici per gli stranieri , pur regolarmente soggiornanti in Italia, solo in ragione del loro* status *di cittadini stranieri*".

Il requisito della cittadinanza è stato esaminato anche dal Tribunale di Milano[16] il quale ha avuto occasione di ritenere integrante la fattispecie di

[14] È l'esempio del Comune di Torino che richiedeva il soggiorno e lo svolgimento dell'attività lavorativa da almeno 3 anni, su cui v. T.A.R. Piemonte, sez. I, 13 febbraio 2002, n. 323. Si rimanda, comunque, a L. Gili, *La condizione di reciprocità non può essere condizione di discriminazione nell'accesso all'edilizia residenziale pubblica*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 2005, 98, e D. Piombo, *Sulla discriminazione per motivi razziali ai fini dell'assegnazione di alloggi popolari*, in *Foro it.*, 2003, 3175.

[15] Cfr. le delibere dell'AGEC (Agenzia Gestione Edifici Comunali) del Comune di Verona n. 4 del 4.9.2007 e n. 23 del 25.9.2007.

[16] Tribunale Milano, 21 marzo 2002, in *Foro it.*, 2003, 3180: «Integra gli estremi del comportamento discriminatorio sanzionato dall'art. 43 d.lgs. n. 286 del 1998 l'attribuzione, nell'ambito delle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, di un punteggio aggiuntivo in ragione esclusivamente della cittadinanza italiana del richiedente, con conseguente trattamento deteriore di accesso agli alloggi pubblici per gli stranieri , pur regolarmente soggiornanti in Italia, solo in ragione del loro "status" di cittadini stranieri (nella specie, il tribunale, oltre a condannarlo al risarcimento dei danni subiti dai cittadini stranieri ricorrenti, ha ordinato al comune di Milano, resosi responsabile del comportamento discriminatorio, la cessazione dello stesso e la rimozione dei relativi effetti con le modalità che l'ente locale ritenga più opportune, osservando che una siffatta pronunzia non incorre nel divieto per il giudice ordinario di sostituirsi alla p.a. nell'esercizio di potestà pubblicistiche)».

comportamento discriminatorio[17] l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo per cittadini, nell'ambito delle graduatorie per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica.

Su questa scia si sono inserite anche numerose[18] pronunce attente a valutare la (ir)ragionevolezza del criterio di residenza quale requisito di accesso all'edilizia residenziale pubblica da parte del non cittadino.

Il T.A.R. Brescia-Lombardia[19] ha, per esempio, rilevato come fosse irragionevole che lo straniero potesse accedere agli alloggi popolari solamente se in possesso di un titolo di soggiorno biennale: la valutazione da farsi doveva investire non il titolo di soggiorno, bensì il periodo complessivo di residenza sul territorio regionale.

La Corte costituzionale, dal canto suo, si è limitata ad una prima pronuncia, l'ordinanza 32/2008, oggetto di numerose critiche[20] in quanto, richiamando in maniera assai generale i propri precedenti, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale avanzata nei confronti della legge regionale Lombardia (7/2005), nella parte in cui indicava, come requisiti per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica, la residenza ovvero lo svolgimento dell'attività lavorativa nella regione da almeno 5 anni. Secondo la Corte tali criteri di accesso all'edilizia residenziale pubblica non risultano irragionevoli solo a condizione che si pongano in coerenza con le finalità che il legislatore intende perseguire.

[17] A cui il T.U. dedica l'intero Capo IV, come si legge nel comma 1, dell'articolo 43: «Ai fini del presente capo, costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica».

[18] Cfr. *ex multis* T.A.R. Brescia – Lombardia, ordinanza 25 febbraio 2005, n. 264 e T.A.R. Valle d'Aosta, 15 maggio 2008, n. 48.

[19] T.A.R. Brescia-Lombardia, ordinanza 9 febbraio 2009, n. 23, con cui, tra l'altro, è stata posta questione di legittimità costituzionale risolta dalla Corte stessa con ordinanza 26 febbraio 2010, n. 76 la quale ha statuito che un requisito di stabile residenza può essere ragionevolmente richiesto al cittadino straniero per godere dei diritti sociali, ma solo con la finalità di dimostrare l'esistenza di un collegamento significativo con la comunità nazionale.

[20] Cfr. F. Corvaja, *Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica*, in *Le Regioni*, 2008, 633. Al riguardo si veda anche F. Biondi Dal Monte, I *livelli essenziali delle prestazioni e il diritto all'abitazione degli stranieri*, in G. Campanelli, M. Carducci, N. Grasso, V. Tondi Della Mura (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale, Atti del Convegno svoltosi a Lecce il 19-20 Giugno 2009*, Torino, 2010, 222; B. Pezzini, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali,* Relazione al Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, *Lo statuto costituzionale del non cittadino* tenutosi a Cagliari, 16-17 ottobre 2009, 11.

A lungo la Corte costituzionale ha risolto le questioni di costituzionalità sollevate utilizzando, per lo più, lo strumento delle ordinanze[21] per poi giungere alla nota sentenza 61 del 2011 con cui ha potuto ribadire la sua consolidata posizione sul riparto di competenze.

Alle Regioni, infatti, deve essere riconosciuta la possibilità di interventi legislativi, con riguardo al fenomeno dell'immigrazione, solo negli ambiti di competenza concorrente e residuale, fra cui rientra proprio il diritto all'abitazione, fermo restando che tale potestà legislativa non può estendersi ad aspetti che attengano alle politiche di programmazione dei flussi di ingresso e di soggiorno nel territorio nazionale, di stretta competenza statuale.

La Consulta ha, dunque, accolto le previsioni della legge campana impugnata a vantaggio dei cittadini stranieri presenti irregolarmente sul territorio allorquando queste mirano alla tutela dei diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona in quanto tale. Non viola, infatti, la potestà legislativa statale in materia di immigrazione la norma della Regione Campania che prevede la parità di trattamento tra stranieri e cittadini in materia di accesso all'abitazione (edilizia residenziale pubblica ad esempio) in quanto rispettante il requisito del possesso della carta di soggiorno (o del titolo di soggiorno) come previsto a livello nazionale.

Una misura di una rilevante portata innovativa per il tema di cui stiamo trattando consiste, senz'altro, nella previsione, da parte dell'articolo 17, comma 2 della legge regionale campana, dell'attività di accoglienza temporanea, a favore di *tutte* le persone straniere presenti nel territorio regionale sprovviste di una autonoma sistemazione alloggiativa. Il Governo centrale ne aveva presunto il contrasto con la normativa statale di cui l'art. 40, commi 1 e 1-bis, del decreto legislativo n. 286 del 1998, secondo cui i centri di accoglienza predisposti dalle Regioni sono destinati ad ospitare in via esclusiva «stranieri regolarmente soggiornanti per motivi diversi dal turismo, che siano temporaneamente impossibilitati a provvedere autonomamente alle proprie esigenze alloggiative e di sussistenza», e secondo cui «L'accesso alle misure di integrazione sociale è riservato agli stranieri non appartenenti a Paesi dell'Unione europea che dimostrino di essere in regola con le norme che disciplinano il soggiorno in Italia ai sensi del presente testo unico e delle leggi e regolamenti vigenti in materia»; nonché dell'art. 17, comma 5, che attribuendo «alle persone straniere» al pari dei cittadini italiani, il diritto di essere assegnatari di alloggi di edilizia residenziale pubblica e destinatari di contributi erogabili ai locatari nei contratti di locazione ad uso di abitazione, nonché la possibilità di partecipare ai bandi di concorso relativi all'assegnazione di provvidenze in materia di edilizia residenziale per l'acquisto, il recupero, la costruzione e la locazione di alloggi, contrasterebbe con l'art. 40, comma 6, del decreto

[21] Cfr. *ex plurimis* ordinanza 3 marzo 2011, n. 76 e ordinanza 27 luglio 2011, n. 252, ma le ordinanze sono molte sul punto.

legislativo n. 286 del 1998, per il quale solo «gli stranieri titolari di carta di soggiorno e gli stranieri regolarmente soggiornanti in possesso di permesso di soggiorno almeno biennale e che esercitano una regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo hanno diritto di accedere, in condizioni di parità con i cittadini italiani» a tali provvidenze.

La norma, come accennato, è stata salvata dalla Corte che l'ha ricondotta non nella materia di immigrazione, sicuramente ricadente nella competenza esclusiva statale, bensì nell'ambito dell'assistenza sociale, spettante alla competenza residuale delle regioni.[22]

Il diritto di accesso all'alloggio residenziale pubblico, alla luce di quanto sinora esposto, sembra essere tuttavia privo di marcate linee-guida derivanti dall'interpretazione costituzionale della Corte che si è limitata, di frequente, a modellare il riparto di competenze Stato/regioni, non fornendo un supporto, anche interpretativo, al legislatore sia nazionale che regionale.

La Corte si è preoccupata di assicurare l'inesistenza di «squilibri e disparità nel godimento del diritto alla casa da parte delle categorie sociali disagiate»,[23] affermando da una parte la spettanza allo Stato del potere di individuare le condizioni di accesso all'edilizia pubblica e di specificare le categorie sociali che possano accedervi, senza però dall'altra, porre al riparo tali soggetti deboli dal godimento del diritto sociale fondamentale di cui si parla, specie, per quel che ci interessa, la categoria degli stranieri[24].

A causa anche dell'opera della giurisprudenza costituzionale tale diritto è stato qualificato come «diritto sociale di grandi incertezze»[25], per il fatto che il giudice delle leggi non è riuscito ad arginare gli effetti derivanti dalla qualificazione del diritto alla casa come diritto fortemente condizionabile[26]: subordinato, cioè, alle risorse finanziarie del momento e, dunque, sottoposto alla piena discrezionalità del legislatore.

## 4. L'inadeguatezza delle politiche abitative in Italia. Considerazioni conclusive

Dalla disamina delle previsioni normative, come applicate ed interpretate dai giudici di merito e dalla giurisprudenza costituzionale, emerge con chiarezza come una limitazione del diritto *de quo* è idonea ad incidere for-

[22] Cfr. il punto 3.1. del Considerato in diritto della sentenza in commento, molto interessante in quanto ribadisce la riconducibilità del diritto *de quo* all'alveo dei diritti inviolabili dell'uomo.

[23] Corte cost. sent. n. 166/2008.

[24] Cfr. F. Corvaja, *Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica*, in *Le Regioni*, 2008, 635.

[25] La citazione è tratta da F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995, 61.

[26] Cfr. Corte cost. sent. n. 252/1989.

temente su tutta un'altra serie di diritti fondamentali, quale quello all'unità familiare o del diritto al lavoro, e sulle stesse condizioni di ingresso e soggiorno sul territorio.

L'integrazione etico-culturale che dovrebbe derivare – e precedere logicamente – la previsione, da parte dell'Italia, di politiche di *housing* efficaci, è messa visibilmente in luce da una recentissima preoccupazione proveniente dal Consiglio d'Europa proprio su questo tema.

Il rapporto 2011 redatto dallo *European Committee of Social Rights*[27] ha attestato la violazione, da parte dell'Italia, dell'articolo 31 comma 2 della Carta sociale europea che riguarda proprio il diritto *de quo*: «Per garantire l'effettivo esercizio del diritto all'abitazione, le Parti s'impegnano a prendere misure destinate a prevenire e ridurre lo status di "senza tetto" in vista di eliminarlo gradualmente».

Il diritto alla casa, il diritto a vivere in un luogo dignitoso, che risponda ai requisiti di sicurezza, igiene, salubrità e che sia in tutto per tutto rispondente agli *standard* di accessibilità, equivale, secondo il Consiglio d'Europa, al diritto alla vita.

Da quest'ultimo stimolo e dalle premesse illustrate si può, infine, concludere che il nostro Paese arranca sul terreno delle politiche abitative e sulle iniziative tese ad arginare e prevenire le situazioni di disagio, emarginazione sociale e *homelessness*.

Politiche di *housing* efficaci mancano sia dal punto di vista "passivo" dato che l'Italia non si è attivata o, almeno, non si è attivata adeguatamente per predisporre servizi adeguati agli *homeless*, sia dal punto di vista "attivo", per aver condotto senza programmazione e con violenza lesiva della dignità umana le azioni di sgombero dei Rom verificatesi negli anni scorsi in occasioni dei cc.dd. patti per la sicurezza[28]

L'assimilazione sociale che dovrebbe derivarne è da intendersi come viene concepita da Habermas il quale, significativamente, la qualifica "come grado ulteriore di una disponibilità all'acculturazione, ossia disponibilità non soltanto ad adattarsi esteriormente, ma anche ad adottare dall'interno mentalità, pratiche e abitudini della cultura indigena in tutto il loro ventaglio. Questo implica una assimilazione che si spinge fino al livello della integrazione etico-culturale, dunque che incide sull'identità originaria degli immigrati in maniera assai più profonda di quanto non richieda la socializzazione politica, come approvazione dei principi costituzionali"[29].

[27] Che verifica l'adeguatezza della normativa e delle prassi degli Stati facenti parte del Consiglio d'Europa prendendo come base giuridica la Carta sociale europea.

[28] Affrontati recentemente dalla sentenza del Consiglio di stato, sez IV, 16 novembre 2011, n. 6050.

[29] J. Habermas, C. Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, 1992, 99.

Un riconoscimento adeguato del diritto all'abitazione dal punto di vista del non cittadino, assolve alla intuibile funzione di integrazione e assimilazione, ma dispiega altresì una altrettanto rilevante funzione nei confronti della società accogliente, che viene in tal modo "salvata" da un'inevitabile frammentazione che deriverebbe dall'emarginazione delle subculture ad essa estranee.

# SPUNTI SULLA TUTELA DEI DIRITTI SOCIALI INNANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO

di Giuseppe Monaco

Sommario: 1. L'effettività dei diritti sociali: a ciascuno il suo. – 2. La teoria dei diritti "incomprimibili" ed il riparto di giurisdizione. – 2.1. *Segue*: il riconoscimento della giurisdizione amministrativa anche per le controversie aventi ad oggetto diritti fondamentali. – 3. Verso la pienezza della tutela innanzi al giudice amministrativo: la pluralità delle azioni disponibili.

## 1. L'effettività dei diritti sociali: a ciascuno il suo

Che i diritti sociali siano a tutti gli effetti diritti costituzionali fondamentali[1], in grado di incidere sulla forma di Stato, non è più seriamente contestato, così come ormai è superata l'idea di una contrapposizione netta tra diritti di libertà e diritti sociali, e più in generale tra libertà ed uguaglianza, tra Stato di diritto e Stato sociale[2]; contrapposizione che per lungo tempo è stata utilizzata dalla dottrina per giustificare un diverso grado di tutela dei diritti sociali rispetto alle c.d. "libertà negative"[3]. Già Rosselli, nell'esilio impostogli dal regime fascista, si sforzava di individuare e di dimostrare il legame esistente tra liberalismo e socialismo, leggendo in quest'ultimo «lo sviluppo logico, fino alle estreme conseguenze, del principio di libertà» [4]. Secondo Rosselli, il riconoscimento a tutti gli uomini della libertà di coscienza e delle libertà

[1] Cfr. A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989, 28 ss.; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2011, 489 ss.

[2] Cfr. già M. Mazziotti, *Diritti sociali*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 805 ss., secondo cui la differenza pur esistente tra diritti di libertà e diritti sociali non deve essere letta in termini di "antagonismo", in quanto le due categorie di diritti si implicano reciprocamente, la garanzia degli uni essendo condizione per il godimento degli altri. Cfr., più di recente, F. Politi, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Torino, 2011, 71 ss.; G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, 43 ss.

[3] Cfr. C. Schmitt, *Dottrina della costituzione* (a cura di A. Caracciolo), Milano, 1984, 219 ss., secondo il quale diritti fondamentali, in quanto diritti prestatuali, sono soltanto i diritti individualistici di libertà (libertà di coscienza, libertà personale, libertà di domicilio, segreto epistolare e proprietà privata), o al limite i diritti di libertà del singolo in collegamento con altri singoli (come la manifestazione del pensiero); non, invece, le richieste sociali, ossia i diritti alle prestazioni positive dello Stato (es.: diritto al lavoro, all'assistenza sociale, all'istruzione gratuita), che, nella prospettiva dell'Autore, non sono assoluti e neppure fondamentali.

[4] Così C. Rosselli, *Socialismo liberale* (1930), Torino, 2009, 90.

politiche, sarebbero, cioè, ancora insufficienti, laddove «la maggioranza degli uomini, per condizioni intrinseche ed ambientali, per miseria morale e materiale, non sia posta in grado di apprezzarne il significato e di valersene concretamente».

Superata, dunque, la rigida contrapposizione tra libertà negative e diritti sociali e affermata la riconducibilità delle une come degli altri alla dimensione dei diritti fondamentali e inviolabili[5], si può spostare l'attenzione sul tema della giustiziabilità dei diritti sociali, ossia sulle modalità per rendere effettiva la tutela degli stessi. Del resto, come ben spiegato dalla Corte, «al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale»[6], ed anzi, aggiunge la Consulta nella medesima pronuncia, dal principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti discende che non «possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possano essere fatte valere». Lo stesso art. 2 Cost. prevede, d'altronde, che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili», mettendo insieme, dunque, il riconoscimento di un diritto con la concreta possibilità, spettante al suo titolare, di farlo valere. Ovviamente un conto è affermare un diritto, altro è assicurarne l'effettiva tutela, garanzia che può incontrare numerosi ostacoli, primi tra tutti i costi elevati che occorrono per la conservazione e l'implementazione del c.d. *Welfare State*, ma anche, più semplicemente, la lentezza con cui si adoperano le forza politiche o le autorità amministrative rispetto a certi temi. Resta il fatto che all'una (l'affermazione del diritto) deve seguire l'altra (la garanzia), perché lo impone la Carta costituzionale ed in particolare lo impongono l'art. 2, ma anche, e ancor più chiaramente, gli artt. 24 e 113.

Il discorso può in realtà essere affrontato sotto molteplici prospettive, a partire dall'attuazione legislativa dei diritti costituzionali. Si può, cioè, discutere dei rimedi utilizzabili di fronte all'inerzia del legislatore o comunque in caso di attuazione soltanto parziale o insufficiente di un diritto riconosciuto in Costituzione, e quindi dei limiti cui può andare incontro la Corte costituzionale[7], tra pronunce di inammissibilità per discrezionalità del legislatore, moniti inascoltati e sentenze additive di principio; ma anche della distribuzione delle competenze tra Stato e regioni, alla luce soprattutto di quanto previsto dall'art. 117, co. 2, lett. m), che, come noto, attribuisce allo stato la

[5] Nel senso che i diritti sociali possano essere definiti diritti inviolabili, in quanto espressioni di valori o principi costituzionali supremi, cfr. F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, 65 ss.

[6] Così la Corte costituzionale con la sent. 11 febbraio 1999, n. 26.

[7] Sul tema, tra tutti, cfr. C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, in particolare 127 ss.

legislazione esclusiva per "la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale".

Per altro verso si può discutere delle difficoltà che incontra l'autorità giudiziaria nel dare concreta attuazione a determinati diritti, anche nel caso di norme costituzionali direttamente applicabili[8]; autorità la cui azione si è andata affiancando a quella del legislatore nella garanzia delle prestazioni sociali[9], fino a divenire un momento centrale nella prospettiva della concreta tutela dei diritti sociali.

La molteplicità delle prospettive riflette l'esigenza che ogni componente della Repubblica, dal potere legislativo alla pubblica amministrazione (a livello statale, regionale, delle autonomie locali), dalla Corte costituzionale ai giudici ordinari e amministrativi, si adoperi affinché la tutela dei diritti sociali non rimanga una mera affermazione sulla carta ma sia appunto resa "effettiva". Al tempo stesso occorre che ciascun potere/organo eviti di interferire con le competenze di un altro potere/organo, problema che si pone in concreto soprattutto nell'ambito dei rapporti tra amministrazione e giurisdizione, ma anche tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa.

In questa sede si intende focalizzare l'attenzione, in prima battuta, proprio sul rapporto tra giudice ordinario e giudice amministrativo in relazione alla tutela dei diritti sociali e, in secondo luogo, sugli strumenti di cui dispone il giudice amministrativo quando deve confrontarsi con l'inadempienza della pubblica amministrazione, così da verificare se anche innanzi a detta giurisdizione possa esplicarsi una tutela piena ed effettiva dei diritti sociali, o se risulti viceversa più solida la garanzia apprestata dal giudice ordinario, nell'ipotesi della lesione di un diritto fondamentale.

## 2. La teoria dei diritti "incomprimibili" ed il riparto di giurisdizione

In via preliminare occorre, dunque, verificare se e fino a che punto il giudice amministrativo può conoscere di diritti fondamentali, eventualmente lesi dalla pubblica amministrazione, o se piuttosto, in tali circostanze, non si debba escludere del tutto la giurisdizione amministrativa in favore di quella ordinaria[10].

[8] Sul tema cfr. A. Guazzarotti, *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Napoli, 2011, in particolare 119 ss.

[9] Così V. Angiolini, *Sulle premesse culturali dell'inserimento dei "diritti sociali" nella Costituzione*, in Aa.Vv., *La Costituzione ha sessant'anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*. Atti del Convegno di Ascoli Piceno, 14-15 marzo 2008, Napoli, 2008, secondo il quale è preferibile parlare di affiancamento dell'azione giurisdizionale rispetto a quella legislativa, piuttosto che di contrapposizione o supplenza.

[10] Cfr. L. Coraggio, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 483 ss.

Il problema si è posto, innanzi tutto, con riferimento al diritto alla salute, anche nella sua veste di diritto alla salubrità dell'ambiente, che la Corte di cassazione ha originariamente considerato come un diritto "incomprimibile", proprio perché tutelato dalla Costituzione in via primaria e assoluta. Nella nota pronuncia n. 5172/1979 le Sezioni Unite hanno ritenuto che l'attività amministrativa, destinata peraltro alla depurazione di acque del golfo di Napoli, dovesse essere considerata come attività puramente materiale, in quanto esercitata in carenza assoluta di potere, con conseguente assegnazione della vicenda in questione alla giurisdizione ordinaria. Secondo la Suprema Corte i diritti fondamentali sono tradizionalmente tutelati proprio nei confronti dell'autorità pubblica, che non ha dunque alcun potere di rendere insalubre l'ambiente - con relativa lesione del diritto alla salute - neppure per motivi di interesse pubblico di particolare rilevanza[11], e ciò tanto nel caso di danno già realizzato, tanto di danno solo temuto o potenziale[12]. Secondo questa impostazione, la giurisdizione ordinaria, di fronte alla necessità di tutelare tali diritti, non incontra i limiti stabiliti in via generale dall'art. 4 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, perché l'Amministrazione avrebbe in realtà esplicato soltanto attività materiale illecita ed allora non vi sarebbero neppure, giuridicamente, provvedimenti amministrativi da revocare o da modificare. Si tratterebbe soltanto di condannare l'Amministrazione ad un fare che sia "di segno opposto al fatto lesivo del diritto alla salute dell'individuo"[13]. Il giudice ordinario potrebbe, quindi, spingersi a condannare l'Amministrazione ad un *facere* e ad adottare tutte le misure più opportune per tutelare al meglio il diritto fondamentale in questione[14].

[11] Cfr. Cass. SS.UU., sent. 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, 2302 ss. Per alcune considerazione analoghe si veda già Cass. SS.UU., sent. 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro it.*, 1979, I, 939 ss., che riconosce la giurisdizione ordinaria con riferimento al possibile danno alla salute derivante dalla realizzazione di una centrale nucleare nel vercellese, riconoscendo dunque l'ammissibilità di una domanda di accertamento tecnico preventivo destinato a valutare le modificazioni dello stato dei luoghi a seguito dell'insediamento della centrale ed il conseguente inquinamento ambientale. Nel caso di specie la Cassazione ricollega la posizione dell'individuo rispetto al procedimento amministrativo per l'installazione della centrale nucleare tanto al diritto alla salute, quanto al diritto di proprietà. In ogni caso si tratta di un diritto soggettivo, anche perché, osserva la Corte, in relazione al diritto alla salute, quale fondamentale diritto dell'individuo, «non è configurabile un potere ablatorio dello Stato, tale da farlo degradare a interesse legittimo».

[12] Così Cass. SS.UU., sent. 17 novembre 1992, n.12307.

[13] In tal senso Cass. SS.UU., sent. 20 febbraio 1992, n. 2092. Nel caso di specie il giudice ordinario avrebbe dovuto ordinare all'Amministrazione di individuare una diversa collocazione dell'impianto di depurazione contestato dai privati.

[14] Il principio è stato impiegato in quegli anni anche con riferimento alla tutela dei disabili e alla rimozione delle barriere architettoniche. Cfr. Pret. Roma, 4 giugno 1980, in *Giust. civ.*, 1980, 1990 ss., con nota critica di A. Pace, *Diritti degli handicappati e inadempienze della pubblica amministrazione*, *ivi*, 1995 ss.

Questa posizione si è gradualmente indebolita, in coincidenza dell'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, soprattutto per effetto del d.lgs. 80/1998 e della l. 205/2000. Nella giurisdizione esclusiva, infatti, non assume più rilievo, quanto meno sotto il profilo dell'individuazione del giudice cui rivolgersi per ottenere tutela, la distinzione tra posizioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo. E le sentenze della Corte costituzionale[15], che pure hanno ridotto per certi versi la portata della giurisdizione esclusiva, hanno confermato la giurisdizione del giudice amministrativo anche rispetto alle domande di risarcimento del danno. La Corte costituzionale ha, infatti, precisato che il potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto, anche mediante la reintegrazione in forma specifica, non costituisce una nuova materia attribuita al giudice amministrativo, bensì uno strumento di tutela ulteriore per il cittadino nei confronti della p.a., il cui fondamento è da ricercare nell'art. 24 Cost. e nella necessità che il giudice disponga di adeguati poteri per garantire la pienezza e l'effettività della tutela alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa. Affinché l'estensione della giurisdizione esclusiva sia conforme alla previsione dell'art. 103 Cost., occorre che si tratti di materie "particolari" e cioè che la materia attribuita a tale giurisdizione sia comunque limitata alle ipotesi in cui la pubblica amministrazione agisce nell'esercizio di un potere autoritativo, sia pure in via mediata, ossia laddove la p.a. utilizza, secondo previsione di legge, strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo. La giurisdizione esclusiva non può quindi radicarsi sulla base della mera partecipazione al giudizio della pubblica amministrazione o di un generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia.

I principi enunciati nella sentenza del 2004 con riferimento ai servizi pubblici e all'urbanistica sono stati poi ripresi nella successiva pronuncia del 2006 in tema di occupazione appropriativa. La Corte ha ulteriormente precisato che la giurisdizione esclusiva può estendersi anche a "comportamenti" della p.a. dai quali scaturisca un danno ingiusto, a condizione che siano esecutivi di atti o provvedimenti amministrativi e quindi "riconducibili all'esercizio del pubblico potere dell'amministrazione"; resta preclusa l'assegnazione alla giurisdizione esclusiva della tutela risarcitoria derivante da comportamenti posti in essere in carenza di potere. La Corte, dunque, pur restringendo le ipotesi di giurisdizione esclusiva, riconosce d'altra parte che il vero elemento discriminante non deriva dalla natura del diritto fatto valere, bensì dal tipo di rapporto che si instaura con la pubblica amministrazione, dovendosi escludere la legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 103 Cost. solo per le ipotesi in cui non vi sia esercizio, neppure in via mediata, del potere che la legge attribuisce alla pubblica amministrazione per la cura dell'interesse pubblico.

[15] Si tratta delle note sentenze 28 aprile 2004 n. 204 e 8 marzo 2006, n. 191.

Al di fuori di questi casi, ben può il giudice amministrativo conoscere anche della tutela risarcitoria, ed anzi, così facendo si risponde meglio all'esigenza (derivante dagli artt. 24 e 111 Cost.) di concentrazione innanzi ad un unico giudice della tutela completa dell'individuo di fronte alle modalità di esercizio di una funzione pubblica. Questi principi si ritrovano oggi nell'art 7, co. 1, del codice del processo amministrativo.

Ancora negli stessi anni, però, la Cassazione non sembra intenzionata ad abbandonare la cd. teoria dei diritti incomprimibili o indegradabili. La Suprema Corte, infatti, riprende i principi enunciati dalla Corte costituzionale, per sostenere che sussiste la cognizione del giudice ordinario rispetto all'agire illegittimo della pubblica amministrazione ogni qualvolta non vi sia esercizio di un potere e l'agire della p.a. sia ascrivibile a mera attività materiale, il che, secondo la Cassazione, è proprio quello che si verifica quando il diritto del privato che viene ad essere leso rientra tra quei diritti che non sopportano compressione da parte di un potere pubblico, come nel caso del diritto alla salute o all'integrità personale[16]. Se, dunque, nelle controversie che hanno per oggetto il diritto alla salute, la pubblica amministrazione è priva di qualunque potere di affievolimento della relativa posizione soggettiva, allora, in tale prospettiva, deve essere devoluta al giudice ordinario una domanda rivolta a conseguire tutela di siffatto diritto sia mediante l'accertamento del pericolo derivante dall'esposizione ad un campo elettromagnetico – per il passaggio di un elettrodotto ad una certa distanza dall'abitazione – sia mediante l'ordine di interramento della linea elettrica ed il risarcimento del danno già arrecato[17].

Negli stessi anni, alcune pronunce dei giudici amministrativi hanno avviato un ripensamento in sede giurisprudenziale della teoria dei diritti incomprimibili. Il Consiglio di Stato, con riferimento alla nota vicenda dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche, ha sostenuto che la posizione dell'individuo di fronte all'esercizio di un potere dell'amministrazione, manifestatosi attraverso l'adozione di un atto di cui si chiede l'annullamento, si concretizza come interesse legittimo, anche nel caso in cui si intenda far valere un diritto fondamentale, come la libertà di coscienza e di religione. Il Consiglio di Stato ha poi precisato che «la concezione dei diritti perfetti o non degradabili è stata elaborata per riconoscere ulteriori possibilità di tutela per il cittadino, non certo per escludere forme di tutela preesistenti»[18].

[16] Cfr. Cass. SS.UU., ord. 13 giugno 2006, n. 13659.

[17] Così Cass. SS.UU., ord. 8 marzo 2006, n. 4908. Quanto al divieto per il giudice ordinario di emettere sentenze di condanna ad un *facere* della pubblica amministrazione, la Cassazione si limita a rilevare che nel giudizio in questione la domanda non è posta in via principale, bensì connessa a quella principale di risarcimento del danno.

[18] Così Cons. Stato, Sez. VI, 13 febbraio 2006, n. 556. Si deve ricordare che in un caso del tutto analogo, la Cassazione ha dichiarato la carenza di giurisdizione del giudice ordinario, ritenendo che nel caso di specie si rientrasse nella materia dei servizi pubblici di cui all'art. 33

Considerazioni simili sono state svolte relativamente al diritto alla salute ed in particolare ad uno dei temi più dibattuti, ossia la fruizione di prestazioni assistenziali presso strutture private o centri specializzati all'estero. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che laddove la domanda sia rivolta ad ottenere il rimborso di prestazioni ricevute all'estero, vengono in gioco posizioni di interesse legittimo discendenti dalla pretesa al corretto esercizio del potere amministrativo preordinato all'erogazione dei contributi[19].

### 2.1. *Segue:* il riconoscimento della giurisdizione amministrativa anche per le controversie aventi ad oggetto diritti fondamentali

Nel 2007 arrivano due decisioni ritenute centrali ai fini del superamento della teoria dei diritti incomprimibili. La prima è una sentenza della Corte costituzionale, avente ad oggetto la norma che ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie concernenti procedure e provvedimenti in materia di impianti di energia elettrica. La questione era stata sollevata da un giudice ordinario precedentemente investito della richiesta, avanzata ai sensi dell'art. 700 c.p.c., di sospensione dei lavori di riconversione a carbone di una centrale termoelettrica; istanza giustificata dalla necessità di tutelare il diritto alla salute ed alla salubrità dell'ambiente. La Corte richiama i due noti e già citati precedenti (sentt. 204/2004 e 191/2006) in tema di giurisdizione esclusiva, per confermare che il legislatore può individuare particolari materie rispetto alle quali il giudice amministrativo è chiamato a pronunciarsi anche in merito a situazioni di diritto soggettivo, purché si trattino di materie nelle quali la pubblica amministrazione agisce nell'esercizio del suo potere. Dopo questa premessa la Corte aggiunge che la conclusione non è ostacolata dal fatto che i diritti coinvolti siano fondamentali, «non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti»[20]. Ne consegue che il legislatore può ben devolvere al giudice amministrativo tutti i poteri idonei ad assicurare piena

del d.lgs. 80/1998 e dunque in un caso di giurisdizione esclusiva, dal momento che la pubblica amministrazione aveva agito esercitando il suo potere autoritativo. In particolare si trattava di provvedimenti dell'autorità scolastica attuativa di disposizioni di carattere generale adottate nell'esercizio del potere amministrativo.

[19] Così Cons. Stato, Sez. V, 7 aprile 2006, n. 1902. In realtà la posizione del Consiglio di Stato rispetto a detta problematica non è poi così chiara. Il collegio, infatti, tiene distinta la situazione in cui si chiede un semplice rimborso delle spese per una prestazione già ricevuta, dall'ipotesi in cui venga in discussione il diritto ad ottenere una determinata prestazione sanitaria in via d'urgenza, nel qual caso la controversia apparterrebbe alla giurisdizione ordinaria. Questa distinzione, come si vedrà nel prosieguo, è ancora diffusa e dimostra, in realtà, che non vi è un superamento completo della dottrina dei diritti incomprimibili.

[20] Così la sent. 27 aprile 2007, n. 140.

tutela all'individuo e quindi anche la tutela risarcitoria nel caso di danno patito in violazione di diritti fondamentali, a seguito dell'esercizio illegittimo del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione.

Nel medesimo anno anche la Cassazione mostra di adeguarsi al principio enunciato dalla Consulta[21], sebbene già in passato vi fosse stato qualche precedente in cui veniva messa in discussione l'affermazione che la tutela dei diritti fondamentali dovesse spettare sempre al giudice ordinario[22]. Comunque, chiamate a pronunciarsi in relazione ad alcuni atti amministrativi emessi dal Commissario straordinario per la gestione dei rifiuti in Campania, prodromici alla realizzazione di una discarica, le Sezioni Unite hanno abbandonato il proprio precedente orientamento che riservava al giudice ordinario ogni controversia in materia di danno alla salute, incluse le questioni relative all'uso del territorio ed alla localizzazione di discariche. In questa circostanza le Sezioni unite hanno richiamato, da un lato, la sentenza n. 140/2007 della Corte costituzionale, ma hanno altresì richiamato l'art. 3 della L. 205/2000, che escludeva la possibilità di subordinare la concessione o il diniego della tutela cautelare ad una cauzione quando attenesse «ad interessi essenziali della persona quali il diritto alla salute, all'integrità dell'ambiente, ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale»[23].

Un riconoscimento esplicito della giurisdizione amministrativa anche rispetto a diritti fondamentali si è poi avuto, ancora con riferimento al settore dei rifiuti, dapprima con il d.l. 23 maggio 2008, n. 90[24] e poi, con il codice del processo amministrativo entrato in vigore nel settembre 2010. L'art. 133 del d.lgs. 104/2010 alla lett. p) prevede, infatti, riprendendo la disposizione abrogata del d.l. 90/2008, la devoluzione alla giurisdizione amministrativa esclusiva anche di quelle controversie «comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti [...] quand'anche relative a diritti costituzio-

[21] Si tratta della nota sentenza della Cass. SS.UU., 28 dicembre 2007, n. 27187.

[22] Si veda Cass. SS.UU., sent. 28 ottobre 2005, n. 20994. In questo caso, peraltro, la pretesa fatta valere in giudizio non era del privato a tutela del proprio diritto alla salute, ma proveniva dall'impresa ed era volta ad ottenere l'annullamento di un'ordinanza sindacale contingibile ed urgente finalizzata alla riduzione delle emissioni radioelettriche di un impianto televisivo, comunque idonea a produrre effetti rispetto al bene della salute pubblica.

[23] Gli stessi richiami erano stati effettuati soltanto un paio di mesi prima dal Cons. Stato, Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12, in aperta polemica con la posizione della Cassazione che fino a quel momento rivendicava la giurisdizione del giudice ordinario laddove si fosse in presenza di "«posizioni soggettive a nucleo rigido», come ad esempio in tema di salute e di ambiente.

[24] L'art. 4, comma 1, del d.l. 90/2008 (convertito nella l. 123/2008) stabiliva la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutte le controversie, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati. La predetta norma aggiungeva che la giurisdizione del giudice amministrativo era estesa anche alle controversie relative a diritti costituzionalmente tutelati.

nalmente tutelati". A tal riguardo si può ricordare che la Corte costituzionale ha fatto salva la norma di cui al d.l. 90/2008, poi ripresa dal codice, fornendone un'interpretazione conforme a Costituzione e in particolare conforme ai propri precedenti in tema di giurisdizione esclusiva. Secondo la Consulta, infatti, i comportamenti cui allude la norma in questione «sono soltanto i comportamenti costituenti espressione di un potere amministrativo e non anche quelli meramente materiali posti in essere dall'amministrazione al di fuori dell'esercizio di una attività autoritativa»[25]. Allo stesso modo, prosegue la Corte, «l'espressione "azione di gestione dei rifiuti" va logicamente intesa nel senso che l'attività della pubblica amministrazione deve essere preordinata alla organizzazione o alla erogazione del servizio pubblico di raccolta e di smaltimento dei rifiuti». L'art. 133 lett. p) del codice, alla luce evidentemente di quanto enunciato dalla Corte, prevede ora espressamente che la giurisdizione esclusiva abbraccia anche l'azione posta in essere con comportamenti della p.a. purché riconducibili all'esercizio di un pubblico potere.

Il nuovo orientamento è in via di consolidamento, e l'attenzione della Cassazione si è spostata, sulla scia della Corte costituzionale, dalla natura di diritto fondamentale, alla verifica della connessione dell'agire della pubblica amministrazione con un potere autoritativo di quest'ultima[26]. Non si può dire, però, che la teoria dei diritti incomprimibili sia stata del tutto abbandonata, perché ogni tanto riemerge in alcune decisioni in merito, ad esempio, a richieste di asilo politico[27], o, ancora una volta, connesse alla tutela della

[25] Così la sent. 5 febbraio 2010, n. 35.

[26] Si veda Cass. SS.UU., ord. 7 novembre 2008, n. 26790, in relazione al servizio di refezione scolastica di un Comune, che rileva nella domanda la contestazione del modo in cui è stato esercitato il potere di organizzazione di un servizio. Ancor più chiara la posizione delle Sezioni unite nell'ord. 5 marzo 2010, n. 5290, relativa ad una domanda di sospensione dei lavori per la realizzazione di un impianto di depurazione destinato a trattare scarichi contenenti sostanze pericolose per la salute. In tal caso la Cassazione ha affermato che la tesi secondo cui i diritti costituzionali fondamentali non sarebbero mai degradabili in interessi legittimi, con la conseguenza che la p.a., in tali circostanze, agirebbe sempre in carenza assoluta di potere, non è più sostenibile a seguito delle novità legislative costituite dal d.lgs. 80/1998 e dalla l. 205/2000, come emendati dalle sentenze della Corte costituzionale n. 204/2004 e n. 191/2006. Nel caso di specie la realizzazione dell'impianto non costituirebbe, dunque, un mero comportamento materiale in quanto tale assoggettato alla giurisdizione ordinaria, bensì un'attività esecutiva di un provvedimento amministrativo espressione di potestà pubblica e pertanto affidato alla giurisdizione del giudice amministrativo.

[27] Cfr. T.A.R. Toscana, Sez. II, 13 gennaio 2012, n. 52, che riconosce la giurisdizione ordinaria rispetto alla revoca di un permesso di soggiorno rilasciato per asilo politico, ritenuto che la situazione soggettiva tutelata sia un diritto soggettivo da annoverarsi tra i diritti umani fondamentali tutelati dall'art. 2 Cost. ed il cui eventuale bilanciamento con altre situazioni soggettive costituzionalmente protette non possa essere pertanto rimesso alla discrezionalità della pubblica amministrazione. Nello stesso senso si veda già T.A.R. Lazio, Roma Sez. II *Quater*, 1 marzo 2010, n. 3204 e Cass. SS.UU., ord. 19 maggio 2009, n. 11535 e ord. 9 settembre 2009, n. 19393.

salute. Singolari, a tale proposito, le vicende successive alle pronunce della Cassazione[28] e della Corte d'appello di Milano[29] relative al "caso Englaro". Il TAR della Lombardia ha riconosciuto la giurisdizione amministrativa, ai sensi dell'art. 33 del d.lgs. 80/1998, rispetto alla domanda di annullamento di un atto dell'amministrazione regionale della Lombardia con cui veniva rigettata l'istanza del ricorrente diretta ad ottenere l'indicazione di una struttura sanitaria presso cui procedere all'interruzione dell'alimentazione e idratazione artificiale di Eluana Englaro, in esecuzione del decreto della Corte d'appello di Milano del 9 luglio 2008. Il TAR in quella circostanza ha richiamato i precedenti della Corte costituzionale, per poi concludere che il giudice amministrativo deteneva «tutti i poteri idonei ad assicurare piena tutela, per equivalente o in forma specifica, alla lesione di diritti fondamentali asseritamente sofferta in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico»[30].

Lo stesso anno il TAR del Lazio ha riscontrato, viceversa, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo rispetto ad un ricorso diretto ad annullare un atto del Ministero del lavoro e della salute con cui si dettavano indirizzi alle regioni volti ad impedire che le strutture sanitarie potessero interrompere l'alimentazione nei confronti di persone in stato vegetativo permanente. In questo caso il TAR, dopo avere affermato la giurisdizione ordinaria, in quanto la posizione andava qualificata come diritto soggettivo e la questione era strettamente connessa con beni costituzionali quali la dignità umana e la libertà personale, ha lasciato intendere – richiamando esplicitamente un altro precedente[31] - che la giurisdizione amministrativa fosse comunque da escludere rispetto a controversie relative ad un diritto per sua natura non comprimibile come il diritto alla salute[32].

Sempre in tema di diritto alla salute[33], occorre evidenziare che ancora oggi è diffuso un orientamento giurisprudenziale in base al quale, nel caso di assistenza sanitaria indiretta, se la richiesta del privato è volta ad ottenere il rimborso delle spese ospedaliere sostenute all'estero in assenza di una previa autorizzazione dell'amministrazione competente, allora si verterebbe in una situazione di interesse legittimo; qualora, invece, la domanda evidenzi ragio-

[28] Si tratta della Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748.

[29] Si tratta del decreto della Corte d'Appello di Milano del 9 luglio 2008.

[30] Così il T.A.R. Milano, Sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214.

[31] Si tratta della sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 9 aprile 2009, n. 1883.

[32] Così il T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 12 settembre 2009, n. 8650. Per un commento critico di questa pronuncia cfr. D. Messineo, *La doppia tutela dei diritti "incomprimibili"*, in *Foro Amm. TAR*, 2009, 2477 ss.

[33] Sul profilo dell'assistenza sanitaria del diritto alla salute, con particolare riferimento all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, cfr. A. Rovagnati, *La pretesa a prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, *supra*, in *questo Volume*.

ni d'urgenza, tali da comportare un pericolo di vita o di aggravamento della malattia, allora l'interesse vantato andrebbe qualificato come diritto soggettivo perfetto, in quanto tale tutelabile innanzi al giudice ordinario, mancando in capo alla pubblica amministrazione un qualsiasi potere discrezionale[34]. Peraltro esistono tuttora pronunce che non distinguono neppure tra situazioni di urgenza o meno ed escludono in ogni caso la giurisdizione amministrativa, sul presupposto che il diritto alla salute non sia suscettibile di essere affievolito dalla discrezionalità meramente tecnica dell'amministrazione in ordine alla verifica dei presupposti per l'erogazione delle prestazioni[35].

Evidentemente la dottrina dei diritti incomprimibili non può dirsi del tutto superata e ciò comporta qualche problema nell'individuazione del giudice cui rivolgersi per ottenere la tutela della situazione giuridica che si asserisce lesa, tanto più quando si deve verificare se vi è urgenza o meno. Non sembra, infatti, così agevole effettuare una distinzione di questo genere e, soprattutto, resta il fatto che alla base vi è sempre il diritto costituzionale alla salute. In realtà ciò che conta è che sia garantita una tutela adeguata ed anche rapida e per tale motivo occorre interrogarsi sui poteri di cui dispone il giudice amministrativo per soddisfare le esigenze di garanzia dei diritti costituzionalmente protetti.

## 4. Verso la pienezza della tutela innanzi al giudice amministrativo: la pluralità delle azioni disponibili

All'origine della teoria dei diritti incomprimibili vi era dunque il timore che la devoluzione al giudice amministrativo di una controversia concernente diritti fondamentali potesse comportare un affievolimento della tutela di tali diritti[36]. Il giudice ordinario avrebbe potuto, invece, adottare persino provvedimenti cautelari inibitori dell'azione amministrativa o addirittura condannare la pubblica amministrazione ad un *facere*. Se oggi il giudice amministrativo può conoscere anche di diritti fondamentali è perché a tale giudice viene

[34] Cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. II, 27 luglio 2009, n. 2088, che dichiara inammissibile un ricorso per difetto di giurisdizione, in quanto «l'oggetto del giudizio» consiste nell'accertare se il ricorrente sia o meno «titolare del diritto soggettivo ad ottenere il rimborso di spese mediche sostenute all'estero in una situazione di (accertata) gravità ed urgenza». Peraltro questa sentenza ribalta un precedente del medesimo giudice amministrativo, che aveva qualificato come interesse legittimo analoga posizione dell'individuo, essendo l'amministrazione chiamata a valutare discrezionalmente l'esistenza dei requisiti per il concorso del servizio nazionale nelle spese di cura sostenute all'estero in assenza di preventiva autorizzazione. Cfr. in tal senso T.A.R. Piemonte, Sez. II, 3 aprile 2007, n. 1527.

[35] Così Cass. SS.UU. 6 febbraio 2009, n. 2867; ma anche T.A.R. Campania, Sez. I, 9 aprile 2009, n. 1883.

[36] Cfr. le considerazioni di S. Spuntarelli, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, in particolare 757 ss.

riconosciuta pari dignità rispetto al giudice ordinario, in quanto anch'esso capace di fornire una tutela piena, efficace e sollecita[37]. È quindi fondamentale che il processo amministrativo sia in grado di conseguire l'obiettivo della pienezza ed effettività della tutela, indicato dall'art. 1 del d.lgs. 104/2010 tra i principi guida della giurisdizione amministrativa[38]. Effettività che si realizza anche, secondo quanto previsto dall'art. 7, co. 7, del codice, attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi.

In quest'ottica di garanzia del principio di effettività, un ruolo chiave è stato attribuito da una parte della dottrina[39] e dalla giurisprudenza ormai prevalente alla pluralità di azioni a disposizione del soggetto che intende ottenere adeguata tutela della propria posizione sostanziale e, quale altra faccia della stessa medaglia, ai poteri ed alle pronunce di cui dispone il giudice per dare risposta alla richiesta di tutela medesima.

Proprio nel campo dei diritti sociali la questione delle azioni utilizzabili innanzi al giudice amministrativo potrebbe assumere un particolare rilievo, in quanto la loro soddisfazione presuppone spesso l'erogazione di una prestazione da parte della pubblica amministrazione. Innanzi alla domanda di una prestazione, l'azione classica di annullamento potrebbe non essere sufficiente e, si è detto, un'effettiva tutela potrebbe essere conseguita soltanto grazie ad un'azione di altra natura, sia essa di condanna, di accertamento o di adempimento.

Nonostante alcune pronunce in senso contrario[40], la giurisprudenza amministrativa sembra ormai orientata ad ammettere l'esistenza di un'azione di adempimento. È noto che il testo predisposto dalla Commissione incaricata presso il Consiglio di Stato della redazione del codice del processo amministrativo prevedeva questa tipologia di azione. Tale azione è stata poi espunta dalla versione definitiva del codice, che si è attenuta ad una lettura più rigo-

[37] Con la sentenza 12 marzo 2007, n. 77, sulla c.d. *translatio iudicii*, la Corte costituzionale ha precisato che all'intero sistema giurisdizionale la Costituzione ha assegnato la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi e che essendo questa la ragion d'essere tanto dei giudici ordinari come di quelli speciali, «la loro pluralità non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale».

[38] Si può rammentare che l'art. 47 della Carta di Nizza ha previsto espressamente il diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice per ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati.

[39] Cfr. S. Raimondi, *Le azioni, le domande e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 913 ss.; A. Carbone, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*. Nota a T.A.R. Lombardia, Milano Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in *Foro amm. TAR*, 2011, 1499 ss.; M.A. Sandulli, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 65 ss. In senso contrario cfr. A. Travi, *Il codice del processo amministrativo. I – Presentazione*, in *Foro it.*, 2010, V, 205 ss.

[40] Si veda in particolare Cons. Stato, Sez. IV, 27 giugno 2011, n. 3858.

rosa dell'art. 44 della legge di delega (l. 18 giugno 2009, n. 69), il quale faceva riferimento a «pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa». Oggi, dunque, il codice, facendo comunque proprio il principio della pluralità delle azioni, prevede l'azione di annullamento, l'azione di condanna, l'azione avverso il silenzio e l'azione per l'accertamento della nullità. Eppure la giurisprudenza ha ugualmente ricostruito in via interpretativa l'azione di adempimento, fondandola sull'art. 34, co. 1 lett. c) del codice, in base al quale il giudice, in caso di accoglimento del ricorso, può emettere condanna «all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio». Tale disposizione, secondo il Consiglio di Stato[41], renderebbe ammissibile l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto, sempre che non vi ostino profili di discrezionalità amministrativa o tecnica. Il codice avrebbe, dunque portato a compimento la trasformazione del giudizio amministrativo da giudizio sull'atto, diretto alla demolizione dello stesso, a giudizio sul rapporto regolato dall'atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa azionata. Sempre secondo il Consiglio di Stato sarebbe altresì ammissibile l'azione di accertamento autonomo, anch'essa non prevista espressamente nel codice, ricavandola in questo caso direttamente da quelle norme immediatamente precettive della Costituzione (artt. 24, 103 e 113), che garantiscono la piena e completa protezione dell'interesse legittimo. Secondo l'adunanza plenaria, il principio di atipicità delle azioni sarebbe, dunque, un corollario del principio costituzionale di effettività della tutela[42].

Peraltro l'atipicità delle azioni era stata già prospettata, ben prima della pubblicazione del codice del processo amministrativo, da quella dottrina che riteneva necessario un fondamento legislativo espresso, in virtù dell'art. 113, ultimo comma, Cost., soltanto per l'azione di annullamento e che, viceversa, riteneva preferibile un principio di atipicità dell'azione anche nel processo di cognizione, in coerenza con il giudizio di ottemperanza e con quanto previsto dalla L. 205/2000 per la tutela cautelare[43].

[41] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15, ma anche la precedente sentenza sempre dell'Ad. Plen. 23 marzo 2011, n. 3.

[42] Secondo il Consiglio di Stato, Ad. Plen. 15/2011 cit., l'azione di accertamento sarebbe anche ammessa implicitamente dall'art. 34, co. 2, del codice, secondo cui «in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati». L'intento di questa disposizione sarebbe quello di evitare che il giudice si sostituisca alla pubblica amministrazione, «esercitando una cognizione diretta di rapporti amministrativi non ancora sottoposti al vaglio della stessa», violando così il principio della separazione dei poteri. Se questo è l'obiettivo della norma, allora questa non potrebbe riferirsi ad altro che all'azione di accertamento, che per sua natura potrebbe fare incorrere il giudice nell'indebita ingerenza. Contro questa linea interpretativa si veda, di recente, T.A.R. Sicilia, Palermo I, 14 marzo 2012, n. 559.

[43] Così M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss.

Il principio della pluralità delle azioni può sicuramente favorire la pienezza della tutela dei diritti sociali. Si pensi, ad esempio, al diritto del disabile all'istruzione[44], riconosciuto come fondamentale fin dalla sentenza della Corte costituzionale n. 215/1987 – nota anche per essere la prima additiva di principio – e qualificato come vero e proprio diritto soggettivo dalla l. 5 febbraio 1992, n. 104. Una delle questioni che è stata oggetto di maggiore attenzione dalla giurisprudenza concerne l'assegnazione di un insegnante di sostegno per il disabile. Sicuramente fondamentale è stata la sentenza n. 80/2010, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di quelle norme che ponevano un limite invalicabile al numero delle ore di insegnamento di sostegno, impedendo così di apprestare una tutela specifica per quei disabili in condizioni di particolare gravità. Il legislatore si è adeguato alla sentenza della Corte con il d.l. 78/2010, convertito dalla legge 122/2010. A fronte dell'insufficienza delle risorse finanziarie, l'amministrazione scolastica ha però di frequente riconosciuto un numero di ore per l'insegnamento di sostegno ritenute inadeguate rispetto alle situazioni specifiche. I giudici amministrativi aditi, nel rispetto del principio della domanda, non si sono limitati ad annullare il provvedimento negativo impugnato, ma hanno altresì, volta per volta, accertato il diritto del disabile a ricevere assistenza dall'insegnante di sostegno per il numero di ore richiesto[45], o per l'intero orario di frequenza scolastica, o comunque per un numero di ore adeguato alla patologia[46], eventualmente aggiungendo la condanna dell'amministrazione all'assegnazione, a favore del ricorrente, dell'insegnante di sostegno come da richiesta[47], o disponendo che l'amministrazione avviasse tempestivamente le iniziative necessarie per assicurare l'adeguata integrazione dell'organico degli insegnanti di sostegno[48]. Peraltro, in diverse circostanze, i giudici amministrativi hanno espresso il convincimento che l'accoglimento della domanda non potesse essere ostacolato da esigenze di tipo organizzativo o finanziario dell'amministrazione scolastica.

La giurisprudenza ha, quindi, fatto ampio ricorso a pronunce di condanna atipica o di accertamento, sempre associate al previo annullamento del provvedimento contestato. Probabilmente, in presenza di adeguata motivazione, anche l'effetto conformativo di una sentenza di annullamento avrebbe potuto

[44] Sul tema cfr. C.S. Vigilanti, *Il diritto all'istruzione dei disabili come paradigma della tutela dei diritti sociali*, in *www.forumcostituzionale.it*; F. Girelli, *L'assegnazione delle ore di sostegno agli studenti disabili nel "seguito" delle decisioni di incostituzionalità*, in *Appendice* a C. Colapietro, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2011, 111 ss. Più in generale, sui diritti dei disabili si rinvia proprio a C. Colapietro, *ult. op. cit.*

[45] Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, II, 6 dicembre 2011, n. 2889.

[46] Cfr. T.A.R. Campania, IV, 16 dicembre 2011, n. 5901.

[47] Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, I, 23 novembre 2010, n. 14112.

[48] Cfr. T.A.R. Lazio, III bis, 23 dicembre 2011, n. 10150.

garantire il risultato di costringere l'amministrazione ad assegnare al disabile un insegnante di sostegno per un numero di ore congruo alla situazione specifica. Sempre in quest'ottica, si può aggiungere che anche rispetto alla semplice azione di annullamento il giudice è oggi dotato di poteri più incisivi[49], in quanto l'art. 34, co. 1, lett. e) del codice – articolo relativo alle sentenze di merito – gli consente di disporre altresì le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, anticipando già in sede di cognizione la facoltà di nominare un commissario *ad acta* nell'ipotesi di mancata esecuzione della sentenza da parte della pubblica amministrazione. Ciò consente di conseguire una tutela più sollecita, evitando al ricorrente di dover procedere al giudizio di ottemperanza dopo l'accoglimento del ricorso, per conseguire effettivamente l'utilità riconosciuta in sede di cognizione.

La giurisprudenza amministrativa è, dunque, sempre più orientata ad assicurare effettiva tutela alle situazioni giuridiche che vengono ad essere coinvolte, soprattutto nel caso si tratti di diritti fondamentali, come la salute, l'istruzione, l'assistenza, valorizzando le indicazioni contenute nella Costituzione e le novità normative del codice del processo amministrativo. E ciò sembra manifestarsi anche sotto il profilo del sindacato operato dal giudice amministrativo. Per un verso, infatti, restano fermi i limiti che incontra il giudice di fronte all'esercizio di un potere discrezionale della pubblica amministrazione, non potendo il giudice sostituirsi all'amministrazione nella valutazione del pubblico interesse e nella ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi sui quali va ad incidere la decisione del pubblico potere. Soltanto nei casi tassativamente previsti di giurisdizione di merito, infatti, il giudice può sostituirsi all'amministrazione, secondo quanto prevede oggi l'art. 7, co. 6, del d.lgs. 104/2010, pena la violazione del principio di separazione dei poteri, come ricordato anche dalla stessa giurisprudenza amministrativa[50], che pure ha ammesso il principio di atipicità delle forme di tutela. Per altro verso, di fronte a ipotesi di discrezionalità tecnica, il sindacato del giudice amministrativo appare più incisivo quando la pretesa fatta valere nei confronti della pubblica amministrazione si fonda su interesse primario, come può essere la salute, rispetto ad ipotesi in cui si discute, ad esempio, di un vincolo storico-artistico[51]. Ciò potrebbe lasciare intendere che in presen-

[49] Cfr. R. Caponigro, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. CdS*, 2011, 1707 ss.

[50] Cfr. la già citata sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen. 15/2011; si veda anche, di recente, Cons. Stato, Sez. V, 22 marzo 2012, n. 1640 in tema di V.I.A., ma anche Cass. S.U., sent. 22 maggio 2012, n. 8071, secondo cui sarebbe viziata da eccesso di potere giurisdizionale la decisione del giudice amministrativo che, «sconfinando nella sfera del merito (riservato alla P.A.), compia una diretta e concreta valutazione della opportunità e convenienza dell'atto».

[51] Cfr. A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 454 ss.

za di un diritto sociale per la cui soddisfazione occorre una prestazione della p.a., la qualifica di diritto fondamentale, anziché incidere sulla determinazione della giurisdizione, possa produrre effetti rispetto ai poteri del giudice amministrativo, così da assicurare una tutela sempre più piena.

Restano per la verità aperte altre questioni, che pure incidono sulla pienezza della tutela, come la disciplina dell'istruttoria, che, per certi aspetti, ha segnato un allontanamento del processo amministrativo dal processo civile, in virtù della previsione dell'eccezionalità della consulenza tecnica d'ufficio e della limitazione della testimonianza alla forma scritta[52], oppure, a monte, il problema dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice amministrativo[53]. Questioni che andranno affrontate e risolte già a livello normativo – in coerenza con il principio del giusto processo regolato dalla legge di cui all'art. 111 Cost. – se si vuole realmente raggiungere l'obiettivo che anche il giudizio amministrativo possa fornire ai diritti fondamentali una tutela dello stesso livello di quella che si può conseguire nell'ambito del giudizio civile.

[52] Cfr. A. Travi, *Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 600 ss.; in precedenza, A. Carratta, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 42 ss., ma anche S. Spuntarelli, *I diritti fondamentali*, cit., 759 ss.

[53] Si rinvia alle considerazioni di F. Merloni, *Funzioni amministrative e sindacato giurisdizionale. Una rilettura della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 498 ss.

# IL CARATTERE INCLUSIVO DEI DIRITTI SOCIALI E I PARADOSSI DELLA SOLIDARIETÀ ORIZZONTALE

di Alessandro Morelli

Sommario: 1. La pretesa universalistica dei diritti sociali. – 2. Il *carattere inclusivo* dei servizi funzionali all'esercizio dei diritti sociali. – 3. Le istanze di inclusione nei nuovi diritti sociali. – 4. Il carattere inclusivo dello stato sociale e i paradossi della solidarietà orizzontale.

## 1. La pretesa universalistica dei diritti sociali

Una pretesa universalistica ispira il riconoscimento da parte della Carta repubblicana di molti se non di tutti i diritti sociali. Anche a prescindere dalla riconducibilità di tali situazioni giuridiche soggettive alla categoria dei «diritti inviolabili dell'uomo» previsti dall'art. 2 Cost.[1], è decisivo, in merito, il carattere generale di alcune formule impiegate nel testo costituzionale: così, ad esempio, l'art. 32, comma 1, attribuisce alla Repubblica il compito di tutelare la salute come «fondamentale diritto dell'individuo» e non del solo cittadino e l'art. 34, comma 1, prevede che la scuola sia «aperta a tutti». Espressioni analoghe si rinvengono nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: si guardino, in particolare, l'art. 14, comma 1, a norma del quale «ogni persona ha diritto all'istruzione e all'accesso alla formazione professionale e continua», l'art. 15, comma 1, secondo il quale «ogni persona ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata», le previsioni contenute negli artt. 24, 25 e 26, inerenti rispettivamente ai diritti dei minori, degli anziani e dei disabili, o le disposizioni contenute nel Titolo V, specificamente dedicato alla «Solidarietà».

Il carattere universale dei diritti è stato discusso e contestato da quanti ne hanno sostenuto la natura culturalmente condizionata e, dunque, inevitabilmente particolare, evidenziando, inoltre, come dietro l'alibi della tutela dei diritti umani i Paesi occidentali abbiano spesso effettuato interventi in realtà tutt'altro che ispirati da istanze umanitarie[2].

Senza poter entrare nel merito di una questione estremamente complessa, che meriterebbe un'analisi ben più ampia ed approfondita di quella che è

[1] Su tale problematica cfr., per tutti, D. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003.

[2] Per un'ampia trattazione della tematica si rinvia ora ad A. Algostino, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Napoli, 2005.

possibile svolgere in questa sede, si può osservare, innanzitutto, che la circostanza per cui ogni concezione dei diritti sia sempre il frutto di scelte condizionate in una certa misura dalla cultura del tempo nulla toglie, sul piano dogmatico, alla connotazione universalistica delle garanzie che la Costituzione e le varie Carte europee ed internazionali prescrivono che vengano assicurate ai diritti fondamentali, compresi quelli dei quali qui si discorre. Com'è stato autorevolmente osservato, infatti, un ordinamento giuridico positivo può assumere, sul piano dogmatico, come proprio principio fondante quel che, sul piano teorico, può anche risultare opinabile[3].

E così, nel modello della democrazia costituzionale, l'universalità dei diritti fondamentali è un assioma indiscutibile[4], anche se gli stessi diritti possono apparire a taluno inconsistenti sovrastrutture o se la loro piena ed effettiva tutela può essere rappresentata come un'ingenua utopia o, peggio, come una giustificazione di interventi promossi da maggioranze culturali tiranniche a discapito di minoranze non ancora integrate[5].

D'altro canto, come ha rilevato Norberto Bobbio, nessun tentativo di ancorare i diritti ad un fondamento assoluto ha condotto a risultati pacifici e definitivi; il solo fondamento al quale sembrerebbe possibile fare riferimento per giustificare la pretesa di garanzia di diritti comuni a tutti gli uomini è di tipo storico e consiste nel riconoscimento dell'importanza di tali posizioni

[3] Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 161 s., il quale, contro le accuse di «fallacia naturalistica» mosse dai positivisti alle concezioni che, come quelle che si rifanno al diritto naturale, «pretendono di stabilire un ponte tra la realtà e il valore, facendo derivare l'agire dal conoscere, la volontà dalla ragione, i giudizi di valore dai giudizi di fatto», risponde che «non si tratta qui di discutere questa posizione dal punto di vista delle sue buone o cattive ragioni filosofiche. Si tratta invece di mettere in luce una questione di prospettiva. Una cosa è ragionare sul piano teoretico; un'altra, sul piano delle caratteristiche di un concreto ordinamento giuridico, cioè – come si usa dire – sul piano dogmatico. Può accadere che ciò che risulta insostenibile teoreticamente sia sostenibile dogmaticamente. In particolare, se si sostiene dal primo punto di vista che il diritto è funzione solo della volontà: dunque che la volontà giuridica è sovrana, può ben accadere che questa volontà renda plausibile proprio ciò che la ragione teoretica ha escluso. In particolare, è ben possibile che l'assenza di valore della realtà, sul piano teoretico, debba cedere alla pregnanza di valore, sul piano dogmatico, se l'ordinamento giuridico così ha voluto. È esattamente ciò che accade negli ordinamenti giuridici in cui vigono norme di principio».

[4] L'espressione "universalità dei diritti fondamentali" non va intesa ovviamente *in senso oggettivo*, vale a dire quale loro riconoscimento in ogni parte del globo e da qualunque ordinamento, bensì *in senso soggettivo*, come riconoscimento dei diritti in parola da parte di certi ordinamenti a tutti gli uomini.

[5] Com'è stato evidenziato, peraltro, l'universalità dei diritti fondamentali deve essere letta alla luce dell'«autocomprensione» dei titolari dei diritti medesimi, alla quale deve essere riconosciuto un ruolo decisivo nella dimensione della democrazia costituzionale: cfr., in tal senso, P. Häberle, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* (1983), a cura di P. Ridola, Roma, 1993, 175 ss., spec. 190 s.; Id., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, Milano, 2003, 118 ss.; L. D'Andrea, *Diritto costituzionale e processi interculturali*, in *www.forumcostituzionale.it*, 29 aprile 2009.

giuridiche da parte di un numero considerevole di Costituzioni nazionali e di Trattati e di Carte internazionali[6].

L'universalità dei diritti sociali, tuttavia, può essere enunciata soltanto in una prospettiva astratta. Nel momento in cui si passi alla dimensione delle applicazioni concrete delle previsioni normative inerenti a tali diritti, non si può che fare i conti con la realtà della scarsità delle risorse finanziarie utilizzabili per garantirne l'esercizio.

Non è qui possibile tornare sul percorso seguito dalla giurisprudenza costituzionale riguardo al problema del costo dei diritti sociali, già, peraltro, puntualmente ricostruito in questa sede[7].

Ai fini del presente intervento appare utile, invece, ribadire, per un verso, che l'onerosità non è una caratteristica esclusiva dei diritti sociali, essendosi ormai comunemente accettato che tutti i diritti, seppure in misura diversa, costano, e, per altro verso, che, come pure è stato osservato[8], la grave crisi economica in corso non costituisce una circostanza di per sé sufficiente a giustificare ogni possibile limitazione dei diritti sociali o addirittura un complessivo ridimensionamento degli strumenti e degli scopi del *Welfare State*. Le discussioni sull'opportunità o sulla necessità di un siffatto ridimensionamento sono motivate semmai dalla crisi dei paradigmi culturali che hanno ispirato la nascita e lo sviluppo di tale forma di Stato.

Quel che si sosterrà nel presente intervento è che è ancora possibile trovare nei principi della democrazia pluralista le risorse per orientare verso esiti diversi dalla mera dissoluzione dello Stato sociale i processi economici e istituzionali in corso. In particolare, a fronte della progressiva perdita di effettività delle garanzie sociali previste dalla Costituzione repubblicana e dalle Carte dei diritti sovranazionali, occorrerebbe valorizzare il *carattere inclusivo* dei servizi funzionali alla soddisfazione di tali posizioni giuridiche. Diverse previsioni normative costituzionali, infatti, impongono ai pubblici poteri (e non solo a questi, come subito si dirà) di orientare le proprie azioni alla *massima inclusione possibile nel godimento dei diritti fondamentali*, ivi compresi quelli sociali.

Per alcuni di tali diritti, peraltro, l'inclusione dell'altro è, come si vedrà, una condizione di esercizio indispensabile[9].

[6] N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 14 ss.

[7] Cfr. soprattutto le relazioni al presente Convegno di G. Razzano, *Lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali*; L. Trucco, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali* e A. Rovagnati, *La pretesa a prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*. Sulla giustiziabilità dei diritti sociali, anche per ulteriori riferimenti, cfr., per tutti, C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, spec. 95 ss.

[8] Ancora da G. Razzano, *op. cit.*, § 10 del *paper*.

[9] Sul concetto di «inclusione» si rinvia alla riflessione di J. Habermas, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica* (1996), trad. it., Milano, 1998, 15 ss.

## 2. Il *carattere inclusivo* dei servizi funzionali all'esercizio dei diritti sociali

La soddisfazione di uno stesso diritto può avere luogo in modi diversi e attraverso differenti tipi di servizi.

A tal proposto appare utile la classica distinzione tra beni *esclusivi*, *non esclusivi* e *inclusivi*, nella peculiare versione proposta da Luigi Lombardi Vallauri nel suo *Corso di filosofia del diritto* del 1981: esclusivi sono tutti quei beni il cui godimento da parte di un soggetto esclude inevitabilmente gli altri (come, ad esempio, il cibo); non esclusivi quelli il cui possesso e la cui fruizione da parte di qualcuno non impediscono il godimento degli stessi beni da parte di altri (come, ad esempio, la conoscenza, la cui acquisizione non esclude gli altri, ma anzi può facilitare la diffusione della stessa); inclusivi, infine, quei beni il cui godimento implica necessariamente quello da parte degli altri (così, ad esempio, l'appartenenza ad una comunità). I beni di quest'ultimo tipo hanno una natura relazionale e anzi l'esclusività, in questi casi, determinerebbe la perdita di utilità del bene stesso[10].

Tale classificazione è stata estesa anche ai *comportamenti*, nella convinzione che ogni bene, anche a prescindere dalla sua "naturale" disposizione, possa essere configurato come esclusivo, non esclusivo o inclusivo, in base all'atteggiamento assunto dal fruitore del bene stesso; e così, ad esempio, un bene "naturalmente" esclusivo come il pane può diventare non esclusivo nel contesto di una mostra sulla storia della panificazione, nella quale esso viene esposto come "prodotto culturale" e la sua fruizione come tale non esclude altri osservatori[11].

La distinzione può essere utilmente applicata, seppure con qualche precisazione, anche ai *servizi*.

Benché, infatti, il concetto di servizio abbia sempre una natura relazionale, visto che ogni servizio viene erogato almeno da un soggetto a beneficio di un altro, è pur sempre vero che, in alcuni casi, la prestazione di un servizio nei confronti di un beneficiario esclude inevitabilmente altri possibili destinatari dello stesso; in altri casi, invece, la fruizione del servizio non esclude e, in altri ancora, la presenza di altri beneficiari del servizio costituisce un valore aggiunto o addirittura una condizione indispensabile per una soddisfacente fruizione del servizio medesimo da parte di ciascuno. Un esempio emblematico di quest'ultimo tipo di servizio è quello dell'istruzione.

È vero che, in astratto, l'istruzione può essere impartita ad un singolo discente escludendo così altri possibili beneficiari dello stesso, ma, d'altro canto, corrisponde ormai a paradigmi pedagogici comunemente accettati l'idea che la somministrazione dei servizi relativi all'istruzione tragga insostituibili

[10] L. Lombardi Vallauri, *op. cit.*, 457.

[11] *Ibid.*

vantaggi dalla presenza di una comunità di docenti e di discenti. Tale assunto, del resto, ha concorso all'evoluzione delle istituzioni scolastiche come autonomie funzionali[12].

Le ragioni che giustificano il carattere inclusivo dell'istruzione sono diverse: la scoperta della complessità del sapere contemporaneo e la conseguente valorizzazione del ruolo che la comunità dei docenti svolge ai fini di una trasmissione della conoscenza che soddisfi tanto le esigenze di una differenziazione specialistica tra le diverse discipline, quanto quella di una connessione interdisciplinare necessaria ad evitare le distorsioni determinate da un approccio riduzionistico al sapere[13]; l'assunzione del paradigma personalistico come fine ultimo dei servizi erogati dalle istituzioni scolastiche e l'idea per cui la comunità scolastica consente lo sviluppo delle capacità relazionali del soggetto, costituendo una sede idonea a concorrere al processo di formazione della persona[14]; l'affermazione del ruolo della scuola per l'educazione civica e il riconoscimento della stessa comunità scolastica come dimensione entro la quale sperimentare concretamente i principi dell'etica repubblicana[15].

[12] In tema cfr., per tutti, A. Poggi, *Le autonomie funzionali "tra" sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001.

[13] Di particolare interesse appaiono, al riguardo, i riferimenti ai «saperi condivisi», contenuti nei documenti della Commissione di studio coordinata da R. Maragliano, istituita dal Ministero della Pubblica Istruzione nel 1997. Nella *Sintesi dei lavori della Commissione* (§ 2), si legge, ad esempio, che compito prioritario della «nuova scuola» dovrebbe essere la creazione di «ambienti idonei all'apprendimento che abbandonino la sequenza tradizionale lezione-studio individuale-interrogazione per dar vita a comunità di discenti e docenti impegnati collettivamente nell'analisi e nell'approfondimento degli oggetti di studio e nella costruzione di saperi condivisi». Tale documento può leggersi ora in *http://www.edscuola.it/archivio/software/maragliano.html*.

[14] Sull'adozione da parte dei Costituenti del concetto di «persona» come soggetto calato nella trama degli innumerevoli rapporti sociali cfr. A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, ora in Id., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 24 ss.

[15] È noto il travagliato percorso che ha condotto al passaggio, nei programmi didattici, dall'educazione civica, introdotta per gli istituti e le scuole d'istruzione secondaria ed artistica dal d.P.R. n. 585/1958, ad integrazione dei programmi di storia, all'insegnamento di «Cittadinanza e Costituzione», istituito dalla legge n. 169/2008. Senza poter qui analizzare nel dettaglio le diverse riforme succedutesi in tale ambito e limitando l'attenzione soltanto alle esperienze dell'ultimo decennio, si può notare come la comunità scolastica risulti essere un contesto imprescindibile sia per gli obiettivi specifici di apprendimento relativi all'«educazione alla convivenza civile», introdotta dalla legge n. 53/2003, sia per le indicazioni didattiche contenute nel Documento di indirizzo per la sperimentazione dell'insegnamento di «Cittadinanza e Costituzione» del 4 marzo 2009: in tema cfr. A. Pugiotto, *La Costituzione tra i banchi di scuola*, 24 novembre 2008, in *http://archivio.rivistaaic.it/materialix/dossier/pugiotto.html*, e, per i profili di interesse pedagogico, i contributi pubblicati nel n. 4/2005 di *Annali dell'Istruzione*, su *Educazione alla convivenza civile. Problemi e ipotesi didattiche*, consultabile anche in *www.portaledibioetica.it*, e G. De Luca, *Dall'educazione civica all'in-*

In buona sostanza, la configurazione come servizi inclusivi delle prestazioni utili all'esercizio dei diritti si traduce nella valorizzazione della dimensione comunitaria di erogazione dei servizi medesimi. Nell'ambito della sanità interventi orientati in tal senso sono, ad esempio, le azioni a tutela della salubrità dell'ambiente (bene inclusivo per eccellenza) e quelle volte a promuovere una diffusa educazione alla salute (che trovano nelle comunità scolastiche ancora una volta i luoghi più congeniali di esercizio).

La valorizzazione del carattere inclusivo dei servizi destinati all'esercizio dei diritti sociali è una risposta ragionevole alla stessa pretesa universalistica riscontrabile nelle previsioni normative costituzionali dalle quali si sono prese le mosse.

Non si vuole in tal modo sostenere che la Costituzione riconosca, tuteli e promuova soltanto beni e servizi inclusivi. Si può, tuttavia, condividere l'autorevole opinione secondo la quale dalla Carta repubblicana è comunque possibile trarre una «indicazione metodologica» in merito al difficile compito imposto dalla logica dell'ordinamento costituzionale di trovare, nella distribuzione delle risorse disponibili, un ragionevole equilibrio tra libertà ed eguaglianza: secondo tale indicazione, occorrerebbe perseguire la «massima espansione possibile dei beni "inclusivi" nell'ambito di un sistema economico che consenta comunque ai soggetti di acquisire e godere di beni esclusivi senza preventive limitazioni»[16].

Con specifico riguardo al tema in esame, si può, dunque, concludere che, nel passaggio dall'astratto riconoscimento costituzionale dei diritti sociali come posizioni giuridiche universali alla dimensione della concreta garanzia e promozione di tali posizioni, l'indirizzo che deve essere seguito dai pubblici poteri è quello di valorizzare al massimo l'erogazione di servizi inclusivi, pur non impedendo la somministrazione di servizi caratterizzati da esclusività.

### 3. Le istanze di inclusione nei nuovi diritti sociali

Il carattere inclusivo è proprio di alcuni dei nuovi diritti sociali dei quali, in questa sede, si è occupato Simone Scagliarini nella sua relazione: si pensi, ad esempio, al diritto alla socializzazione del disabile o a quello del minore a una famiglia[17].

*segnamento di "Cittadinanza e Costituzione"*, in *Quaderni di Intercultura*, II/2010 (*http://cab.unime.it/journals/index.php/qdi/*).

[16] G. Silvestri, *Dal potere ai princìpi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, 101.

[17] Non si entra qui nel merito delle questioni relative alla configurabilità di tali interessi come veri e propri nuovi diritti sociali, rinviando sul punto alla stessa relazione di S. Scagliarini, *«L'incessante dinamica della vita moderna». I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, in *paper*.

Un primo tratto comune di tali situazioni giuridiche è dato dal fatto che i soggetti passivi delle prestazioni richieste non sono tanto, o soltanto, i pubblici poteri, ma anche, e soprattutto, i componenti delle varie comunità (familiari, scolastiche, lavorative, ecc.) nelle quali i soggetti bisognosi di tutela pretendano l'inclusione.

Come pure è stato osservato, inoltre, quelle che stanno alle base dei predetti diritti sono istanze di inclusione in senso proprio e non di mera integrazione, ovverosia pretese ad un adeguamento complessivo degli ambienti e dei contesti sociali funzionale a consentire il pieno sviluppo delle persone titolari dei diritti medesimi, adeguamento che, a sua volta, richiede una crescita culturale coinvolgente l'intera società[18]. Parafrasando Jürgen Habermas, si può rilevare come per inclusione non si intende «accaparramento assimilatorio né chiusura contro il diverso», ma un paradigma in base al quale «i confini della comunità sono aperti a tutti: anche – e soprattutto – a coloro che sono reciprocamente estranei e che estranei vogliono rimanere»[19].

Emerge così il carattere intimamente paradossale di tali diritti, la cui effettiva protezione non può prescindere dalla spontanea e convinta partecipazione dei soggetti passivi delle prestazioni richieste. La diffusa acquisizione culturale dei predetti diritti, prima ancora del riconoscimento in via giurisprudenziale, è, pertanto, una condizione necessaria per la loro tutela. Osservazione questa che può estendersi a tutti quei diritti che presuppongono l'esistenza di condizioni fattuali giuridicamente non prescrivibili, come, ad esempio, una diffusa cultura ambientalista, nel caso del diritto ad un ambiente salubre, o il reale pluralismo dei mezzi di comunicazione di massa, nel caso del diritto all'informazione.

In conclusione, senza indugiare oltre su questioni che meriterebbero ben altro approfondimento, si può affermare che alcuni diritti sociali risultano *naturalmente inclusivi*, perché il loro soddisfacimento finisce con il tradursi in un valore aggiunto anche per le comunità nelle quali si esiga l'inclusione, ovviamente a condizione che le stesse comunità interessate riescano a trovare nell'inclusione dell'altro una fonte di arricchimento culturale.

Altri diritti sociali, come ad esempio il diritto al lavoro o il diritto alla salute, pur non essendo naturalmente inclusivi, possono essere comunque meglio tutelati, considerate le concrete difficoltà di assecondarne la vocazione universalistica a causa della scarsità delle risorse finanziarie disponibili, attraverso la valorizzazione dei tratti inclusivi dei servizi funzionali al loro esercizio, promuovendo o potenziando le forme relazionali e comunitarie di esercizio dei diritti medesimi.

[18] Cfr., in tal senso, C. Colapietro, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2011, 34 ss. e S. Scagliarini, *«L'incessante dinamica della vita moderna»*, cit., § 2.2 del *paper*.

[19] *L'inclusione dell'altro*, cit., 10.

## 4. Il carattere inclusivo dello Stato sociale e i paradossi della solidarietà orizzontale

Nella qualificazione di istanze d'inclusione come nuovi diritti sociali trova espressione il principio solidarista nella sua declinazione orizzontale, coinvolgente tutte quelle relazioni tra singole persone e formazioni sociali che non si esauriscono in rapporti di subordinazione bensì di pari ordinazione[20]. In tale dimensione il principio trova riconoscimento, com'è noto, nella previsione dei doveri inderogabili di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.

I nuovi diritti sociali poc'anzi richiamati derivano la propria connotazione paradossale proprio da tale principio del quale costituiscono una peculiare traduzione; principio che prescrive ciò che, essendo per definizione spontaneo, può essere soltanto auspicato o, al più, promosso dalle istituzioni repubblicane attraverso gli strumenti di un'adeguata «pedagogia democratica»[21].

Si è già avuto modo di sostenere in altra sede che il paradosso appena richiamato si rinviene anche nella previsione del dovere di fedeltà alla Repubblica di cui all'art. 54, comma 1, Cost., enunciato che rischia di apparire una mera invocazione retorica o addirittura una formula essenzialmente contraddittoria, se si assume che la fedeltà di cui si discorre in tale disposizione attiene all'insieme dei principi fondamentali che connotano l'ordinamento repubblicano, ivi compresa la libertà di coscienza, che può condurre il cittadino ad abbracciare concezioni distanti dagli (e persino antitetiche agli) assunti della stessa etica repubblicana[22]. In verità, come pure è stato autorevolmente affermato[23], tutti i doveri inderogabili di solidarietà si mostrano analogamente paradossali perché hanno la funzione di «far da veicolo tra ciò che è prima (e fuori) e ciò che è dentro la Costituzione», ovverosia tra etica repubblicana e diritto costituzionale.

Se, come si è rilevato all'inizio di queste brevi osservazioni, da un punto di vista dogmatico i diritti e i doveri fondamentali sono assiomi indiscutibili dell'ordinamento costituzionale, non si può trascurare, tuttavia, che tali assiomi corrispondono a principi etici giuridicizzati, la cui sopravvivenza nel contesto sociale è condizione necessaria della stessa effettività dell'ordinamento.

[20] Cfr. in tema, per tutti, F. Giuffrè, *I doveri di solidarietà sociale*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, 2007, 3 ss. e spec. 36 ss., e, più ampiamente, Id., *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, spec. 217 ss.

[21] Sulla «pedagogia democratica» cfr. G. Zagrebelsky, *Imparare democrazia*, Torino, 2007.

[22] Sul punto sia consentito rinviare ad A. Morelli, *Il dovere di fedeltà alla Repubblica*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *op. cit.*, 141 ss.

[23] A. Ruggeri, *Doveri fondamentali, etica repubblicana, teoria della Costituzione (note minime a margine di un convegno)*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *op. cit.*, 559.

In tale prospettiva, per tutti i principi fondamentali si pone un problema di esigibilità delle prestazioni dovute. La questione si presenta anche riguardo ai diritti fondamentali, dei quali da tempo la dottrina ha riconosciuto una componente deontica[24]: non sono previsti ovviamente strumenti coercitivi atti ad imporne l'esercizio ai rispettivi titolari, ma cosa sarebbe dell'ordinamento se nessuno esercitasse più le proprie libertà basilari? I diritti fondamentali mostrano quindi un carattere di doverosità che è giuridico, anche se non sanzionabile giuridicamente, e al tempo stesso etico.

È tuttavia soprattutto la connotazione paradossale dei doveri inderogabili di solidarietà a rivelare la strutturale apertura e incompiutezza della democrazia costituzionale, che, come ha notato Ernst-Wolfgang Böckenförde riguardo allo «Stato liberale secolarizzato», vive di presupposti che non può garantire[25]. La solidarietà è, al tempo stesso, *presupposta* ed *esigita* dall'ordinamento, che però non ha strumenti propri per poterla assicurare[26].

Il crollo del mito dello Stato sovrano e autoreferenziale e la crisi dei paradigmi culturali che hanno ispirato, nel secondo dopoguerra, il recupero del modello del *Welfare State* hanno posto le premesse per una riscoperta del principio di solidarietà, soprattutto nella sua declinazione orizzontale. L'attuazione di tale principio costituisce una condizione necessaria per l'esercizio di quei diritti all'inclusione di cui si è detto, diritti che rappresentano i primi connotati di un nuovo sistema di garanzie sociali che realmente possa fare conto del contributo di tutti i soggetti della società civile.

L'ormai acquisita consapevolezza dell'insufficienza degli apparati autoritari statali a garantire i presupposti solidaristici dello Stato sociale chiama in causa il tema della responsabilità (tanto quella dei governanti che quella dei governati), richiedendo, altresì, un ripensamento complessivo dello stesso principio di sovranità popolare, ancor più nella prospettiva del processo

[24] Cfr., in tal senso, A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni*), in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.; A. Ruggeri, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in M. Gensabella Furnari, A. Ruggeri (a cura di), *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici*, Torino, 2010, 307 ss.; Id., *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 1/2011 (www.associazionedeicostituzionalisti.it).

[25] *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione* (1967), trad. it, Brescia 2006, 68. Sull'impossibilità di ricostruire i sistemi costituzionali contemporanei in base ad una logica chiusa ed autoreferenziale cfr. ora le osservazioni di L. D'Andrea, *Complessità sociale e ordinamento giuridico nella prolusione pisana di Santi Romano*, in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di Aldo Loiodice*, § 7 del *paper*.

[26] Cfr., in tema, M.-C. Blais, *La solidarietà. Storia di un'idea* (2007), trad. it., Milano, 2012, secondo la quale «la solidarietà ha due volti. Un volto naturale, spontaneo, fatale per gli uni e benefico per gli altri. Un volto consapevole, cosciente, esito di volontà, organizzato e destinato a modificare gli esiti ingiusti della solidarietà naturale. Il duplice significato del termine – solidarietà come fatto e solidarietà come ideale – è sicuramente l'elemento di maggior successo di questa nozione, capace di conciliare l'esigenza di oggettività con un ideale di giustizia» (351).

d'integrazione sovranazionale[27]. Se, infatti, ampia ed approfondita è stata la trattazione dei rapporti tra democrazia e diritti, tanto che tali concetti hanno finito con il costituire un binomio di largo uso anche per la sua notevole portata simbolica ed evocativa, molto meno indagati sono stati i legami tra democrazia e doveri e, più ampiamente, la dimensione deontica della stessa sovranità popolare. Questa linea di ricerca, che può trarre ancora preziosi stimoli dai classici assunti del repubblicanesimo[28], risulta oggi imprescindibile per l'analisi delle reali aspettative di vita delle istituzioni del *Welfare* e del sistema delle garanzie costituzionali dei diritti sociali.

[27] Sul tema della solidarietà nella dimensione dell'Unione europea si rinvia alla relazione di D. Tega, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e politiche e crisi economica*, e all'intervento al presente Convegno di A. Lollo, *Il paradigma inclusivo della cittadinanza europea e la solidarietà transnazionale*, entrambi in *paper*.

[28] Sulla concezione repubblicana dei doveri riferimento obbligato è al pensiero di G. Mazzini, *Doveri dell'uomo* (1860), Roma 2005; nell'ampia letteratura in tema cfr., tra gli altri, anche per ulteriori riferimenti, M. Viroli, *Repubblicanesimo. Una nuova utopia della libertà*, Roma-Bari, 1999 e N. Bobbio, M. Viroli, *Dialogo intorno alla repubblica*, Roma-Bari, 2001, spec. 39 ss.

# IL DIRITTO DI PARTECIPAZIONE: NOTE PRELIMINARI (PER L'EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI SOCIALI)

di Marta Picchi

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Le politiche di definizione e attuazione dei diritti sociali. – 2.1 Tecniche normative e partecipazione. – 2.2. Pratiche di democrazia partecipativa. – 2.3. *Segue*: gli impulsi dalle esperienze regionali. – 3. Valutazioni di sintesi. Principio partecipativo e diritto di partecipazione. – 3.1. *Segue*: indicazioni per rendere effettivo il diritto di partecipazione. – 3.2. *Segue*: la mancata interposizione del legislatore.

## 1. Introduzione

L'effettività dei diritti ha un'importanza cruciale negli ordinamenti costituzionali pluralisti contemporanei e nella società di individui sviluppatasi nei tempi della «modernità liquida»[1], poiché maggiori possono essere gli elementi — provenienti dalla rapida evoluzione socio-economica e dai pericoli che l'accrescimento del progresso scientifico può determinare sulla vita, sulla sicurezza, sulla libertà — in grado di minarla, mettendo in discussione la dignità sociale e la reale libertà ed eguaglianza degli individui, ma anche i diritti politici dei cittadini, quando vi siano condizioni economiche, sociali e culturali di ostacolo e la tutela dei diritti sociali sia inadeguata.

La disomogeneità dei diritti sociali e l'ampiezza dei fenomeni cui si riferiscono impediscono una trattazione con una valenza assoluta per ciascuna ipotesi, tuttavia la carenza di effettività dei diritti sociali (e non solo di questi) è un aspetto che può minare la giuridicità degli stessi. Il presente studio è rivolto non tanto alla giustiziabilità — che è soltanto una componente dell'effettività — dei diritti sociali, quanto agli istituti e alle procedure in grado di garantire e innalzare la protezione degli interessi sottostanti e, di conseguenza, alle vicende applicative, tenuto conto del contesto sociale e culturale[2], dal momento che «il "rispetto" [...] altro non può significare se non concreta attuazione [...] dei diritti»[3].

Questa analisi viene compiuta rivolgendo l'attenzione ad un diritto che accompagna quelli c.d. di quarta generazione[4]: il diritto di partecipazione

[1] Z. Bauman, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2003.

[2] G. Silvestri, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009, 7 ss.

[3] Cfr. Corte cost., sent. n. 61/2001.

[4] N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, 263; sul tema si veda anche G. Peces-Barba Martínez, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993, 160 ss.

che, analogamente ad altri nuovi diritti (di essere ascoltati, di concorrenza, di pari trattamento, di pari opportunità, di non discriminazione, di preservare la propria diversità, ecc.), presenta connotazioni procedurali nel senso che, pur mantenendo un collegamento coi valori dell'eguaglianza e della dignità, è funzionale ad alcuni bisogni: non fa cioè riferimento a prestazioni o rivendicazioni specifiche o a soggetti determinati, implicando piuttosto modalità di accesso che consentano di partecipare ad un dialogo[5] finalizzato alla protezione o ad un rafforzamento di tutela e al riequilibrio di altre situazioni giuridiche soggettive.

## 2. Le politiche di definizione e attuazione dei diritti sociali

I diritti sociali sono per loro natura caratterizzati dal fatto che il singolo diritto non può essere soddisfatto se contemporaneamente non ne vengano realizzati altri, diversi e riferiti a differenti soggetti, singoli o associati.

La complessità delle politiche in tema di diritti sociali ha contribuito a diffondere l'idea che la garanzia dei diritti sociali possa promanare esclusivamente dallo Stato, sia cioè mediata soltanto dall'organizzazione pubblica nel senso che il contenuto dei diritti sociali sia subordinato alla struttura organizzativa: questo, però, è soltanto un tentativo di conservare la difficile legittimazione sostanziale degli apparati pubblici, sebbene lo Stato (e così, anche se in misura minore, gli enti territoriali) possa soltanto cogliere gli interessi sociali nella dimensione generale riferita all'intera collettività e, dunque, con una certa astrazione che già di per sé non favorisce l'inclusione, mentre più difficilmente è in grado di recepire e combinare gli interessi delle differenti componenti.[6]

Occorrono, dunque, strutture e modalità in grado di consentire alle istituzioni pubbliche di cogliere al meglio i contenuti reali degli interessi in gioco e ai soggetti, singoli o associati, «di forzare al massimo le potenzialità positive e quindi collaborative delle proprie sfere di libertà […] sia nel momento formativo della norma sia in quello attuativo»[7]: la definizione degli obiettivi da perseguire deve, invece, avvenire tramite le conoscenze maturate e il confronto, allo scopo di rendere le regole il più possibile effettuabili, approssimandole alle istanze di base e alle reali necessità, poiché l'esperienza

[5] M. R. Ferrarese, *Globalizzazione giuridica*, in *Enc. dir.*, Ann. IV, Milano, 2011, 569 ss.; si veda anche L. Torchia, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006.

[6] G. Berti, *Normatività, leggi dello Stato e diritti della persona*, in *Jus*, 3/1985, 326 e ss.; G. Allegretti, *I diritti fondamentali fra tradizione statale e nuovi livelli di potere*, in P. Barcellona, A. Carrino (a cura di), *I diritti umani tra politica, filosofia e storia*, Napoli, 2003, vol. II, 7 ss.

[7] G. Berti, *Normatività*, cit., 335.

costituisce una componente essenziale per l'attuazione delle norme e, quindi, anche dei diritti.

È, allora, necessario che il processo decisionale delle istituzioni sia diversamente congegnato e che si apra agli apporti della società civile: prima occorre, però, superare le resistenze culturali che ancora concepiscono gli istituti della rappresentanza politica — e quanto è in grado di preservare l'assoluta autonomia decisionale da forme di "ingerenze" — come l'essenza della democrazia.

### 2.1. Tecniche normative e partecipazione

Delle potenziali aperture in tal senso sono state manifestate da quando è stata prestata attenzione ai temi della qualità della normazione, dal momento che nelle procedure individuate è stato dato spazio anche alla partecipazione.

Le tecniche di regolazione utilizzate e la qualità degli atti normativi incidono sull'efficacia della disciplina degli interessi oggetto di normazione e sul rapporto tra potere statuale e società civile[8]: dunque, sullo stesso Stato sociale che richiede alle istituzioni e alle fonti del diritto un obbligo di risultato. In altre parole, deve essere dimostrata la validità della scelta operata, consentendo di verificarne gli effetti e il grado di soddisfacimento degli interessi perseguiti[9].

L'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) esprime la valutazione preventiva degli effetti di un intervento normativo, ricadenti sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni, mediante comparazione di opzioni alternative[10]: svolge una funzione di supporto alle decisioni politiche ed è obbligatoriamente prevista per i disegni di legge di iniziativa governativa e per tutti gli schemi di atti normativi del Governo, con delle eccezioni. Infatti, il Dipartimento affari giuridici e legislativi (DAGL) presso la Presidenza del Consiglio, su motivata richiesta dell'amministrazione interessata, può consentire l'esenzione dall'AIR in casi straordinari di necessità ed urgenza, nonché nelle ipotesi di peculiare complessità e ampiezza dell'intervento normativo e dei suoi possibili effetti e, comunque, l'esenzione può essere sempre deliberata dal Consiglio dei Ministri spiegandone i motivi[11].

[8] A. Ruggeri, *Presentazione dell'incontro*, in A. Ruggeri, L. D'Andrea, A. Saitta, G. Sorrenti (a cura di), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali. Atti dell'incontro di studio svoltosi a Messina il 14 dicembre 2006*, Torino, 2007, 5; P. Caretti, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2007. La qualità della regolazione*, Torino, 2009, XIII.

[9] P. Häberle, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung*, Bad Homburg, 1970, 712.

[10] Cfr. art. 14, l. n. 246/2005.

[11] Cfr. art. 9, I e II co., dPCM n. 170/2008.

L'AIR deve dar conto delle ragioni dell'atto normativo o del disegno di legge e dei loro contenuti in funzione degli indici di analisi scelti: a regime, questo strumento rappresenterebbe un cambiamento radicale dei processi regolativi poiché, applicando tecniche di gestione tipiche del settore privato alla definizione delle politiche pubbliche, consentirebbe un controllo democratico dei processi decisionali, fornendo altresì una maggiore tutela ai diritti dei cittadini[12], cercando non solo di definire la disciplina più adeguata a realizzare l'interesse generale, ma anche individuando e rendendo palese l'interesse pubblico perseguito.

A tale scopo la disciplina legislativa ha ritenuto fondamentale la consultazione[13] delle categorie dei soggetti destinatari dell'atto per la definizione del problema e del tipo di intervento da compiere, nella prospettiva di una completezza informativa e, quindi, di un miglioramento dei contenuti della decisione[14]. Il dPCM di attuazione n. 170/2008 rinvia la definizione dei criteri generali e delle procedere di consultazione ad un successivo dPCM[15], considerando però tale attività meramente residuale e addirittura evitabile spiegando le ragioni del mancato svolgimento[16].

Inoltre, la possibilità di escludere l'AIR nelle ipotesi di peculiare complessità e ampiezza dell'intervento normativo e dei suoi possibili effetti su cittadini, imprese e PA e la non obbligatorietà della valutazione compara-

[12] F. De Francesco, *Indicatori per valutare l'AIR: un'applicazione al caso italiano*, in A. Natalini, G. Tiberi (a cura di), *La tela di Penelope. Primo Rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica*, Bologna, 2010, 142.

[13] Cfr. art. 14, V co., lett. a), l. n. 246/2005. L'importanza delle consultazioni è stata ribadita, per quanto riguarda l'AIR, nell'*Accordo fra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, le Province, i Comuni e le Comunità montane in materia di semplificazione e miglioramento della qualità della regolamentazione* (art. 3). La necessità di un'apertura al dialogo con la società civile per una migliore predisposizione delle norme era già stata evidenziata, a livello europeo, a partire dagli anni Novanta e poi ribadita nel Libro Bianco sulla *Governance europea* del 2001 e in una serie di atti immediatamente successivi: M. Picchi, *Uno sguardo comunitario sulla democrazia partecipativa*, in G. Deplano (a cura di), *Partecipazione e comunicazione nelle nuove forme del piano urbanistico*, Monfalcone, 2009, 135 ss. A livello internazionale, dobbiamo invece ricordare, da ultimo, la Raccomandazione del 22 marzo 2012 *sulla politica di regolamentazione e sulla governance*, approvata dal Consiglio dell'OCSE, che sviluppa ulteriormente quanto già affermato nella Raccomandazione del 9 marzo 1995 *sul miglioramento della qualità della normazione pubblica* e nelle linee guida del 2005.

[14] La Direttiva PCM 26 febbraio 2009 (p.to 2.2.4), sull'*Istruttoria degli atti normativi del Governo*, precisa e raccomanda alle amministrazioni di programmare l'attività normativa di rispettiva competenza in modo da disporre di spazi temporali adeguati per poter effettuare l'AIR svolgendo altresì le necessarie procedure di consultazione delle categorie interessate.

[15] Cfr. art. 5, IV co., dPCM n. 170/2008.

[16] Cfr. art. 6, V co., dPCM n. 170/2008.

tiva di opzioni alternative sviliscono sensibilmente questo istituto poiché, proprio nei casi in cui vi sono un maggior intreccio di esigenze, diritti da soddisfare e molteplici ripercussioni, viene minata l'esigenza di conoscenza, di trasparenza delle scelte complesse e di coinvolgimento dei possibili interessati alla decisione.

Dobbiamo aggiungere che, al momento, anche quando l'AIR viene svolta, nelle relative relazioni il più delle volte si dà conto genericamente dell'attività di consultazione compiuta dalle amministrazioni nel corso dell'istruttoria normativa, senza specificazioni sui soggetti coinvolti, sulle tecniche e modalità utilizzate e sulla rilevanza di quanto emerso, concependo le consultazioni come una fase di confronto separata e estranea all'*iter* di formazione dell'atto normativo[17].

L'AIR è un istituto diffuso, in maniera differenziata, anche a livello regionale[18]: tuttavia ci sembra che, pure in quelle esperienze dove maggiore è la sensibilità per questi temi e per quelli della partecipazione — come in Toscana, viste le scelte compiute in Statuto, che hanno fra l'altro condotto all'adozione della prima legge sulla normazione[19] —, le procedure di consultazione non vengano sufficientemente valorizzate, spesso considerandole come strumento non necessario, ma eventuale[20].

[17] Cfr. *Relazione sullo stato di applicazione dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) (Anni 2009-2010)*, presentata dal Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri il 29 aprile 2011 (37 e ss.).

[18] Molte Regioni hanno prestato una particolare attenzione ai temi della qualità della regolamentazione e della semplificazione amministrativa, ottenendo spesso dei risultati più soddisfacenti che a livello centrale: G. Tiberi, *La qualità della regolazione in un sistema di* governance *multilivello tra Unione europea, Stati membri e Regioni*, in *La tela di Penelope...*, cit., 31 ss.; C. Iuvone, *Il livello regionale e il raccordo multilivello*, ivi, 49 ss.

[19] Cfr. l. r. Toscana 22 ottobre 2008, n. 55, recante *Disposizioni in materia di qualità della normazione*.

[20] La l. r. Toscana n. 55/2008 non garantisce in alcun modo adeguate forme di consultazione; così anche la l. r. Puglia n. 29/2011, sulla *Semplificazione e qualità della normazione*, la l. r. Liguria n. 13/2011, contenente *Norme sulla qualità della regolazione e sulla semplificazione amministrativa*, e la l. r. Emilia-Romagna n. 18/2011, recante *Misure per l'attuazione degli obiettivi di semplificazione del sistema amministrativo regionale e locale. Istituzione della sessione di semplificazione*. Questa scelta ricalca quella compiuta, in precedenza, da altre Regioni: l. r. Basilicata n. 19/2001, recante *Introduzione e disciplina dell'analisi di impatto della regolazione e dell'analisi tecnico-normativa. Norme per la redazione di testi unici*; l. r. Lombardia n. 1/2005, intitolata *Interventi di semplificazione. Abrogazione di leggi e regolamenti regionali. Legge di semplificazione 2004*; l. r. Piemonte n. 13/2005, recante *Legge regionale di semplificazione e disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione*. La Regione Lazio non ha adottato una disciplina organica sulla normazione, tuttavia ha compiuto delle scelte significative nella l. r. n. 8/2011, recante *Disposizioni per favorire la qualità e la semplificazione della normativa regionale in materia di micro, piccola e media impresa*, dove viene prestata molta attenzione allo strumento delle consultazioni; nello stesso senso si è mossa la l. r. Abruzzo n. 26/2010,

La partecipazione costituisce, però, un criterio di progettazione basilare delle scelte da compiere, perché permette l'apporto di informazioni che non sono nella disponibilità degli apparati amministrativi e che, dunque, consentirebbero di adottare decisioni effettuabili: tuttavia, la sensazione di indebita interferenza e la non acquisita capacità amministrativa di avvalersi di queste nuove procedure da parte delle strutture competenti costituiscono degli ostacoli nel conseguimento degli obiettivi posti alla base della relativa disciplina e dell'AIR stessa, tanto che, poi, le norme secondarie di attuazione hanno dato solo una parziale applicazione a queste previsioni legislative.

La valutazione *ex post* della regolamentazione — anche attraverso l'introduzione delle clausole valutative — serve a verificare gli esiti dell'intervento normativo nella prospettiva di compiere delle modifiche o delle integrazioni, a valutare il raggiungimento delle finalità e a stimare i costi e gli effetti prodotti dagli atti normativi (per i quali è prevista) sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni.

La valutazione di impatto della regolamentazione (VIR) è stata introdotta dall'art. 14 della l. n. 246/2005, al quale è stata data attuazione di recente con il dPCM n. 212/2009: tuttavia, dobbiamo subito dire che mancano realizzazioni significative a livello nazionale (e regionale).

Anche nel caso della VIR è prevista la consultazione con le principali categorie interessate dall'intervento, però con un carattere puramente eventuale[21]. Inoltre, questo strumento di controllo *ex post* può essere escluso dal DAGL su motivata richiesta dell'amministrazione interessata, nelle ipotesi di peculiare complessità e ampiezza dell'intervento normativo e dei suoi effetti, ovvero nei casi in cui l'attività di verifica non sia giustificata dalla natura o dai contenuti dell'atto normativo. Infine, l'esenzione può essere sempre deliberata motivatamente dal Consiglio dei Ministri[22].

Ancora una volta, allora, possiamo sottolineare l'inopportunità di sottrarre gli atti più complessi a questa forma di valutazione e, soprattutto, il fatto che, anche nel caso della VIR, le consultazioni dovrebbero essere considerate uno strumento indispensabile, poiché è importante perseguire politiche di semplificazione e azioni di riduzione degli oneri amministrativi attraverso il coinvolgimento dei possibili destinatari nell'intento di rendere i nuovi interventi rispondenti alle effettive esigenze.

recante la *Disciplina generale sull'attività normativa regionale e sulla qualità della normazione*.

[21] Cfr. art. 3, III co., dPCM n. 212/2009.

[22] Cfr. art. 2, IV e V co., dPCM n. 212/2009.

### 2.2. Pratiche di democrazia partecipativa

L'ultimo ventennio si è caratterizzato per un rinnovato interesse rivolto ai temi della partecipazione e, in particolare, della democrazia partecipativa (DP). L'espressione DP fa riferimento a quelle forme di partecipazione istituzionalizzate, supportate da un'ampia informazione e pubblicità, aperte a "chiunque" — non rivolte a titolari di interessi qualificati, né realizzata attraverso forme di partecipazione procedimentale od organica (ad esempio, Consulte degli immigrati o degli stranieri, presenti soprattutto in ambito locale) di consultazione e di concertazione — e finalizzate a permettere un'interazione, secondo diverse gradazioni, con le istituzioni elettive, burocratiche e tecniche, per avere un'influenza sulla decisione finale, la cui adozione è rimessa pur sempre all'autorità pubblica[23] che ha l'obbligo di motivare l'adozione di soluzioni difformi rispetto ai risultati della partecipazione, allo scopo di garantire la serietà della procedura.

Viene così realizzato un intervento della società con un apporto di conoscenze e l'illustrazione delle molteplici esigenze: matura un contatto diretto e un dialogo fra istituzioni rappresentative/apparati amministrativi e società civile[24], impedendo l'esclusione — particolarmente pericolosa quando una società attraversi momenti di crisi e di trasformazione radicale[25] — di gruppi sociali e permettendo l'apertura agli interessi di minore forza, non strutturati e solitamente ai margini.

Le diverse forme di DP (bilanci partecipativi, giurie cittadine, *town meeting*, dibattiti pubblici, ecc.)[26] — che spesso riguardano la fase amministrativa dell'attività istituzionale, ma possono inserirsi anche nell'ambito del procedimento di formazione degli atti normativi[27] — costituiscono, perciò, dei mezzi di lotta al privilegio e di giustizia sociale, poiché costringono le oligarchie alla discussione e a perseguire finalità redistributive delle risorse. Inoltre, sono previste forme di monitoraggio e controllo da parte della collettività durante il procedimento di esecuzione dell'opera o di attuazione

[23] U. Allegretti, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir.*, Ann. IV, 2011, 305 ss.

[24] J. Rawls, *Collected Papers*, Cambridge (Ma), 1999, 579 ss.; A. K. Sen, *Sviluppo sostenibile e responsabilità*, in *il Mulino*, 4/2010, 557.

[25] S. Neumann, *Il decalogo democratico: trasformazioni nella società e loro ripercussioni sullo Stato*, in R. Löwenthal (redattore), *La democrazia nella società che cambia*, Milano, 1967, 40 ss.

[26] *Amplius*, U. Allegretti, *Democrazia partecipativa*, cit., 296 ss. che pone anche una distinzione con la democrazia deliberativa, soltanto in parte condivisa da R. Bifulco, *Democrazia deliberativa*, in *Enc. dir.*, Ann. IV, 2011, 271 ss. Si veda anche Y. Sintomer, *Il potere al popolo. Giurie cittadine, sorteggio e democrazia partecipativa*, Bari, 2009.

[27] Il procedimento di elaborazione della l. r. Toscana n. 69/2007, recante *Norme sulla promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali*, si è caratterizzato proprio per la sperimentazione di una procedura partecipativa.

della decisione e al termine della realizzazione per consentire un riscontro dell'operato istituzionale e del valore aggiunto realizzato attraverso la procedura partecipativa, anche in vista di successivi interventi volti ad integrare o correggere la scelta compiuta oppure a farne di nuove.

Non è perciò un caso che forme di DP siano nate per stabilizzare processi democratici in atto in alcuni paesi in via di sviluppo, che hanno visto il passaggio da lunghe tradizioni dittatoriali caratterizzate da marginalizzazione sociale e politica dei ceti popolari, elitarismo e accentuate sperequazioni sociali: qui, durante la transizione democratica, è stato necessario affrontare, prioritariamente, il problema delle modalità di democratizzazione della vita politica del paese e dell'effettiva costruzione della cittadinanza, in maniera tale da realizzare pienamente l'inclusione sociale.[28]

Le democrazie occidentali hanno visto l'affermazione e la predominanza degli istituti rappresentativi, ritenuti in grado di esaurire i contenuti della democrazia, relegando l'influenza della società sulla politica dello Stato essenzialmente alla partecipazione in partiti (o sindacati): questi ultimi, pur necessari per la democrazia, non sono stati però in grado di svolgere i compiti di tramite e di sintesi politica loro assegnati, minando la stessa partecipazione[29].

Ecco perché, dopo l'esplosione del dibattito e delle esperienze partecipative negli anni Sessanta e Settanta e il loro fallimento[30], le nuove e diverse forme di DP hanno suscitato tanto interesse negli anni a noi più vicini — in un periodo cioè caratterizzato da una profonda crisi e da un'insufficienza della democrazia rappresentativa[31] e dei canali tradizionali di partecipazione (partitica e sindacale) espressamente contemplati nella nostra Costituzione — concependole quali strumenti per rinvigorire la democrazia nella sua forma classica. Tuttavia, la Carta costituzionale considera già la partecipazione (in un'accezione ampia) come strumento di realizzazione di una piena democrazia, volendo dare compiuto significato al «trapasso della sovranità dal potere parlamentare all'intero corpo sociale»[32]: difatti, l'art. 3, II co., Cost. richiede che vengano garantiti la — stavolta — effettiva partecipazione di tutti

[28] B. de Sousa Santos, *Diritto ed emancipazione sociale*, Troina, 2008, *passim*.

[29] A. Savignano, *Partecipazione politica*, in *Enc. dir.*, XXXII, 1982, 11 ss.; E. Cheli, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, 2012, 179 ss., osserva che i partiti non sono riusciti a svolgere una funzione di filtro, hanno invece operato come diaframmi, favorendo gli interessi e gli orientamenti di oligarchie ristrette o di *leadership* personali e, quindi, non riuscendo ad operare come mediatori sociali nell'ambito di un processo dal basso verso l'alto.

[30] M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proced. civ.*, 1980, 225 ss.

[31] L'insufficienza della democrazia rappresentativa non poteva essere corretta neppure dai soli strumenti di democrazia diretta e, anzi, l'uso fatto in taluni casi del *referendum* abrogativo, per certi aspetti, è indice della stessa mancanza di un'adeguata partecipazione alla vita politica del Paese.

[32] G. Capograssi, *La democrazia diretta*, in Id., *Opere*, Milano, 1959, I, 480; nello stesso senso è anche M. Weber, *Staatssoziologie*, Berlin, 1956, 50 ss.

i lavoratori (nell'accezione di Esposito[33] e nel senso di parti più sfavorite della società) all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese e il pieno sviluppo della persona umana, consentendo così un compiuto esercizio delle libertà e il rispetto dell'uguaglianza[34].

La partecipazione in senso lato (e così anche la *species* DP) è, dunque, un connotato imprescindibile della forma di stato e un principio fondamentale, perché strettamente legata alla realizzazione dell'uguaglianza sostanziale, secondo un rapporto di reciproca complementarietà perché, per un verso, la partecipazione costituisce un mezzo per rimuovere gli ostacoli che di fatto limitano la libertà e l'eguaglianza impedendo il pieno sviluppo della persona umana mentre, per un altro verso, la partecipazione presuppone un sistema sociale caratterizzato da un'uguaglianza diffusa[35]. Inoltre, il principio di partecipazione è funzionale e quindi strettamente collegato con quello personalista, al quale è votata la nostra Costituzione, e ai criteri di imparzialità, buon andamento, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa.

La diffusione della partecipazione è il modo per inverare l'appartenenza della sovranità al popolo non solo sotto il profilo della titolarità, ma anche dal punto di vista del suo esercizio. La partecipazione conferisce ai cittadini la convinzione di essere realmente inseriti e al contempo indipendenti: fattori, entrambi, determinanti per evitare forme di esclusione sociale[36].

Sono evidenti gli effetti positivi della DP sotto il profilo di una maggiore trasparenza dei processi decisionali, della partecipazione dei portatori di interessi deboli e solitamente emarginati, di un più efficace controllo popolare sui risultati dell'azione amministrativa e delle informazioni utili apportate per colmare il divario fra le condizioni e le esigenze reali dei destinatari dell'intervento e le conoscenze del titolare della decisione, superando fra l'altro le possibili resistenze da parte della società civile in sede di attuazione delle scelte politiche compiute quando la collettività non vi si riconosca.

Si comprende, allora, l'importanza di impiegare formule di DP nelle politiche di attuazione dei diritti sociali, per la complessità e l'intreccio di questi

[33] C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 63.

[34] P. L. Zampetti, *Partecipazione e democrazia completa. La nuova vera via*, Soveria Mannelli, 2002, 30 ss.; D. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, 143; G. Azzariti, *Democrazia partecipativa: cultura giuridica e dinamiche istituzionali*, in *Cost.*, 3/2009, 2 ss.

[35] F. Fichera, *Spunti tematici intorno al nesso tra principi di eguaglianza e di partecipazione di cui all'art. 3, 2° comma, della Costituzione*, in Aa. Vv., *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, Napoli, 1975, 39; A. Budetta, *La burocrazia ed i modelli sociali dei gruppi di pressione*, ivi, 63.

[36] La lotta all'esclusione sociale e alla povertà costituisce, fra l'altro, un obiettivo fatto proprio dall'Unione europea, *ex* art. 34, III co., della Carta dei diritti fondamentali: sul tema, ampiamente, M. Ruotolo, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2011, 408.

ultimi, ma soprattutto per favorire la loro attuazione in maniera graduale, tenendo conto degli altri interessi primari alla luce delle esigenze di bilancio, in maniera tale che l'implementazione dei diritti sociali sia ispirata al criterio di giustizia che li contraddistingue[37] e che costituisce una finalità precipua delle diverse manifestazioni di DP, poiché esprime una sintesi di valore fra libertà individuale e uguaglianza.

Si comprendono, però, anche le resistenze politiche all'attuazione degli strumenti di partecipazione e, in particolare, di DP, poiché occorre che prima maturi un mutamento culturale e nei metodi di azione, dal momento che queste procedure, per conservare la bontà dei risultati, devono essere cadenzate temporalmente, coinvolgere tutte le fasce sociali e fare in modo che venga realizzata la più ampia partecipazione, altrimenti verrebbe vanificata l'essenza di questo istituto determinando, fra l'altro, una delegittimazione della procedura intrapresa e, quindi, anche dell'esito finale.

### 2.3. *Segue*: gli impulsi dalle esperienze regionali

La seconda stagione statutaria ha visto una nuova attenzione per gli strumenti di partecipazione[38], nonostante gli esiti non soddisfacenti della prima esperienza: pur confermando gli istituti precedenti, i nuovi Statuti hanno guardato anche ad altre soluzioni, in particolare sono proliferati gli organismi paragonabili al CNEL per consentire l'apporto di interessi economico-sociali organizzati, ma soprattutto le strutture a tutela delle categorie più deboli, attraverso consulte volte ad instaurare dei rapporti stabili e continuativi su tutte le politiche regionali, anziché su singole scelte[39]. Le indicazioni contenute nei nuovi Statuti regionali presentano differenze e una certa varietà, sebbene il giudizio complessivo da parte della dottrina[40] sia stato piuttosto severo, non ravvisando sostanziali innovazioni, poiché si baserebbe-

[37] A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, 1989, 31.

[38] M. Carli, *Lo Statuto dell'Emilia-Romagna. Principi e partecipazione*, in *Ist. fed.*, 1/2005, 19 ss.; M. Picchi, *Modelli di «governance» regionale: i rapporti con la società civile*, in M. Carli, G. Carpani, A. Siniscalchi (a cura di), *I nuovi statuti delle regioni ordinarie. Problemi e prospettive*, Bologna, 2006, 303 ss.; A. Mangia, *Consigli regionali e partecipazione politica nei nuovi statuti*, in E. Catelani, E. Cheli (a cura di), *I principi negli statuti regionali*, Bologna, 2008, 117 ss.

[39] M. Picchi, *La partecipazione all'attività legislativa e amministrativa della Regione Toscana*, in *Fed.*, 7/2012, 1 ss.

[40] R. Bin, *La nuova stagione statutaria delle Regioni*, in *www.issirfa.cnr.it*, 2004, 2 ss.; A. Pertici, *La partecipazione. Introduzione*, in P. Caretti, M. Carli (a cura di), *Statuto della Regione Toscana. Commentario*, Torino, 2005, 377 ss.; R. Bifulco, E. Paparella, *La partecipazione popolare tra tradizione e innovazione*, in R. Bifulco (a cura di), *Gli Statuti di seconda generazione. Le Regioni alla prova della nuova autonomia*, Torino, 2006, 257 ss.; V. De Santis, *La spinta partecipativa negli Statuti delle Regioni italiane*, in U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, 219 ss.

ro ancora essenzialmente sulle sole audizioni e consultazioni e, comunque, anche laddove sono state introdotte delle novità — pensiamo all'istruttoria pubblica contemplata nello Statuto dell'Emilia-Romagna — queste sono rimaste soltanto abbozzate scontando il timore che la classe politica non sia in grado di recepirle nel loro valore aggiunto.

La Corte costituzionale[41] ha, tuttavia, sottolineato che soluzioni di questo tipo sono già sperimentate e funzionanti anche in alcune delle maggiori democrazie contemporanee e che questi strumenti non sono in alcun modo in contrasto con i canoni di buona amministrazione per gli atti di natura amministrativa o con la riserva del potere legislativo al Consiglio regionale per quelli legislativi, dal momento che non sono volti ad ostacolare o a ritardare l'attività degli organi della pubblica amministrazione, né ad espropriare dei loro poteri gli organi legislativi; hanno invece la funzione di migliorare e di rendere più trasparenti le procedure di raccordo degli organi rappresentativi con i soggetti più interessati dalle diverse politiche pubbliche, senza che dette procedure possano incidere sul ruolo fondamentale delle forze politiche che animano gli organi rappresentativi.

A noi pare però che, almeno in alcuni Statuti, vi siano le premesse per poter costruire nuovi percorsi: basti pensare all'apertura compiuta, in taluni casi, alla partecipazione alle scelte politiche a beneficio dei singoli[42] oppure di tutti i residenti[43] indipendentemente dalla cittadinanza, valorizzando cioè il legame con il territorio in cui le persone vivono abitualmente e riconoscendo loro, talvolta, il diritto di voto nei *referendum* consultivi e nelle altre forme di consultazione popolare[44] o, ancora, impegnandosi a promuovere l'estensione del diritto di voto agli immigrati[45].

[41] Cfr. Corte cost. sent. n. 379/2004, con riferimento proprio all'istituto dell'istruttoria pubblica (art. 17, St. Emilia-Romagna).

[42] Cfr. art. 4 St. Calabria.

[43] Cfr. artt. 3 e 72 St. Toscana; art. 15 St. Emilia-Romagna; art. 6 St. Liguria; art. 12, II co., St. Abruzzo. L'art. 9, I co., St. Veneto riferisce la partecipazione ai soli cittadini, però si impegna a promuovere anche quella di ogni persona (art. 5, V co.).

[44] Cfr. art. 15, I co., St. Emilia-Romagna, che ha superato il giudizio della Corte costituzionale (sent. n. 379/2004), poiché la disciplina non è finalizzata a riconoscere il diritto di voto a soggetti estranei a quelli definiti dalla legislazione statale e neppure è volta a inserire tali soggetti in procedure che incidano sulla composizione delle assemblee rappresentative o sui loro atti, circoscrivendo invece il loro coinvolgimento in altre forme di consultazione o di partecipazione. Per quanto riguarda la petizione, vogliamo ricordare che, ancorché sia un istituto che anche a livello regionale ha dimostrato scarsa rilevanza da un punto di vista della sua effettività, questo strumento di democrazia diretta, in taluni Statuti, è stato esteso a beneficio di tutti i residenti (art. 12, St. Liguria; art. 41 St. Marche; art. 50, IV co., St. Lombardia), di tutti (art. 10, St. Calabria), di chiunque (art. 16, St. Emilia-Romagna), in forma singola o associata (art. 65, St. Lazio; art. 16, St. Puglia; art. 41, St. Marche).

[45] Cfr. art. 3, VI co., St. Toscana.

L'altro aspetto importante è l'aver confermato l'importanza della trasparenza[46], della pubblicità[47] e di adeguati strumenti informativi[48] e, talvolta, anche della semplificazione delle procedure per rendere effettiva la partecipazione[49] che è stata ritenuta, in taluni casi, necessaria in ogni fase dell'attività istituzionale, affinché i contributi al procedimento decisionale vengano potenziati e per far sì che venga sempre più stimolato l'interesse a prendere parte alle scelte politiche[50].

Sulla base di queste premesse, tre Regioni (Toscana, Emilia-Romagna e Umbria) hanno adottato leggi di disciplina organica[51] (in misura differente fra di loro) degli strumenti di partecipazione, nell'intento di superare i caratteri della mera episodicità[52], facendoli divenire forma ordinaria di amministrazione e di governo della Regione in tutti i settori e a ogni livello amministrativo[53] e ponendosi in uno spirito di rinnovata cultura per questi istituti, al fine di rendere la «società più partecipe dei processi di coesione e inclusione, oltre i tradizionali modelli dello Stato sociale»[54].

Queste tre leggi regionali presentano notevoli differenze fra di loro, tuttavia hanno anche elementi che le accomuna: la legge Toscana[55], nata attra-

[46] Cfr. artt. 4, lett. z), e 52, II co., St. Toscana; art. 5 St. Calabria; art. 14 St. Emilia-Romagna.

[47] Cfr. art. 11 St. Campania.

[48] Cfr. art. 9 St. Calabria; artt. 7, 14 e 50 St. Emilia-Romagna; art. 12 St. Piemonte; art. 6 St. Liguria; art. 14 St. Puglia; art. 39 St. Marche; art. 21 St. Umbria; art. 12, IV co. St. Abruzzo; art. 9, II co., St. Veneto.

[49] Cfr. artt. 72, II co., e 73 St. Toscana; art. 9, II co., St. Lombardia.

[50] Cfr. art. 72, I co., St. Toscana.

[51] Cfr. l. r. Toscana n. 69/2007 (nota n. 27); l. r. Emilia-Romagna n. 3/2010, recante *Norme per la definizione, riordino e promozione delle procedure di consultazione e partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali*; l. r. Umbria n. 14/2010, sulla *Disciplina degli istituti di partecipazione alle funzioni delle istituzioni regionali (Iniziativa legislativa e referendaria, diritto di petizione e consultazione)*.

[52] M. Ciancaglini, *La disciplina organica della democrazia partecipativa nella legislazione regionale*, in *www.astrid-online.it*, 2012, 2 ss.

[53] Cfr. art. 1, III co., lett. b), l. r. Toscana n. 69/2007.

[54] Cfr. *Programma di governo per la VIII legislatura* (p. 33), presentato dalla Giunta regionale della Toscana nel 2005 (reperibile in *www.regione.toscana.it*).

[55] Le forme di DP contemplate dalla legge Toscana sono due: il dibattito pubblico e il sostegno (finanziario, metodologico e nella comunicazione) ai processi di partecipazione; entrambi sono «fattispecie a contenuto aperto», poiché le tecniche partecipative che si potranno delineare durante l'*iter* procedimentale sono potenzialmente le più varie in ragione delle peculiari esigenze: M. Ciancaglini, *La democrazia partecipativa in Toscana. Note a margine della legge regionale n. 69/2007*, in *Partecipazione e comunicazione*, cit., 189 ss.; A. Floridia, *La democrazia deliberativa, dalla teoria alla procedura. Il caso della legge toscana sulla partecipazione*, in *Ist. fed.*, 5/2007, 610 ss.; R. Lewanski, *Promuovere la partecipazione deliberativa: la legge toscana alla prova dell'applicazione*, in *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive*, cit., 241 ss. La legge dell'Emilia-Romagna configura, invece, un modello caratterizzato

verso un procedimento partecipativo, ha natura "sperimentale" e, in quanto tale, contiene una clausola di auto-abrogazione dopo cinque anni[56]: impegna, dunque, le istituzioni e la società civile attraverso un nuovo processo partecipativo a riscontrarne gli effetti positivi e negativi durante l'ultimo anno di vita. La prospettiva adottata è, dunque, di individuare delle regole di partecipazione da adattare nel tempo per tener conto delle mutate esigenze, ma soprattutto per affinarle in ragione dell'evoluzione della risposta della società civile[57]. Nella stessa direzione si muove anche la legge dell'Emilia-Romagna attraverso la previsione di una clausola valutativa (efficace alla scadenza del quinto anno) volta, fra le altre finalità, anche all'ulteriore sviluppo delle pratiche partecipative[58].

Ai nostri fini, vi sono ulteriori due aspetti da evidenziare: innanzitutto, le tre leggi parlano espressamente di diritto di partecipazione[59], cogliendo non solo il profilo oggettivistico del fenomeno, bensì operandone una soggettivizzazione.

In secondo luogo, il diritto ad intervenire nel procedimento partecipativo è riconosciuto, nella legge della Toscana, a tutte le persone fisiche, anche se non residenti nel territorio regionale, che qui lavorino, studino o soggiornino, oppure che abbiano un interesse solo di fatto rispetto al territorio in questione e all'oggetto del processo partecipativo e che il responsabile del dibattito ritenga utile far intervenire[60], mentre, nella legge dell'Emilia-Romagna, questo diritto è riferito a tutte le persone, le associazioni e le imprese che siano destinatarie, singolarmente o collettivamente delle scelte contenute in

per il fatto che vengono accomunati aspetti della DP con meccanismi più propriamente concertativi, poiché l'esito non ha un mero valore istruttorio determinante l'obbligo di tenerne conto e di motivare l'eventuale soluzione difforme e la procedura è comunque volta a ricercare un accordo fra le parti coinvolte sulle questioni oggetto degli atti in discussione (art. 10, l. r. Emilia-Romagna, n. 3/2010. Per un'analisi di questa legge si vedano: M. Ciancaglini, *Tra democrazia partecipativa e concertazione. La legge regionale 3/2010 dell'Emilia-Romagna*, in *Ist. Fed.*, 2/2011, 215 ss.; A. Mengozzi, *Idee democratiche e spazi politici della* governance *partecipativa. Un modello e due leggi regionali a confronto*, ivi, 255 ss.). La legge dell'Umbria, invece, riconduce negli strumenti di partecipazione, in senso lato, l'iniziativa legislativa, quella referendaria, il diritto di petizione e la consultazione (art. 2), intendendo quest'ultima come lo strumento di coinvolgimento del cittadino nell'esercizio delle funzioni delle istituzioni regionali, attraverso canali di ascolto immediato e diretto delle opinioni (art. 62, I co.) in tutte le fasi dei procedimenti amministrativi e normativi, in modo tale che il contributo partecipativo venga assicurato sia nella fase di valutazione *ex ante* che nella fase di valutazione *ex post* del provvedimento, «quale controprova della efficacia e della qualità della regolazione applicata» (art. 63): M. Ciancaglini, *La disciplina organica della democrazia partecipativa*, cit., 7 e ss.

[56] Cfr. art. 26, l. r. Toscana n. 69/2007.

[57] M. Picchi, *La partecipazione all'attività legislativa*, cit., 15 ss.

[58] Cfr. art. 18, l. r. Emilia-Romagna n. 3/2010.

[59] Cfr. art. 1, I co., l. r. Toscana n. 69/2007; art. 1, I co., l. r. Emilia-Romagna n. 3/2010; art. 67, I co., l. r. Umbria n. 14/2010.

[60] Cfr. art. 2, l. r. Toscana n. 69/2007.

un atto regionale o locale[61]. In entrambi i casi viene stimolata la partecipazione di tutti coloro che, in qualche misura, concorrono allo sviluppo della vita di quel territorio: quest'ultimo è visto come il centro di imputazione di valori, principi e interessi condivisi da parte di chi, in quell'ambito, vive e opera[62].

Un'ultima osservazione attiene al fatto che, come abbiamo già sottolineato, il periodico riscontro elettorale non è sufficiente alle istituzioni per riacquistare e rafforzare la propria legittimazione: occorre che le istituzioni e la collettività condividano gli interessi da realizzare e le conoscenze da applicare per far sì che l'azione istituzionale sia orientata al conseguimento di un risultato soddisfacente. In Toscana, Emilia-Romagna e Umbria, la coesione sociale e la legittimazione delle istituzioni nei diversi livelli territoriali non presentano una maggior sofferenza rispetto ad altre realtà, tutt'altro: proprio qui, però, è stata dimostrata una maggiore sensibilità optando per un mutamento che vorrebbe indurre l'utilizzo degli strumenti di partecipazione quali forme ordinarie del processo decisionale politico, in un momento in cui gli istituti tradizionali hanno reso evidente la loro insufficienza ed occorre, perciò, rigenerare un tessuto fiduciario — che da anni ha incominciato a destare preoccupazione — fra istituzioni e società civile[63].

## 3. Valutazioni di sintesi. Principio partecipativo e diritto di partecipazione

La complessità dei contenuti dei diritti sociali e il fatto di essere strettamente correlati fra loro costituiscono delle qualità che mal si prestano a divisioni per competenze e aree di intervento da parte delle istituzioni: anzi, il potere politico e le strutture organizzative di definizione e attuazione dei diritti sociali, sovrapponendosi alle caratteristiche e peculiarità di questi, possono finire col sottomettere i diritti sociali stessi. Difatti, mentre i diritti civili e politici necessitano dei soli interventi pubblici finalizzati alla loro tutela, i diritti sociali richiedono un'azione pubblica che attenui gli squilibri sociali e soddisfi i bisogni degli individui, generati e acuiti dall'andamento dell'economia e del mercato, poiché sono suscettibili in maniera più accentuata di una continua evoluzione nei contenuti e di una diversa interazione con gli altri bisogni.

I modelli di democrazia liberale, fondati essenzialmente sul principio rappresentativo, presuppongono un sistema caratterizzato da ampi margini di astrattezza perché fondati sull'uguaglianza formale fra gli individui: ma un contesto

[61] Cfr. art. 3, l. r. Emilia-Romagna n. 3/2010.

[62] G. Bascherini, A. Ciervo, *I diritti sociali degli immigrati*, in C. Pinelli (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Firenze, 2012, 17 ss.; P. Costa, *La sfida di una nuova cittadinanza che valorizzi i diritti dell'uomo contro la logica del "dentro e fuori"*, in *Amm. civ.*, 6/2008, 29 ss.

[63] M. Picchi, *La partecipazione all'attività legislativa e amministrativa*, cit., 28 ss.

fortemente differenziato, se incentrato su una democrazia esclusivamente rappresentativa, porta a relegare i problemi delle frange più deboli, ritenendoli di minore rilevanza economica, finendo così col frustrare lo stesso principio pluralistico. I diritti sociali tradizionali e nuovi necessitano, in misura maggiore rispetto agli altri diritti, di trasparenza e di un rapporto attivo e continuo tra gli individui e le istituzioni pubbliche, in una prospettiva di intenzionalità condivisa[64].

A questo proposito, non dobbiamo dimenticare che i fenomeni immigratori hanno messo in discussione alcuni diritti e istituti: innanzitutto, il diritto di voto e la cittadinanza fondata sui soli criteri dello *ius sanguinis* o dello *ius soli*, visto che, strutturalmente, la popolazione è sempre più instabile[65] e che, comunque, a tutti devono essere riconosciuti i diritti fondamentali, ma anche il modo per renderli effettivi. Il mancato riconoscimento dei diritti politici soprattutto nei confronti dei cittadini non europei, spesso appartenenti anche a categorie socialmente deboli, costituisce un ulteriore fattore di emarginazione, mentre la possibilità di prendere parte alla vita pubblica favorisce l'integrazione, la responsabilità civica nella comunità all'interno della quale vivono abitualmente e consente di dar loro visibilità politica e sociale. La partecipazione, puntando sul criterio del legame col territorio, costituisce già per questo aspetto un indice di inclusione sociale perché, per un verso, valorizza il contributo apportato dall'individuo in una collettività e, per un altro, è il modo con il quale dare voce e tutela, quindi effettività, ai diritti fondamentali della persona e della convivenza civile.

Il principio partecipativo, allora, in quanto strettamente funzionale alla piena effettività dei diritti fondamentali in generale e sociali in particolare, presenta anche un connotato soggettivo[66]. La dottrina[67] ha ormai evidenziato come, da un punto di vista assiologico e della loro efficacia, non sia possibile individuare categorie distinte di diritti, poiché questi presentano caratteristiche comuni: ad esempio, in ogni caso lo Stato deve approntare soluzioni di garanzia che possono impegnare in maniera minima o più incisiva da un punto di vista organizzativo e di impegno delle risorse economiche. Le differenze fra le diverse categorie riguardano, perciò, il momento storico di affer-

[64] J. N. Rosenau, E. O. Czempiel, *Governance without Government*, New York, 1992, 4 ss.; G. Berti, *Mutamento dello Stato sociale e decentramento istituzionale: effetti sulla tutela dei diritti*, in G. Berti, G. C. De Martin (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici. Atti del Convegno – Roma, 9 giugno 2003*, Milano, 2003, 18 ss.

[65] *Amplius*, G. Azzariti, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2011, 446 ss.

[66] R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 500 ss. Si veda anche P. Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*, in *VVDStRL*, (30) 1972, 81 ss., sulla tesi di uno *status activus processualis* che sintetizza la posizione del titolare dei diritti nello Stato di prestazione.

[67] H. P. Schneider, *Carattere e funzione dei diritti fondamentali nello stato costituzionale democratico*, in *Dir. soc.*, 1979, 197 ss.; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Dem. dir.*, 1995, 545 ss.

mazione del diritto e, dunque, il pensiero e la costruzione dottrinaria che vi è alla base[68], nonché il fatto che, a seconda del diritto, prevalga un contenuto ovvero una finalità da soddisfare (di difesa, di partecipazione e garanzia procedimentale e di ottenere una prestazione)[69], piuttosto che un'altra anche in ragione delle scelte operate all'interno del singolo ordinamento e dell'interpretazione che ne venga fatta in ragione del contesto socio-culturale.

In questa prospettiva, pare che il diritto di partecipazione sia un diritto complesso che ha in sé le caratteristiche delle categorie storiche dei diritti civili e politici, ma anche dei diritti sociali[70]. Ha la natura dei primi perché si estrinseca in un'attività che è espressione di altre libertà (quella di manifestazione del pensiero, di associazione, ecc.) interpretate, però, non più negativamente, secondo la ricostruzione classica, ma in una diversa accezione che guarda al profilo attivo, funzionale alla realizzazione di quelle condizioni economico e sociali che consentano di poter parlare di un reale assetto democratico.

Ha invece le caratteristiche del diritto sociale sotto due profili: per un verso, è un diritto condizionato dal momento che, pur essendo "perfetto"[71], il suo esercizio dipende dall'apprestamento di soluzioni organizzative per rendere possibili i comportamenti che contraddistinguono il contenuto del diritto stesso[72]; per un altro verso, l'esercizio di questo diritto consente un apporto per la realizzazione di condizioni sociali migliori[73] e risulta anche funzionale all'implementazione degli altri diritti, poiché è in grado di incidere sugli interessi forti distribuendo opportunità di azione tra la pluralità dei partecipanti portatori di interessi differenziati. È un diritto che spetta a qualsiasi individuo, sebbene in sede di attuazione debbano essere approntate misure tali da agevolare l'accesso delle categorie più deboli per consentire loro la possibilità di esprimere i loro interessi e bisogni[74]. Nel diritto di partecipazione, allora, il collegamento con

[68] G. Volpe, *Diritti politici*, in *Enc. giur.*, XII, 1988, 1 ss.

[69] H. P. Schneider, *Carattere e funzione dei diritti fondamentali*, cit., 230.

[70] V. Atripaldi, *Contributo alla definizione del concetto di partecipazione nell'art. 3 della Costituzione*, in *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, cit., 24, osserva come la Costituzione si preoccupi di garantire i diritti fondamentali individuando nella partecipazione il modo con cui questa garanzia è assicurata, mentre E. Dalfino, L. Paccione, *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1992, V, 377 ss., ritengono che il diritto di partecipazione sia un nuovo diritto sociale a carattere strumentale.

[71] Sembra, invece, di diverso avviso A. Valastro, *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti*, in *www.astrid-online.it*, 2010, 10-11.

[72] A. Baldassarre, *Diritti sociali*, cit., 30 e ss.; V. Onida, *Eguaglianza e diritti sociali*, in Aa. Vv., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza. Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin – Padova, 2 aprile 2001*, Padova, 2002, 101 ss.

[73] U. Allegretti, *Democrazia partecipativa*, cit., 318.

[74] L'esigenza di garantire la presenza degli interessi più deboli nella procedura partecipativa deve essere soddisfatta attraverso accorgimenti apprestati nel momento dell'avvio di questa, ma deve essere continuamente verificata durante l'espletamento apportando tutti quei correttivi che

il principio di uguaglianza sostanziale rileva non solo perché quest'ultimo costituisce uno degli intenti da realizzare con l'esercizio del primo, ma prioritariamente nella definizione delle modalità della procedura partecipativa, poiché occorrerà coinvolgere soprattutto coloro che si trovano in situazioni di svantaggio: il diritto di partecipazione è un diritto non strutturato, la cui configurazione avviene in sede di attuazione dovendo superare quelle differenze fattuali che a seconda dei casi si manifesteranno, per non vanificare i risultati dell'istituto.

Se il diritto di partecipazione alle decisioni politiche è un diritto fondamentale e già perfetto, servono allora degli interventi tali da qualificarne e garantirne l'effettività, altrimenti ne verrebbe compromessa la stessa esistenza. Dobbiamo ricordare, però, che questo è uno dei casi in cui la discrezionalità del legislatore sul *quomodo* e sul *quando* è particolarmente ampia, tanto da poter giungere ad inficiare lo stesso *an* e il *quid*, tenuto soprattutto conto «che l'idea di partecipazione è in se stessa rivoluzionaria»[75].

### 3.1. *Segue*: indicazioni per rendere effettivo il diritto di partecipazione

La partecipazione come diritto e la sua realizzazione pongono una serie di problemi legati alla definizione delle modalità partecipative.

Innanzitutto, come abbiamo già avuto modo di sottolineare, occorre che la partecipazione assuma sempre più le forme della DP, nel senso che non deve essere un processo per strutturare la società in categorie di appartenenza (lavoratori, produttori, consumatori, ecc.), perché consentendo ai soli esponenti di determinati gruppi di esprimere il proprio punto di vista, si finisce con l'escludere la restante parte della popolazione che pur ha interesse, sebbene non qualificato, alle procedure decisionali: altrimenti, viene minato il principio di uguaglianza, ma anche il carattere democratico (in senso proprio) della procedura decisionale, poiché si rischia di consolidare ancor di più gli interessi forti, con il paradosso che al cittadino qualunque verrebbe lasciata la sola voce della rappresentanza politica e con effetti addirittura contrari all'essenza dello stesso principio partecipativo, perché «più la partecipazione selettiva pesa nella decisione meno contano i cittadini e i loro rappresentanti»[76]. Una partecipazione estesa evita anche un possibile rischio: la cosiddetta

possano realizzare la massima inclusione dando voce agli interessi più emarginati: ad esempio, nell'ambito della procedura di un bilancio partecipativo, se l'affluenza di genere femminile risultasse nettamente inferiore rispetto all'altra, si potrebbe intervenire attraverso forme di pubblicità destinate prioritariamente alle donne, o spostando le successive assemblee in orari che rispondano maggiormente ai loro impegni, oppure prevedendo servizi di *baby-sitting* durante lo svolgimento dei dibattiti, ecc. In merito si rinvia a M. Picchi, *Il «sostegno» ai progetti di bilancio partecipativo attraverso la l. r. Toscana n. 69/2007*, in F. Bortolotti, C. Corsi (a cura di), *La partecipazione politica e sociale tra crisi e innovazione. Il caso della Toscana*, Roma, 2012, 269 ss.

[75] G. Berti, *La parabola regionale dell'idea di partecipazione*, in *Reg.*, 1974, 1.

[76] R. Bin, *Contro la* governance*: la partecipazione tra fatto e diritto*, Relazione al Conve-

«cattura del regolatore»[77], cioè che, attraverso questa procedura, possano essere sovra-rappresentati quegli interessi che riescono ad esercitare altrimenti forme di pressione sul decisore, finendo perciò col realizzare non un apporto informativo, ma piuttosto un'indebita interferenza. Ai fini della massima inclusione è, allora, necessario non limitare i canali di partecipazione (es. consultazioni solamente *online*) perché taluni possono non averne la disponibilità e, dunque, verrebbe già compiuta una selezione a carattere discriminatorio.

Una partecipazione aperta a chiunque crea dei problemi (maggiori a livello centrale) per quanto riguarda i tempi, i costi e le modalità: è chiaro che, per le decisioni caratterizzate da necessità o urgenza oppure per questioni marginali, è possibile anche compiere una selezione dei partecipanti, dando magari maggiori spazi di partecipazione in sede di verifica *ex post* degli effetti indotti, mentre per le scelte politiche caratterizzate da una maggiore complessità e innovatività occorrerebbe estendere al massimo la partecipazione e l'inclusione perché gli effetti si ripercuoteranno veramente su tutti, ma anche per una maggiore attendibilità, utilità ed esaustività dei risultati. Ad ogni buon conto, le eventuali procedure di selezione non devono essere finalizzate a ridurre *a priori* i potenziali conflitti tra decisore e destinatari della decisione, né fra questi ultimi, poiché verrebbe compromesso il senso e il risultato dell'apporto partecipativo; né la partecipazione deve essere utilizzata come strumento di assenso, in forma cioè autoreferenziale, dovendo piuttosto costituire un mezzo di produzione del consenso.

La condizione preliminare per realizzare una fattiva partecipazione rimane una piena trasparenza del processo e della documentazione relativa, consentendo un pieno accesso alle informazioni. Occorre poi fare in modo che la partecipazione venga garantita fin dalle fasi iniziali del processo decisionale, poiché il confronto sulle idee può consentire di individuare altre possibili soluzioni «quando tutte le alternative sono ancora praticabili e tale partecipazione può avere un'influenza effettiva»[78], fermo restando che i risultati della procedura partecipativa devono essere sottoposti ad una valutazione critica, tanto più attenta quanto minore è l'entità della partecipazione[79].

gno *Il federalismo come metodo di governo. Le regole della democrazia deliberativa*, Trento, 25-26 novembre 2010, *paper*, 6.

[77] A. I. Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 1994, 57 ss.; sono critici P. Milgrom, J. Roberts, *Economics, Organization and Management*, Englewood Cliffs (NJ), 1992, 141 ss.

[78] Cfr. art. 6, § 4, Convenzione di Århus, del 25 giugno 1998, *sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale*.

[79] Dobbiamo tenere presente che l'entità della partecipazione non raggiunge mai percentuali elevate: quando tocca il 10% degli aventi diritto (nei contesti ove queste procedure sono oramai radicate), il risultato deve essere considerato più che apprezzabile. La ridotta percentuale di affluenza costituisce una delle motivazioni per le quali l'esito finale della partecipazione deve essere subordinato ad un attento vaglio critico da parte del decisore.

L'esito delle consultazioni dovrebbe essere pubblicizzato sempre per esigenze di trasparenza e soprattutto per verificare il grado di incidenza sulla decisione finale che rimane nella disponibilità del decisore pubblico, il quale dovrà però spiegare le ragioni sia dei profili che verranno recepiti, ma soprattutto i motivi per i quali alcune esigenze emerse non verranno soddisfatte.

Come già evidenziato, la partecipazione dovrebbe interessare tutte le fasi del processo decisionale, da quella iniziale propositiva a quella di monitoraggio *ex post*, in maniera circolare, perché soltanto in questo modo è possibile fornire un quadro compiuto delle problematiche, ma soprattutto infondere fiducia nei confronti dei cittadini facendo loro verificare la prossimità (ovviamente con delle differenze a seconda del livello territoriale) delle decisioni assunte, nonché l'effettivo esito del proprio contributo. L'applicazione di forme partecipative potrebbe costituire il modo attraverso il quale indurre il dibattito anche su tematiche ove il divario e il contrasto possono essere più accentuati perché questioni più vicine al disagio sociale, alle "sofferenze di fatto", divenendo così la partecipazione non solo strumento di democratizzazione delle decisioni, ma di giustizia sociale[80], nella prospettiva di una piena realizzazione del principio di uguaglianza sostanziale, affinché la comprensione reciproca e il dialogo, presupposti essenziali di queste procedure, traducano il concetto di differenza in fattore di condivisione e solidarietà, anziché di frazionamento e isolamento.

Vi sono senz'altro maggiori difficoltà nel realizzare forme di partecipazione a livello centrale piuttosto che a livello territoriale decentrato; tuttavia, dare effettività a questo diritto può essere un modo per indurre spinte ad un ulteriore decentramento e arrivare alla base dei bisogni e dei problemi. In particolare, riconoscendo alla partecipazione il valore di diritto fondamentale anche in funzione della garanzia degli altri diritti, potrebbe essere contemplato dal legislatore statale quale componente dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, II co., lett. m) Cost.).

### 3.2. *Segue*: la mancata interposizione del legislatore

Gli ostacoli nel conferire effettività al diritto di partecipazione sono legati non solo all'attivazione dei pubblici poteri, ma anche al fatto che di questo diritto viene colta la sola dimensione procedurale. Non a caso, parte della dottrina ritiene che questa tipologia di diritti sia priva di un preciso statuto, poiché non si intravedono specifici detentori, né specifiche prestazioni, né il soggetto pubblico interlocutore: sarebbero diritti prossimi agli interessi

[80] Sulla sostanziale assenza di obiettivi di giustizia sociale nelle pratiche europee di DP, si veda G. Allegretti, *Giustizia sociale, inclusività e altre sfide aperte per il futuro dei processi partecipativi europei*, in *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive*, cit., 383 ss.

perché il loro essere è affidato anche alla capacità degli individui di saper dare evidenza alle proprie richieste[81].

Infatti, a livello europeo (e anche internazionale), la partecipazione è per lo più considerata un elemento della procedura da porre in essere e un'opportunità che deve essere offerta al pubblico. Di conseguenza, il mancato recepimento da parte del legislatore, statale o regionale, della previsione contenuta in un atto normativo europeo (o in un trattato internazionale) comporta sicuramente un vizio nella normativa interna, ma appare difficilmente configurabile una qualche forma di tutela immediata per il singolo, proprio perché alla partecipazione non sono dati i contenuti e il valore di un diritto soggettivo e, quindi, non sarebbe ipotizzabile neppure una forma di responsabilità per danno da parte del legislatore in caso di mancata attuazione, alla luce di quanto affermato dalla Corte di giustizia, ma soltanto una responsabilità dello Stato verso l'Unione europea (o sul piano internazionale).

Possiamo, però, osservare che il profilo procedurale contraddistingue anche i diritti politici classici (quello di voto)[82], senza che questo elemento strutturale ne deteriori la valenza, ma soprattutto dobbiamo considerare che il diritto di partecipazione ha fondamento nella nostra Costituzione e presenta connotati che lo accomunano ancora una volta al principio di uguaglianza sostanziale, poiché entrambi sono privi di contenuti predeterminati[83]: in Costituzione ne viene indica la sola essenza, dopodiché entrambi i parametri acquistano concretezza in funzione del superamento dei fatti determinativi degli ostacoli di natura economica e sociale ad una piena eguaglianza e della carenza di partecipazione.

Al momento, però, la partecipazione (nell'accezione più ampia) è diffusamente considerata un qualcosa di alternativo se non addirittura in grado di minare gli istituti tipici della democrazia rappresentativa che, tuttavia, non esaurisce — abbiamo detto — la democrazia e, soprattutto, da sola non è in grado di dare compiuta attuazione al principio che attribuisce la sovranità — nella titolarità, ma anche nell'esercizio — al popolo, poiché questo modello egemonico tipico degli Stati europei garantisce una minima partecipazione della popolazione alle scelte politiche, economiche e sociali, dal momento che sostanzialmente si esaurisce con il solo periodico esercizio del diritto di voto, realizzando perciò una «democrazia a bassa intensità»[84].

[81] M. R. Ferrarese, *Globalizzazione giuridica*, cit., 570.

[82] R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 510 ss. e 529 ss., ricostruisce il diritto di voto come un diritto di procedura avente ad oggetto una prestazione normativa dello Stato che dovrà definire il sistema elettorale e creare le strutture necessarie per fare in modo che l'individuo sia messo giuridicamente nella posizione di esercitare questo diritto.

[83] F. Fichera, *Spunti tematici intorno al nesso*, cit., 50 ss.

[84] B. de Sousa Santos, L. Avritzer, *Introduzione. Per un ampliamento del canone democratico*, in B. de Sousa Santos (a cura di), *Democratizzare la democrazia. I percorsi della*

Il diritto di partecipazione è stato attuato in misura ridotta o insufficiente perché, per un verso, è stato circoscritto ai canali tradizionali dei partiti e dei sindacati, mentre per un altro sono stati colti gli aspetti minimali valorizzando le componenti della libertà di manifestazione del pensiero, della libertà di associazione, del diritto di voto, ecc., anche questi in un'accezione riduttiva e soltanto negativa.

In questo contesto, la Corte costituzionale, per ora, ha avuto modo di chiarire che le diverse pratiche partecipative non contrastano di per sé con gli istituti della democrazia rappresentativa o con i principi costituzionali, ma che, anzi, possono costituire degli strumenti in grado di soddisfare compiutamente alcuni di questi criteri. L'ulteriore passo deve essere nel senso di un mutamento socio-culturale, tale da dover determinare il legislatore ad un'azione positiva normativa volta ad attuare questo principio/diritto costituzionale. In particolare, occorre modificare la concezione che punta «esclusivamente sulla funzione garantista dello Stato di diritto e sulla Costituzione come garanzia», perché «la garanzia non è traducibile in partecipazione, né può essere il rivestimento di un interesse sociale»[85]: la partecipazione sociale deve essere il modo per superare la sola giustizia dei diritti individuali, in una prospettiva finalizzata alla creazione di procedure all'interno delle quali perseguire «risultati sociali»[86] e soddisfare, almeno parzialmente, anche le esigenze di difesa individuale, poiché la garanzia dei diritti attraverso la partecipazione apre nuove potenzialità di uguaglianza di *chances* nell'esercizio delle libertà costituzionali[87] e, in particolare, dei diritti sociali.

Anzi, se l'esercizio del diritto di partecipazione persegue queste finalità unitamente all'inclusione sociale, la mancata contemplazione di procedure partecipative può costituire una possibile forma di discriminazione e, in ogni caso, può determinare una contrazione degli spazi di libertà. Non sembra, allora, esclusa — qualora si profili un'apertura verso la ricostruzione e il valore che abbiamo attribuito a questo diritto — la possibilità di interventi da parte della Corte costituzionale finalizzati a garantire gradualmente l'effettività del diritto di partecipazione per i casi in cui il legislatore ometta completamente previsioni volte alla sua attuazione, posto che la Costituzione mira, in ogni caso, a garantire i diritti in concreto e, dunque, bisogna far sì che vengano adempiuti anche gli obblighi di prestazione normativa del legislatore: un eventuale intervento del giudice delle leggi e dei diritti potrà verificarsi, però, solamente quando la scelta di dare effettività al diritto di partecipazione — caratterizzante la forma di stato — potrà essere accettata culturalmente e politicamente anche per le ricadute sulla forma di governo.

*democrazia partecipativa*, Troina, 2003, 46 e ss. Nello stesso senso, si veda anche D. L. Sheth, *Micromovimenti in India: verso una nuova politica di democrazia partecipativa*, ivi, 79.

[85] G. Berti, *La parabola regionale*, cit., 4.

[86] G. Berti, *La parabola regionale*, cit., 5.

[87] P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, 147 ss.

# IL MERCATO E I DIRITTI SOCIALI

di Stefano Rossi

Sommario: 1. I diritti sociali nel mercato. – 2. Mercato e diritto. – 3. Il mercato come formazione sociale (ovvero dall'essere al dover essere). – 4. Diritti sociali e dignità.

## 1. I diritti sociali nel mercato

L'attuale crisi economica, i fallimenti del mercato e degli Stati stanno scuotendo e trasformando il tessuto normativo delle nostre società: si tratta di cambiamenti che incidono sull'impalcatura istituzionale, sulle basi cognitive e assiologiche delle istituzioni, sulle grammatiche di giustizia e sui modi in cui le norme sociali sono istituite e praticate; e che inevitabilmente incidono anche sul diritto nel suo insieme.

Nel secolo scorso la capacità di rendere coerenti i principi organizzativi dell'istituzione economica mercato con quelli delle istituzioni democratiche è stata resa possibile dalla nascita e dallo sviluppo degli Stati costituzionali di diritto, che hanno controbilanciato le tendenze all'aumento delle diseguaglianze sociali, prodotte dal mercato, con politiche sociali volte a redistribuire i frutti della crescita tra tutti i partecipanti al processo produttivo e, in misura seppur minore, tra i cittadini che ne erano esclusi. In questa prospettiva una serie di servizi di base sono stati almeno parzialmente sottratti alla sfera d'azione del capitalismo e alle logiche di mercato, perché considerati parte integrante della dotazione di ogni di cittadino[1].

Nel corso degli ultimi trent'anni, in controtendenza, il processo di globalizzazione e l'affermazione del 'fondamentalismo del mercato'[2] hanno indebolito le possibilità degli Stati nazionali di governare gli eccessi dei mercati, senza peraltro generare o strutturare sistemi efficienti di *governance* sovranazionale che fossero in grado di evitare, o almeno attenuare, i 'fallimenti' del mercato e le loro ricadute sociali.

A tale contesto si è accompagnata una trasformazione profonda nel *welfare state*: così se obiettivi come la piena occupazione, la redistribuzione delle risorse e i servizi universalistici non appaiono più realizzabili, il 'nuovo

[1] Come autorevolmente sostenuto, la gente ha acquisito il diritto a questi beni e servizi, in virtù del proprio *status* di cittadini, e non perché non potesse comprarli sul mercato (Cfr. T.H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, Torino, 1976).

[2] J.E. Stiglitz, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2000.

*welfare*' si limita a erogare spesa sociale soltanto nei termini di investimento nel capitale umano o di un rafforzamento delle opportunità individuali. I sistemi di *welfare* nazionali sono quindi spinti, tutti nella medesima direzione dall'imperativo della competizione internazionale[3], verso una logica di commercializzazione dei diritti di cittadinanza, primi fra tutti i diritti sociali, con effetti distorsivi non solo sulla natura del pubblico, ma anche sulla logica e sulla pratica di funzionamento dei servizi stessi[4].

Ne è dimostrazione la riorganizzazione dei servizi di *welfare* (sanità, assistenza, educazione, lotta alla povertà, inserimento lavorativo ecc.) su basi contrattuali, di solito associate a forme di esternalizzazione o privatizzazione di beni e prestazioni corrispondenti. L'analisi di tali forme contrattuali instaurate tra fornitori e clienti del *welfare* rivela – analogamente a quanto accade nel mercato del lavoro – che esse non configurano semplicemente uno scambio di beni, bensì determinano una relazione, o più precisamente un vincolo di dipendenza[5].

Certo un osservatore smaliziato potrebbe eccepire come anche i sistemi pubblici di protezione sociale, storicamente sviluppati come manifestazione di quella 'libertà dal bisogno' di roosveltiana memoria, vengano a creare una 'dipendenza istituzionale', la quale, tuttavia, si instaura con un'autorità pubblica, democraticamente eletta, attraverso la mediazione data dalla titolarità in capo ai singoli dei diritti sociali. Oggi, invece, con l'indebolimento dei sistemi tradizionali, la cornice privatistica in cui è inquadrata la fornitura dei servizi e la natura relazionale dei beni trattati conferiscono all' 'adesione' dell'utente i tratti di un legame di dipendenza che richiama alla mente i *contrat d'allégeance*, di fedeltà, di sudditanza, là dove cioè il contratto istituisce un vincolo di sottomissione ad un potere[6].

[3] P. Taylor Gooby, *In defence of second-best theory: state, class and capital in social policy*, in *Journal of Social Policy*, 26, 2, 1997, 171 ss.; sullo scenario europeo M. Ferrera, *Le trappole del welfare*, Bologna, 1998, 70 ss.

[4] In tal senso la residualità dei servizi forniti dal pubblico, come effetto delle scelte attribuite alla fornitura privata, ha come riflesso il peggioramento qualitativo degli stessi, la perdita di professionalità del personale che vi opera e, infine, una caduta della fiducia dei cittadini nei confronti della capacità dei servizi pubblici e, di riflesso, del governo (ai suoi vari livelli), di predisporre un'offerta adeguata ed efficiente nel campo del sociale (Cfr. A.O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty*, Cambridge, 1970).

[5] Le analisi condotte sul dispositivo del *voucher socio-sanitario*, che conferisce al cittadino titolare la facoltà di acquistare il servizio di cui ha bisogno, esercitando la sua 'libertà di scelta', forniscono indizi significativi in questa direzione, confermando un'asimmetria di potere intrinseca alle relazioni di servizio nel *welfare*. Sul punto O. De Leonardis, *Verso un diritti dei legami sociali ? Sguardi obliqui sulle metamorfosi della penalità*, in *Studi sulla questione criminale*, 2009, 1, 20 ss.; R. Monteleone, *La contrattualizzazione delle politiche sociali: il caso dei voucher e dei budget*, in L. Bifulco (a cura di), *Le politiche sociali. Temi e prospettive emergenti*, Roma, 2005, 106 ss.

[6] A. Supiot, *Les deux visages de la contractualisation: déconstruction du droit et renaissance féodale*, in Chassagnard-Pinet S., Hiez D. (a cura di), *Approche critique de la contrac-*

Ed è proprio il tratto relazionale, oltre spesso all'assenza di alternative, a far sì che la 'lealtà' divenga condizione necessaria, di fatto, per ottenere aiuto. Viceversa, il fornitore di prestazioni sociali è soggetto ad esili obblighi normativi, rappresentati da contratti di servizio, linee guida, *standard* di qualità, che non gli impediscono di recedere dal rapporto se la situazione o le esigenze dell'utente divengono complesse o costose. Sicchè nel mondo del *welfare* è facile, nel nostro presente, diventare clienti indesiderati.

In sintesi si può asserire che le trasformazioni della legislazione sul lavoro (tra precarizzazione e *flexicurity*), il ritrarsi dei sistemi pensionistici pubblici, sostituiti dai meccanismi assicurativi privati a capitalizzazione, gli svariati processi di individualizzazione[7] della protezione sociale stiano mutando gli scenari democratici e il concetto stesso di cittadinanza, e forse vanificando quella poderosa spinta alla partecipazione politica di massa che aveva animato la fase storica di affermazione e di difesa dei diritti sociali.

## 2. Mercato e diritto

Si deve constatare come «il quadro dei diritti, di quelli sociali in specie, [sia] continuamente modificato dalle politiche quotidiane. Le difficoltà finanziarie [stanno] determinando una riduzione della 'dotazione' dei diritti, in generale o per determinate categorie di cittadini. Il risultato è il passaggio di una serie di situazioni dall'area dei diritti a quella del mercato»[8].

A fronte di questo processo drammaticamente reale, appare indispensabile analizzare il fenomeno, ossia chiedersi cosa sia il mercato, in quali forme si manifesti il suo rapporto di (reciproca) influenza con il diritto e, infine, se vi sia spazio per una regolazione sociale dello stesso.

*tualisation*, Paris, 2007, 19 ss.; ID., *Homo Juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano, 2006.

[7] M. PACI, *Nuovi lavori, nuovo welfare. Sicurezza e libertà nella società attiva*[2], Bologna, 2007, 59 il quale a partire dall'innovazione osservata nelle politiche sociali ne delinea una connessione strutturale con il processo storico di individualizzazione, processo strutturale che dipende in gran parte dell'enorme aumento dei gruppi sociali, dalla specializzazione e dall'appartenenza degli individui a un numero illimitato di tali gruppi e, correlativamente, dalla diminuzione dell'estensione e dell'intensità con cui i gruppi stessi trattengono i loro membri; il che, aumentando in astratto i margini di libertà dell'individuo nell'accesso a nuove forme di appartenenza sociale e a nuovi diritti, rimanda tutte le scelte al piano dell'agire dell'individuo. Sul punto anche O. DE LEONARDIS, *L'onda lunga della soggettivazione: una sfida per il welfare pubblico*, in *Riv. pol. soc.*, 2006, 2, 13 ss.

[8] S. RODOTÀ, *Libertà e diritti in Italia dall'unità ai nostri giorni*, Roma, 1997, 131.

È preziosa, a tal fine, la lezione di Irti[9], il quale, dopo aver smontato la mitologica immagine del mercato come luogo naturale, a-politico e a-giuridico, e della mano invisibile[10] che lo guiderebbe, lo definisce quale *locus artificialis*, «unità giuridica delle relazioni di scambio di un dato bene o di una data categoria di beni»[11], laddove è la legge, in dipendenza di decisioni politiche, che ne governa e costituisce la forma e lo sviluppo. Il mercato, qualsiasi mercato, è infatti gremito e popolato di istituti giuridici, vive e si svolge con essi, e prende la fisionomia che così gli viene tracciata.

Tuttavia, riaffermato il principio della primazia del diritto, non si può disconoscere che questa prospettiva giuspositivista non riesca a rendere appieno la narrazione complessa delle dinamiche instaurate nel mercato, che è «sede di un vastissimo *bargaining*, cioè di una contrattazione continua, che va oltre la contrattazione giuridica e le sue regole»[12], sicchè anche le istituzioni e il diritto cessano di radicarsi esclusivamente nel linguaggio giuridico ed si conformano alla grammatica degli interessi e del mercato.

È in questo contesto che si situa la rinascita della *lex mercatoria*[13] che delinea un complesso di regole a carattere consuetudinario (spesso formate sulla base di pratiche applicate in via convenzionale, o sulle quali si è venuto altrimenti a formare un *opinio necessitatis* tra i protagonisti del settore), le quali, osservate dagli operatori in un determinato campo dell'attività economica, sono applicate in relazione a rapporti non regolati dal diritto statale, la cui efficacia non è assicurata in modo rigido dagli organi statali o internazionali.

Assai spesso, del resto, la creazione e l'adattamento di nuovi strumenti giuridici corrispondenti alle possibilità e ai bisogni di scambio viene rimessa all'opera delle *law firms trasnazionali*, dalle quali le *corporation* sono assistite

[9] N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, 10 ss., 29 ss. ove l'Autore afferma l'inconsistenza del naturalismo economico, onde il diritto appare come semplice immagine o riproduzione di un ordine che sta prima e fuori di esso, in quanto tale ricostruzione sottende tratti anti-politici e anti-giuridici, e quindi anti-democratici. Il naturalismo infatti, avendo dalla sua l'immutabilità delle leggi dell'economia, rifiuta la discordia della politica, il mutevole flusso delle opinioni e l'instabile divenire del diritto.

[10] Sul tema le riflessioni critiche di M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Torino, 27-29 ottobre 2011, 20 ss. in www.associazionedeicostituzionalisti.it/bglc/relazione-luciani.

[11] N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, *cit.*, 81, 99 e 34 per cui vi sarebbero «tanti mercati (…) quanti sono i nuclei di norme che regolano la produzione e lo scambio dei beni. I mercati sono *statuti normativi*, cioè non concepibili fuori dalle norme, che, provvedendo a disciplinarli, li fanno quali sono. Si spiega così la pluralità dei predicati, che, sempre più imprevedibili e numerosi, si aggiungono a 'mercato': finanziario, immobiliare, bancario e via discorrendo».

[12] G. Rossi, *Diritto e mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, 14 ss.

[13] B. Goldman, *Frontières du droit et la lex mercatoria*, in *Arch. Phil. Droit*, 1964, 177; F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001; Id., *La globalizzazione allo specchio del diritto*, Bologna, 2005, 43 ss.

e che costituiscono le principali protagoniste di queste procedure, ma anche degli stessi organi statali o internazionali, con il fine di assicurare ordine e prevedibilità delle transazioni economiche[14].

Anche in ragione di questa sua genesi, il diritto del mercato si viene a strutturare secondo moduli essenzialmente procedimentali, che permettono un'immissione crescente di elementi e contenuti variabili, in virtù di spinte informali e privatistiche. E tale meccanismo investe anche i rapporti dialettici che si instaurano tra diversi produttori di diritto (pubblici e privati, statali e sovranazionali), tra elementi formali ed informali (ad es. leggi, trattati, consuetudini e schemi contrattuali) e nello stesso sistema delle fonti, il cui coordinamento in un tessuto di tipo reticolare, non più gerarchico, rappresenta in modo plastico la fase di un passaggio dal verticale all'orizzontale nella rappresentazione dell'ordine giuridico e sociale.

Così anche il rapporto tra il contratto e la legge tende a rovesciarsi e la logica del contrattare e della negoziazione viene a definire un nuovo stile di formazione e formulazione del diritto, in cui è il contratto ora ad essere fonte di norme legali (*soft law*), aderenti ai contesti e agli attori in funzione dei quali vengono forgiate. A tale processo non si sottrae nemmeno la produzione del diritto pubblico interno ed internazionale, alla cui funzione di *governance* partecipano, nella fase formativa, una pluralità di soggetti pubblici e privati, che operano per via negoziale[15].

Non si può infine sottovalutare il ruolo di 'agenzie educative' che le imprese (e quindi il mercato con i suoi araldi) vengono ad esercitare sulla società e sulle sue istituzioni, proponendo modelli comportamentali, valori, modalità di comunicazione, universi normativi, identità, se pure in via meramente fattuale. «Via via che sempre più la vita e le aspirazioni di vita di centinaia di milioni di persone in tutto il mondo vengono influenzate e modellate da scelte e strategie di imprese, queste si impongono come istituzioni vincenti non solo nella sfera strettamente economica ma anche in altre sfere. Tuttavia, a differenza delle vecchie istituzioni politico-giuridiche, esse non appaiono né vogliono apparire al di là dell'universo mercantile in cui il loro nome è noto, sfuggono al pubblico discorso e ridisegnano nell'ombra lo scenario della legittimità»[16].

[14] M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, 65 ss.

[15] Così alla contrattualizzazione si accompagnano spesso forme di 'giuridificazione privata' e l'istituzione di 'governi privati', là dove la negoziazione assume i tratti del *bargaining* politico-affaristico, le *lobby* siedono al governo e la regolazione delle politiche pubbliche è in capo a organismi semi-privati, sottratti alla visibilità e al controllo pubblico (Cfr. G. Teubner, *Hybrid Laws: Constitutionalizing Private Governance Networks*, in Kagan R.A, Krygier M., Winston K. (a cura di), *Legality and Community: On the Intellectual Legacy of Philip Selznick*, Berkeley, 2002, 230 ss.).

[16] M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000, 84, 110 ss.

### 3. Il mercato come formazione sociale (ovvero dall'essere al dover essere)

Definire il mercato entro le categorie giuridiche tradizionali, come luogo «fatto con l'arte del legiferare», riflette una visione parziale, astratta e poco incline a fare i conti con la realtà contemporanea. Il mercato è molto più di un luogo, esso è uno degli ambiti privilegiati dell'analisi e dell'organizzazione sociale, in cui si sviluppa una dinamica di incontro, conflitto e mediazione tra culture, valori e attori diversi (imprese, Stati, associazioni, consumatori) in una logica di sperimentazione e di apprendimento reciproco[17].

Questa funzione relazionale del mercato si può rintracciare anche nell'antica αγορά delle πολις greche, che era centro economico-commerciale, sede di culto, oltreché luogo ove si esprimeva la politica, dato che vi si svolgevano le assemblee dei cittadini che si riunivano per discutere i problemi della comunità e decidere collegialmente sulle leggi. Per evitare incomprensioni, preciso subito che non ritengo che il mercato debba essere eretto a tempio della libertà di scelta dei cittadini, quale posticcio surrogato di una politica post-democratica[18], ma, riconoscere l'importanza che esso viene a svolgere nelle scelte dei vari attori della vita sociale, consentirebbe – in sede di analisi – mediante l'integrazione tra i diversi piani (rappresentati da mercato, diritto e politica), di coglierne i limiti e le possibili connessioni virtuose.

In tal senso la riconduzione del mercato nell'universo delle formazioni sociali diviene strumento euristico, capace di porne in luce il carattere orizzontale e i correlati elementi reticolari, che sviluppano le virtù di un rinnovato spirito comunitario volto a valorizzare l'immediatezza delle relazioni di prossimità e dell'interdipendenza sociale, fornendo del mercato l'immagine di una comunità funzionalizzata che unisce una pluralità diversa di soggetti (imprese, lavoratori e cittadini consumatori).

La composizione di scelte e comportamenti individuali o collettivi entro una formazione sociale offre peraltro all'organizzazione pubblica una potenziale risorsa, poiché dà visibilità e cittadinanza ad interessi altrimenti impalpabili e frammentati, e, al contempo, apre i soggetti (persone fisiche o giuridiche) ad interessi più articolati nel contesto di un'opera dialogica di mediazione e collaborazione in vista dell'interesse generale[19].

[17] Interessante, in questo senso, una recente sentenza del *Bundesverfassungsgericht* in cui il mercato viene associato alle basi stesse della vita democratica e della formazione del pluralismo (BVerfG, 1 BvR n. 699/06 del 22 febbraio 2011) in connessione, in particolare, alla libertà di riunione.

[18] C. Crouch, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003, 25 ss.

[19] E. Rossi, *Le formazioni sociali nella Costituzione*, Padova, 1989; Id., *Art. 2*, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 52 secondo cui «la *ratio* che sta alla base del riconoscimento del pluralismo sociale nella Costituzione consiste nella finalità riconosciuta alle formazioni sociali di favorire la socialità della

Così «dalla frammentazione delle libertà e alla pretesa autonomia-indipendenza degli ambiti di vita, per cui si pretende lo spazio economico distinto da quello politico, si è così ricondotti necessariamente alla complessità della persona, quale centro unificatore di una trama di relazioni, ed alla considerazione della sua libertà come incardinata in una ineludibile dimensione sociale di tipo comunitario»[20]. Dimensione comunitaria che si condensa nel rapporto di fiducia instaurato nel mercato attraverso le relazioni tra imprese e gli *stakeholders*, intendendo con questo termine «fornitori, clienti, dipendenti, azionisti e la comunità locale, come pure il *management* nel suo ruolo di agente di questi gruppi», ossia quegli individui o gruppi che hanno «un interesse legittimo o una pretesa legittima sull'impresa, avendo essi investito tempo e risorse nella relazione con essa»[21].

Al *vecchio contratto* tra Stato, società e mercato, basato sull'idea che lo sviluppo economico fosse la fonte del progresso economico e sociale e che motore di tale sviluppo fosse la ricerca del profitto

da parte di imprese private in concorrenza tra loro, si viene a sostituire un *nuovo contratto*, che, preso atto dell'esistenza di asimmetrie informative, tendenze oligopolistiche e allocazioni inefficienti delle risorse, impone al mercato di farsi carico dei costi delle esternalità negative in vista del progresso non solo economico ma anche sociale[22].

Nel mercato non trova quindi tutela e realizzazione, in positivo, solo l'interesse o l'aspirazione materiale dell'*homo oeconomicus*, ma si impone come limite negativo quell'antropologia dell'*homo dignus*, quale punto di arrivo di un percorso che ha condotto il diritto ad eleggere a parametro un modello umano incentrato sulla relazione necessaria tra esistenza, libertà, dignità (che si vuole non solo individuale, ma "sociale") e sviluppo della personalità (in una dimensione segnata dall'eguaglianza). Seguendo questa traccia, il mercato non può essere ridotto alle sole dinamiche economiche, ma trova nello stesso lessico giuridico le parole che possono aiutare a coglierne il senso[23].

persona, il suo inserimento nel contesto sociale mediante una rete di relazioni che ne consenta la partecipazione alla vita collettiva e quindi la sua piena realizzazione».

[20] Sono debitore della tesi che figura il mercato come formazione sociale a F. Pizzolato, *Mercato e istituzioni logiche a confronto*, in *Impresa & Stato*, 2001, 55, 78 ss.; già G. Oppo, *Codice civile e mercato*, in *Principi e problemi del diritto privato. Scritti giuridici*, VIII, Milano, 2001, 227 notava come «mercato vuol dire gli uomini che lo animano nei loro bisogni e sentimenti»; in ambito economico L. Becchetti, *Il mercato siamo noi*, Milano, 2012.

[21] W.M. Evan, R.E. Freeman, *A Stakeholder Theory of the Modern Corporation: A Kantian Capitalism*, in Beauchamp T., Bowie N. (a cura di), *Ethical Theory and Business*, New York, 1993, 97 ss.

[22] E. D'Orazio, *Gestione degli stakeholders, assets intangibili e leadership etica*, in *notizie di Politeia*, 2004, 74, 88 ss.

[23] S. Rodotà, *Antropologia dell'homo dignus,* in *Riv. crit. dir. priv*., 2010, 547 ss.; anche A. Supiot, *Lo spirito di Filadelfia. Giustizia sociale e mercato totale*, Milano, 2011; sul con-

Se dunque il mercato assume i caratteri di un luogo di socialità progettualmente solidale, «compito dello Stato, in chiave personalistica, non è violare questa trama di rapporti, espressione costituzionale della relazionalità umana, bensì garantire sussidiariamente che la libertà che si esprime nel mercato sia costitutiva di relazionalità responsabile, di fiducia, che sia cioè forza di costruzione della società e non di disgregazione e di supremazia di una parte sull'altra. Lo Stato, insomma, riconosce l'autonomia del mercato se ed in quanto "formazione sociale", in quanto cioè luogo di una socialità che è responsabile, per la parte che le compete, del bene comune»[24].

In queste mutate condizioni, la stessa istanza egualitaria non può fare a meno di comprendere la possibilità per tutti i cittadini, singoli o associati, di realizzare concretamente le proprie capacità o il proprio potenziale; e ciò investe anche le forme di intervento sociale dello Stato, che, non potendo fare a meno di confrontarsi, senza confondersi, con il mercato, sperimenta un nuovo linguaggio dei diritti attraverso l'emersione di forme di un *enabling welfare state*, ossia di uno stato sociale abilitante, volto ad accrescere l'effettiva esigibilità dei diritti sociali formalmente sanciti tramite politiche di attivazione e di *empowerment* del cittadino[25].

## 4. Diritti sociali e dignità

Il mercato è 'naturalmente' sospeso tra razionalità ed irrazionalità, tra efficienza ed inefficienza, tra tendenze all'innovazione e tendenze regressive, tra forme di capitalismo ben temperato e l'impulso a liberare gli *animal spirits*.

Questa ambivalenza ripropone il problema della garanzia dei diritti sociali, il che si può realizzare solo attraverso una limitazione o un'armonizzazione dell'azione del mercato tale da renderla compatibile con l'effettiva

testo costituzionale F. Pizzolato, *Il governo politico del potere economico nella dimensione costituzionale*, in Id. (a cura di), *Libertà e potere nei rapporti economici. Profili giuspubblicistici*, Milano, 2010, 47 ss.

[24] F. Pizzolato, *Mercato e istituzioni logiche a confronto*, cit., 2001, 55, 79; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 98: l'economia «non trova in se stessa i criteri di valutazione del proprio funzionamento, ma viene giudicata in riferimento alla sua capacità di orientarsi sulla base dei valori sociali fondamentali»: il fine è legato alla scelta di funzionalizzazione alle esigenze della persona umana, il benessere che l'economia può produrre «non è il fine, ma il mezzo».

[25] In tal senso lo Stato non si può limitare a svolgere funzioni di «regolazione», quando, piuttosto, deve implementare quelle promozionali, come: presidiare la presenza riequilibratrice dei soggetti pubblici in economia, far valere gli interessi pubblici su quelli costituiti e delle *élites*, guidare attivamente ed efficientemente una estesa rete di rapporti e di istituzioni della società e dell'economia globalizzata, progettare, promuovere, indirizzare e controllare le attività delle imprese. In questa prospettiva dovrebbe riemergere, specie in tempi di crisi, quell'ispirazione alla creatività istituzionale che fu propria del *New Deal* di Roosevelt, concretatasi nella capacità di mettere in gioco una pluralità di attori e di strumenti.

fruizione da parte dei cittadini non solo dei diritti sociali, ma anche degli stessi diritti di libertà[26].

Vi sono varie strategie attraverso le quali raggiungere l'obiettivo: una prima opzione può essere l'intervento legislativo attraverso la creazione di una classe di beni di proprietà pubblica o comune, ovvero sottratti alle dinamiche del mercato tramite un'apposita regolamentazione o un'amministrazione diretta da parte dei pubblici poteri[27]. Meno radicale è la prospettiva dell'estensione dei diritti dei consumatori in vista di un superamento di tale figura a favore della condizione più complessa del cittadino: in tale quadro, infatti, autonomia contrattuale e giustizia (o equità) sociale vengono a comporsi, pur nella salvaguardia di una logica competitiva, la quale per risultare efficiente deve assoggettarsi a limitati controlli legali ancorati alle tutele costituzionali dei diritti costituzionali nelle aree di alta conflittualità[28]. Ancora si è proposto di applicare alla disciplina generale del contratto le tecniche regolative del diritto del lavoro, come il principio di non discriminazione in veste di strumento di valutazione della giustizia dei rapporti contrattuali[29].

Ma, in questo contesto, si può sostenere che una concreta risposta possa pervenire specie dal diritto giurisprudenziale, prodotto sia dalle corti nazionali, sia da quelle sovranazionali in costante dialogo tra loro. La prossimità del giudiziario, il suo carattere ripartito, l'avversione ad esiti giuridici totalizzanti ne fanno infatti il vettore privilegiato delle istanze sociali emergenti e il garante di quelle già consolidate, in un contesto costituzionalmente orientato.

[26] E. Diciotti, *Stato di diritto e diritti sociali*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2004, 4, 67 ss., e, in modo più diffuso, Id., *Il mercato delle libertà*, Bologna, 2009, 73 ss. L'Autore sostiene che non solo i diritti sociali, ma anche i diritti di libertà, sono minacciati da un mercato ed una concorrenza non regolamentati dai pubblici poteri. Sui beni comuni si veda U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2012; M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012.

[27] Questa opzione, tuttavia, viene proposta con scetticismo, data l'incapacità sin'ora dimostrata dal legislatore di far fronte alle sfide che il mercato ha posto con risposte rapide ed efficaci.

[28] S. Mazzamuto, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur dir. priv*., 2011, 365. La dottrina del *social contract law* concepisce il diritto dei contratti come strumento di tutela del soggetto debole con costruzioni che rimarcano l'intento dell'ordinamento di prevalere sull'atto privato per interpretare interessi altrui e non per promuovere fini direttamente imputabili allo Stato e alla comunità: «social contract law compris[es] all the mandatory and non-mandatory rules and principles of contract law which as one of their aims have the protection of the assumed weaker party» (Cfr. T. Wilhelmsson, *Social contract law and European integration*, Brookfield, 1994, 177 ss.; C. Sandgren, *A social law of contract ?*, *Scandinavian studies in law*, 1993, 37, 157 ss.; U. Mattei, F. Nicola, *A 'Social Dimension' in European Private Law ? The Call for Setting a Progressive Agenda*, in *New Eng. Law. Rev.*, 2006, 41, 28 ss. con ulteriori riferimenti di letteratura e rilievi critici).

[29] H. Collins, *European Social Policy and Contract Law*, in *European Rev. of Contract Law*, 2005, 1, 115 ove l'Autore suggerisce il ricorso a tale tecnica per controllare l'equità delle clausole concernenti il prezzo di beni e servizi di interesse generale o nella fissazione dei tassi d'interesse nel credito al consumo.

Ai giudici è quindi affidato il compito di difendere i diritti dell'*homo dignus*, le categorie antropologiche fondamentali, la stratificazione delle esperienze umane, senza per questo astrarsi o disconoscere il mondo. Proprio il principio di dignità[30] – integrando principi fondamentali già consolidati (libertà, eguaglianza, solidarietà), facendo corpo con essi e imponendone una reinterpretazione in una logica di indivisibilità – consente infatti di seguirne i movimenti, di entrare nelle pieghe del mutamento, di esserne misura senza lasciarsene sopraffare[31].

Nella fluida società globale[32] i diritti sociali sono come la 'coperta di Linus'[33], una scialuppa di salvataggio nel mare in tempesta, una zona franca necessaria per sentirsi cittadini alla pari degli altri. Non possiamo quindi farne a meno, in quanto tali diritti sono strumenti di una strategia di inclusione all'interno di un assetto costituzionale pluralistico e di una società aperta[34], tuttavia, emerge l'esigenza di andare oltre la loro grammatica stringente, privilegiandone la dimensione procedurale, per farne una sorta di *passe-partout* tra esigenze sociali e sfera giuridica, un repertorio di opportunità disponibile ad essere reinventato, riempito di nuovi contenuti, reso esigibile nelle sedi istituzionali.

[30] In tal senso il canone della dignità può avere una forte carica emancipatoria, anche e soprattutto nel senso del rafforzamento dei diritti sociali degli individui, ponendo limiti alla 'cultura del mercato', si veda BVerfG, 1 BvR n. 82/60 del 29 maggio 1990 che ha sancito, rifacendosi al principio di dignità, che non è assoggettabile ad imposizione fiscale il reddito minimo necessario al contribuente e alla sua famiglia per il fabbisogno vitale; BVerfG, 1 BvR n. 2557-2858/07 del 9 febbraio 2010, in cui, muovendo dal «superprincipio» della dignità umana, si è dichiarato che – in merito alla disciplina dei sussidi di disoccupazione – il legislatore «deve organizzare un procedimento per determinare, in modo adeguato alla realtà dei bisogni, le prestazioni necessarie ad assicurare un minimo vitale dignitoso [...] e consacrare legislativamente il risultato come diritto prestazionale» (§ 211); per la giurisprudenza italiana si rinvia a F. Politi, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Torino, 2011.

[31] S. Rodotà, *Antropologia dell'homo dignus,* cit., 563-564; sulla dignità appare ineludibile il riferimento ad A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir*., 1991, 343 ss.

[32] Sull'insicurezza e le paure nelle società contemporanee S. Bauman, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2000, 15 ss.

[33] Personaggio patologicamente insicuro creato nel 1950 dalla penna di Charles Schulz nella serie di fumetti intitolati *Peanuts*. La famosa 'coperta di Linus' è una piccola parodia del bisogno di sicurezza e del percorso individuale che ciascuno fa per trovare la propria serenità e realizzazione esistenziale.

[34] Proprio l'ottenimento dei diritti sociali ha permesso l'esercizio delle altre categorie di diritti (civili e politici), dando colore alla cittadinanza quale strumento di attenuazione della tensione fra uguaglianza formale dei diritti e disuguaglianza sociale.

# IL *VORBEHALT DES MÖGLICHEN* NELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI TEDESCHE

di Andrea Sandri

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il *numerus clausus*. – 3. Altre decisioni successive. – 4. Il concetto di *Vorbehalt des Möglichen* e i suoi corollari. – 5. Conclusioni.

## 1. Considerazioni introduttive

La sentenza del *Bundesverfasungsgericht* sul *numerus clausus* del 3 agosto 1972 introduce espressamente il concetto di *riserva del possibile* (*Vorbehalt des Möglichen*) dandone una definizione che più che cogliere un'essenza sembra descrivere una condizione dello Stato sociale di diritto: «lo Stato può garantire soltanto ciò che l'individuo può ragionevolmente pretendere dalla società».

Questo approdo, che pur trova a prima vista sufficienti parametri interpretativi nella scolastica hegeliana del sistema dei bisogni, si colloca all'interno di una riflessione che origina dal quadro costituzionale del *Grundgesetz* – da un complesso di diritti fondamentali concepito come un sistema di valori e quindi di norme oggettive che obbligano tutti i poteri dello Stato e si coniugano di volta in volta con il principio di eguaglianza oltre che con il principio di Stato sociale[1] – e si sviluppa attraverso l'elaborazione delle alte corti del *Bund* e dei *Länder.*

In realtà il senso di questa definizione, ormai mutatasi quasi in un brocardo, dovette già essere da tempo patrimonio della giurisprudenza se è vero che il Tribunale costituzionale dell'Assia in una sentenza del maggio del 1956 sosteneva con riguardo ai nuovi diritti sociali che «questi diritti nuovi, ancor vaghi, soggetti a differenziazione, quand'anche abbiano già assunto il carattere di fondamentali, *debbono essere interpretati restrittivamente allo scopo di non legare oltremodo le mani del legislatore che, nella loro conformazione, sarà sempre legato a circostanze concrete e mutevoli*»[2].

[1] B. Pieroth, B. Schlink, *Grundrechte. Staatsrecht* II, Heidelberg, 2011, C.F. Müller, 12-26; E. Schmidt-Assmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Heidelberg, 2006, 62-66.

[2] StGH 11.05.56 – P. St. 191. Vedi in tempi recenti l'analisi dettagliata di Chr. Pestalozza, *Landesverfassungsrechtliche Fragen eines Hochschuldgeldes in Hessen*, Baden-Baden, 2007, 17-24.

Questa sentenza sta probabilmente all'origine di una serie di decisioni in materia di accesso allo studio e alla formazione e di una concettualità che tende a risalire da una "parte particolare" del diritto pubblico alla "parte generale" dei concetti per poi ridiscendere, come dimostrano sentenze successive, nelle "parti particolari" dei singoli diritti fondamentali[3].

In tal modo il concetto di *riserva del possibile* non soltanto eccede l'ambito originario del diritto allo studio ma anche quello più vasto dei *diritti di partecipazione* (*Teilhabe*), come diritti a «essere integrati in un sistema statale di prestazioni»[4], per divenire persino criterio di limitazione di sfere di libertà come la proprietà privata e la libertà di riunione[5].

Tenute presenti queste ultime considerazioni e la difficoltà di ripercorrere ogni volta la peculiare dogmatica dei diversi diritti fondamentali nello spazio di un breve saggio, si è qui preferito esaminare alcune decisioni esemplari, a partire dalla BVerfGE 303, che si collocano nello sviluppo omogeneo della decisione assiana del 1956 fino a tempi recenti, e finalmente tentare una compendiosa ricostruzione del concetto di riserva del possibile e dei suoi corollari[6].

## 2. Il *numerus clausus*

La sentenza BVerfGE 303 affronta due casi paralleli emersi nei Liberi Stati di Amburgo e di Baviera in un tempo in cui le Facoltà di Medicina furono prese d'assalto dalle aspiranti matricole. Di fronte all'impossibilità di ammettere tutti i candidati, i legislatori dei due *Länder* approvarono atti legislativi con lo scopo di garantire il buon svolgimento degli studi nelle università.

L'*Hamburgisches Universitätsgesetz* e il *Gesetz über die Zulassung zu den Bayerischen Hochschulen* prevedono entrambi che possono essere previste limitazioni all'accesso a determinati corsi di studio (*numerus clausus*) e che tali limitazioni debbono essere normate da regolamenti di ammissione approvati ora dal Senato accademico (o dal Senato dello Stato) ora dal Ministro dell'Istruzione.

[3] Sul rapporto tra "*Referenzgebiete*" e "parte generale" vedi E. Schmidt-Assmann, *op.cit.*, pp. 6-10.

[4] H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2007, 181-182.

[5] Vedi i casi dell'obbligo di consegna di copie gratuite alle biblioteche (BVerfGE 58, 137), del mancato riconoscimento della pretesa primaria in seguito a violazione della proprietà privata da parte della p.a. (VGH Kessel NJW 1993) e della limitazione del diritto di riunione al ricorrere dello "stato di necessità di polizia" (OVG Saarlouis, JZ 1970, 283 ss., esaminati in V. Mehde, *Grundrechte unter dem Vorbehalt des Möglichen*, Sitzheim, 2000, 12-13, 15-16, 18-20.

[6] Da questa ricostruzione risulterà una sostanziale differenza tra il *Vorbehalt des Möglichen* e la omonima *reserva do possível* conosciuta dal Diritto costituzionale brasiliano. Per un approfondimento comparativo si veda in questo volume A. S. Bruno, *Diritto alla salute e riserva del possibile. Spunti dal contesto brasiliano per osservare il "federalismo fiscale".*

Ad Amburgo come a Berlino si registrano ricorsi al giudice amministrativo e si decide di sottoporre le leggi al giudizio di costituzionalità rispetto all'art. 12 par. 1 GG secondo cui «tutti i tedeschi hanno il diritto di scegliere liberamente la professione, il luogo di lavoro e le sedi di preparazione e di perfezionamento professionale», mentre «l'esercizio della professione può essere regolato mediante leggi».

La Corte costituzionale tedesca legge alla radice di questa norma sulla libera scelta della professione il diritto di scegliere liberamente un corso di studi, ché dalla lesione di quest'ultimo discende un ostacolo all'esercizio della prima libertà garantita. Quindi sono ripercorsi i passaggi che portano dalla mera garanzia della sfera individuale di libertà al diritto di partecipazione: lo Stato non deve soltanto astenersi dall'incidere sulle scelte del cittadino in merito alla sua formazione, ma, giacché lo stesso *Grundgesetz* eleva il diritto sancito dall'art. 12 GG a «norma oggettiva di un ordine di valori idonea a creare obblighi per lo Stato», rendere possibile l'accesso agli indirizzi di studio. Tale dovere, già implicito nella nuova natura valoriale e normativa della libertà, si universalizza se letto in combinato disposto con i principi di eguaglianza e di Stato sociale, per di più in un ambito materiale in cui lo Stato ha una posizione di monopolio.

Rispetto alla regola dell'eguale e universale accesso alle prestazioni, che così si ricava, le norme limitative, come quelle delle leggi sul *numerus clausus* appena esaminate, costituiscono un vero e proprio problema. I meccanismi del numero chiuso assoluto hanno infatti per scopo principale quello di escludere una gran parte dei candidati da un corso di studi.

Il *Bundesverfassungsgericht* non si spinge fino a queste conclusioni, ma colloca le due leggi nel contesto di un *sistema funzionale* di esigenze e di scopi fissati dalla stessa costituzione e, quindi, di un bilanciamento che tiene necessariamente conto di fattori storici e normativi di vario tipo. La realizzazione dell'obbligo gravante sullo Stato non può avvenire a danno di altri diritti e finalità statali e, affinché un simile effetto irrazionale sia evitato, il potere pubblico non può che porsi sotto la *riserva del possibile* ovvero, secondo la definizione di tale concetto formulata dalla stessa Corte, «*lo Stato può garantire soltanto ciò che l'individuo può pretendere ragionevolmente dalla società*».

Ricorre, dunque, un giudizio su che cosa sia giusto nel caso concreto; un giudizio che ha di volta in volta per oggetto le *risorse personali*, le *risorse economiche*, la *situazione di fatto*, e che delinea il perimetro concreto della giusta realizzazione del diritto di accesso allo studio configurato dall'art. 12 par. 1 GG.

Tale giudizio sul possibile non è soltanto posto a fondamento dell'attività regolamentare e amministrativa, ma anche dell'attività legislativa qui richiamata dall'ultima proposizione dell'articolo 12 GG («L'esercizio della professione può essere regolato mediante leggi»); intervento legislativo che,

secondo la Corte, è necessario se è vero che la partecipazione alle prestazioni statali è premessa della realizzazione del diritto fondamentale in questione.

In base a queste considerazioni il *Bundesvefassungsgericht* fa salvo rispetto all'art. 12 GG il meccanismo del *numerus clausus* come strumento di razionalizzazione del diritto rispetto al *possibile* e al *fattibile*.

### 3. Altre decisioni successive

a) *La gratuità dell'insegnamento*. La *Legge assiana sulla gratuità dell'accesso all'insegnamento universitario* prevede che la frequenza gratuita cessi per gli studenti che prolunghino il loro tempo di studio oltre i limiti previsti dai programmi e che un secondo corso di studi possa essere frequentato gratuitamente soltanto quando questo serva a completare le conoscenze serventi alla professione. Uno studente "fuori corso" fa ricorso allo *Staatsgerichtshof* dell'Assia facendo valere il diritto fondamentale sancito dall'art. 59 della Costituzione dello stesso *Land* secondo cui «gli studi sono gratuiti fino all'università», «la legge può prevedere una retta soltanto nei casi in cui la condizione economica dello studente o dei genitori ne consenta il pagamento» e «l'accesso alla scuola e all'università è condizionato soltanto dall'idoneità dello studente».

Nella sentenza dell'1 dicembre 1976 il Tribunale costituzionale riprende il proprio pronunciamento dell'11 maggio 1956 e la BVerfGE 303/1972, e argomenta affermando che i diritti di partecipazione che si presentano come diritti sociali fondamentali, stanno sotto la *riserva del possibile*.

Il legislatore ordinario, in quanto vincolato dal piano di bilancio, ossia dal *possibile*, può prevedere limitazioni ai diritti di partecipazione assumendosene la responsabilità; e specularmente ciò che il singolo nell'ambito dell'art. 59 HV può *ragionevolmente* aspettarsi è la prestazione gratuita dell'insegnamento durante il periodo previsto dai programmi.

Con la previsione del venir meno della gratuità, il legislatore ha stabilito un *limite* al *fine di evitare collisioni tra gli interessi dei singoli cittadini e quelli della comunità statale*; un limite, d'altro canto, ammissibile, perché non rende lo strumento della gratuità dei corsi inidoneo al conseguimento dello scopo legislativo (la formazione universitaria) e sviluppa il vincolo sociale insito nel diritto garantito dall'art. 59 HV in una norma legislativa.

Anche il principio di *eguaglianza* non è violato nel momento in cui cessa l'erogazione della prestazione gratuita a causa dello scadere del periodo previsto dai programmi: l'eguaglianza è qui garantita quando è data a tutti la possibilità di una formazione accademica.

L'itinerario di questa sentenza è ripercorso dalla sentenza del *Bundesverwaltungsgericht* del 25 gennaio 2001 nella quale in particolare ci si sofferma sull'ampio *Spielraum* del legislatore nella realizzazione del diritto alla formazione universitaria rispetto alla riserva del possibile e sulla fun-

zione di *Steuerung* (indirizzo) degli studi che la limitazione della gratuità consente.

b) *Diritto alla formazione integrata.* La sentenza BVerfGE 99, 41 fa seguito a una *Verfassungsbeschwerde* con la quale la ricorrente – assegnata a una scuola specialistica – afferma che il diritto fondamentale allo studio, ricavabile da una pluralità di articoli di costituzione e coniugato con l'art. 3 par. 3 fr. 2 GG ("Nessuno può essere fatto oggetto di pregiudizi a causa della propri disabilità"), darebbe adito al diritto all'educazione integrata di disabili e di non disabili in quanto ritenuta la forma più confacente alle esigenze del soggetto disabile.

Di quest'ultima acquisizione scientifica tiene conto la *Legge della Bassa Sassonia sulla scuola* (1993) – sottoposta a giudizio di costituzionalità – la quale autorizza l'integrazione quando vi siano un sistema pedagogico adeguato e le condizioni organizzative, le risorse personali e le condizioni di fatto. L'obbligo di frequentare una scuola specialistica cessa quando il medesimo servizio può essere offerto da una scuola integrata; ed è l'autorità amministrativa a decidere sulla sussistenza di un tale obbligo.

La Corte costituzionale tedesca, nel valutare l'oggetto del ricorso, prende in considerazione da una parte l'art. 7 par. 1 GG («L'intera organizzazione scolastica è sottoposta alla sorveglianza dello Stato») e, dall'altra, lo stesso art. 3 par. 3 fr. 2 («Nessuno può essere fatto oggetto di pregiudizi a causa della propria disabilità») unitamente all'art. 2 par. 1 GG («Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità»). Mentre la norma dell'art. 7 GG autorizza una certa libertà di conformazione in capo allo Stato, la norma dell'art. 3 par. 3 fr. 2 GG, in cui la libertà conformativa dello Stato trova un limite, riguarda *anche* gli atti che privano il disabile di un'azione positiva idonea a migliorarne la condizione: in tal senso lo Stato deve fare il *possibile* per migliorare la condizione del disabile.

Si delinea così nuovamente il sistema del diritto all'erogazione di prestazioni realizzative di un diritto fondamentale sotto la *riserva del possibile*. Qui, oltre che ciò che la *scienza pedagogica* può dire in merito ai metodi educativi, la decisione sulla *possibilità* riguarda, già a livello legislativo, ancora una volta le *risorse personali* ed *economiche*, e la *situazione di fatto*.

Così il legislatore della Bassa Sassonia, pur disponendo che si deve tener conto di tali condizioni in relazione ad altri diritti e bisogni sociali, non ha trascurato la soluzione ottimale dell'educazione integrata autorizzandola e rendendola obbligatoria essa quando sia possibile.

Il legislatore non trova nella costituzione un ostacolo alla necessità di far dipendere da premesse limitative la realizzazione dell'educazione integrata. *Spielraum valutativo* e *riserva del realmente fattibile* si danno anche nella conformazione legislativa di questo insieme di regole. E in tal senso il legislatore non è tenuto in tutti i *Länder* a predisporre la formazione integrata.

In definitiva una violazione dell'art. 3 par. 3 fr. 2 GG avverrebbe soltanto se, pur essendo possibile un'educazione scolastica integrata, essa venisse negata dal legislatore o dal potere pubblico negli atti successivi.

c) *Proporzionalità dei contributi.* La sentenza del *Bundesvefassungsgericht* del 10 marzo 1998 risponde a una *Verfassungsbeschwerde* riguardante la previsione, contenuta in un atto normativo comunale, di rette per l'accesso all'asilo comunale proporzionali alle entrate di ciascuna famiglia. Tale ricorso è dichiarato infondato dal momento che la libertà di agire del ricorrente (art. 2 GG) non è limitata dalle regole che prevedono la proporzionalità. Inoltre le norme contro le quali si è fatto ricorso sono compatibili con l'art. 3 c. 1 GG (principio di eguaglianza) che impone di trattare situazioni eguali in maniera eguale e situazioni differenti in maniera differente.

All'interno della propria competenza normativa il legislatore dispone di un ampio *Spielraum* di conformazione entro il quale può stabilire quali prestazioni pubbliche individuali debbano essere sottoposte al pagamento di un contributo, quali criteri e quali principi predisporre a tal scopo e quali finalità eccedenti la copertura dei costi, come per esempio quella di un "governo" del rapporto (Verhaltenssteuerung) in determinati settori, perseguire.

Gli asili sono elementi fondamentali del sistema educativo e formativo. Essi debbono essere a disposizione di genitori con bambini piccoli. Si tratta di uno scopo importante dell'assistenza statale alla gioventù garantita dall'art. 20 GG. Con l'istituzione di un asilo si adempiono gli obblighi di protezione e di promozione implicati da diritti fondamentali: promozione della famiglia (art. 6 GG), protezione della vita non nata (art. 2 c. 2 GG), protezione della libertà di scelta della professione (art. 12 GG), parità nel lavoro.

Per queste ragioni l'accesso all'asilo non può essere negato a bambini i cui genitori non godono di capacità contributiva elevata. Questa esigenza può essere soddisfatta tramite tariffe socialmente differenziate, mentre un sovvenzionamento complessivo degli asili tale da giovare a tutti i genitori a prescindere dal reddito *non è necessario* a garantire l'accesso di tutti.

Rispetto a importanti beni sociali cui è servente la creazione di posti d'asilo e in considerazione della necessità di mantenerne la diffusione e la accessibilità, non può essere censurato il coinvolgimento, differenziato secondo la capacità contributiva, dei fruitori.. Nella misura in cui la mano pubblica non è obbligata a un sovvenzionamento, essa può, in base a ragioni che attengono al bilancio, non farvi ricorso.

D'altronde con i propri contributi garantiti all'asilo il comune non si pone al di sotto dell'obbligo di promozione che grava su di esso in base all'art. 6 GG: il contributo pagato dai genitori abbienti rimane, infatti, al di sotto del costo della prestazione; e la mano pubblica non è certamente obbligata dal dovere di protezione (Schutzpflicht) derivante dall'art. 6 c. 1 GG a compensare ogni peso economico gravante sulla famiglia o a promuovere la famiglia senza alcun riguardo ad altre esigenze.

Anche qui *la promozione statale della famiglia è posta sotto la riserva del possibile nel senso di ciò che il singolo può chiedere ragionevolmente alla società.*

d) *L'obbligo di pagamento di contributi previdenziali.* Con sentenza del 4 aprile 2001 il *Bundesverfassungsgericht* stabilisce, in base ai parametri dell'art. 3 GG e dell'art. 6 GG, la legittimità costituzionale di alcune norme della Legge del 26 maggio 1994 sull'*Assicurazione sociale* che prevedono per il genitore economicamente attivo un contributo economico equivalente a quello cui sono obbligati i soggetti senza figli a carico.

In quanto diritto di libertà l'art. 6 GG obbliga lo Stato ad astenersi da interventi nella sfera della famiglia e fonda, d'altro canto, per lo Stato il dovere di proteggere e promuovere il matrimonio e la famiglia. L'art. 3 c. 1 GG obbliga a regolare in maniera eguale fattispecie eguali e fattispecie differenti in maniera differente. Il legislatore deve decidere quali elementi egli ritenga determinanti nel confronto fra i contenuti offerti dalle fattispecie concrete allo scopo di trattarli egualmente o differentemente nel diritto. Ciò che l'art. 3 c. 1 GG proibisce è l'oblivione del tipo e della dimensione delle differenze reali; e il principio di eguaglianza è violato quando il legislatore trascura di tener conto delle differenze tra le fattispecie concrete alle quali si deve dare ordine. All'interno di questi limiti il legislatore è libero nella sua decisione; anche se può sempre darsi una limitazione ulteriore derivante da altre norme costituzionali. In particolare, nell'esaminare la costituzionalità delle norme prevedenti i contributi che trattano in egual modo persone con e senza figli a carico, si deve tener conto della particolare garanzia che lo Stato deve alla famiglia in base all'art. 6 GG.

L'art. 6 GG non è violato dal fatto che membri della *soziale Pflegeversicherung* sono sottoposti al contributo anche quando abbiano figli a carico.

La particolare garanzia della famiglia cui l'art. 6 GG vincola lo Stato non obbliga costituzionalmente il legislatore a evitare o a compensare ogni gravame economico aggiuntivo per la famiglia, soprattutto quando sia previsto il pagamento di contributi per un'assicurazione sociale che soddisfa pienamente l'obbligo di promozione coprendo in gran parte il rischio economico del bisogno di assistenza per il genitore economicamente attivo, i suoi figli e il coniuge economicamente non attivo. *La promozione della famiglia attraverso prestazioni economiche è sottoposta alla riserva del possibile e si colloca nel contesto di altre necessità di promozione*.

Il legislatore nell'interesse del bene comune deve tener conto, nella sua gestione di bilancio [Haushaltswirtschaft], oltre che della promozione della famiglia, di altri bisogni e in particolare badare *alla funzionalità e all'equilibrio della totalità*. Soltanto ponderando tutte le necessità si può stabilire se la promozione della famiglia attraverso lo Stato sia insufficiente e non adempia all'obbligo di cui l'art. 6 GG.

## 4. Il concetto di *Vorbehalt des Möglichen* e i suoi corollari

La *riserva del possibile*, com'essa si configura nella sentenza assiana del 1956 tramite la descrizione di un legislatore che nella realizzazione del diritto è "vincolato da circostanze concrete e mutevoli" e poi, nella definizione del 1972, con l'immagine dello Stato *mediatore* tra le pretese dell'individuo illimitatamente legittimato da una norma costituzionale e la società pensata come riserva limitata di possibilità economiche, appare primariamente un concetto economico. In tutte le sentenze esaminate l'estensione della possibilità dell'erogazione di una prestazione si fonda, a prima vista, su un *giudizio*, estraneo a ogni logica sussuntiva, *sulla quantità di risorse economiche, personali e organizzative disponibili* e quindi sulla possibilità della realizzazione.

Ancora in una prospettiva prevalentemente economica possono apparire le varie soluzioni perequative e distributive cui il legislatore ricorre, almeno fintanto che esse non si impongano anche come conseguenze di principi giuridici capaci di orientare e ordinare il sistema della riserva del possibile.

Si tratta allora di esaminare le costruzioni attraverso le quali la riserva del possibile non solo acquista rilevanza giuridica ma, in una, diviene sostanza necessaria di quelle stesse forme.

a) *La funzionalità.* Ciò che nei casi esaminati emerge con tutta evidenza è la tensione fra l'affermazione, a livello costituzionale, del diritto fondamentale e la piena realizzabilità delle pretese che su di esso si fondano. In un certo senso, al di là dell'impossibilità assoluta, non c'è scopo che lo Stato nella sua totalità non possa conseguire; e tale è il punto di vista degli individui titolari delle pretese costituzionalmente fondate verso lo Stato stesso.

Un'altra prospettiva sembra però orientare le Corti tedesche, ossia la considerazione del fatto che *la libertà dell'individuo non possa essere disgiunta dalla capacità funzionale e dall'equilibrio della totalità statale*, sicché la destinazione di ingenti mezzi statali al conseguimento di un determinato scopo non potrebbe che rendere incerta la realizzazione degli altri scopi, del bene comune e della stessa libertà individuale[7]. Questo pensiero è espresso compiutamente nella BVerfGE 303 secondo la quale "il *Grundgesetz* ha risolto la tensione tra individuo e comunità nel senso della relazione tra persona e comunità e della vincolatività della comunità per la persona" e "l'individuo deve accettare le limitazioni della sua libertà di azione, le quali sono previste dal legislatore, nell'ambito di ciò che è universalmente ragionevole, al fine della cura e della promozione della convivenza sociale"; ed è ribadito nella sentenza dello *Staatsgerichtshof* assiano del 1976 che fonda il limite della gratuità nell'esigenza di evitare conflitti tra interessi differenti; nella sentenza

[7] V. Mehde, *op. cit.*, 30-31.

della Corte Costituzionale federale sull'"integrazione scolastica"; e nella decisione del 2001 dello stesso giudice sull'"obbligo di pagamento di contributi previdenziali" indifferenziati dove "funzionalità" ed "equilibrio della totalità" sono richiamate espressamente.

Uno degli aspetti di questo equilibrio è certamente rappresentato dal rapporto tra il cittadino che pretende la prestazione e il cittadino contribuente che ultimamente ne sopporta i costi, rapporto quest'ultimo che trova immediatamente la propria regola nella definizione, che all'interno di queste connessioni si riveste di giuridicità, di *riserva del possibile*: il titolare della pretesa non può esigere più di quello che il contribuente può dare. E se il giudizio, spettante innanzitutto al legislatore, su che cosa e come il contribuente può dare, coincide (in uno Stato prevalentemente non imprenditore) con il giudizio sulle risorse *economiche*, personali e organizzative, esso, nella misura della sua giustizia, realizza complessivamente equilibrio sociale e statale, capacità funzionale e libertà dei soggetti come importanti momenti del diritto costituzionale.

Il legislatore è dunque l'istanza che per prima decide la disponibilità delle risorse e con l'esercizio della legislazione pone i presupposti dell'equilibrio statale. Anche se questa conformazione, nella prospettiva della *divisione dei poteri*, può essere al contempo realizzata anche attraverso l'attività giurisdizionale e amministrativa che vi partecipano, rimane in capo al *legislatore democraticamente legittimato* la suprema competenza sul possibile. Un giudice che, in base alla normatività di un diritto fondamentale, ammettesse un gran numero di pretese senza tener conto della riserva del possibile "decisa" dal legislatore, finirebbe per limitare la libertà politica del parlamento, il suo tradizionale *Budgetsrecht* di approvare vincolativamente il piano delle entrate e delle spese dello Stato (*Haushaltsplan*).

La logica limitativa seguita dagli atti giurisdizionali e amministrativi (così ad esempio i regolamenti approvati dagli atenei tedeschi ancor prima della legislazione sul *numerus clausus*) che precedono le sentenze qui esaminate, si inquadra in questo contesto giuridico definito dal *Grundgesetz* in cui l'argomento della divisione dei poteri e quello della riserva del possibile si legano strettamente nella prospettiva della funzionalità[8].

b) *La proporzionalità invertita.* La circolarità, che caratterizza prospettiva della funzionalità e prospettiva della riserva del possibile, incide anche sulla scelta dei mezzi per conseguire lo *scopo* della legge, sia a livello legislativo che a livello amministrativo e giurisdizionale. Tale aspetto è palese nelle sentenze sul "diritto alla formazione integrata" in alternativa alla formazione specialistica, sulla "proporzionalità dei contributi" rispetto al sovvenzionamento degli asili

[8] J. Isensee, P. Kirchof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, vol. 5, München, 2007, C.F. Müller, p. 69. Inoltre V. Mehde, *op. cit.*, 53-54, che riscostruisce il *Budgetsrecht* come un "*kollidierendes Verfassungsrecht*".

e sull'"obbligo di pagamento di contributi" indifferenziati rispetto a una diminuzione a favore dei soggetti "economicamente attivi" con figli a carico. In tutti questi casi le alternative, che di volta in volta si danno, sono egualmente idonee a soddisfare lo scopo costituzionale e legislativo e astrattamente libero è il legislatore nell'eleggere le une o le altre; anzi, il principio di proporzionalità lo indurrebbe, in una seconda analisi, a preferire i mezzi alternativi meno gravosi per il soggetto titolare del diritto in quanto sufficienti allo scopo.

Se, ciò nonostante, il legislatore ha previsto tra *mezzi egualmente idonei quelli più gravosi per gli individui*, ciò è occorso perché *in concreto* è mutato il giudizio dello stesso legislatore sulla *necessità* del mezzo rispetto a quel che lo stesso giudizio poté essere *in astratto*, e ciò laddove con *necessità* (*Erfordelichkeit*) si intenda che «non c'è altra situazione meno gravosa per il cittadino cui lo Stato possa egualmente dare adito senza incorrere in grandi spese»[9].

A determinare questo mutamento di giudizio è stata, come si deduce chiaramente dalle sentenze in esame, la constatazione – coincidente con il giudizio sul possibile e rilevante per la funzionalità e per il sistema del *Rechtsstaat* – che un diverso mezzo meno gravoso per il cittadino avrebbe comportato grandi spese per lo Stato, epperò compromettenti per funzionalità ed equilibrio.

Così la regola della proporzionalità, che origina dall'esigenza di mettere al riparo i diritti fondamentali da provvedimenti eccessivamente limitativi da parte del potere pubblico, tende nelle soluzioni giurisprudenziali a orientarsi all'opposta sfera della competenza parlamentale e della libertà della decisione politica e amministrativa, a servire da strumento, affatto coerente nel contesto di una comprensione funzionale dei poteri dello Stato, con il quale si salvaguardia la «competenza decisionale, che nella pianificazione di bilancio si rivolge alla generalità dei soggetti, da un regime di pretese giuridiche individuali all'erogazione delle prestazioni»[10].

c) *Trattamento differenziato e tipizzazione.* La riserva del possibile acquista rilevanza – come emerge chiaramente in tutti i casi esaminati - anche quando si tratti di applicare il principio di eguaglianza. La norma dell'art. 3 c. 1 GG, secondo la quale «tutti gli uomini sono uguali di fronte alla legge», prescrive l'*eguale applicazione* della legge (eguaglianza di fronte alla legge) e, in combinato disposto con l'art. 1 c. GG (immediata vincolatività dei diritti), l'*eguale posizione della legge* (eguaglianza della legge). Le norme dei commi 2 fr. 1 e 3 fr. 1 dell'art. 3 GG vietano di assumere determinati elementi a fon-

[9] B. Pieroth, B. Schlink, *op. cit.*, p. 68.

[10] Così J. Isensee, P. Kirchof, *op.cit.*, 69; V. Mehde, *op.cit.*, 31-32, che coglie nell'inversione della proporzionalità il suo mutarsi da "norma negativa" a "norma positiva" di competenza e, di conseguenza, un segno del congedo dallo Stato di diritto (50), e B. Pieroth, B. Schlink, *op. cit.*, 28, che liquidano l'intera costruzione come una "*Relativierung*" della forza normativa dei diritti fondamentali.

damento di privilegi e di limitazioni dei diritti (genere, origine, razza, fede religiosa e politica; mentre la fr. 2 del c. 3 vieta soltanto la discriminazione del disabile autorizzando sempre la discriminazione positiva).

Da questo coacervo di norme si ricava il principio secondo cui l'art. 3 c. 1 GG non vieta ogni privilegio e ogni limitazione, ché diversamente sarebbero inutili le puntualizzazioni dei commi successivi, bensì soltanto privilegi e limitazioni infondati.

Costituzionalmente rilevante è il trattamento differenziato di situazioni "sostanzialmente uguali" ossia riconducibili attraverso un *tertium comparationis* a un *concetto comune.*

La giurisprudenza del BVerfG distingue tra differenziazioni recanti un minimo pregiudizio (limitandosi a un semplice controllo dell'assenza di arbitrio) e differenziazioni cui conseguono *pregiudizi di maggiore intensità*. Sono criteri dell'intensità la soggettività della limitazione, l'analogia con i casi dell'art. 3 c. 3 GG, l'incidenza su libertà garantite dai *Grundrechte*; e *condizioni di trattamenti diseguali*, pur in presenza di tali criteri, la *legittimità dello scopo*, l'*idoneità* e la *necessità* della differenziazione quanto allo scopo. La *necessità* è fatta coincidere con l'assenza «di alternative che aggravano in maniera eguale o minore lo Stato, che realizzano meglio lo scopo, e, al contempo, trattano in maniera meno gravosa gruppi di persone» non avvantaggiate dall'atto[11].

Benché differenziazione del trattamento e intervento (indifferenziato) nelle sfere garantite dai diritti costituzionali costituiscano fenomeni essenzialmente distinti – anche se in concreto spesso, come nel caso delle sentenze qui esaminate, avvinghiati, dal momento che si tratta di *interventi limitativi differenziati* -, appare evidente che i *procedimenti di giustificazione* di entrambi contemplano la *medesima gradualità*: *idoneità* e *necessità* allo scopo; e che l'*estensione* della *discriminazione negativa* sarà inversamente proporzionale a ciò che «lo Stato può garantire» e a ciò che «l'individuo può pretendere ragionevolmente dalla società» (così ad esempio l'allargarsi del *numerus clausus* fino a coincidere al numero dei candidati in misura dell'aumentare delle risorse o il passaggio dal "contributo proporzionale" al "sovvenzionamento" e a un eguale contributo minimo o alla gratuità) – direttamente proporzionale la *positiva* (così, ad esempio, l'accessibilità generalizzata alla "formazione integrata").

## 5. Conclusioni

Se, tenendo presente il *Grundrecht* come oggetto, la riserva del possibile opera attraverso il principio di *proporzionalità* (invertita) come criterio di limitazione o di implementazione delle prestazioni, la stessa riserva fissa attra-

[11] B. Pieroth, B. Schlink, *op. cit.*, 112, e per le considerazioni fin qui svolte 108-112.

verso l'individuazione dei gruppi da discriminare (negativa- o positivamente) e la loro *tipizzazione* legislativa l'estensione sociale di quella limitazione e di quell'incremento, e si configura così di volta in volta come orizzonte concreto della giustizia del diritto nella costanza del sistema della *funzionalità* dello Stato di diritto e dell'ordinamento costituzionale.

# LA CARTA SOCIALE DEL CONSIGLIO D'EUROPA E L'ORGANO DI CONTROLLO: IL COMITATO EUROPEO DEI DIRITTI SOCIALI. NUOVI SVILUPPI E PROSPETTIVE DI TUTELA

di Emilia Straziuso

Sommario: 1. Il Ruolo della Carta sociale del Consiglio d'Europa nella dimensione sociale europea. – 2. Struttura della Carta e ambiguità che ne indeboliscono la portata effettuale. – 3. La "giurisprudenza" del Comitato degli esperti: prospettive di consolidamento dei diritti sociali. – 3.1. *Segue*: alcuni casi di reclami per violazione dei diritti dei Rom. – 4. I limiti di giustiziabilità della Carta. – 5. Tutela ed effettività dei diritti sociali: l'indirizzo culturale nella prassi delle Corti europee. – 5.1. *Segue*: alcune ipotesi di sinergia tra le Carte del Consiglio d'Europa e le rispettive "giurisprudenze". – 6. Brevi conclusioni.

## 1. Il Ruolo della Carta sociale del Consiglio d'Europa nella dimensione sociale europea

Nel contesto normativo europeo fatica ad emergere un modello di tutela dei diritti sociali per ragioni che, se per un verso, sono legate alla contingenza della crisi economico-finanziaria[1], per altro verso, sono di natura teorico-concettuale[2], cui va ricondotta l'antica collocazione dei diritti sociali in una posizione ancillare rispetto ai classici diritti di libertà civile e politica[3] che

[1] A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, Relazione tenuta al Convegno "*I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema*", Reggio Calabria, 5 novembre 2011, consultabile sul sito *Aic rivista telematica on line* n. 4/2012, parla di crisi non "«ciclica» ma […] «sistemica»: come tale, espressione di una decadenza apparentemente irreversibile del capitalismo", 1.

[2] Per tutti v. G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantìas. Elementos pera una reconstrucciòn*, Madrid, 2007, ove una critica sistematica alla classica "*visiòn dominante de los derechos sociales*".

[3] La supposta minorità dei diritti sociali alle classiche libertà liberali affonda le sue radici nel processo storico di formazione dello Stato sociale; nella vasta letteratura si veda almeno M. Mazziotti, *Diritti sociali*, in *Enc. dir*., XII, Milano, 1964, 803 ss.; T. H. Marshall, *Cittadinanza e classi sociali*, Roma-Bari, 1949; A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, ora in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 123 ss.; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti Costituzionali*, , Torino, 1994, 79 s.; C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000; D. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003; A. D'Aloia, *Storie «costi-*

ha segnatamente condizionato l'evoluzione normativa a garanzia dei diritti sociali anche in ambito comunitario[4].

D'altronde gli Stati europei, all'indomani della costituzione del Consiglio d'Europa, hanno ritenuto di accordare una priorità almeno temporale ai diritti di più consolidata tradizione delle democrazie occidentali, quelli civili e politici, adottando la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nel 1950 (CEDU); soltanto nel 1961 il sistema di protezione dei diritti dell'uomo si è arricchito con l'approvazione della Carta sociale europea (CSE) a Torino, il 18 ottobre del 1961, e l'apertura alla firma degli Stati membri. Nemmeno va trascurato, peraltro, che l'originario progetto del Consiglio d'Europa[5] consisteva nell'assicurare l'effettiva garanzia di tutti i diritti fondamentali nell'ambito costituzionale europeo[6] e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo si è mossa in quel generale contesto sopranazionale e internazionale che tende ad affermare l'indivisibilità e l'interdipendenza dei diritti civili e politici e dei diritti sociali fondamentali[7]. Eppure la Carta sociale europea, riveduta interamente nel 1996[8] ha sempre sofferto di una debolezza strutturale rispetto alla Convenzione legata al carattere «debolmente prescrittivo»[9] delle norme che ne enunciano i diritti[10]. Le norme della CEDU sono direttamente azionabili mentre le norme enunciate nella CSE non soggiacciono al controllo giurisdizionale della Corte europea e sono affidate ad un meccanismo di controllo di natura internazionale che non è in grado di garantire la piena effettività dei di-

*tuzionali» dei diritti sociali*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, II, Napoli, 2008, 689 ss; G. Razzano, *Lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali*.

[4] Per una ricostruzione recente, A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi*, cit., 2 s.; D. Tega, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*.

[5] Come peraltro in ambito Onu effettivamente avvenuto con i Patti internazionali del 1966 che, tuttavia, apprestano una tutela assai meno significativa.

[6] Tanto è vero che la sistematica della Convenzione non inquadra i diritti secondo quelle che sono le tradizionali ripartizioni note agli ordinamenti nazionali. Ad esempio, già il Protocollo addizionale del 1952 riconosce espressamente e con formula ampia il diritto all'istruzione (art. 2) che nella prospettiva di quella ripartizione va senz'altro ascritto ai diritti sociali.

[7] Secondo quanto può rilevarsi anche nel Preambolo della Carta di Nizza, come nel Preambolo al Protocollo opzionale al PIDESC, adottato con risoluzione 63/117 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, il 10 dic. 2008, che richiama tali principi.

[8] A. Saccucci, *Profili di tutela dei diritti umani tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, Padova, 2005, 180 ss. 189; per una ricostruzione recente del percorso di rilancio della Carta sociale europea v. F. Oliveri, *La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali. La lunga marcia verso l'effettività*, in *RDSS*, n. 3/2008, 509-539, qui 510-515.

[9] Così F. Oliveri, *La Carta sociale europea*, cit., 509; negli stessi termini D. Tega, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, cit., 5.

[10] Invero, talune norme presentano un contenuto più programmatico e di principio, altre contengono invece disposizioni più dettagliate.

ritti protetti[11]. Resistenze e limiti di effettività che la Carta Sociale europea ha finora incontrato a livello nazionale, sia in ambito politico che nella prassi giurisprudenziale, sono legati al modello westfaliano della sovranità che ha come corollario la concezione che riconosce un diritto come tale soltanto quando vi sia un potere giuridico idoneo a farne valere l'inadempimento. Pertanto per lungo tempo la Carta ha sofferto di un «doppio pregiudizio di ineffettività»[12] giuridica legato, per un verso, alla natura internazionale degli obblighi in essa previsti e, per altro verso, alla natura sociale dei diritti riconosciuti.

Soltanto nel corso degli ultimi decenni ha iniziato ad imporsi come testo fondamentale e complementare della CEDU, per effetto della ripresa dei negoziati per la riforma del Trattato avvenuti in occasione della Conferenza di Granata del 1987, volta a commemorare i venticinque anni della Carta. Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha istituito, nel dicembre del 1990, un apposito Comitato per la riforma della Carta sociale europea allo scopo di migliorarne l'effettività e, in particolare, le procedure di controllo *ivi* previste[13]. Nel 1995 è stato infatti conseguito il primo importante traguardo con l'adozione del Protocollo addizionale alla Carta sociale europea che istituisce un sistema di reclami collettivi. Le organizzazioni rappresentative delle parti sociali a livello nazionale e internazionale, nonché altre ONG accreditate presso il Consiglio d'Europa, possono infatti denunciare dinanzi al Comitato di esperti di cui all'art. 25 della Carta (denominato Comitato europeo dei diritti sociali) la mancata attuazione delle norme in essa contenute e accettate come vincolanti dallo Stato verso cui è diretto il reclamo[14]. Il Comitato di esperti (Ceds), verificata la ricevibilità del reclamo, emette una decisione in merito alla fondatezza dello stesso[15]. A seguire, la Carta è stata

[11] E. Carpano, *État de droit et droits européens. L'évolution du modèle de l' État de droit dans la cadre de l'européanisazion des systèmes juridiques*, Paris-Budapest-Torino, 2005, 437.

[12] In questi termini F. Oliveri, *La Carta sociale europea*, cit., 513.

[13] La Carta si limitava, in origine, a prevedere un sistema di rapporti periodici sullo stato di attuazione interna delle disposizioni accettate come vincolanti.

[14] Rileva sottolineare, soprattutto ai fini delle possibili interazioni tra le decisioni del Comitato e le sentenze della Corte di Strasburgo (v. *infra*), che i reclami contro violazioni della Carta da parte degli Stati possono essere presentati anche quando non siano state già esperite tutte le vie nazionali di ricorso. È perciò possibile che il reclamo al Comitato preceda il ricorso alla Cedu la quale, in forza della decisione del primo, possa poi riconoscere garanzia effettiva al diritto violato.

[15] Il rapporto del Ceds, trasmesso all'Assemblea parlamentare ed al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, consente a quest'ultimo di adottare (a maggioranza dei due terzi dei votanti) una raccomandazione nei confronti dello Stato che abbia perpetrato la violazione della Carta, il quale sarà poi tenuto a fornire nel successivo rapporto biennale indicazioni sui provvedimenti adottati per dare seguito alla decisione del Ceds e alla conseguente raccomandazione del Consiglio dei Ministri. Per una completa disamina delle procedure di presentazione dei reclami nonché delle categorie di soggetti abilitati a presentarli, si veda, da ultimo, C. Benelocine, *La charte sociale européenne*, Editions du Conseil de l'Europe, 2011, 53-62.

riformata in maniera significativa anche nei contenuti, concentrando in un unico testo i diritti garantiti dalla Carta del 1961 e dal Protocollo addizionale del 1988 che amplia il novero dei diritti tutelati dalla Carta; talché molte situazioni giuridiche sono state ampliate o specificate e altre previste *ex novo* per adeguare la Convenzione al mutato contesto sociale ed economico europeo[16]. Il testo della Carta sociale europea riveduta è stato approvato nella sua stesura definitiva nel 1996 ed è stato ratificato in Italia nel 1999.

## 2. Struttura della Carta e ambiguità che ne indeboliscono la portata effettuale

La ratifica della Carta sociale europea produce un obbligo giuridico per lo Stato parte al rispetto delle sue disposizioni[17].

La Carta presenta una struttura articolata in 6 parti[18]: la I e la II enunciano rispettivamente i diritti, che costituiscono gli obiettivi da raggiungere, e le obbligazioni corrispondenti, che lo Stato si impegna a rispettare al fine di conferire effettività alle situazioni giuridiche.

Tra le condizioni perché gli Stati possano ratificare la Carta è prevista l'accettazione di almeno sei delle nove disposizioni che enunciano diritti costituenti il cd. *nucleo duro* della Carta[19]. Complessivamente gli Stati devono comunque ritenersi vincolati al rispetto di almeno 16 articoli o 63 paragrafi numerati. Esiste, però, un *margine di valutazione* nell'applicazione di diritti che presentano particolare complessità di attuazione in ragione del livello di sviluppo economico del Paese, ciò poiché non è l'imposizione di una politica sociale uniforme a tutti gli Stati aderenti la vocazione della Carta, per l'evidente ragione che le differenti soluzioni politiche interne sono legate anche ai

[16] Sui nuovi articoli inseriti nella Carta v. C. Benelocine, *La charte sociale européenne*, cit., 19-20.

[17] Sullo stato delle ratifiche dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa, v. F. Oliveri, *La Carta sociale europea*, cit. 516-517; è inoltre consultabile il sito http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=163&CM=&DF=&CL=ITA.

[18] La I e II contengono il catalogo di diritti e i corrispondenti obblighi per gli Stati; la III indica gli impegni che gli Stati contraenti devono necessariamente accettare come vincolanti; la IV appresta la disciplina sulle procedure di controllo sull'attuazione dei diritti e rinvia al Protocollo che istituisce il sistema dei reclami collettivi; la V contiene un'importante clausola generale di non discriminazione (art. E), una nuova procedura di emendamento (art. J) e disposizioni relative agli strumenti di attuazione a livello nazionale dei diritti economici e sociali (con leggi, regolamenti, accordi di categoria e ogni altro mezzo appropriato); la VI stabilisce il regime giuridico della Carta riveduta (firma, ratifica, adesione, entrata in vigore ecc.).

[19] Diritto al lavoro (art. 1), libertà sindacale (art. 5), diritto alla negoziazione collettiva (art. 6), protezione dell'infanzia e dell'adolescenza (art. 7), diritto alla sicurezza sociale (art. 12), diritto alla assistenza medica e sociale (art. 13), protezione della famiglia (art. 16), diritti dei lavoratori migranti (art. 19), parità di trattamento tra uomini e donne (art. 16).

diversi livelli di crescita economica degli Stati. Piuttosto, l'obiettivo è quello di enunciare diritti rispetto ai quali sussiste sufficiente flessibilità nella valutazione dei livelli di garanzia che gli Stati possono assicurare (tenuto presente il substrato di sviluppo economico di ciascuno); con ciò ciascun ordinamento la possibilità di evolvere nella crescita delle garanzie da assicurare al sistema di protezione dei diritti previsto dalla Carta al proprio ritmo[20], e, al contempo, viene facilitato il processo di adesione alla stessa.

È evidente che questa restrizione *ratione materiae* indebolisce la portata precettiva della Carta[21], i cui contenuti sono parzialmente vincolanti[22]. A ciò si aggiunge un ulteriore limite *ratione personae*. Infatti, a differenza della Convenzione Edu che si estende *erga omnes*, obbligando gli Stati al rispetto dei diritti di tutte le persone presenti sul loro territorio a prescindere dalla nazionalità di appartenenza e dal luogo di residenza, la Carta sociale riveduta presenta limiti sul piano dell'"universalismo dei titolari"[23]: essa, infatti, (oltre ai cittadini degli Stati parte) si estende soltanto a quegli stranieri che siano cittadini di altre Parti contraenti, ove risiedano legalmente o lavorino regolarmente nel territorio dello Stato interessato.

Sul punto il Comitato è spesso intervenuto rilevando la problematicità degli enunciati normativi della Carta[24] e riconoscendo che alla tutela dei diritti delle persone cui la stessa non si estende è necessario che si provveda direttamente attraverso norme di diritto interno degli Stati oppure attraverso la ratifica di trattati internazionali sui diritti dell'uomo[25] . La "giurispruden-

[20] C. Benelhocine, *La charte sociale européenne*, cit., 25 *passim*.

[21] Come non mancano di sottolineare B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001, 128; F. Oliveri, *La Carta sociale europea*, cit., 520-521; Panzera, *Per i cinquant'anni della Carta sociale europea*, Relazione tenuta al Convegno "*I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema*", Reggio Calabria, 5 novembre 2011, 4, consultabile sul sito www.gruppodipisa.it.

[22]Si veda in proposito la raccomandazione n. 1975/2007 approvata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sullo stato di attuazione dei contenuti della Carta.

[23] Così F. Oliveri, *La Carta sociale europea*, cit., 521, ove viene condotta l'analisi di talune norme della Carta che prevedono l'estensione della tutela *ratione personae* come presupposto di applicazione delle norme *ratione materiae*, talché si assiste ad un incrocio tra i due limiti che compromette l'ambito di applicazione della Carta. Sui limiti strutturali della Carta sociale e le possibili soluzioni volte a rimediarne gli effetti, Akandji-Kombe', *The material impact of the jurisprudence of the european committee of social rights*, in G. De Burca e B. De Witte, *Social rights in Europe*, New York, 2005, 96-97.

[24] All'indirizzo: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestIndex è reperibile il Digesto aggiornato al 2008 della casistica in cui il Comitato ha offerto la propria interpretazione degli articoli della Carta.

[25] Il riferimento è in particolare alla Cedu, contenuto nelle Conclusions 2004. Le Conclusioni del Comitato europeo dei diritti sociali sullo Stato di attuazione delle norme della Carta cui gli Stati contraenti si sono vincolati sono consultabili al sito: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/.

za"[26] del Ceds si è talora spinta a riconoscere, come nella decisione avverso il reclamo[27] *Fédération internazionale des lingues des droits de l'Homme (FIDT) c. Francia*, che il limite previsto dalla Carta per la estensione ai bambini immigrati irregolari dei benefici del sistema di assistenza medica andasse letto alla luce del diritto del quale si chiedeva la rivendicazione, essendo l'assistenza medica legata strettamente al diritto alla vita e alla dignità della persona. Con ciò ha ritenuto perpetrata la violazione dell'art. 17, II, della Carta sociale riveduta[28] ad opera della legislazione francese, poiché limitava ai soli casi gravi l'erogazione di cure mediche per i minori, subordinandole ad un certo periodo di residenza sul territorio nazionale[29].

Altri punti di crisi che indeboliscono la portata giuridica della Carta sono legati al ruolo che nel diritto interno viene ad esserle riconosciuto in ragione della natura internazionale dei vincoli che essa produce e alla necessità di una maggiore esposizione pubblica della fonte[30].

Come da più parti osservato «l'oggettiva prevalenza nel diritto europeo, del diritto comunitario», rendono improcrastinabile la «*positivizzazione comunitaria*»[31] della Carta sociale europea nei Trattati, come avvenuto con la previsione dell'adesione della UE alla Cedu, sancita dal Trattato di Lisbona, onde pervenire ad un assetto normativo di tutela dei diritti multilivello che consentirebbe alle diverse Corti europee (Corte di Strasburgo, Lussemburgo e Comitato europeo dei diritti sociali) di interagire ai fini di una difesa effet-

[26] Così definita da Akandji-Kombe', *The Material Impact of the Jurisprudence of the European Committee of Social Rights*, cit., 96-97; L. Jimena Quesada, *La factibilitad de los derechos sociales en Europa: debite actual y perspectivas*, in *Estudios de Economia Aplicada*, 2009, 743-766, vol. 27-3, 751 *passim*. I reclami collettivi e le decisioni rese dal Comitato sono reperibili al sito: http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/; una raccolta dei reclami aggiornati al 2010 è reperibile all'indirizzo: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/ComplaintSummaries/SummariesIndex_.

[27] N. 14 /2003.

[28] Che disciplina un obbligo di protezione speciale per bambini e adolescenti.

[29] Questa *pronuncia* rientra peraltro, come si vedrà *infra*, tra quelle rispetto alle quali il Consiglio di Stato francese ha acconsentito al controllo di conformità della legislazione interna con la normativa della Carta. Sul punto v. L. Jimena Quesada, *La factibilitad de los derechos sociales en Europa: debite actual y perspectivas*, cit., 762.

[30] V. P. Alston, *Strenghts and Weaknesses of the ESC's Supervisory Sistem*, in G. De Burca e B. De Witte, *Social rights in Europe*, cit., 60-64; F. Oliveri, *La Carta sociale europea*, cit., 512, osserva, in particolare, che il rilancio politico della Carta e la sua tensione verso una maggiore effettività che può registrarsi nella condotta delle corti nazionali, come dei parlamenti e dei governi, si inscrive in un processo di "de-nazionalizzazione" e creazione di "sistemi pubblici compositi e multilivello".

[31] In questi termini, A. Spadaro A., *I diritti sociali di fronte alla crisi*, cit. 16; concorde L. Jimena Quesada, *La factibilitad de los derechos sociales en Europa: debite actual y perspectivas*, cit., 756; G. Guiglia, *Le prospettive della Carta sociale europea*, consultabile in www.forumcostituzionale.it, 2.

tiva dei diritti con risvolti di tutela negli ordinamenti interni[32]. Altrimenti, l'importante "giurisprudenza" elaborata dal Ceds in materia di diritti sociali rischia di avere un'applicazione soltanto indiretta nella maggior parte dei Paesi membri del Consiglio d'Europa (ad eccezione di alcuni, come in Finlandia, ove la Cse è vincolante anche nei rapporti interprivati).

### 3. La "giurisprudenza" del Comitato degli esperti e il suo ruolo nel consolidamento dei diritti sociali

L'analisi dell'operato del Ceds, in qualità di organo di controllo dello stato di attuazione della Carta negli ordinamenti che vi hanno aderito[33], testimonia tutta la difficoltà di fare accettare la Carta ai Paesi contraenti. È infatti in tal senso che devono leggersi i richiami assai insistiti al principio di indivisibilità e interdipendenza dei diritti dell'uomo, con il riconoscimento del ruolo della Cse di completamento della Cedu nella garanzia, a livello europeo, dell'efficacia della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo del 1948. Pur nel rispetto della diversità delle tradizioni degli Stati membri che rappresentano la ricchezza e l'*aquis social européen*, non tangibili né dalla Carta né dalle condizioni della sua applicazione, il Comitato riafferma il valore della Carta e della sua "giurisprudenza" ai fini del consolidamento e della adesione degli Stati ad un sistema di valori comuni di solidarietà, partecipazione e non discriminazione. Nonché la sua efficacia ai fini della estrapolazione di principi volti a garantire che i diritti riconosciuti dalla Carta siano almente effettivi nell'ambito di tutti gli ordinamenti aderenti.[34]

[32] Si pensi solo alla possibilità, in prospettiva, di interpretare *in bonam partem* le tre fonti europee a tutela dei diritti fondamentali (e sociali), Carta Cedu, Carta di Nizza e Carta sociale europea che prevedono tutte, quando possibile, l'applicazione giudiziale della clausola più favorevole (art. 53 Cedu; art. 53 Carta di Nizza; art H Cse); sul punto diffusamente A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi*, cit. 13-16; anche L. Jimena Quesada, *La factibilitad de los derechos sociales en Europa: debite actual y perspectivas*, cit., 755.

[33] Il sistema di controllo si articola in *rapporti annuali*, che periodicamente gli Stati sono tenuti a sottoporre al Ceds per adeguare l'ordinamento interno alle disposizioni della Carta sociale, con legislazione, regolamentazione o convenzioni stipulate tra datori di lavoro e organizzazioni sindacali o con altri mezzi appropriati. Sulla base dei rapporti presentati dagli Stati il Ceds adotta *conclusioni* che vengono pubblicate annualmente**.** Inoltre rende decisioni su *reclami collettivi*, presentati da ONG autorizzate con i quali vengono addotte violazioni della Carta da parte degli Stati. Le decisioni che il Ceds adotta, previo accoglimento del reclamo, vengono trasmesse al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa e tradotte in *raccomandazioni* o *risoluzioni* rivolte allo Stato per adeguare la normativa alla Carta, a livello legislativo o di prassi amministrativa. Per approfondimenti v. R. Brillat, *The Supervisory Machinery of the European Social Charter: Recent Developments and their Impact*, in G. De Burca e B. De Witte, *Social rights in Europe*, cit., 31-43; Alston P., *Strenghts and Weaknesses of the ESC's Supervisory Sistem*, in G. De Burca e B. De Witte, *Social rights in Europe*, cit., 46-66.

[34] Cfr. *Conclusions* 2006.

Il Ceds avvalora l'importanza del suo operato anche ai fini della definizione dei contenuti normativi e della portata delle disposizioni della Carta. Infatti, in relazione al concetto di *flessibilità* nell'adeguamento progressivo delle legislazioni e prassi nazionali alle disposizioni della Carta (nella specie rispetto a quelle che presentano un contenuto più programmatico) secondo il grado di sviluppo socio–economico di ciascun Paese, specifica come esso non vada inteso come ineffettività dei diritti accettati dagli Stati.

Sin dalle prime pronunce rese nel 1998-1999[35] il Ceds ha, infatti, puntualizzato il principio di "effettualità"; la Carta si impone agli Stati con obbligazioni al fine di assicurare l'esercizio effettivo dei diritti enunciati, in qualità di strumento vivo di protezione dei diritti umani e con l'obiettivo di assicurare i diritti in concreto. L'applicazione satisfattiva di un diritto non può, peraltro, considerarsi raggiunta per il solo effetto dell'intervento del legislatore ove manchi poi un controllo rigoroso di come il diritto venga applicato e fatto valere in giudizio[36].

Pertanto il Comitato, nel ruolo che sin dal principio si è riconosciuto, come migliore istanza di difesa a livello europeo dei diritti economici e sociali, ha prodotto costantemente una elaborazione "giurisprudenziale" dei contenuti della Carta, insistendo sulla nozione di obbligazione a carico degli Stati aderenti, affinché l'applicazione dei diritti sociali fosse perseguita con la definizione di obbligazioni di risultato e non soltanto di mezzi. Ciò può notarsi nelle pronunce più recenti, come *Fédération européenne des Associations nationales travaillant c. Slovenie*[37], in cui ha stilato un elenco di obblighi cui gli Stati devono sottendere «*pour que la situation puisse être jugée confort eau Traité*».

Con riferimento a taluni importanti diritti il Comitato riconosce agli Stati un "margine d'apprezzamento", volto a determinarne tempi e modalità di attuazione, in ragione delle concrete possibilità in cui essi versano. Ciò perché in tal modo si consente di realizzare un processo di convergenza plurale e aperto verso il modello sociale europeo, a cui i diversi Stati partecipano secondo il ritmo che gli è proprio[38]. Non di meno diverse pronunce, soprattutto più recenti, pongono un limite a tale apertura sancendo il principio per cui i diritti non possono essere completamente svuotati di contenuto per via del riman-

[35] Si tratta delle decisioni rese a seguito di reclamo presentato dai sindacati francesi n. 2/1999, *Fédération européenne du personnel des services publics (EUROFEDOP)* e n. 6/1999, *Syndicat national des professions du tourism c. Francia*, nonché della decisione su reclamo n. 1/1998 *Commission International des Juristes c. Portugal*.

[36] V. Reclamo n. 1/1998, *Commission internationale de Juristes (CIJ) c. Portugal*.

[37] Reclamo n. 53/2008.

[38] V. reclamo n. 31/2005 *Centre européen des Drioits des Roms (ERRC) c. Bulgarie* e n. 30/2005 *Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme (FMDH) c. Gréce*; sul punto, cfr. F. Olivieri, *La Carta sociale europea*, cit., 534; C. Benelhocine, *La charte sociale européenne*, cit., 25 s.

do a tempo indefinito della loro applicazione in concreto[39]. Il Ceds si spinge a verificare i risultati ottenuti dagli Stati nell'adeguamento sia delle prassi che della legislazione attraverso la definizione di una serie di obblighi incombenti sugli stessi ai fini della valutazione di conformità delle normative interne alla Carta.

Come precisato nella decisione avverso il reclamo[40] *Mouvement international ATD quarte Monde c. France*, l'obbligazione che incombe sugli Stati parte non è soltanto quella "*de prendre des inititives juridiques*" ma anche di reperire risorse e attivare procedure necessarie a consentire il pieno esercizio di quei diritti; la cui effettività richiede anche la previsione di termini di attuazione. Con ciò gli Stati sono oberati dell'obbligo di fissare scadenze ragionevoli per la definizione delle risorse che possono e devono essere reperite in vista dell'attuazione dei diritti cui hanno aderito, non potendosi ammettere una dilazione all'infinito nel raggiungimento degli obiettivi fissati dalla Carta[41].

Il Comitato si avvale, dunque, certamente del criterio della ragionevolezza per valutare l'impegno degli Stati nell'apprestare a livello sia legislativo che di prassi amministrativa le misure necessarie a garantire un'effettiva protezione dei diritti[42] ma non manca di sottolineare la necessità che gli Stati si facciano carico delle situazioni particolarmente urgenti, soprattutto rispetto a gruppi sociali maggiormente vulnerabili, per garantire efficacia ai diritti riconosciuti nelle disposizioni della Carta[43]

Le decisioni più recenti del Ceds portano sicuramente il segno di un crescente dinamismo della sua "giurisprudenza" e il testo della Cse diviene oggetto di continua interpretazione in ragione dell'evoluzione del contesto sociale europeo; con l'effetto di definire anche la portata dei singoli diritti e la soglia al di sotto della quale si può parlare di violazione (ad es. in ordine alla definizione del diritto all'abitazione, ai sensi dell'art. 31 della Carta e al concetto di "abitazione di livello sufficiente")[44].

[39] V. reclami n. 53/2008 *Federation européenne des Associations nationales travaillant c. Slovenie*; n. 6/1999 *Syndicat national des professions du tourism c. Francia*; n. 41/2007 *Centre de Défense dei Droits des Personnes Handicapées Mentales (MDAC) c. Bulgarie*; n. 13/2002 *Association internationale Autisme-Europe (AIAE) c. Francia*).

[40] N. 33/2006,

[41] Si vedano ancora il reclami sopra citati n. 6/1999 e n. 13/2002 contro la Francia.

[42] *Idem*.

[43] Vedi reclamo n. 13/2002 contro la Francia, sopra citato.

[44] V. reclamo n. 27 /2004 *Centre européen des Droits des Roms (ERRC) c. Italie*; n. 33/2006 *Mouvement international ATD quarte Monde c. France*; n. 39/2006 *Federation européenne des Associations nationales travaillant c France*; n. 58/2009 *Centre of Housing Rights and Evinctions (CHORE) c. Italie*; in argomento, G. Guglia, *Il diritto all'abitazione nella carta sociale europea: a proposito di una recente condanna dell'italia da parte del comitato europeo dei diritti sociali*, consultabile in *Aic rivista telematica on line*, n. 3/2011.

### 3.1. *Segue*: alcuni casi di reclami per violazione dei diritti dei Rom

A partire dal 2003 il Comitato ha iniziato ad emettere pronunce avverso reclami sulla violazione dei diritti delle popolazioni Rom e nomadi in relazione ai diritti sanciti dalla Carta[45].

Queste decisioni illustrano un percorso di progressivo ampliamento delle tecniche interpretative adottate dal Ceds al fine di esercitare un potere di incisione sempre maggiore sulle legislazioni e prassi nazionali; come si evince dal laborioso lavoro di correzione e intervento sugli enunciati normativi della Carta, dall'ampliamento della portata dei diritti riconosciuti alla luce del mutato contesto economico-sociale di riferimento, dall'analisi condotta sugli assetti normativi degli Stati precedenti e successivi all'assunzione di decisioni nel merito di reclami presentati dalle ONG autorizzate, dalla pratica della reiterazione di conclusioni di non conformità alla Carta laddove riscontrate[46].

L'analisi condotta in particolare sulla "giurisprudenza" del Ceds relativa a determinate categorie di persone evidenzia che il Comitato tende ad avvalersi, ai fini del giudizio di conformità ai principi e diritti della Carta degli assetti ordinamentali dei Paesi europei, del criterio del "*façon appropriée*" volto a garantire una reale ed efficace eguaglianza delle persone nell'accesso ai diritti e alle tutele per essi previste. Talché nella interpretazione fornita dal Comitato, l'art. E, parte V, della Carta, vieta non soltanto le discriminazioni dirette bensì, nella valutazione del trattamento inappropriato di certe situazioni, individua anche le "cd. discriminazioni indirette"[47].

Nel reclamo presentato dal *Centre européen des Droits des Roms (ERRC)* contro la Grecia[48] veniva denunciata la violazione dell'art. 16 della Carta per via di un provvedimento amministrativo che non garantiva alloggi sufficienti e decenti, sul piano delle infrastrutture e servizi sanitari, per parte della popolazione Rom appartenente al gruppo degli Athinganoi; con l'effetto di ingenerare discriminazioni e forme di razzismo a danno dei suddetti gruppi in relazione ad altri gruppi nomadi. Il reclamo denunciava, infatti, il provvedimento autoritativo ove stabiliva «*Les terrains de campement aménagé réservés aux nomades itinénants* […] *doivent être situés l'écart des quartiers d'habitation et à bonne distance des zones couveretes par le plan d'urbanisme ou des dernieres maisons limitrophes*».

[45] Si tratta dei reclami n. 15/2003 contro la Grecia; n. 27/2004 contro l'Italia; nn. 31/2005-46/2007- 48/2008 contro la Bulgaria; n. 51/2008 contro la Francia; n. 61/2010 contro il Portogallo, nonché nn. 33/2006 e 39/2006 contro la Francia che vertono ugualmente sui diritti dei Rom pur non essendo l'obiettivo principale dei reclami.

[46] Per un'analisi recente, C. Benelhocine, *La charte sociale européenne*, cit., 70 ss.

[47] V. decisione avverso reclamo n. 13/2002 contro la Francia, sopra citato; in argomento F. Oliveri, *La Carta sociale europea* cit. 524-525; G. Guiglia, *Le prospettive della Carta sociale europea*, cit., 7.

[48] N. 15/2003.

Con tale decisione il Comitato si spinge ad una interpretazione del diritto riconosciuto dall'art. 16 più estensiva rispetto alla portata dell'enunciato normativo, specificando il contenuto della disposizione a «*logements adaptée aux besoins des familles*». Incombe sugli Stati l'obbligo di garantire «alloggi decenti e dotati di comodità essenziali [...] intendendosi per alloggio decente non soltanto una dimora salubre e dotata delle forniture essenziali, ma che risulti di dimensione sufficiente in relazione al nucleo familiare che lo occupa».

Il Ceds nella decisione resa ha rilevato la violazione del principio di non discriminazione che, ai sensi dell'art. E della Carta, è sotteso a tutte le disposizioni in essa contenute. Invero alle stesse conclusioni il Comitato era già pervenuto in una precedente decisione[49] in cui precisava la necessità di una particolare attenzione degli Stati nell'adozione di scelte di politiche incidenti su gruppi particolarmente vulnerabili, laddove le carenze istituzionali risulterebbero avere una portata ancor maggiore in ragione delle peculiari condizioni di quei contesti familiari. Infatti le popolazioni Rom, poiché appartengono ad una minoranza etnica culturale e religiosa, devono godere della stessa posizione delle altre persone ma è necessaria una maggiore sorveglianza da parte delle autorità governative, al fine di evitare che le stesse siano vittime di comportamenti discriminatori. Nel caso del reclamo presentato dal *Centre européen des Droits des Roms* avverso lo Stato greco il Comitato ha riscontrato la violazione dell'art. 16 della Carta, poiché ha rilevato che, se per un verso, "gli accampamenti selvaggi" non possono essere la regola, per altro verso, le espulsioni devono essere adottate sulla base di motivi reali e nel rispetto di regole preposte a garanzia dei diritti delle persone coinvolte, mentre le autorità di governo greche vi hanno provveduto in forma massiva senza rispettare alcuna procedura a tutela delle situazioni giuridiche riconosciute dall'art. 16.

Il seguito della decisione è stata l'adozione da parte del Comitato dei Ministri di una risoluzione adottata nel giugno 2005 (*Résolution ResCh (2005)11*). I provvedimenti legislativi che il governo greco ha adottato per conformarsi alle prescrizioni dell'art. 16 della Carta sono stati valutati dal Comitato, nelle *Conclusions XVIII-1 (tome I)*, insufficienti a garantire l'adeguatezza degli alloggi, come definita nella sua portata dalla decisione resa. Ciò poiché un numero ancora considerevole di Rom risultano costretti in accampamenti non sufficientemente equipaggiati e subiscono provvedimenti di espulsione non seguiti da corrispondenti misure volte a garantire alternative adeguate.

Alle stesse conclusioni è pervenuto il Comitato nella decisione contro il Governo italiano denunciato dal *Centre on Housing Rights and Evinctions*

[49] Resa avverso il reclamo contro la Francia n. 13/2002, sopra citato.

*(CHORE)*[50], per le misure adottate con i provvedimenti cd. di Emergenza Rom o Emergenza nomadi nell'ambito dei "Patti di sicurezza", ritenuti gravemente lesivi della condizione giuridica e sociale delle comunità interessate. Nello specifico caso le operazioni di sgombero degli accampamenti Rom e Sinti sono state giudicate lesive del combinato disposto degli artt. E e 31, prg. 2 della Carta.

Nella decisione resa viene denunciata una reiterata situazione di discriminazione perpetrata dal governo italiano a danno delle popolazioni Rom e Sinti presenti sul territorio che involge la violazione di una pluralità di diritti garantiti dalla Carta (art. 31, 30,16,19) nonché, più in generale, una lesione dei valori essenziali della dignità dell'uomo e del principio di non discriminazione di intensità tale da ritenere necessaria la sottoposizione della questione all'attenzione di tutti i Paesi membri del Consiglio d'Europa (prg. 78-79)[51]. In seguito alla pronuncia il Consiglio dei Ministri ha adottato la *Resolution CM/ResChS(2010)8*.

## 4. I limiti di giustiziabilità della Carta

La giustiziabilità della Carta, in quanto strumento internazionale di tutela dei diritti, è soltanto indiretta davanti alle Corti nazionali e ciascun ordinamento definisce il livello da assegnarle nell'ambito del sistema delle fonti[52].

Perciò non meraviglia osservare che finora le Corti interne hanno mostrato molta resistenza a recepire le norme della Carta, pur dovendosi registrare una certa tendenza evolutiva che sembrerebbe tesa a rimuoverne il pregiudizio di ineffettività (anche in mancanza di giustiziabilità)[53].

Pertanto le tecniche principali con le quali le norme della Carta sociale europea e le decisioni del Ceds vengono fatte valere in giudizio sono il richiamo ad *abundantiam*, in cui il riferimento è soltanto integrativo poiché gode di agganci già nel diritto interno o in altri obblighi internazionali, oppure l'interpretazione conforme costituzionalmente adeguata (sinora poco prati-

[50] Reclamo n. 58/2009

[51] Peraltro la pronuncia segue una precedente decisione del Ceds, resa su reclamo n. 27/2004 *Centre européen des Droits des Roms (ERRC) c. Italie*, in cui veniva denunciata la violazione del diritto ad una condizione abitativa dignitosa dei Rom in Italia; decisione, questa, del tutto disattesa, come si evince dalle Conclusioni rese dal Comitato a seguito dell'esame dei rapporti presentati dal governo italiano. Per un commento dettagliato v. P. Scarlatti, *Tutela dei diritti fondamentali e principio di non discriminazione in una recente decisione del Comitato europeo dei diritti sociali*, consultabile in *Aic rivista telematica on line*, n. 1/2011.

[52] P. Alston, *Strenghts and Weaknesses of the ESC's Supervisory Sistem,* 60; O. De Schutter, *L'adhésion de l'Union européen a la Charte Sociale européènne révisée*, in *EUI Working paper law*, n. 11/ 2004.

[53] Come risulta nella ricostruzione di G. Gori, *Domestic Enforcement of the European Social Charter: The Way Forward*, in G. De Burca e B. De Witte, *Social rights in Europe*, New York, 2005, 70-88, spec. 76.

cata)[54]. Le Conclusioni che il Comitato adotta a seguito della presentazione dei rapporti degli Stati membri sul livello di attuazione delle disposizioni della Carta così come le decisioni rese dietro reclamo, sono, infatti, pubbliche e potrebbero essere invocate davanti ad una giurisdizione nazionale[55]. Non manca chi sostiene la possibilità che i giudici possano procedere ad una "giustiziabilità normativa" della Carta, "consistente nella possibilità di rivolgersi all'istanza competente per ottenere un'interpretazione conforme della legislazione interna (successiva) alle sue norme"[56]. Gli Stati contraenti sono obbligati al rispetto dei diritti previsti nella Carta e ad assicurare la loro effettività attraverso l'adozione di misure che ne facilitino l'esercizio da parte degli individui. Perciò per "giustiziabilità normativa" s'intende la possibilità per le Corti nazionali, in primo luogo, di invocare la Carta al fine di promuovere la coerenza dell'ordinamento con essa, nonché tra obiettivi della Carta e mezzi apprestati per realizzarli; secondariamente, di applicare le disposizioni in conformità al modo in cui esse risultano interpretate dal Ceds[57].

Malgrado i limiti giuridici constatati non può tacersi che le Conclusioni sulla non conformità degli ordinamenti alle norme accettate della Carta e le constatazioni di violazioni che il Ceds rende a seguito di reclamo generalmente inducono ad una modifica della normativa interna; in taluni casi ancor prima che il Comitato adotti una decisione. Come si è verificato nell'ordinamento portoghese che, per effetto del reclamo presentato da *Conseil Européen des syndicats de Police*[58], ha adottato una legislazione in favore dei sindacati di polizia volta a conformare la normativa alle prescrizioni della Carta. Anche la Francia, assai conservatrice, nel caso del reclamo *Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH)*[59] ha adottato misure di adeguamento alle disposizioni della Carta, prima che la violazione riscontrata si traducesse in raccomandazione del Comitato dei Ministri. Ciò dimostra, sul piano della prassi, una certa "forza persuasiva" dei pur *soft* strumenti di controllo della Carta sociale, che innesca meccanismi di virtuosa emulazione tra gli Stati europei nell'adeguamento dei propri

[54] A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi*, cit., 16; ma per una interessante ricostruzione dell'interpretazione conforme in riferimento alla Carta sociale, ove con legge sia intervenuto l'ordine di esecuzione del Trattato internazionale, v. G. Guiglia, *Le prospettive della Carta sociale europea*, cit. 13 ss.

[55] Cfr. C. Benelhocine, *La charte sociale européenne*, cit., 28.

[56] In questi termini G. Guiglia, *Le prospettive della Carta sociale europea*, cit., 14-15 s.

[57] Cfr. G. Gori, *Domestic Enforcement of the European Social Charter: The Way Forward*, cit., 84-87 et *ivi* riferimenti bibliografici ulteriori. L'autrice osserva però con rammarico che sono pochi i sistemi nazionali che prevedano la possibilità di esercitare un'azione dinanzi ad una Corte costituzionale per far valere l'inadempienza del legislatore.

[58] N. 11/2001.

[59] N. 14/2003.

ordinamenti alle prescrizioni a tutela dei diritti sociali. È evidente che il rafforzamento di questi strumenti di pressione dipenderà dalla esposizione pubblica di cui godranno nello spazio europeo e, quindi, dalle scelte politiche degli Stati[60].

## 5. Tutela ed effettività dei diritti sociali: l'indirizzo culturale nella prassi delle Corti europee

La difficile giustiziabilità che connota molte situazioni giuridiche riconducibili all'ampia categoria dei diritti sociali[61], in particolare i diritti a prestazione, anche laddove la loro garanzia sia assicurata dalla normativa nazionale, ha da sempre indotto parte della dottrina a ritenerli privi del carattere della "fondamentalità". Specie nelle prospettazioni più risalenti, essi costituirebbero fini assegnati allo Stato da articolare per via dell'esercizio della potestà legislativa[62]. La tesi che, invece, si intende condividere è quella che distingue il profilo della effettività e giustiziabilità dei diritti sociali da quello della fondamentalità degli stessi[63] e riconosce i diritti sociali fondamentali quali parti integranti dei principi dello Stato di diritto. La dignità umana, fondamento di tutti i diritti fondamentali, viene lesa dalla violazione dei diritti sociali al pari di come può esserlo attraverso la negazione dei diritti civili e politici liberali classici; non è pensabile sul piano assiologico una subordinazione degli uni agli altri, poiché i diritti sociali costituiscono il presupposto materiale di esercizio delle libertà civili e politiche, condizioni di sviluppo della persona umana

[60] L. Jimena Quesada, *Sistema europeo de derechos fundamentales*, Madrid, 2006, X; F. Oliveri, *La Carta sociale europea*, cit., 525, 532 *passim*.

[61] Nel cui ambito sono riconducibili situazioni giuridiche che vanno dai diritti a prestazione, fondati sul principio di eguaglianza sostanziale, ai diritti di libertà e partecipazione, fondati sui principi di eguaglianza formale e pluralismo; per una ricostruzione A. Giorgis, *Diritti sociali*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. III, Milano, 2006, 1905; sul superamento della dicotomia tra diritti individuali di libertà e diritti sociali, nel quadro di una ricerca di un modello sociale europeo, da ultimo A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi*, cit.; C. Pinelli, *Il discorso sui diritti sociali*, Relazione tenuta al Convegno su *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Università degli Studi di Perugia, 25-2 marzo 2011; L. Jimena Quesada, *La factibilitad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas*, cit., 746.

[62] Nella vasta letteratura si veda almeno F. A. von Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, London 1973-1979, trad. it. *Legge, legislazione e libertà*, Milano 1986, 167; E.W. Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris, 2000, 141; L. Mengoni, *I diritti sociali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, 1 s.

[63] M. Luciani, *Sui diritti* sociali, cit , 79 s.; C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, cit.; L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001; E. Carpano, *État de droit et droits européens*, cit., 434 s.

e valori prioritari di un ordinamento democratico e sociale[64]. Al pari dei diritti civili e politici i diritti sociali sono diritti fondamentali che negli ordinamenti costituzionali contemporanei costituiscono fondamento di legittimazione del potere pubblico. Non a caso la configurazione di una dimensione costituzionale europea ha aperto e acceso nell'ultimo decennio il dibattito sui diritti sociali, in quanto ogni ciclo del costituzionalismo ripropone la questione della giustizia sociale[65]. Nondimeno in ambito comunitario, ove il processo di emersione di tali diritti è stato graduale e fortemente condizionato nel suo sviluppo dai principi del liberalismo economico di tradizione statunitense[66], il carattere della non giustiziabilità dei diritti sociali è stato in questi termini rimarcato dalla Commissione, nella causa *Botta contre Italie* (Com EDH 15 ottobre 1996): la protezione di diritti a "carattere sociale" richiede meccanismi in più di protezione, talché le obbligazioni che in questo ambito gli Stati assumono sono condizionate da un insieme di fattori di natura precipuamente finanziaria che lasciano un "*large marge d'appréciazion*" alle autorità nazionali in ordine alle modalità di adempimento delle stesse. Poiché la tutela dei diritti sociali presuppone sovente un intervento positivo da parte dello Stato, sono conseguentemente rare sono le ipotesi in cui essi siano applicabili direttamente dal giudice, non potendo gli stessi conferire un contenuto concreto e preciso ad un diritto invocato in giudizio. Non può tuttavia tacersi che l'obbligazione d'intervento positivo dello Stato a garanzia di un diritto non è caratteristica propria ed esclusiva dei diritti sociali, e non è su di essa che può fondarsi la differenza tra le situazioni giuridiche. Come peraltro già a suo tempo specificato dalla Corte di Strasburgo, le obbligazioni positive sono "*inhérentes*" ai diritti garantiti dalla Cedu e i pubblici poteri degli Stati sono tenuti a reperire le necessarie risorse finanziarie a tutela di quei diritti sebbene in ragione delle loro rispettive passività[67].

[64] In questi termini B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, cit., 128.

[65] Per un'ampia ricostruzione della tematica A. D'Aloia, *Storie «costituzionali» dei diritti sociali*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, II, Napoli, 2008, 689 ss.

[66] La letteratura sull'argomento, sia giuslavorista che costituzionalista è ormai copiosa; da ultimo, anche per riferimenti bibliografici, si veda D. Tega, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, cit.

[67] Corte europea dei diritti, 26 marzo 1985, *X et Y c. Pais-Bas*; 9 dicembre 1995 *Lopez Ostra c. Espagne*; C. F. Sudre, *Les obligations positives dans la jurisprudence européenne del droits de l'homme,* in *RTDH*, 1995, 33; Per una critica recente all'idea che soltanto i diritti sociali comportino obbligazioni a prestazioni positive da parte dello Stato, P. Alston, in *European Working Papers*, n. 07/2010; sulla discussione nella dottrina nordamericana, S. Holmes, C. Sustein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse* (1999), trad. it., Bologna, 2000.

Come osservato già nelle premesse di questo studio, il livello di tutela dei diritti sociali in ambito europeo è ancora embrionale[68], nonostante la ricchezza degli enunciati normativi presenti nelle Carte dei diritti e un apparato giurisdizionale potenzialmente efficace[69].

La ricerca di un percorso evolutivo nella direzione della effettività dei diritti sociali in ambito europeo sembrerebbe essere affidata alle potenzialità costruttive delle sue Corti e alla sinergia dei loro interventi.

Tralasciando in questa sede l'analisi delle modalità di dialogo e interazione tra la Corte di Strasburgo e la Corte di Lussemburgo, lo studio è diretto a verificare se ci sono sufficienti indizi per sostenere che la Giurisprudenza del Consiglio d'Europa sia orientata a creare le condizioni perché il Comitato di esperti eserciti in forma più incisiva i suoi interventi sugli Stati onde garantire una maggiore effettività ai diritti sociali in ambito europeo.

### 5.1. *Segue*: alcune ipotesi di sinergia tra le Carte del Consiglio d'Europa e le rispettive "giurisprudenze"

Come è noto la CEDU non riconosce espressamente tra le situazioni giuridiche tutelate i diritti sociali, né enuncia principi sociali nell'ambito dei diritti e libertà che essa garantisce. Tuttavia sin dal 1979, con la sentenza, *Airey c. Irlande*, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto che non sussiste alcuna soluzione di continuità tra la sfera dei diritti economici e sociali e quelli che rientrano nell'espressa copertura della CEDU, poiché se la Convenzione «*énonce pour l'essentiel des droits civils e politiques nombre d'entre eux ont del prolongements d'ordre économique e social*» [70]. I diritti sociali, infatti, a giudizio della Corte, hanno una vocazione ad essere protetti come diritti non teorici ma concreti ed effettivi, in virtù della loro stretta inerenza alla tutela della dignità umana[71].

[68] Mentre il sistema giurisdizionale predisposto per la tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla Cedu ha dato prova, nel tempo, di garantire quei diritti ad un buon livello negli ordinamenti interni, il sistema di protezione dei diritti enunciati dalla Carta sociale europea soffre di un grave deficit di giurisdizionalizzazione che conferma il "*déficit juridiche*" di cui soffrono i diritti in essa riconosciuti, v. E. Carpano, *État de droit et droits européens*, cit., 439.

[69] Sugli intrecci ordinamentali e il sistema di tutela multilivello dei diritti, per tutti v., da ultimo, A. Ruggeri, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, consultabile sul sito www.giurcost.it; Id. *Prospettiva prescrittiva e prospettiva descrittiva nello studio dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu (oscillazioni e aporie di una costruzione giurisprudenziale e modi del suo possibile rifacimento, al servizio dei diritti fondamentali)*, consultabile sul sito *Aic rivista telematica on line*, n. 3/2012; D. Tega, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, cit.

[70] La Corte ha affermato il principio di indivisibilità dei diritti umani, prima ancora che venisse enunciato nelle Carte internazionali: Dichiarazione di Vienna sui diritti umani , del 1993; Preambolo della Carta di Nizza, del 2000; Preambolo del Protocollo opzionale al PIDESC del 2008. V. *infra.*

[71] Si rinvia, per un'analisi di casi recenti di tutela dei diritti sociali da parte della Corte

La Corte di Strasburgo non si è sottratta ad una lettura socialmente orientata delle disposizioni CEDU, richiamando il principio di autonomia alla luce del quale i diritti e le libertà riconosciute devono essere interpretati. Con ciò le situazioni giuridiche vanno intese nel contesto del sistema di tutela dei diritti come configurato dalla CEDU, nell'obiettivo di elaborare un diritto comune che risponda all'esigenza di una protezione effettiva dei diritti e si discosti dalle qualificazioni che di essi vengono dati nei diversi ordinamenti degli Stati membri[72].

La protezione dei diritti sociali fondamentali può essere l'effetto di una interpretazione estensiva dei diritti civili sanciti dalla CEDU[73]. Infatti la Convenzione, secondo la giurisprudenza della sua Corte, è strumento vivente che deve essere interpretato alla luce delle contemporanee condizioni di vita; l'apertura verso i diritti sociali è avvenuta sia (direttamente) attraverso un'interpretazione ampia della nozione di bene, tutelato dall'art. 1 del Protocollo 1 della CEDU[74], sia (indirettamente) come diritti di natura civile la cui violazione permette l'accesso alle garanzie del giusto processo, di cui all'art. 6 della CEDU.

Nel caso della sentenza *Obermeier c. Austria*[75], le garanzie del giusto processo sono state ritenute applicabili alla "*matière sociale*" in quanto il licenziamento di un lavoratore involgeva un diritto di "*caractère civil*". Altre volte la tutela di diritti a prestazioni sociali è venuta in rilievo in conseguenza di una rivendicazione di carattere patrimoniale[76] e, talvolta, la Corte si è spinta nella difesa di situazioni giuridiche di natura sociale pur senza avere alcun gancio con diritti espressamente tutelati dalla Convenzione[77]. Come nel caso *James et*

Edu, a A. Guazzarotti, *Giurisprudenza Cedu e Giurisprudenza costituzionale italiana sui diritti sociali a confronto*.

[72] V. Colcelli, *I diritti sociali nel sistema C.e.d.u. prove di dialogo con l'ordinamento U.E. e diretta applicabilitá nei rapporti individuali*, in *La protezione dei soggetti deboli. Profili di integrazione e ricerca tra America latina ed Europa*, a cura di A. Sassi, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici "Gioacchino Scaduto" - Spin-off della Università degli Studi di Perugia, 214.

[73] E. Carpano, *État de droit et droits européens*, cit., 438-440.

[74] Di recente, con la sentenza 18 febbraio 2009, *Andrejeva c. Letonia*, La Corte di Strasburgo ha riconosciuto un diritto a prestazione come conseguenza del diritto di proprietà, ex art 1 del Protocollo addizionale alla Cedu, letto in combinato disposto con l'art. 14 Cedu, ad una cittadina Lettone che richiedeva il riscatto pensionistico per gli anni di lavoro esercitati quando la Lettonia apparteneva all'Unione sovietica; sul tema del rapporto tra diritto di proprietà e tutela dei diritti sociali, come elaborato dalla giurisprudenza della Corte Edu, v. sentenza 19 giugno 2008, *Ichtigiaroglou c. Grecia*.

[75] Del 28 giugno 1990, n. 179.

[76] Sentenze *Feldbrugge c. Paesi Bassi e Deumeland c. Germany*, entrambe del 1986.

[77] Per G. Romeo, *Civil rights v. social rights nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: c'è un giudice a Strasburgo per i diritti sociali?* in www.europeanrights.eu/public/commenti, le pronunce della Corte di Strasburgo relative alle aspettative di carat-

*autres c. Royaume Uni*[78], ove afferma che eliminare ciò che rappresenta una situazione di ingiustizia sociale rientra tra i compiti di un legislatore democratico, «accettando così che esigenze di giustizia sociale possano costituire una base legittima di limitazione di taluni diritti fondamentali protetti dalla Convenzione».

Perlopiù in forza del richiamo dell'art. 14 sul divieto di discriminazione, in combinato disposto con l'art. 1 del Protocollo n. 1, alcuni diritti sociali sono confluiti nella giurisprudenza della Corte, come già nel noto caso *Gaygusuz v. Autria*[79], ove un diritto di "natura patrimoniale" viene considerato, in forza di una interpretazione estensiva del disposto del Protocollo n. 1, prestazione di natura sociale (*une allocation d'urgence*). Una interpretazione così estesa del diritto patrimoniale, riconducibile alla previsione di cui all'art. 1 del Prot. 1, laddove la situazione giuridica rappresenta un diritto maturato nella legislazione nazionale che può essere ricompreso nel "*diritto al godimento dei propri beni*", soprattutto se letta in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, è suscettibile di veicolare diverse ipotesi di tutela dei diritti sociali da parte della Corte Edu.

Cionondimeno va constatato che la sensibilità sociale è ancora acerba perché, in assenza di disposizioni a specifica tutela delle situazioni giuridiche, la protezione può passare soltanto attraverso una giurisprudenza creativa della Corte[80].

Il rapporto di sinergia ermeneutica tra le due Corti del Consiglio d'Europa può cogliersi meglio laddove talune fattispecie di diritti sociali sono riconosciute da entrambe le Carte dei diritti o nei protocolli addizionali[81].

tere sociale non possono prescindere da una valutazione sulla assimilabilità tra tali posizioni giuridiche e quelle protette dal parametro invocato in giudizio, per cui non può dedursi il radicamento di una competenza in tale materia da parte della Corte.

[78] Sentenza del 21 febbraio 1986, n. 28.

[79] Sentenza 16 settembre 1996

[80] Nè può trascurarsi il rilievo che l'attivismo delle Corti non risolve il paradosso legato ad una massima positivizzazione dei diritti sociali cui poi non corrisponda un'adeguata protezione giudiziale. Compito, questo, delle istituzioni internazionali e, nel caso di specie, del Consiglio d'Europa, cui è richiesto di agire politicamente e dotare i diritti di prestazione di adeguati sistemi di protezione, in attuazione del tanto conclamato principio di indivisibilità e interdipendenza di tutti i diritti umani. M. Luciani, *Costituzione, integrazione europea, globalizzazione*, in *Questione giustizia*, 2008, 78; per analoghi rilievi condotti con particolare attenzione al sistema comunitario, cfr. P. Costanzo, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'unione europea*, Relazione alle *Primeras Jornadas Internacionales de Justicia Constitucional (Brasil-Espana-Italia),* Belém do Parà (Brasil), 25 e 26 de agosto – Verano 2008, consultabile in http://www.giurcost.org/studi/CostanzoBelem.htm; M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea* in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007, 14 s.; per un'analisi critica della prospettiva di tutela dei diritti sociali affidata al dialogo tra Corti costituzionali nazionali e Corte di giustizia, M. Raveraira, *L'ordinamento dell'Unione europea, le identità costituzionali nazionali e i diritti fondamentali. Quale tutela dei diritti sociali dopo il Trattato di Lisbona?*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, n. 2/2011, 325 s., spec. 347 s.

[81] Evidenzia il rapporto di *genus* a *species* tra le disposizioni della Cedu e quelle della Carta, C. Panzera, *Per i cinquant'anni della Carta sociale europea*, cit. 7.

È il caso dell'art. 4 prg. 2 della CEDU che tutela contro forme di lavoro forzato od obbligatorio, mentre l'art. 1 della Carta sociale impegna gli Stati a tutelare il diritto del lavoratore a svolgere un lavoro liberamente scelto[82]. L'art. 11 della Cedu riconosce la libertà di riunione ed associazione come quella di fondare sindacati o di affiliarsi ad altri già esistenti ai fini della difesa dei diritti sindacali; così come l'art. 5 della Carta sociale tutela i diritti dei lavoratori ad organizzarsi per la difesa dei loro interessi economici e sociali[83]. Il diritto alla salute, previsto dagli artt. 11 e 13 della Carta sociale, in relazione ai diritti alla vita e all'integrità fisica, riconosciuti dagli artt. 2 e 3 della CEDU[84]. Nel Protocollo addizionale alla CEDU (entrato in vigore nel 1954) è contemplato il diritto all'istruzione, del pari enunciato in forma più estesa in diverse parti della CSE. Il Protocollo addizionale alla CEDU, n. 12, entrato in vigore nel 2005, estende i diritti alla non discriminazione garantiti dall'art. 14 della CEDU. La disposizione del Protocollo è molto più ampia rispetto alla dizione dell'art. 14, allorché quest'ultimo può essere invocato soltanto in combinato disposto con altra disposizione della CEDU, mentre la tutela antidiscriminatoria prevista dal Protocollo può essere liberamente applicata a qualunque diritto riconosciuto all'interno dello Stato ratificante. Del pari, il principio di non discriminazione riconosciuto dall'art. E della CSE ha una portata che si estende a tutti i diritti in essa enunciati. Questo parallelismo tra enunciati normativi lascia cogliere la possibilità che, laddove la Corte di Strasburgo intervenga in materia di diritti contemplati anche dalla Carta sociale, garantirà l'effettività di quei diritti e al contempo rafforzerà l'efficacia degli strumenti giuridici di controllo di cui essa è dotata[85].

Richiami, sebbene non frequenti, alla Carta sociale europea sono avvenuti anche da parte della Corte di giustizia[86]; mentre uno spiraglio per intravedere una possibilità di maggiore effettività della Carta sociale è rappresentato dalla Carta europea dei diritti fondamentali, che la richiama nel Preambolo.

[82] Può rilevarsi il diverso tenore letterale delle due disposizioni, laddove quelle dalla Carta contengono una formulazione più flessibile nella dizione "*Les Parties s'engagent a*", rispetto al tono della prescrizione della CEDU; ciò nonostante che il diritto al lavoro rientri tra quelle disposizioni della Carta sociale che ne costituiscono il cd. nucleo duro.

[83] Giova evidenziare che il parallelo tra le disposizioni delle due Carte lascia cogliere la difficoltà di poter effettuare una chiara distinzione dei diritti civili e politici dai diritti sociali.

[84] Su cui si veda diffusamente C. Panzera, *Per i cinquant'anni della Carta sociale europea*, cit., 10 ss.

[85] Per favorire l'armonizzazione tra giurisprudenze, oltre al richiamo *ad abundantiam*, è stata formulata l'ipotesi di prevedere meccanismi tali da consentire una possibilità di partecipazione reciproca ai procedimenti che si svolgono dinanzi a ciascuna Corte, per esempio attraverso lo strumento procedurale "dell'intervento di terzi" la cui previsione potrebbe avvenire in forza di una semplice modifica del regolamento interno del Ceds, per uniformare la normativa a quella dell'art. 36 CEDU; v. G. Guglia, *Le prospettive della Carta sociale europea*, cit. 13.

[86] Sul punto si veda F. Oliveri, *La Carta sociale europea*, cit. 518.

Peraltro, nelle spiegazioni del *Presidium* della Convenzione europea che ha elaborato la Carta[87], vengono individuati i parallelismi tra le disposizioni sui diritti sociali contenute in entrambe. L'importanza che la Carta sociale ha rivestito nella scrittura di numerosi articoli della Carta di Nizza offre motivo di ritenere che nell'interpretare i relativi diritti la Corte di Giustizia possa tenere presente non solo il testo della Carta sociale, ma anche la "giurisprudenza" del Ceds che ne definisce il contenuto normativo. Ove la Carta di Nizza si ponga come parametro di costituzionalità degli atti comunitari, di fatto le norme della Carta sociale, come interpretate dal Comitato europeo, potrebbero trovare attuazione negli ordinamenti dell'Unione[88].

## 8. Brevi conclusioni

Il «rilancio del valore politico»[89] della Carta è indicatore di un processo di cambiamento in atto e della necessità di spostare al livello sopranazionale la garanzia di uno *standard* minimo di tutela dei diritti sociali fondamentali, atteso che l'attuale contesto di liberalizzazione economica e di scambi mondiali non consente che la loro salvaguardia possa essere assicurata nell'ambito delle scelte politiche rimesse alla determinazione dei singoli Stati[90].

La Carta, come risulta anche dal rapporto di sintesi[91], è suscettibile di creare soltanto obbligazioni per gli Stati, mentre spetta al legislatore adottare le norme di legge o di regolamento che possano garantire quei diritti che assur-

[87] Da tenere in considerazione nell'interpretazione della stessa, ai sensi dell'art. 6, comma 1, del TUE.

[88] Così F. Oliveri, *La Carta sociale europea*, cit., 518; O. De Schutter, *L'adhésion de l'Union européen a la Charte*, cit., 24; *Caso T.-395/94, 28 febbraio 2002, Atlantic container line AB e.a. c.Commissione delle C.E.,* 147; sugli effetti della "collocazione" della Carta Nizza-Strasburgo nel Trattato di Lisbona, si veda C. Salazar, A Lisbon story: *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato… a un incerto presente?*, Relazione tenuta al Convegno "*I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano*. *Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema*", Reggio Calabria, 5 novembre 2011, consultabile sul sito *www.gruppodipisa.it*, 5 ss.

[89] Così F. Oliveri, *La Carta sociale europea*, cit. 516.

[90] Si vedano le efficaci argomentazioni ormai da più parti sostenute dalla dottrina sulla necessità di spostare sul piano sovranazionale e internazionale la "manutenzione e il recupero" dei diritti sociali onde pervenire alla definizione di un modello sociale europeo convincente e sostenibile "autonomo rispetto alle politiche di alleati anche potenti o ai condizionamenti degli organismi finanziari sovranazionali", così P. Costanzo, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, cit.; tra gli altri, A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi*, cit., 8 s.; A. Rauti, *La "giustizia sociale" presa sul serio*. *Prime riflessioni*, consultabile in www.forumcostituzionale.it;

[91] Consultabile sul sito http://droits-sociaou.u-paris 10.fr/assets/files/dossiers/Synthese_rapport_axe2.pdf.

gono al più alto livello dell'ordinamento giuridico[92]. Di qui la necessità di individuare attraverso quali percorsi i diritti garantiti dalla Carta possano accrescere il grado di incidenza sui sistemi costituzionali nazionali, nel rispetto del principio di separazione dei poteri e senza che l'attività d'interpretazione del giudice possa spingersi fino al limite d'invadere la discrezionalità legislativa[93].

Nonostante la reticenza delle Corti interne ad ispirarsi o a fare applicazione delle norme e dei principi della Carta[94], l'attività del Comitato europeo dei diritti sociali, condotta con gli strumenti delle Conclusioni e delle decisioni avverso reclami collettivi, ha dato prova di sortire effetti rilevanti sulle legislazioni nazionali[95].

Ciò a dimostrazione del fatto che l'attività sistematica e capillare di organismi internazionali di tutela dei diritti fondamentali, anche a carattere non prettamente "giurisdizionale", è in grado di esprimere un potere di "persuasione culturale" e dare una direzione di senso che contribuisce alla crescita del livello di tutela generale dei diritti sociali in ambito europeo.

La ricerca di prospettive di tutela effettiva dei diritti sociali in ambito europeo sembra però condurre verso la verifica di ipotesi di convergenza tra le giurisprudenze, in particolare delle Corti del Consiglio d'Europa[96], al fine di apprestare garanzie sociali almeno al livello di una soglia minima di

[92] Cfr. C. Benelhocine, *La charte sociale européenne*, cit., 98.

[93] Per questi rilievi, v. rif. biblio. *sub*. nota n. 80.

[94] Per un'analisi di alcuni casi di giurisprudenza delle Corti straniere, v. C. Benelhocine, *La charte sociale européenne*, cit., 101-102; per una ricostruzione dei richiami alla Carta contenuti nella giurisprudenza italiana, v. F. Oliveri, *La Carta sociale europea*, cit., 527 s.

[95] Per un'analisi di taluni casi di adeguamento della legislazione nazionale alle disposizioni della Carta sociale a seguito di interventi del Comitato europeo, nonché di ipotesi di intervento congiunto della Corte Cedu e del Comitato europeo a tutela di medesime situazioni soggettive v. C. Benelhocine, *La charte sociale européenne*, cit., 103 s.

[96] La ricerca di forme di armonizzazione tra le giurisprudenze sovranazionali, compresa quella della Corte di Giustizia è un percorso da non sottovalutare alla luce del fatto che gli stati membri dell'Ue sono vincolati dalla Carta di Nizza, ma anche dalla Carta sociale europea, in quanto tutti membri del Consiglio d'europa di cui hanno ratificato le Carte. Cionondimeno non sono previste forme di coordinamento tra i vari strumenti di tutela, con il rischio di ingenerare contrasti tra i sistemi, peraltro di differente natura, che garantiscono l'applicazione dei "due ordini normativi. Né può trascurarsi la preoccupazione di quanti rilevano che la mancata adesione della UE alla Cse può risultare foriera di contrasti giurisprudenziali tra Corte di Giustizia e Ceds, legati ad una interpretazione diversa del medesimo diritto che non potrebbe trovare soluzione mediante il ricorso alla clausola interpretativa prevista dall'art. 52 3 della Carta di Nizza. Con conseguenti difficoltà di soluzione per le Corti nazionali a fronte di significati e portata diversa attribuiti a diritti corrispondenti nel contenuto, cfr. G. Guiglia, *Le prospettive della Carta sociale europea*, cit. 4; già L. Jimena Quesada, *La Carta social europea y la Uniòn europea,* in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2009, n. 13, 398-400 aveva sollevato il problema dei rischi della non adesione della UE alla Carta sociale sotto il profilo dei contrasti giurisprudenziali; Id., *La factibilitad*, cit.

tutela[97]. Ciò è anche condizione di stabilità delle democrazie e presupposto affinché esse non vengano travolte dagli effetti della crisi economica[98].

Vi è un ulteriore spiraglio che potrebbe aprire le prospettive di sviluppo della "giurisprudenza" del Comitato europeo dei diritti sociali negli ordinamenti interni. La circostanza che rispetto alla Cedu e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo possa rilevarsi una tendenza (registrata nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana) al superamento della problematica relativa al rango rivestito dalla Cedu nella sistematica delle fonti e l'avvicinamento verso tecniche argomentative più vicine alla tradizione dei sistemi di *common law*[99], lascia sperare che, con le dovute differenziazioni, questa prospettiva possa estendersi nel tempo anche alle altre Carte internazionali ed ampliare l'influenza che possono esercitare sullo statuto costituzionale dei diritti e la loro tutela giurisdizionale.

La "debolezza" dello strumento di controllo dell'applicazione dei diritti della Carta sociale europea, insita nella natura e nella struttura giuridica del sistema concepito in seno al Consiglio d'Europa, potrebbe essere superata *sul piano della prassi*, sviluppando tecniche interpretative che rispetto ai diritti garantiti dalla Cedu sono state già sperimentate in tutte le loro potenzialità dalla Corte di Strasburgo[100].

[97] Cfr. A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi*, cit.; L. Jimena Quesada, *La factibilitad de los derechos sociales en Europa: debite actual y perspectivas*, cit.

[98] Per questi rilievi, oltre alla dottrina richiamata *infra*, da ultimo C. Panzera, *Per i cinquant'anni della Carta sociale europea*, cit. 3; C. Benelhocine, *La charte sociale européenne*, cit., 121-122.

[99] Come osservato da D. Tega, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007, 78 ss., tanto è vero che l'attenzione dei giudici interni si è pure spostata sulla portata delle norme Cedu come interpretate dalla Corte europea, M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in *I diritti in azione*, cit.

[100] Il *leading case* è la sentenza *Airey c. Irlande*, cit.

# ACCESSO A INTERNET: VERSO UN NUOVO DIRITTO SOCIALE?

di Palmina Tanzarella

Sommario: 1. Oggetto dell'indagine. – 2. Lo scenario internazionale: nessun segnale di diritto di accesso a internet. – 2.1. L'esempio statunitense. – 2.2. L'esempio britannico. – 3. E in Italia? – 3.1. Il rispetto degli obblighi internazionali e dei vincoli comunitari. – 3.2. Il principio d'eguaglianza sostanziale *ex* art. 3, comma 2 della Costituzione.

## 1. Oggetto dell'indagine

È ormai autorevolmente accreditata la posizione in dottrina secondo la quale oltre che essere un singolare mezzo di comunicazione, Internet favorisce la rappresentazione di se stessi, contribuendo così al pieno sviluppo della propria personalità nei rapporti con gli altri[1]. Anzi, si giunge a sostenere che ci identifichiamo con ciò che digitiamo – senz'altro efficace in tal senso è l'evocazione della famosa espressione cartesiana *Cogito ergo sum* tramutata in *Digito ergo sum*[2]. Inoltre, con un semplice *click* si ha l'impressione di partecipare alla vita sociale da protagonisti più che da ratificatori di decisioni prese altrove. Si potrebbe dunque pensare che i diritti di cittadinanza possano essere meglio esercitati da coloro che hanno fatto della connettività un requisito importante della propria vita quotidiana.

Posta la questione in questi termini, diviene quasi inevitabile convincersi del fatto che chiunque dovrebbe avere il diritto di utilizzare Internet, pena l'esclusione sociale e la limitazione dello sviluppo della propria personalità. Tuttavia, tanto quanto sono polivalenti le caratteristiche del Web, tanto sono variegati e non sovrapponibili i modi di una sua opportuna tutela giuridica. Internet assume significati diversi a seconda degli ambiti a cui si fa riferimento e, certamente, una prima sommaria distinzione è quella fra l'accesso al mezzo e l'accesso ai contenuti. Entrambe presentano connotati propri tali da non consentire una trattazione univoca; al contrario, esse necessitano di una differente analisi che potrebbe portare all'individuazione di opposte

[1] V. Zeno Zencovich, *Access to network as a Fundamental right*, Relazione al Convegno *Human rights and New Technologies*, EUI, Firenze, 15 dicembre 2008. Più in generale, riflette sulle caratteristiche peculiari del mezzo Internet, che si differenzia notevolmente dagli altri mezzi di comunicazione, M. Castells, *Galassia internet*, Milano, 2006. Id., *The rise of the network society, The information age: Economy, society and culture*, vol. 1, Oxford 1996.

[2] *Idem*, altresì T.E. Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso ad internet*, cit. 32.

situazioni giuridiche con notevoli conseguenze sulle posizioni soggettive degli utenti.

Con riguardo all'accesso ai contenuti in rete un costituzionalista contemporaneo difficilmente ne negherebbe la qualifica di diritto individuale. Ciò risulta valido sia che lo si consideri sotto la lente della libertà di corrispondenza, sia sotto la lente della libertà d'espressione nel duplice significato di diritto ad informare e di diritto ad essere informati. Preoccupano infatti la comunità internazionale, ma anche i singoli paesi democratici, i tentativi dei governi autoritari di oscurare siti internet[3]. E pronta è stata la reazione nei confronti di interventi governativi volti a limitare irragionevolmente e senza le dovute garanzie giurisdizionali l'accesso a determinati siti. Esemplificativa è un'ormai risalente sentenza della Corte Suprema statunitense con la quale si attesta chiaramente che anche le informazioni diffuse in rete rientrano sotto l'ombrello del Primo emendamento[4]. Singolare, inoltre, è il fenomeno che sta pervadendo alcuni paesi latinoamericani che sanciscono costituzionalmente il principio dell'*habeas data*, assicurando il diritto di accedere, controllare e far modificare i propri dati personali diffusi in Internet[5]. Ancora più emblematico, per restare in Europa, risulta il caso francese relativamente alla legge *Hadopi*, censurata preventivamente dal *Conseil constitutionnel* nella parte in cui attribuiva ad un'autorità amministrativa il potere di bloccare l'accesso a Internet per gli utenti che avessero posto in essere comportamenti contrari al diritto d'autore[6]. Per giustificare la propria decisione il *Conseil* non si risparmia dal richiamare l'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, affermando così che garantire l'accesso alla rete equivale a garantire la libertà di manifestazione del pensiero e gli altri diritti di cittadinanza[7].

Ad un'attenta analisi, in Italia non mi pare sussistano particolari ostacoli per asserire che l'accesso ai contenuti su Internet abbia un solido fondamento

[3] Si pensi ad esempio ai casi di censura imposti dal governo cinese e al 'duello' scatenato con il motore di ricerca Google.

[4] *Reno v. American Civil liberties Union*, 521 U.S. del 1997, in cui la Corte Suprema dichiara l'illegittimità di alcune disposizioni del *Decency Act* del 1996.

[5] Cfr. E. Rozo Acuña, *Habeas Data costituzionale: nuova generazione giurisdizionale del diritto pubblico latinoamericano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4 del 2002, 1921 – 1945.

[6] Loi n. 2009-669, *favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*.

[7] *Conseil constitutionnel*, *décision* n. 2009-580, *Considérant* n. 12: *Considérant qu'aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi « ; qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services*.

costituzionale. L'art. 15 e l'art. 21 della Costituzione certamente costituiscono un punto di ancoraggio a quello che definirei più che un nuovo diritto, un diritto che si presenta con abiti diversi[8]. Il classico bilanciamento tra la libertà d'espressione e la tutela dell'onore, o della reputazione, o del diritto d'autore, del diritto all'oblio etc. vale anche per i contenuti che circolano su Internet seppur, ovviamente, con sfaccettature differenti dovute alle caratteristiche proprie del digitale[9]. E proprio perché così peculiare rispetto agli altri mezzi di comunicazione è in parte comprensibile la *ratio* sottesa al disegno di legge costituzionale presentato da Stefano Rodotà, con il quale si vuole riservare uno spazio particolare al diritto di accesso a Internet. Nello specifico, la proposta prevede l'aggiunta, accanto all'art. 21, di un art. 21 *bis* che sancirebbe *il diritto ad accedere alla rete internet, in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale*[10]. Rinviando ai successivi paragrafi alcune riflessioni critiche sulla seconda parte della disposizione, una tutela di rango costituzionale relativa all'accesso ai contenuti potrebbe servire a scongiurare eventuali colpi di mano legislativi mossi dall'intento di limitare irragionevolmente l'uso della rete. Ne abbiamo già un esempio sotto i nostri occhi. Qualcosa di simile alla legge *Hadopi* nei suoi contenuti inziali serpeggia anche in Italia a seguito di una bozza di regolamento dell'AgCom che le consentirebbe un potere d'interdizione all'accesso alla rete, prevedendo l'intervento dell'autorità giudiziaria solo se adita[11]. Nel momento in cui esistesse una precisa previsione costituzionale in tema, essa aiuterebbe forse ad adottare normative più garantiste.

Se dunque risulta pacifico elevare a diritto individuale quello dell'accesso a Internet nell'accezione di accesso ai contenuti, più problematico risulta la qualificazione di diritto circa l'accesso al mezzo. Al fondo c'è un difficile nodo culturale da sciogliere: tutto ciò che è tecnicamente disponibile deve necessariamente essere giuridicamente garantito ai cittadini? A tal proposito fanno riflettere le recenti dichiarazioni apparse sul New York Times di Vinton Cerf, numero due di Google. Egli ha avanzato una visione funzionalista di Internet, come strumento servente alla realizzazione di altri diritti fondamentali, tra cui quello della manifestazione del pensiero, contrastando invece

[8] Che vi sia libertà di utilizzare il mezzo grazie all'art. 21 Cost., lo ribadisce P. Costanzo, *Internet*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2000, 347-371, spec. 353.

[9] Infatti nuovi problemi giuridici si pongono riguardo al diritto all'oblio e più in generale sul copyright. V. ad es. G. Finocchiaro, *La memoria della rete e il diritto all'oblio*, in *Il diritto dell'informazione. e dell'informatica*, n. 3 del 2010, 391-404.

[10] Ddl 2485, presentato al Senato il 6 dicembre 2010.

[11] Cfr. la delibera n. 398/11/CONS del 6 luglio 2011, pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. 163 del 15 luglio 2011. Fortemente critica riguardo a questa delibera G. De Minico, *Diritti, regole Internet*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it).

l'idea che esso costituisca un diritto in sé. Testualmente afferma che «sarebbe un errore far rientrare la tecnologia nella categoria dei diritti fondamentali […] ad esempio un tempo se non si possedeva un cavallo era difficile guadagnarsi da vivere, ma l'importante era il diritto di guadagnarsi da vivere, non il diritto ad un cavallo. Oggi se mi fosse garantito il diritto ad avere un cavallo, non saprei dove metterlo»[12].

Eppure questa presa di posizione è in gran parte contraddetta da alcuni orientamenti legislativi che hanno portato ad esempio la Grecia, l'Ecuador e l'Estonia all'adozione di previsioni costituzionali specifiche[13], mentre la Finlandia si è affrettata ad approvare una legge entrata in vigore nell'estate del 2010 che garantisce il diritto alla banda larga. Nondimeno, come ho già avuto modo di accennare, anche in Italia la proposta di Rodotà segue le stesse orme, nel momento in cui affianca alla libertà negativa di accesso al contenuto in internet quella positiva di accedervi con una tecnologia adeguata.

A giustificazione di tali orientamenti si richiama la tesi del dovere degli Stati di ridurre il *digital divide*, intendendo per esso le differenze infrastrutturali esistenti sul territorio le quali non permettono di accedere al mezzo in modo uniforme, perfino escludendo del tutto alcune fasce della popolazione residente nelle zone più periferiche. Tale obbligo è stato inteso da alcuni studiosi italiani come dovere costituzionale di *rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*. In definitiva il comma 2 dell'art. 3 della Costituzione costituirebbe il fondamento per annoverare l'accesso al mezzo internet tra la categoria dei diritti sociali[14]. La soluzione sarebbe ottimale se non fosse che affiorano alcuni interrogativi di ordine giuridico, conseguenti a contingenze economiche e sociali. Innanzitutto, imporre allo Stato la copertura della rete sull'intero territorio sarebbe sufficiente per scongiurare il divario di accesso? Oppure bisognerà ricomprendere nella definizione del *digital divide* anche l'onere di alfabetizzare telematicamente la popolazione[15]? In secondo luogo, come sarebbe azionabile in concreto un così prospettato nuovo diritto sociale? Inoltre, un problema che sta più a monte, come si concilierebbero politi-

[12] Editoriale del New York Times del 4 gennaio 2012.

[13] In particolare cfr Cost greca, par. 5°, co.2; Cost ecuadoregna, art. 17 e art. 18.

[14] Per tutti si v. G. De Minico, *Diritti, regole, internet*, cit., la quale sostiene che quello alla banda larga si sostanzia come un nuovo diritto sociale.

[15] Di accezioni diverse di *digital divide* parla A. Hatem Ali, *The power of social media in developing nations: new tools for closing the global digital divide and beyond*, 24 *Harv. Hum. Rts. J.*, 2011, 185; L. M. Coleman, *Creating a path to universal access: The FCC's network neutrality rules, the digital divide, & the human right to participate in cultural life*, 30 *Temp. J. Sci. Tech. & Envtl. L.*, 2011, 33 ss.

che pubbliche con le regole antimonopolistiche dettate dall'Unione europea? Seguendo la linea da essa tracciata della libera concorrenza, come si potrebbe costringere gli attuali operatori telematici a investire nella banda larga? O, ancora, come si giustificherebbero ai cittadini voci di spesa così ingenti che dirotterebbero fondi altrimenti destinati al soddisfacimento di altri diritti sociali, oggi messi a rischio a causa delle misure adottate per fronteggiare questo particolare momento di recessione economica?

Guidata da questi non semplici quesiti vorrei approfondire il tema dell'accesso a Internet inteso esclusivamente come accesso al mezzo[16] per mettere sul tavolo argomenti a favore e a sfavore di un suo inserimento nella gamma dei nuovi diritti sociali. In tale prospettiva dividerò il mio intervento in due parti: nella prima evidenzierò i passi principali compiuti da altri ordinamenti occidentali per superare il *digital divide*; nella seconda riassumerò i tratti salienti del quadro regolamentare europeo e nazionale.

## 2. Lo scenario internazionale: nessun segnale di diritto d'accesso a internet

La prima domanda che viene da porsi è come mai a un certo punto in Italia si è sentita l'esigenza di dibattere sulla natura dell'accesso a Internet come diritto fondamentale, nello specifico come diritto sociale. Nella vicenda pur travagliata che ha visto come protagonista la radiotelevisione non mi sembra che la questione si sia mai posta in questi termini, malgrado fosse chiaro come anch'essa avrebbe inciso sulle abitudini sociali degli italiani. Il problema che era emerso sin dall'inizio riguardava la possibilità per i privati di svolgere l'attività radiotelevisiva, destituendo la Rai monopolista – un monopolio che è perdurato per quasi trent'anni in quanto all'inizio considerato come l'unica garanzia, vista la straordinaria pervasività del mezzo, di messa in onda di contenuti che rispettassero il principio del pluralismo interno[17]. Ma, nonostante il crescente numero nel tempo di possessori di apparecchi televisivi non si è mai rivendicato il diritto di vedere la tv a colori, o di poter cambiare canale con l'utilizzo di un telecomando. Semmai si è consolidato un diritto degli utenti di essere raggiunti dal segnale tv o dal telefono che può essere fatto discendere dall'obbligo dei concessionari di garantire un servizio universale. Tuttavia, il rapido progresso della tecnologia e l'avvento sul

[16] Come efficacemente rilevato da Passaglia, l'accesso al mezzo internet può facilmente classificarsi come accessibilità. V. P. Passaglia, *Diritto di accesso ad Internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*, in M. Pietrangelo (a cura di), *Il diritto di accesso a internet*, cit., 59-88.

[17] Per la ricostruzione e il commento delle vicende radiotelevisive in Italia, cfr. M. Manetti, A. Pace, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero, Commentario all'art. 21 della Costituzione*, Bologna, 2006, 575-737; M. Cuniberti, E. Lamarque, B. Tonoletti, G. Vigevani, M. P. Viviani, *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, in particolare i contributi di B. Tonoletti, 221-290.

mercato di diversi operatori hanno creato le condizioni per un soddisfacente rapporto qualità/costi del servizio e hanno di fatto reso inutili e datate simili pretese.

Sfruttando questo parallelismo con gli altri strumenti di comunicazione elettronica, in particolare la televisione, si potrebbe sostenere che anche per internet il problema si configura in relazione alla libertà d'iniziativa economica da conciliare con la garanzia di diffondere qualsiasi tipologia di contenuti. Se per la radiotelevisione il valore di riferimento era rappresentato dal pluralismo, per internet si comincia a parlare di *net-neutrality*, ovvero di misure che evitino da parte dei *providers* la discriminazione di contenuti e servizi perché a essi sgraditi[18]. Ciò che viene da pensare è che forse anche nel campo di Internet, nonostante l'urgenza di risolvere il problema del *digital divide* viste le disuguaglianze sociali che contribuisce a produrre, la risposta si troverà nel continuo progresso tecnologico[19] e nella lungimiranza da un lato degli operatori economici di investire, dall'altro del potere politico di creare le condizioni per questi investimenti.

### 2.1. L'esempio statunitense

**È** questa la strada su cui molti paesi si sono incamminati, primi fra tutti gli Stati Uniti. Benché tanti siano stati gli ostacoli economici e finanziari per ridurre il *digital divide* – problema che tutt'ora non si può dire definitivamente risolto - l'amministrazione federale con anche le amministrazioni statali non ha perso l'opportunità di sviluppare piani d'investimento che favorissero sia interventi infrastrutturali, sia interventi sul mercato, finalizzati questi ad assicurane un adeguato livello di concorrenzialità. Sin da quan-

[18] Cfr. P. F. Weiss, *Protecting a right to access internet content*, in 77 *Bkn L Rev.*, 383, 2011; J. P. Sluijs, *Network neutraulity between false positives and false negatives: introducing European approach to American broadband markets*, in 62 *Fed. Comm. L. J.*, 77, 2010.

[19] L'ex presidente del FCC degli Stati Uniti Michael Powell così si esprimeva sul *digital divide*: «Ritengo che il termine *digital divide* sia a volte pericoloso perché induce a pensare che qualsiasi piccola, nuova e innovativa tecnologia introdotta nel mercato debba essere urgentemente distribuita. E ciò costituisce il fraintendimento dell'intero sistema capitalistico americano […] penso ci sia un mercedes *divide*, ne vorrei una, non posso permettermela […] ritengo che il *digital divide* sia un'importante questione sociale […] ma non dovrebbe essere usato in termini di necessità, per giustificare il dispiegamento di qualsiasi infrastruttura». Discorso citato da N. W. Allard, *Digital divide: myth, reality, responsibility*, in 24 *Hastings Comm. Ent. L. J*, 2002, 449-468. Che il problema del digital divide sia legato solamente al progresso tecnologico ne parla anche P. K. Yu, *Bridging the digital divide: equality in the information age*, in 20 *Cardozo Arts & Int. L. J*. 2002; E. M. Fraser, *A pastmortem look at citywide wifi*, 14n.2 *J. Internet L.*; si sostiene addirittura che la soluzione la troveranno gli operatori di telefonia mobile i quali, contestualmente all'accesso a internet, risolveranno anche il *divide* finanziario, N. Geach, *The digital divide, financial exclusion and mobile phone technology: two problems, one solution?*, in *6L.I.T.L&P.*, 2007, 21-29.

do la tecnologia della rete ha fatto la sua comparsa, il governo statunitense ha preso a finanziare progetti per il suo sviluppo attraverso un organismo che faceva capo all'*US Department Defence* prima, e all'*US Department of Commerce* poi. Assente invece era agli esordi un piano di *governance* pubblica, fortemente osteggiata dagli scienziati della rete tra cui anche Vint Cerf[20]. Alla vigilia del nuovo millennio, tuttavia, l'allora Presidente Clinton e il suo vice Gore firmavano un documento dove si dichiarava utile prevedere un minimo intervento regolatorio, progetto che ha poi previsto un'estensione delle competenze durante l'amministrazione Bush, sia per arginare fenomeni terroristici attraverso la rete dopo i fatti dell'11 settembre, sia per fronte alle continue pressioni esercitate dagli altri paesi durante i summit mondiali dell'Information Society (WSIS), in special modo dall'Unione europea[21]. Molto più accentuati invece sono stati i piani di investimento per dotare gli Usa della banda larga. Nonostante la crisi economica degli ultimi anni, il Presidente Obama ha presentato un programma di rilancio della rete, ritenendo che essa potesse rappresentare un'opportunità per risolvere la crisi economica e finanziaria. A tale scopo egli ha giustificato lo stanziamento di un'elevata somma di denaro facendosi approvare dal Congresso l'*American Recovery and Reinvestment Act* del 2009, con cui è stato dato mandato alla *Federal Communications Commission* (FCC) di sviluppare un piano sulla banda larga, il *National Broadband Plan*[22]. Un'eccessiva fiducia nei meccanismi spontanei del mercato avevano fino ad allora fatto desistere dall'intervenire direttamente, soprattutto per la forti resistenze mostrate dagli operatori del settore. Il modo in cui però il privato si era mosso non aveva portato a risultati soddisfacenti, né dal punto di vista strettamente concorrenziale, né relativamente allo sviluppo tecnologico. Anzi, gli operatori dominanti ponevano nei fatti ostacoli per evitare che si distogliessero investimenti dai tradizionali mezzi di comunicazione elettronica che nel breve termine risultavano molto più remunerativi, soprattutto la *cable tv* che assicurava ampi margini di guadagno grazie alla raccolta pubblicitaria. Infatti, proprio perché interessati a offrire maggiori servizi televisivi, anche interattivi, i grandi operatori hanno limitato gli investimenti in tecnologie di ultima generazione nella misura strettamente necessaria all'offerta di tali servizi televisivi. TV *everywhere* era il modello dominante – un modello che ha portato all'instaurazione *de facto* di un monopolio che ha inciso

[20] V. Cerf, *First do no harm*, in D. Mc Lean (ed.), *Internet Governance: A Grand collaboration*, New York 2004, 13 ss.

[21] Per un'accurata ricostruzione degli interventi statunitensi negli anni sul piano regolamentare W. Kleinwatcher, *Internt governance and governments: enhanced cooperation or enhanced confrontation?*, in 12(4) *Comms. L.* 2007, 111-118.

[22] Per maggiori dettagli v. J. A. Manner, R. S. Cho, *Broadband in America: introduction to a new federal priority*, in 19 *Media L. & Pol'y 5*, 2010.

enormemente sul divario digitale in Usa[23]. Con la legge del Congresso certamente la situazione è migliorata. Alcune recenti stime attestano un sostanziale incremento del numero di cittadini con una connessione veloce, perfino nelle aree rurali, e il *digital divide* si manifesta sostanzialmente in relazione al grado culturale degli utenti o in base alle diverse fasce d'età o all'appartenenza etnica[24]. Ed è per questo che la FCC, nel mettere a punto il suo piano, ha proposto strategie sia di *top/down* sia di *bottom/up*, le prime orientate a incentivare strutturalmente e finanziariamente l'accesso al mezzo, le seconde atte a stimolare la domanda di internet attraverso l'alfabetizzazione dei cittadini affinché la rete diventi uno strumento utile per istruzione, lavoro, sanità e altri servizi[25].

In questo percorso così accidentato, in cui appariva scontata agli occhi del mondo politico e di quello accademico l'esigenza di assicurare un congruo sviluppo della rete, nessun operatore pubblico statunitense ha avanzato l'ipotesi di riconoscere un diritto soggettivo all'accesso. Come si è visto, Internet è considerato un asset strategico di sviluppo socio culturale ed economico, ma mai un bene giuridico da tutelare in sé. Anche quando gli investimenti pubblici vengono rivendicati a gran voce, il raggiungimento di un interesse sociale viene invocato subordinatamente, o al massimo, insieme a quello del soddisfacimento personale degli utenti poiché predomina una visione del Web per lo più *consumer oriented*[26]. Certamente, questa presa di posizione si può giustificare alla luce della tradizione americana nel campo dei diritti fondamentali. Con particolare riguardo alla categoria dei diritti sociali, essi non hanno mai ricevuto una tutela pari a quella assicurata in ambito europeo. Sarà banale il richiamo, ma basti ricordare come è organizzato il servizio pubblico dell'istruzione e quello sanitario.

[23] Per una ricostruzione sullo sviluppo dei sistemi di comunicazione in Usa cfr. S. P. Crawfird, *The communications crisis in America*, in 5 *Harv. L.& Ol'y Rev.* 245, 2011.

[24] Sul punto C. Davidson, M. J. Santorelli, T. Kamber, *Broadband adoption: why it matters and how it works*, in 19 *Media L. & Pol'y* 15, 2010.

[25] R. Frieden, *Assessing the need for more incentives to stimulate next generation network investment*, in 7 *J.L. Pol'y for Info Soc'y* 207, 2012. La necessità che lo Stato intervenga con maggiori stanziamenti pubblici è ribadita anche da E. P. Goodman, A. H. Chen, *Digital public service media networks to advanced broadband and enrich connected communities*, in 9 *J. Telecomm. & High Tech L.* 81, 2011.

[26] J. Shkabatur, *Digital technology and local democracy in America*, in 76, *Brook. L. Rev.*, 2011, 1413 ss.; M. Burri Nevona, *Trade versus culture in the digital divide environment: an old conflict in need of a new definition*, in 12 *J. Int. Ec. Law*, 2009, 17-62. Inoltre non mancano rilievi critici all'operato della FCC, la quale, ispirandosi al modello di *net neutrality*, interviene nella regolamentazione del mercato dei contenuti mettendo in dubbio la compatibilità di tali provvedimenti col Primo emendamento della Costituzione americana. In proposito H. Travis, *The FCC's new theory of the first amendment*, in 51 *Santa Clara l. rev.*, 2011, 417 ss.

### 2.2. L'esempio britannico

Eppure, anche in paesi a maggiore vocazione «sociale» la situazione non cambia molto[27]. Spostandosi su questa sponda dell'Atlantico, l'analisi non conduce a risultati differenti. Ovunque la rete è sì considerata un mezzo su cui necessariamente investire, anche con l'impiego di risorse pubbliche, ma allo stesso tempo si ritiene sia uno «strumento» per lo sviluppo di altri diritti fondamentali e non un diritto fondamentale in sè. L'Inghilterra rientra tra questi esempi.

Innanzitutto, nel Regno Unito la situazione di mercato pareva già nei primi anni del nuovo millennio essere favorevole, visto che uno dei due principali operatori aveva cominciato a investire nella fibra ottica, costringendo così anche l'altro a fare lo stesso. In secondo luogo, col passaggio dall'analogico al digitale lo Stato ha messo a disposizione degli operatori di telefonia mobile parte delle frequenze recuperate, che le hanno utilizzate per fornire la banda larga in zone remote. Infine, strategiche sono risultate le mosse governative. Già nel 2002 il Governo aveva caldeggiato la creazione del *Broadband Stakeholders Group*, a cui avrebbero partecipato sia rappresentanti governativi sia operatori privati per studiare una strategia di sviluppo della banda larga. In seguito, l'ex Primo Ministro Brown ha perseguito un modello pubblico il quale variava a seconda delle circostanze: da semplici contributi finanziari ai privati lo Stato poteva passare, qualora ce ne fosse stato il bisogno, a intervenire direttamente. Obiettivo poi dell'attuale governo sarebbe quello di assicurare una banda larga ultra veloce[28].

In conclusione può dirsi che anche in Inghilterra non c'è stato bisogno di dichiarare la natura di diritto fondamentale dell'accesso al mezzo internet perché esso venisse messo a disposizione dei cittadini. Semmai sono state puntuali *policies* che hanno stimolato l'utilizzo di Internet rendendo gli utenti maggiormente consapevoli delle sue potenzialità straordinarie, fino ad arrivare ad avere la percezione di sentirsi privati di un diritto qualora non si avesse l'accesso. Incontrando il loro estremo favore si comprende appieno allora il motivo per cui l'Inghilterra insiste più di recente sulle politiche di *e-government*[29].

[27] L'ordinamento britannico è certamente da considerarsi la culla del *Welfare State*. Per una compiuta ricostruzione cfr. C. MARTINELLI, *Stato liberale, stato democratico e affermazione dei diritti sociali*, Relazione tenuta in occasione del Seminario del Devolution Club *Libertà e diritti nella storia costituzionale anglo-britannica*, Università degli Studi di Milano-Bicocca , 13 Aprile 2012.

[28] Per maggiori dettagli sulla situazione della banda larga in Inghilterra v. G. DE MINICO, *New European regulation on universal service and next generation networks or just a lifting of the old one?* in 17 *Comp. & Tel. Law Rev.*, 2011, 135-147.

[29] Cfr. S. SAXBY, *A critical analysis of the sinergy between eGovernment and related policies in the United Kingdom*, in 12 *Comp. & Tel. Law rev*., 2006, 179-215; EAD., *Public policy and the development of a UK national geographic information strategy*, in 14 *Int. J. L. & Inf. Tech*, 2006, 147-194.

### 3. E in Italia?

Gli esempi provenienti dall'estero, oltre che accurati studi[30], dimostrano quanto lo sviluppo della banda larga abbia un impatto socio economico di estrema rilevanza. Ciò in termini occupazionali, di progresso imprenditoriale e commerciale – ad esempio si stima una crescita del prodotto interno lordo americano di oltre un punto percentuale. Ma non solo, in un'ottica più strettamente sociale lo sviluppo della rete consente un miglioramento della qualità della vita di particolari categorie di persone come disabili e anziani, oltre che permettere un diverso approccio a servizi sociali quali l'istruzione e la sanità[31]. Ciononostante, in Italia lo sviluppo della banda larga non ha ancora raggiunto livelli soddisfacenti[32]. Eppure non mancano voci autorevoli che sottolineano la necessità di intervenire nel settore delle nuove tecnologie per recuperare terreno in termini di produttività. In tale solco s'inserisce la proposta dell'AgCom di introdurre un'agenda digitale che abbia come priorità lo sviluppo di un ecosistema digitale[33].

Invero, tale iniziativa ha trovato una risposta positiva del Governo con l'approvazione del Piano Nazionale Banda Larga[34], abbozzato nel Progetto Strategico agenda digitale[35] a cui entro pochi mesi dal momento in cui si scrive dovrebbe seguire un pacchetto di misure per la digitalizzazione del paese[36]. Tra i suoi punti principali ci sono il superamento rapido del *digital*

[30] V. C. Davidson, M. J. Santorelli, T. Kamber, *Broadband adoption: why it matters and how it works*, cit., in particolare i richiami contenuti alle analisi condotte dalla FCC e dalla Public policy Institute of California.

[31] *Ibidem*, cit.; M. Anderson, *Ensuring equal access to the Internet for the elderly: the need to amend Title III of the ADA*, in 19 *Elder L. J.*, 2011, 159 ss.; A. Landweher, *Amending the digital divide*, in 23 *Syracuse Sci. & Tech. L. Rep.*, 2010, 90 ss.

[32] Per alcuni commenti critici cfr. S. Frova, *La banda larga in Italia. Una storia probabile di un'altra occasione perduta*, in *Mercato concorrenze regole*, n. 3 del 2010, 447-458; A. Tonetti, *La nuova disciplina per lo sviluppo della banda larga: vera semplificazione?*, *ivi*, n. 2 del 2011, 117-144.

[33] AgCom, *La segnalazione al Governo in tema di liberalizzazioni e crescita: Un'agenda digitale per l'Italia*, consultabile alla pagina *http://www.agcom.it/Default.aspx?message=visualizzadocument&DocID=7927*.

[34] Cfr. *http://www.sviluppoeconomico.gov.it/?option=com_content&view=article&idmenu=804&idarea2=0&sectionid=1&andor=AND&andorcat=AND&idarea3=0&partebassaType=4&MvediT=1&showMenu=1&showCat=1&idarea1=0&idareaCalendario1=0&idarea4=0&showArchiveNewsBotton=1&id=2022081&viewType=0&directionidUser=16*.

[35] Cfr. *http://www.sviluppoeconomico.gov.it/images/stories/documenti/PROGETTO- STRATEGICO-15-12-2011.pdf*. Il Progetto semplificazioni è stato attuato dall'art. 47 del decreto legge Semplificazioni D.L. n. 5 del 2012, convertito in legge lo scorso 4 aprile con la legge n. 35 del 2012. Per un commento su tali nuove iniziative pubbliche v. G. De Minico, *Le regole sulle reti di Nuova Generazione: autorità a politico*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1 del 2012.

[36] In particolare, il primo marzo scorso con decreto del Ministro dello sviluppo economico è stata istituita una cabina di regia per l'agenda digitale italiana col compito di definire la

*divide* per offrire la banda larga su tutto il territorio, una aiuto a migliorare l'alfabetizzazione informatica, incentivi per sviluppare l'e-Commerce italiano e la digitalizzazione della Pubblica Amministrazione.

Ma quali conseguenze giuridiche ci sarebbero qualora i piani preventivati non venissero portati a compimento? Si può prospettare un obbligo per lo Stato di dare la priorità allo sviluppo informatico rispetto ad altre voci di spesa, altrettanto indispensabili per assicurare un adeguato livello della qualità della vita dei cittadini? Se si fa rientrare l'accesso a Internet nel novero dei diritti sociali la risposta deve essere necessariamente positiva. La natura di diritto fondamentale consentirebbe la sua diretta azionabilità in sede giurisdizionale. Perfino la Corte costituzionale potrebbe entrare nel merito delle scelte legislative, censurando ad esempio l'inadeguatezza delle misure adottate per il mancato rispetto di un minimo standard necessario al rispetto del nuovo diritto[37]. Inoltre, si potrebbe sostenere che con l'identificazione dell'accesso a Internet con un nuovo diritto sociale potrebbe essere innescato un circolo virtuoso nell'utilizzo dei fondi pubblici. L'obbligo di provvedere agli investimenti previsti avrebbe come conseguenza la distribuzione delle risorse in maniera più razionale, tagliando le spese più improduttive e in settori più distanti dalle esigenze primarie dei cittadini[38].

Una visione più pragmatica della questione mi porta tuttavia ad essere piuttosto scettica rispetto a questo orientamento. A più di sessant'anni dall'approvazione della Carta costituzionale proprio i diritti sociali sono quelli che hanno subito i maggiori contraccolpi, pronti per primi ad essere immolati sull'altare dell'interesse economico generale. Nonostante non possa negarsi la pari dignità costituzionale dei diritti sociali rispetto a quelli individuali[39], i primi non sono mai riusciti a smarcarsi del tutto dal marchio di previsioni programmatiche, più che immediatamente precettive, con la conseguenza di essere stati all'occorrenza sacrificati rispetto agli altri diritti individuali, soprattutto per ragioni di carattere finanziario[40]. Ad eccezione

strategia italiana per attuare gli obiettivi definiti nella Comunicazione europea all'interno della Strategia EU2020. *http://www.agenda-digitale.it/agenda_digitale/*.

[37] Sposa questa tesi G. De Minico, *Diritti regole Internet*, cit.

[38] Si potrebbe ad es. fare riferimento alle spese belliche o per lo sviluppo del nucleare *op. loc. ult. cit.*

[39] L. Carlassare, *Forma di Stato e diritti fondamentali,* cit.;

[40] È sufficiente, a tal proposito, accennare alla giurisprudenza costituzionale in tema di diritto alla salute, art. 32 Cost., limitatamente al diritto di essere curato. A fronte di una legislazione rigorosa di contenimento della spesa pubblica inaugurata negli anni '90, la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare che «il diritto alla salute, al pari di ogni diritto a prestazioni positive, essendo basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere, è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente

dei pochi diritti cosiddetti sociali di libertà, di fronte ai quali si può rivendicare un'autoapplicabilità – libertà di scegliere la propria professione, libertà di contrarre matrimonio, libertà di educare i propri figli, libertà sindacale, liberà di sciopero, libertà di insegnamento – la maggior parte dei diritti sociali dipendono da norme di condotta di altri soggetti, soprattutto pubblici. Efficace in tal senso è la nota distinzione tra diritti sociali incondizionati e diritti sociali condizionati[41]. Se si condivide questa prospettiva non vedo come l'emersione di un nuovo diritto sociale a Internet possa in concreto costringere il legislatore a investire nelle reti di nuova generazione. Il rischio che si paventa è quello di operare una mera aggiunta a un elenco già nutrito di diritti, senza che ciò porti a dei risultati, almeno nel breve periodo. Riconosco infatti che tale strategia possa certamente portare a dei benefici nel lungo termine, come la storia ci ha insegnato relativamente alla stesura delle carte dei diritti. Ad esempio, pur con tutte le debite differenze da tenere in conto, alla vigilia dell'approvazione della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 furono espresse aspre critiche, accusando la Carta di essere vaga, astratta, superficiale[42], eppure essa ha rappresentato il punto dal quale partire per trasformare la società europea, inaugurando così una nuova concezione del potere pubblico[43]. Un discorso simile può essere fatto anche in relazione all'approvazione della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo del

protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento […] Questo principio, che è comune a ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, non implica certo una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione a una puramente legislativa, ma comporta che l'attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute) avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione: bilanciamento che è pur sempre soggetto al sindacato di questa Corte nelle forme e nei modi propri all'uso della discrezionalità legislativa» (par. 3 del Cons. in diritto, sent. n. 455 del 1990). In tal modo la Corte ha cominciato a limitare il proprio controllo di costituzionalità su leggi che non andassero al disotto di una certa soglia minima di tutela, specificando che «il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è «costituzionalmente condizionato» dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di «un nucleo irriducibile» del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto» (par. 2 del Considerato in diritto, sent. n. 22 del 2001. Si v. anche sentt. n. 509 del 2000, n. 309 del 1999 e n. 267 del 1998).

[41] A. Baladassarre, *I diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, 1989, 1-34.

[42] E. Burke, *Riflessioni sulla Rivoluzione in Francia*, Saggio del 1790, traduzione più recente in italiano a cura di M. Respinti, Roma, 1998.

[43] In proposito, N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1997. Nel saggio *L'eredità della grande rivoluzione*, l'A. riassume sapientemente fa il punto sulle critiche formali e sostanziali apportate al testo della Dichiarazione francese.

1948[44] che ha gettato le basi affinché perfino nel diritto internazionale gli individui assumessero una posizione soggettiva. Come ci suggerisce tuttavia Norberto Bobbio, in un momento storico in cui si assiste a una proliferazione di documenti sui diritti fondamentali, siamo chiamati a studiare validi strumenti per la loro tutela, anziché aggiungere ulteriori denominazioni.

Inoltre, pur ammettendo che tale nuovo diritto sociale a Internet sia direttamente azionabile, bisogna tener conto che esso va bilanciato con i diritti sociali già consolidati. Anche in questo caso non mi sembra si possa andare lontano dall'idea che il diritto alla rete rischi di rimanere inattuato per lungo tempo. In un momento in cui si adottano rigidi provvedimenti per affrontare la crisi finanziaria, chiedendo costantemente sacrifici ai cittadini in termini di politiche del lavoro, politiche di previdenza e politiche fiscali, difficilmente essi rivendicherebbero il diritto all'accesso. Da un punto di vista socio culturale ho come l'impressione che il diritto a Internet non si sia ancora storicamente affermato. Nonostante la crescita del numero di utenti italiani che utilizzano la rete come strumento quotidiano, sono tuttora troppi quelli che dichiarano una certa ostilità nei confronti del mezzo. Più che diritto sociale affermato, forse si potrebbe parlare di un diritto *in progress*, ovvero di un diritto che sarà percepito come tale soltanto qualora le potenzialità della rete saranno diffuse e fatte conoscere. Ma a tal fine necessitano investimenti pubblici infrastrutturali e di alfabetizzazione, come l'esperienza statunitense e britannica hanno dimostrato.

Le difficoltà concrete legate all'azionabilità del diritto a Internet e le motivazioni socio culturali appena accennate non esauriscono, tuttavia, l'elenco degli argomenti a sfavore del riconoscimento di un nuovo diritto sociale. Un problema che risiede ancora più a monte è quello del suo ancoraggio costituzionale – sempre che, come si è detto, una previsione esplicita possa condurre in concreto al rispetto del diritto a Internet. Se la giurisprudenza costituzionale ci ha in molti casi abituati a una lettura estensiva dell'art. 2 Cost.[45], individuando in tal modo nuove categorie di diritti sociali[46], nel caso

[44] Sul valore politico e sociale della dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo sempre efficace è la ricostruzione offerta sui lavori preparatori di M. A. GLENDON, *A world made new*, New York, 2001.

[45] È ormai ampiamente conosciuto il dibattito sulla fattispecie aperta o chiusa dell'art. 2 Cost. A favore della lettura estensiva di tale norma costituzionale A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 80 ss.; *contra*, per la tesi della natura chiusa dell'art. 2, cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 20 ss. Se per lungo tempo la Corte costituzionale ha rigettato l'ipotesi di una lettura aperta dell'art. 2, col tempo ha sposato una posizione intermedia riconoscendo nuovi diritti attraverso un'interpretazione estensiva di diritti già contemplati in Costituzione, richiamando talvolta l'art. 2 come argomento aggiuntivo. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2011, 512.

[46] In proposito, nello stesso volume, si v. il contributo di S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale.*

specifico dell'accesso a Internet la sua mancata esplicitazione in Costituzione potrebbe rappresentare un ostacolo di non poco conto. In tal senso vorrei proporre due percorsi per andare alla ricerca di un sostegno costituzionale, ma posso già anticipare che anche questi tentativi non mi portano a ritenere che quello a Internet sia un nuovo diritto sociale. Mi riferisco da un lato al rispetto dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali, ex art. 117, co. 1 Cost., dall'altro al principio d'eguaglianza sostanziale sancito all'art. 3, co. 2 Cost.

### 3.1. Il rispetto dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali

Nella comunità internazionale il problema del *digital divide* è seguito con estrema attenzione tanto che sono stati organizzati ben due Summit mondiali sulla Società dell'informazione, il primo a Ginevra nel 2003 e il secondo a Tunisi nel 2005. A sottolineare l'impegno espresso durante i Summit, quanto pianificato in quello di Tunisi è costantemente monitorato in forum con cadenza annuale in modo da verificare l'implementazione dei progetti[47]. Lo scopo principale dei Summit è certamente la messa a punto di una strategia comune tra gli Stati affinché il Web diventi una risorsa accessibile a chiunque, ma i documenti prodotti non si esprimono mai nei termini di diritto all'accesso. Semmai è caldamente sostenuta l'idea di quanto l' accesso alla rete costituisca uno strumento fondamentale per la realizzazione di diritti individuali, primo fra tutti quello della manifestazione del pensiero.

Né prendono una direzione diversa le posizioni assunte in seno all'Onu. In un recente rapporto di Frank La Rue, speciale *Rapporteur* sulla promozione e la protezione della libertà d'espressione, si raccomandano gli Stati a considerare lo sviluppo della rete una priorità nell'agenda politica, in quanto mezzo per tutelare i diritti umani e per combattere le disuguaglianze[48]. Nonostante sia stato salutato come il documento dell'Onu che consacra il diritto a Internet, esso dunque non va al di là delle consuete posizioni internazionali che assumono una valenza più politica che giuridica. Né le cose si metterebbero diversamente qualora vi fosse il riconoscimento esplicito di un diritto alla rete. Un simile documento avrebbe una portata giuridica nella misura in cui gli Sati s'impegnassero in futuro a ratificare una qualche Convenzione specifica. Si potrebbe sì ipotizzare che esso dal punto di vista internazionale si giustificherebbe sulla base di un'interpretazione estensiva del Patto sui diritti civili e politici, ma difficilmente potrà sostenersi la sua applicazione nell'ordinamento italiano, mancando i presupposti necessari per invocar-

[47] Per dettagliate informazioni sui documenti prodotti dal WSIS, consultare il sito: *http://www.itu.int/wsis/index.html*.

[48] Par. 65 e par 85 del Report. L'intero testo è scaricabile su *http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf*.

la come parametro interposto di costituzionalità ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost. È ormai chiaro che le note sentenze gemelle n. 348 e n. 349 del 2007 trovano un sicuro ambito di applicazione per le disposizioni della Convenzione dei diritti dell'uomo così come «interpretate» dalla Corte di Strasburgo[49]. Difficilmente la Corte costituzionale potrebbe applicare tuttavia una disposizione che appaia come mero principio di ordine politico, privo di una valenza giuridica in ambito internazionale[50].

Diversamente si potrebbe discorrere per i vincoli comunitari. Grazie al riconoscimento del principio del primato delle fonti europee su quelle nazionali, non vi sarebbero ostacoli all'applicazione diretta nel nostro ordinamento di norme europee che riconoscessero il diritto a Internet. Tuttavia, allo stato dell'arte, non vedo ancora questa possibilità. Gli interventi legislativi nazionali relativi alle comunicazioni elettroniche sono adottati grazie alle forti pressioni provenienti dall'Europa, tanto da poterla considerare il motore propulsore dell'assetto regolamentare della materia. Eppure, la *ratio* che sottende le svariate decisioni europee sul tema[51] non è quella di tutelare i diritti fondamentali della persona, ma piuttosto quella di attuare un principio che da sempre guida l'Unione europea, ovvero la libera concorrenza. Ciò risulta ancora più evidente in relazione all'accesso a Internet, che cattura sì le attenzioni *in primis* della Commissione europea, ma sempre nell'ottica di evitare la creazione di posizioni dominanti in seno agli Stati. Anche quando ne ha avuto la concreta possibilità, l'Europa ha desistito dal definire diritto immediatamente azionabile non solo l'accesso al mezzo, quanto addirittura l'accesso ai contenuti pubblicati in rete – un diritto questo che, come ho già avuto occasione di ribadire, sembra già trovare un'adeguata copertura costituzionale in tutti gli ordinamenti democratici. L'occasione ghiotta le si era presentata durante la revisione del pacchetto Telecom nel 2009, che però nella stesura finale del testo ha dovuto cedere di fronte alle posizioni espresse dalla Francia, la quale aveva da poco adottato la legge *Hadopi*, di cui ho già accennato precedentemente. Infatti, nel testo finale si raggiunge una soluzione di compromesso prevedendo specifiche deroghe che consentono agli Stati di restringere l'accesso a Internet. Più nello specifico la limitazione

[49] In propositio, E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, consultabile su *http://www.cortecostituzionale.it/convegniSeminari.do*. Nondimeno, la Corte costituzionale si accinge ormai in una prova serrata di dialogo con la Corte di Strasburgo, rivendicando ampi spazi di manovra attraverso il richiamo a un margine d'apprezzamento «interno», in modo da potersi discostare dalla giurisprudenza europea. In merito, se si vuole, P. TANZARELLA, *Il "caso Dorigo", paradigma dei rapporti ordinamentali tra Roma e Strasburgo*, in *Studium Juris*, n. 3 del 2012, 291 ss.

[50] Così anche P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in corso di pubblicazione negli *Scritti in memoria di Paolo Barile*, Firenze.

[51] Sul punto di rinvia a G. CASSANO, A. CATALDO, *Internet e tutela della libertà d'espressione*, Milano, 2009.

dell'accesso può essere imposta se «appropriata, proporzionata e necessaria nel contesto di una società democratica» e solo a seguito di «una procedura preliminare equa e imparziale» che dia agli utenti la possibilità di essere ascoltati e di difendersi prima che sia assunta una decisione[52].

Se l'Europa ha dimostrato così poco coraggio nei confronti del diritto di accesso ai contenuti in rete, è gioco facile ritenere che in riferimento all'accesso al mezzo essa sia ancora ben lontana dall'utilizzare il linguaggio dei diritti. Nulla toglie che in un prossimo futuro si possa esprimere la Corte di Giustizia invocando l'art. 11 della Carta dei diritti[53], ma al momento non provengono nulla di più che *diktat* su come gestire gli investimenti pubblici nazionali e controllare il mercato privato nella predisposizione di programmi di sviluppo delle tecnologie di nuova generazione, in particolare della banda larga[54]. Inoltre, nonostante da tempo si profili l'ipotesi di inserire la banda larga come servizio universale, dei passi concreti in questa direzione non sono stati ancora compiuti[55].

### 3.2. Il principio d'eguaglianza sostanziale *ex* art. 3, comma 2 della Costituzione

Sul fronte squisitamente interno non appare così difficile trovare un solco costituzionale entro cui far rientrare l'accesso a Internet nel novero dei nuovi

[52] Art. 3 *bis* dir. 2009/140/CE recante modifica delle dir. 2002/21/CE *che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica*, 2002/19/CE relativa *all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime* e 2002/20/CE *relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*. In dottrina cfr. A. Hopkins, *The right to be online: Europe's recognition of due process and proportionality requirements in cases of individual internet disconnections*, in 17 *Colum. J. Eur.*, 557 ss., 2011.

[53] In particolare, l'art. 11 della Carta di Nizza recita: «1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. 2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati».

[54] È in questo solco che s'inseriscono anche le politiche degli aiuti di Stato, le quali sono ammessi dalla Commissione europea nel rispetto di determinate condizioni di mercato. In sintesi vengono distinte zone in cui operatori privati mai investiranno (zone bianche), quelle in cui in cui un privato opera, ma non è in grado da solo di fornire un adeguato servizio (zone grigie), e infine quelle in cui sono presenti diversi operatori (zone nere). Secondo un'ottica strettamente concorrenziale gli aiuti saranno concessi solo nelle zone bianche e grigie. Nello specifico v. M. Libertini, *Le reti di nuova generazione: le posizioni della Commissione europea*, in *Giorn. Dir. Amm*., n. 8 del 2009, 1223-1231.

[55] La dir. 2009/136/CE, recante modifica della dir. 2002/22/CE *relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica*, della dir. 2002/58/CE *relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche* e del reg. (CE) n. 2006/2004 *sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori e spiegarne i limiti*, non contempla Internet come servizio universale.

diritti sociali: il richiamo al secondo comma dell'art. 3 risulterebbe esauriente. Le disuguaglianze economiche e sociali che si determinerebbero tra chi utilizza la rete e chi non ne ha accesso imporrebbero allo Stato l'onere di provvedere a rimuovere tale ostacolo. Il dubbio però che affiora riguarda il significato da attribuire al termine «disuguaglianza». In cosa sarebbero diversi gli *have* dagli *have not*? La risposta all'interrogativo risiede nell'individuazione di situazioni concrete in cui, in ossequio all'art. 3, non ci sarebbero pari condizioni per *l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*. Al di là di alcune considerazioni generali, in parte già svolte, circa il sicuro miglioramento della qualità della vita di coloro che utilizzano il web rispetto a chi non vi accede, mi chiedo se anche dal punto di vista giuridico costituzionale tale differenza rilevi. Fino a quando l'ordinamento non prevedrà come unica ed esclusiva possibilità di accesso a forme di partecipazione politica, economica e sociale la rete, non si vede come possa profilarsi una piena pretesa giuridica ad accedere al mezzo. Semmai, come sostenuto, ciò può accadere in precisi settori dell'ordinamento, come per alcuni servizi offerti dalla pubblica amministrazione soltanto in forma telematica[56]. Tuttavia, anche in questo ambito non si può ancora rivendicare un diritto di prestazione, in quanto la stesso codice dell'amministrazione digitale[57] che prevede l'obbligo di digitalizzare i rapporti con la pubblica amministrazione, lo sospende di fatto fino al raggiungimento di un adeguato tasso di cultura informatica. Ciò dimostra come forse in questo ambito l'art. 3 comma 2 Cost. potrebbe utilmente essere invocato per una *policy* di sviluppo di internet e tutte le infrastrutture connesse, e non come fondamento di un nuovo diritto sociale.

In termini dunque di fruizione «infrastrutturale» del mezzo neanche il principio di eguaglianza ci supporta appieno. Con una diversa fisionomia si presenta invece il *digital divide* determinato dall'incapacità di utilizzare la rete, presupponendo così un dovere per lo Stato di alfabetizzare la popolazione. In questa particolare ipotesi tuttavia non ritengo si possa parlare di emersione di un nuovo autonomo diritto sociale sulla base del secondo comma dell'art. 3 Cost., ma piuttosto di una veste diversa di diritti sociali già previsti in Costituzione, ovvero la promozione della cultura (art. 9 Cost.) e il diritto all'istruzione (art. 34 Cost.)[58]. Troverebbero così ampia tutela costituzionale leggi che ad esempio prevedono l'inserimento obbligatorio dell'informatica nel piano di studi scolastico, oppure quelle leggi atte a favorire l'alfabetizzazione di disabili e anziani[59]. Questa pare essere anche l'impostazione data

[56] Sul punto P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, cit.

[57] Artt. 8 e 9 del d. lgs. n. 82 del 2005.

[58] In tal senso anche E. DE MARCO, *Introduzione all'eguaglianza digitale*, in E. DE MARCO (a cura di) *Accesso alla rete e uguaglianza digitale*, Milano, 2008, 4-10.

[59] Si v. ad es. l'art. 1, co. 2 della l. n. 4/2004, detta legge Stanca - È tutelato e garantito, in

dalla Corte costituzionale in una sentenza in cui poteva esprimersi ragionando sul soddisfacimento di un diritto sociale, la n. 307del 2004. Di fronte alla censura profilata di alcune regioni con riguardo a una legge che prevedeva incentivi all'acquisto di computer ai giovani, la Corte ha sì rigettato la questione, ma non argomentando sulla natura di diritto sociale all'informatica. Piuttosto essa si è limitata a sottolineare come un tale incentivo corrisponda «a finalità di interesse generale, quale è lo sviluppo della cultura, nella specie attraverso l'uso dello strumento informatico, il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte le sue articolazioni (art. 9 della Costituzione) anche al di là del riparto di competenze per materia fra Stato e Regioni di cui all'art. 117 della Costituzione»[60]. La Corte salva dunque la disposizione statale risolvendo la questione in un'ottica di prevalenza di interessi costituzionali piuttosto che di tutela di un nuovo specifico diritto sociale, nonostante l'Avvocatura dello Stato avesse suggerito quest'ultima via. Ed è una impostazione della Corte che ci ha messo a riparo da conseguenze ancora più negative. Se la Corte decidesse di qualificare come sociale il diritto a Internet sarebbe costretta a dichiarare l'incostituzionalità di leggi regionali che si preoccupano di investire nella banda larga per violazione dell'art. 117, comma 3 lett. m), secondo cui spetta alla Stato fissare il livello delle prestazioni essenziali in materia di diritti fondamentali[61]. Certo sarebbe fatto salvo il principio d'eguaglianza, visto che gli enti pubblici non contribuirebbero a determinare un maggiore divario digitale tra le regioni, ciononostante tale principio sarebbe assicurato al ribasso, con la conseguenza di perdere ulteriori occasioni per migliorare il paesaggio tecnologico del paese.

particolare, il diritto di accesso ai servizi informatici e telematici della pubblica amministrazione e ai servizi di pubblica utilità da parte delle persone disabili, in ottemperanza al principio di uguaglianza ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione.

[60] Corte cost. sent. n. 307/2004, par. 3.1 del Considerato in diritto.

[61] Si v., ad esempio *l. reg. Piemonte n. 5/2011 Interventi a sostegno della realizzazioen di servizi di accesso Wi-Fi gratuiti e aperti* oppure *l. reg. Valle D'Aosta n. 78/1992 Autorizzazione di spesa per servizi di telecomunicazione e radiodiffusione avanzati, progetto "Valle d'Aosta cablata", rete ottica e sistemi televisivi regionali*. Finora la Corte costituzionale si è espressa nei rapporti Stato – Regioni in materia di impianti di telecomunicazione soltanto da un punto di vista della tutela dell'iniziativa economica e privata e in generale sulla tutela della concorrenza (Corte cost. sentt. nn. 272/2010; 20/2010; 25/2009; 350/2008; 303/2007; 265/2006; 129/2006; 335/2006; 324/2003; 312/2003.). Né aggiunge nulla di nuovo in termini di diritto a internet la più recente Corte cost. n. 163/2012 in cui la Regione Liguria si lamentava della chiamata in sussidiarietà per la realizzazione dell'infrastruttura di telecomunicazione a banda larga e ultralarga rivendicando invece una competenza concorrente. In particolare la Corte, in linea con la sua giurisprudenza, giustifica la legge statale in termini di ottemperanza alle indicazioni comunitarie che necessitano di una risposta univoca e coordinata su tutto il territorio nazionale, censurando tuttavia la legge nella parte in cui non tiene conto del principio di leale collaborazione tra stato e regioni, allo stesso tempo essa non accenna però a nessun principio fondamentale di diritto a internet.

# I "NUOVI" DIRITTI SOCIALI: LA PARABOLA DELL'INTEGRAZIONE SCOLASTICA DEI DISABILI

di Silvio Troilo

Sommario: 1. Il diritto all'istruzione dei disabili: una vicenda paradigmatica. – 2. La sentenza n. 215 Del 1987: la Corte costituzionale corregge la rotta già tracciata dal legislatore. – 3. Il "nuovo" diritto all'integrazione scolastica dei disabili fra principi costituzionali e scelte legislative. – 4. L'ulteriore richiamo della Corte: il diritto all'integrazione scolastica è fondamentale e incomprimibile (nel suo nucleo essenziale).

## 1. Il diritto all'istruzione dei disabili: una vicenda paradigmatica

È ormai assodato che «i diritti di libertà e i diritti in funzione dell'eguaglianza contribuiscono indivisibilmente a delineare la posizione dell'uomo nel disegno costituzionale»[1].

Così la Costituzione, nel quadro del riconoscimento dei diritti inviolabili di ogni essere umano (art. 2) e della pari dignità sociale di tutti i cittadini (art. 3, co. 1°), nonché dell'impegno dei pubblici poteri a rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della personalità individuale (art. 3, co. 2°), proclama che «la scuola è aperta a tutti» (art. 34, co. 1°). In particolare, «l'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita» (art. 34, co. 2°), mentre «i capaci e i meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi» (art. 34, co. 3°).

La più recente legislazione ordinaria ha, poi, precisato che il sistema educativo di istruzione e formazione persegue il «fine di favorire la crescita e la valorizzazione della persona umana, nel rispetto dei ritmi dell'età evolutiva, delle differenze e dell'identità di ciascuno e delle scelte educative della famiglia, nel quadro della cooperazione tra scuola e genitori» (art. 1, co. 1 l. n. 53/2003), ed ha sancito che «è assicurato a tutti il diritto all'istruzione e alla formazione per almeno dodici anni o, comunque, sino al compimento di una qualifica entro il diciottesimo anno di età» (art. 2, co. 1 lett. c), legge n. 53 cit.).

Tutto ciò vale anche per gli studenti affetti da forme di disabilità, come conferma, innanzitutto, la stessa Carta fondamentale all'art. 38, co. 3°, ove

[1] Come sottolinea, tra gli altri, A. D'Aloia, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in Id. (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, XV ss.

precisa che anche «gli inabili e i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale»[2].

La normativa italiana, che può considerarsi fra le più avanzate a livello europeo e mondiale, ha ormai da tempo abbandonato l'ispirazione caritatevole che l'aveva inizialmente contraddistinta – e che si traduceva nella previsione di un'istruzione impartita in scuole speciali o in classi differenziali – a favore di un'impostazione emancipatoria, volta a stimolare l'inclusione sociale e la diretta partecipazione alla vita collettiva a tutti i livelli. Ciò ha comportato l'integrazione scolastica degli alunni con disabilità, ossia la scelta, non scontata[3], di aprire loro le classi normali affinché queste diventassero – effettivamente e per tutti – "comuni", alla luce della considerazione che la persona trova nell'educazione il momento prioritario del proprio sviluppo e della propria maturazione.

Tuttavia, oggi tornano a far discutere le scelte, normative, organizzative e finanziarie, operate negli ultimi anni dal legislatore e dalla pubblica amministrazione. Infatti, a fronte dell'aumento degli alunni con un *handicap* certificato[4], "i tagli alla scuola" hanno colpito duramente proprio il settore del sostegno a tali alunni, innescando, per reazione, un crescente ricorso ai rimedi giurisdizionali.

La vicenda dell'integrazione scolastica dei disabili risulta, dunque, paradigmatica della capacità del nostro Stato sociale di realizzare o meno, tanto sul

[2] La disposizione costituzionale è rafforzata da precetti o impegni internazionali ed europei: il diritto dei disabili a beneficiare di misure che ne garantiscano l'autonomia e l'inserimento sociale e professionale è garantito dall'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E, mentre l'art. 15 della Carta sociale europea, ratificata con l. n. 30/1999, sancisce l'obiettivo, per gli Stati firmatari, di realizzare le condizioni atte a garantire l'esercizio effettivo del diritto all'autonomia, all'integrazione sociale ed alla partecipazione alla vita di comunità dei portatori di *handicap*, impegnando ogni Parte contraente «ad adottare i provvedimenti necessari per somministrare alle persone inabili o minorate un orientamento, un'educazione ed una formazione professionale nel quadro del diritto comune ogni qualvolta ciò sia possibile oppure, se tale non è il caso, attraverso istituzioni specializzate pubbliche o private». Da ultimo, l'art. 24 della Convenzione dell'O.N.U. sui diritti delle persone con disabilità, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. n. 18/2009, impegna i Paesi contraenti a realizzare «un sistema … inclusivo a tutti i livelli ed un apprendimento continuo lungo tutto l'arco della vita». A tal fine sono previste regole dettagliate, che impongono agli Stati di garantire ai disabili non solo l'istruzione obbligatoria, ma anche quella superiore (inclusa quella universitaria), fornendo a ciascun soggetto un «accomodamento ragionevole» in funzione dei suoi bisogni – vale a dire un percorso integrativo mirato – mediante vari strumenti, tra i quali la Convenzione considera esplicitamente le attività di sostegno personalizzato.

[3] Infatti in molti altri Paesi (tra cui Germania, Belgio, Paesi Bassi) l'istruzione agli alunni disabili continua ad essere impartita, se non del tutto in larga prevalenza, in scuole speciali e/o classi differenziali.

[4] Per un quadro dell'entità del fenomeno, v. il documento *Istruzione e integrazione scolastica delle persone con disabilità*, a cura del Servizio di informazione statistica sulla disabilità dell'Istat, in *www.handicapincifre.it*.

piano puramente normativo quanto su quello dell'effettività, il "programma" costituzionale, ricercando comunque – come è stato puntualizzato – un adeguato equilibrio «tra l'esigenza di un libero sviluppo della persona (c.d. "universalità" del godimento dei diritti) e la sostenibilità finanziaria "delle ragioni" della solidarietà (c.d. "selettività" nel godimento dei diritti stessi)», oltre che «tra le ragioni dell'unità e quelle dell'autonomia politica e del decentramento amministrativo»[5].

Inoltre, tale vicenda illustra assai bene il ruolo primario, e delicato, svolto dalla Corte costituzionale nel sindacare e, ove necessario, correggere – senza stravolgere – le scelte del legislatore in materia, stimolando la ricerca di un equilibrio migliore tra quelle esigenze e quelle ragioni senza imporre una propria specifica visuale.

## 2. La sentenza n. 215 del 1987: la Corte costituzionale corregge la rotta già tracciata dal legislatore

Infatti, anche nella vicenda che ci occupa è il legislatore ad operare le svolte decisive.

Dapprima, dopo decenni di immobilismo e di interpretazione "gretta" dei principi costituzionali, con l'art. 28 della l. m. 118/1971 esso dispone che l'istruzione dell'obbligo dei bambini affetti da *handicap* avvenga «nelle classi normali della scuola pubblica, salvi i casi in cui i soggetti siano affetti da gravi deficienze intellettive o da menomazioni fisiche di tale gravità da impedire o rendere molto difficoltoso l'apprendimento o l'inserimento nelle predette classi normali» (co. 2°). Ed a garanzia di tale inserimento prevede il trasporto gratuito, l'accesso agli edifici scolastici mediante il superamento delle barriere architettoniche e l'assistenza degli alunni più gravi durante gli orari scolastici (co. 1°). Poi, con la l. n. 517/1977, stabilisce, in luogo del principio di mero inserimento nelle classi normali[6], quello dell'integrazione scolastica nelle attività del "gruppo classe", attraverso l'elaborazione di specifici programmi da parte dei Consigli di classe e l'introduzione della nuova figura dell'insegnante di sostegno.

Quanto all'istruzione secondaria, il legislatore prevede che debba essere «*facilitata* [...] la frequenza degli invalidi e mutilati civili alle scuole medie

[5] L. Trucco, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, in questo volume.

[6] Infatti, nei primi tempi, l'uguaglianza con gli altri alunni è realizzata più a livello formale che sostanziale, poiché la vita scolastica dei disabili collocati nelle classi normali si riduce ad una mera "socializzazione in presenza", tralasciandosi, invece, l'aspetto didattico e il fine dell'apprendimento, in virtù della convinzione che gli handicappati, in realtà, non possano trarre concreti benefici dalla frequenza scolastica, se non, appunto, in termini di socializzazione (cfr., tra gli altri, B. Cavaliere, *Il diritto allo studio e all'istruzione dei soggetti handicappati*, in *Riv. giur. scuola*, 1992, 657).

superiori ed universitarie» (art. 28, co. 3° l. n. 118/1971). In tal modo, però, il diritto degli alunni disabili all'inserimento nelle classi normali viene chiaramente sancito solo per la scuola dell'obbligo e con le eccezioni anzidette: ciò induce la Corte di Cassazione (penale) a ritenere che sussista un generale potere dell'amministrazione scolastica di valutare le situazioni ostative all'inserimento, anche in relazione all'art. 97 Cost., così da salvaguardare il buon andamento dei pubblici uffici e l'«interesse preminente degli alunni normali» inseriti nella comunità scolastica[7].

A questo punto, però, interviene la Corte costituzionale, con la sentenza n. 215/1987[8], di tipo sostitutivo, mediante cui alla formula «sarà facilitata [...] la frequenza degli invalidi e mutilati civili alle scuole medie superiori ed universitarie» subentra quella «è assicurata», che trasforma la facoltà attribuita all'amministrazione scolastica di ammetterli o meno alle scuole superiori in obbligo, e conseguentemente attribuisce loro un «diritto pieno» all'accesso a tale grado di istruzione.

La Consulta, poi, non si limita a risolvere un problema concreto attraverso la rimozione di una norma illegittima, ma scioglie diversi nodi problematici, a cominciare dall'interpretazione da dare all'articolo 34 Cost.

Per il Giudice delle leggi, infatti, «riconoscendo in via generale l'istruzione come diritto di tutti i cittadini, l'art. 34, primo comma, Cost. pone un principio nel quale la basilare garanzia [...] apprestata dall'art. 2 Cost. trova espressione in riferimento a quella formazione sociale che è la comunità scolastica. L'art. 2, poi, si raccorda e si integra con l'altra norma [...] di cui all'art. 3, secondo comma, che richiede il superamento delle sperequazioni di situazioni sia economiche che sociali suscettibili di ostacolare il pieno sviluppo delle persone dei cittadini». L'art. 38 Cost., a sua volta, sancisce il diritto all'educazione di inabili e minorati, non solo in quanto strumento funzionale alla loro formazione professionale, ma soprattutto in quanto principio volto ad integrare il disposto dell'art. 34: infatti, «l'inserimento nella scuola e l'acquisizione di una compiuta istruzione sono strumento fondamentale per quel "pieno sviluppo della persona umana" che» gli artt. 2 e 3 Cost. «additano

[7] Cass. pen., sez. VI, 30 marzo 1981, n. 6496, in *Giur. it.*, 1982, II, 106 ss., su v., criticamente, E. Fassone, *Cassazione e handicappati: logica giuridica o scelte emotive?*, *ivi*, 105 ss.

[8] Originata da una questione di legittimità sollevata nel corso di un giudizio davanti al T.A.R. del Lazio, vertente sul rifiuto di consentire ad un'alunna portatrice di *handicap* di ripetere la frequenza della prima classe di un istituto professionale. Tale rifiuto era stato motivato dal Consiglio di classe in virtù dell'asserita incapacità assoluta della ragazza di trarre profitto dalla frequenza scolastica, nonostante il parere dei servizi specialistici competenti dell'Unità sanitaria locale, secondo i quali vi sarebbe stato un beneficio quanto meno a livello di socializzazione con i compagni. Sulla pronuncia v., per tutti, R. Belli, *Servizi per la libertà: diritto inviolabile o interesse diffuso?*, in *Giur. cost.*, 1987, 1629 ss. e C. Moro, *L'eguaglianza sostanziale e il diritto allo studio: una svolta della giurisprudenza costituzionale*, *ivi*, 3064 ss.

come meta da raggiungere»[9]. Il diritto all'educazione non va dunque inteso in senso stretto, ma come un vero e proprio «diritto ad una piena socialità del ragazzo portatore di *handicap*»[10], che non è riservato solo ai menomati fisici, ma va garantito anche ai «soggetti incisi da distorsioni nella sfera psichica»[11].

Altro aspetto affrontato dalla Corte riguarda l'interpretazione della formula «capaci e meritevoli», di cui all'art. 34 Cost. La Consulta rifiuta la tesi secondo cui tale espressione comporta una esclusione inevitabile dei soggetti handicappati dalla scuola superiore, in quanto incapaci. Ciò, infatti, «equivarrebbe a postulare come dato insormontabile una diseguaglianza di fatto, rispetto alla quale è invece doveroso apprestare gli strumenti idonei a rimuoverla, tra i quali è appunto fondamentale [...] l'effettivo inserimento di tali soggetti nella scuola»[12]. Capacità e merito, secondo la Corte, non devono essere, dunque, usati come criteri per valutare il raggiungimento di determinati livelli standardizzati fissati per lo studente medio, poiché questo discriminerebbe *a priori* determinate categorie di soggetti in base a condizioni personali di fatto; tali presupposti devono, invece, assumere significato nuovo e differenziato in ragione delle varie minorazioni e degli *handicap* soggettivi[13].

Qualche anno dopo, il Parlamento raccoglie le indicazioni della Corte, approvando la legge quadro in materia di *handicap* (l. n. 104/1992), che, oltre a predisporre una regolamentazione organica e idonea a costituire il fondamento dell'intera disciplina, fa propri i principi espressi dalla sentenza n. 215[14], garantendo l'inserimento negli asili nido (art. 12,

[9] Corte cost. sent. n. 215/1987, cit.

[10] Cosi F. Furlan, *La tutela costituzionale del cittadino portatore di handicap*, in C. Cattaneo (a cura di), *Terzo settore, statualità e solidarietà sociale,* Milano, 2001, 258; cfr. anche L. Violini, *Art. 38*, in M. Celotto, R. Bifulco, A. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, I, 791; C. Colapietro, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2011, 56 ss. e, in part., 73 ss.

[11] Come la stessa Corte aveva affermato nella sent. n. 163/1983 ed ribadirà poi nella sent. n. 50/1990.

[12] Corte cost. sent. n. 215/1987, cit.

[13] Con una tale interpretazione la Corte costituzionale respinge decisamente l'opinione della Cassazione, sopra citata, secondo cui esisterebbe un interesse preminente degli alunni normali rispetto all'inserimento nella classe di uno studente handicappato. Per conseguenza, il possibile limite all'inserimento scolastico dei disabili gravi, posto dal già citato art. 28, co. 2°, l. n. 118/1971, deve ritenersi stabilito nell'interesse non della comunità scolastica o degli altri alunni, bensì degli stessi disabili, laddove non ottengano alcun beneficio, né in termini di apprendimento né in termini di socializzazione, dall'inserimento nelle classi comuni. Cfr., oltre alla citata Corte cost. n. 215/1987, Cons. Stato, parere 10 aprile 1991, n. 348, in *www.edscuola.it/archivio/handicap* (a cui si sono uniformate le ordinanze ministeriali 21 maggio 2001, n. 90 e 23 maggio 2002, n. 56, in *www.edscuola.it/archivio/norme/ordinanze*).

[14] Nella legge n. 104 il diritto all'istruzione è considerato fin dall'art. 1, che proclama che la Repubblica «garantisce il pieno rispetto della dignità umana e i diritti di libertà e autonomia della persona handicappata e ne promuove la piena integrazione nella famiglia, nella scuola,

co. 1) ed «il diritto all'educazione e all'istruzione della persona handicappata nelle sezioni di scuola materna, nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie» (co. 2), nonché prevedendo quegli specifici strumenti atti all'effettivo esercizio di tale diritto, il quale non può essere impedito da «difficoltà di apprendimento né da altre difficoltà derivanti dalle disabilità connesse all'*handicap*» (co. 4).

Anche in seguito, comunque, la Corte non rinuncia ad operare qualche più circoscritto intervento correttivo. Così nel 2002 emette una pronuncia additiva, con cui estende l'indennità di accompagnamento anche ai bambini disabili che frequentano l'asilo nido, sul presupposto che «la formazione e la socializzazione soddisfatte sin dai primi mesi di vita attraverso la partecipazione all'asilo nido si appalesano funzionali proprio ad un pieno e proficuo inserimento del bambino nella scuola, la cui frequenza è assicurata e favorita con le provvidenze economiche»[15].

### 3. Il "nuovo" diritto all'integrazione scolastica dei disabili fra principi costituzionali e scelte legislative

Riprendendo e sviluppando la normativa precedente, la l. n. 104/1992, oltre a garantire il diritto all'educazione, all'istruzione e alla formazione professionale della persona disabile, ne sancisce il diritto all'integrazione scolastica (artt. 12, co. 2, e 13), che non costituisce una sommatoria delle tre sopracitate garanzie, ma che implica, invece, «l'impegno a fornire un valore aggiunto rispetto alle singole responsabilità settoriali, in un quadro coordinato e coerente»[16]. Un "nuovo" diritto sociale[17], dunque, che deve essere garantito attraverso l'utilizzo di strumenti appropriati e che deve tendere allo «sviluppo delle potenzialità della persona handicappata nell'apprendimento, nella comunicazione, nelle relazioni e nella socializzazione» (come precisa l'art. 12, co. 3, della stessa legge).

nel lavoro e nella società». I tempi e i modi con i quali tale diritto viene attuato sono precisati dagli artt. 12 (diritto all'educazione), 13 (integrazione scolastica), 14 (modalità di attuazione dell'integrazione), 15 (gruppi di lavoro per l'integrazione scolastica) e 16 (valutazione del rendimento e prove d'esame). Al riguardo si rinvia al commento a tali articoli di P. Cendon (a cura di), *Handicap e diritto*, Torino, 1997, *passim*.

[15] Corte cost. sent. n. 467/2002.

[16] Così A. Avon, *A scuola con l'handicap*, Napoli, 2005, 22.

[17] O, meglio, un'esplicitazione non scontata delle potenzialità del dettato costituzionale. Infatti anche i diritti sociali che si possono considerare nuovi, «perché formalmente assenti dal catalogo costituzionale, in realtà non sono che la esplicitazione di dimensioni […] pur sempre espressive di valori già sottesi al testo costituzionale (e dei principi in cui essi si traducono)» (come ben puntualizza S. Scagliarini, *«L'incessante dinamica della vita moderna». I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, in questo volume).

Il legislatore raccoglie e sviluppa, quindi, le indicazioni della Corte costituzionale: «grazie alla valorizzazione [...] del paradigma della dignità umana e del pieno sviluppo della persona, si assiste ad una rilettura dell'art. 38 Cost.» in grado di «far assumere una nuova dimensione alla tutela [...] della persona con disabilità» e «di imporre nuovi significati ad enunciati costituzionali, dalla cui lettera si ricaverebbe solo una più ristretta» protezione[18].

In tal senso, il diritto all'integrazione ha le caratteristiche di un «diritto potenzialmente illimitato»[19]: ogni disabile, infatti, ha esigenze diverse, che possono mutare nel tempo o a seconda delle circostanze e la cui soddisfazione risulta spesso impegnativa, dal punto di vista organizzativo e finanziario.

D'altra parte, la sua natura di diritto soggettivo implica la possibilità di una immediata tutela giudiziaria in caso di violazione, per cui il soggetto leso può pretendere, oltre ai comportamenti dovuti da parte del soggetto obbligato (entro certi limiti, anche da parte di quello pubblico), pure il risarcimento del danno patito per il mancato soddisfacimento del proprio diritto.

Ma il legislatore, dopo aver proclamato il diritto all'integrazione scolastica dei disabili, inizia a adottare norme, di natura organizzativa e finanziaria, che, al fine di ridurre la spesa pubblica, lo restringono o, comunque, ne rendono difficile – se non impossibile – l'attuazione in via amministrativa.

Infatti, mentre alla materia non vengono apportate innovazioni sostanziali da nessuno dei decreti attuativi della l. n. 53/2003 di riforma del sistema di istruzione e formazione – limitandosi essi a richiamare semplicemente la l. n. 104/1992 – il numero degli insegnanti di sostegno viene via via ridotto rispetto all'effettivo fabbisogno. Poi, l'art. 35, co. 7 l. 289 del 2002 (legge finanziaria per il 2003) accentra nella mani del Direttore dell'Ufficio scolastico regionale il potere di autorizzare, dopo aver verificato numerosi elementi, l'attivazione di posti di sostegno in deroga al rapporto di 1 ogni 138 alunni (disabili e normodotati) complessivamente frequentanti gli istituti statali della Provincia, stabilito dalla normativa precedente, rendendo più lento e complesso il relativo procedimento. Mentre il D.P.C.M. n. 185/2006, adottato previa intesa con la Conferenza unificata Stato-Regioni ed autonomie locali, modifica l'*iter* per la certificazione dell'*handicap*, rendendolo più articolato e gravoso.

Soprattutto – dopo che già l'art. 1, co. 605, lett. b) l. n. 29/2006 (legge finanziaria per il 2007) aveva previsto «il perseguimento della sostituzione del criterio previsto dall'articolo 40, comma 3 l. n. 449/1997, con l'individuazione di organici corrispondenti alle effettive esigenze rilevate» – la legge finanziaria per il 2008 (l. n. 244/2007, all'art. 2, co. 413 e 414) introduce un limite massimo invalicabile delle ore di insegnamento di sostegno, attraverso

[18] Come sottolinea ancora S. SCAGLIARINI, *op. cit.*

[19] A. AVON, *op. cit.*, 25.

un rapporto medio nazionale, che comporta l'impossibilità di avvalersi, per i disabili più gravi, di insegnanti specializzati in deroga al citato rapporto di 1 ogni 138 alunni complessivamente frequentanti gli istituti statali della Provincia[20].

## 4. L'ulteriore richiamo della Corte: il diritto all'integrazione scolastica è fondamentale e incomprimibile (nel suo nucleo essenziale)

Pur non essendo agevole sindacare prescrizioni simili – anche perché non esiste alcuna norma che stabilisca in termini predeterminati l'entità del sostegno da assicurare agli alunni disabili – la Corte costituzionale, con la sentenza n. 80/2010[21], non si sottrae all'onere di dare nuovamente una chiara ed inequivocabile qualificazione del diritto in parola e di ricordare che non è possibile sacrificarlo in nome delle pur legittime esigenze di bilancio.

Il Giudice delle leggi dichiara l'incostituzionalità dei predetti commi 413 e 414 partendo da due importanti considerazioni: la prima è che «il diritto del disabile all'istruzione si configura come un diritto fondamentale», per cui deve essere assicurato attraverso «misure di integrazione e sostegno idonee a garantire ai portatori di *handicaps* la frequenza degli istituti d'istruzione», come il docente specializzato. Il secondo punto fermo è che «i disabili non costituiscono un gruppo omogeneo. Vi sono, infatti, forme diverse di disabilità: alcune hanno carattere lieve ed altre gravi. Per ognuna di esse è necessario [...] individuare meccanismi di rimozione degli ostacoli che tengano conto della tipologia di *handicap* da cui risulti essere affetta in concreto una persona».

Secondo la Corte, è vero che il legislatore, «nella individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili, gode di discrezionalità [...], ma detto potere discrezionale non ha carattere assoluto e trova un limite nel rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati». E, pur senza arrivare a sancire esplicitamente l'esistenza di un vero e proprio "diritto soggettivo del disabile ad un determinato monte ore di sostegno", la Corte rileva che fissare un tetto massimo al numero degli insegnanti di sostegno o, addirittura, eliminare la possibilità di assumerli in deroga al rapporto stan-

[20] Infatti, i due commi richiamati stabiliscono che «il numero dei posti degli insegnanti di sostegno, a decorrere dall'anno scolastico 2008/2009, non può superare complessivamente il 25 per cento del numero delle sezioni e delle classi previste nell'organico di diritto dell'anno scolastico 2006/2007» e che «la dotazione organica di diritto relativa ai docenti di sostegno è progressivamente rideterminata, nel triennio 2008-2010, fino al raggiungimento, nell'anno scolastico 2010/2011, di una consistenza organica pari al 70 per cento del numero dei posti di sostegno complessivamente attivati nell'anno scolastico 2006/2007».

[21] Su cui v. F. Madeo, *Insegnante di sostegno: possibile la presenza per tutte le ore di frequenza scolastica dello studente disabile grave*, in *Giur. cost.*, 2010, 1831 ss.; A. Pirozzoli, *La discrezionalità del legislatore nel diritto all'istruzione del disabile*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti* (www.associazionedeicostituzionalisti.it).

dard incide su tale nucleo indefettibile e sull'effettività della relativa tutela.

Nonostante il legislatore si sia adeguato alla (lettera, più che allo spirito, della) pronuncia della Corte con due successivi decreti-legge[22], le assegnazioni alle singole scuole delle ore di sostegno continuano a risultare non di rado inferiori alle necessità, dando luogo a non pochi ricorsi giurisdizionali ed a molteplici decisioni dei giudici amministrativi (dotati, ai sensi dell'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998, di giurisdizione esclusiva in merito), che seguono tutte il solco della giurisprudenza costituzionale[23].

Il problema non è soltanto italiano: recentemente si sono dovuti pronunciare in merito i supremi organi giudiziari di due fra i più importanti Paesi europei. Mentre nel Regno Unito la Corte Suprema ha ritenuto che l'ordinamento, pur riconoscendo il diritto all'istruzione dei disabili, non offra una garanzia assoluta a ricevere un certo tipo o una certa qualità di istruzione e che, per conseguenza, non possa farsi discendere dalla normativa vigente (nemmeno dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, incorporata nel Paese con lo *Human Rights Act* del 1998) un obbligo, per la pubblica amministrazione, di offrire forme particolari di inserimento scolastico a persone con speciali necessità, prescindendo dalla limitatezza delle risorse disponibili[24], in Francia il Consiglio di Stato ha invece affermato che lo Stato ha l'obbligo di predisporre tutte le misure necessarie per garantire l'effettività del

[22] Il d.l. n. 78/2010 conv. con mod. in l. n. 122/2010, che detta norme solo per l'a.s. 2010/11, e il d.l. n. 98/2011 conv in l n. 111/2011, che dispone, all'art. 19, co. 11 che «l'organico dei posti di sostegno è determinato secondo quanto previsto dai commi 413 e 414 dell'articolo 2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, fermo restando che è possibile istituire posti in deroga, allorché si renda necessario per assicurare la piena tutela dell'integrazione scolastica».

[23] Tra le molteplici pronunce che hanno dichiarato che il diritto all'istruzione del disabile ha una «priorità assoluta» rispetto ad esigenze di bilancio od organizzative, si segnalano Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 3104, antecedente alla sentenza della Corte costituzionale, che adombra anche la sussistenza di un diritto del disabile alla continuità didattica con il medesimo insegnante di sostegno (in *www.giustizia-amministrativa.it*); Cons. Stato, sez. VI, 21 aprile 2010, n. 2231, in *Giur. cost.* 2010, 1827 ss. (con nota di F. Madeo, cit.), che sottolinea la possibilità – pur se non l'obbligo –, da valutare alla luce delle circostanze concrete di ogni singolo caso, di garantire il sostegno dell'insegnante specializzato per tutte le ore di lezione; T.A.R. Sardegna, 17 novembre 2011, n. 1102, T.A.R. Sicilia, sez. I, 9 gennaio 2012, n. 20, T.A.R. Liguria, 29 febbraio 2012, n. 350 (tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*), che hanno riconosciuto tale sostegno "completo" a disabili gravi; nonché T.A.R. Lazio, sez. III, 16 giugno 2012, n. 5551 (*ivi*), per cui, anche se non vi è un *handicap* qualificato come "grave" ai sensi della legge n. 104/92, l'amministrazione scolastica deve valutare la possibilità di far completare all'alunno disabile il proprio percorso formativo col sostegno di un insegnante *ad hoc.* V. anche M. Lottini, *Scuola e disabilità. i riflessi della sentenza 80 del 2010 della Corte costituzionale sulla giurisprudenza del giudice amministrativo*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, 2403 ss.

[24] Supreme Court, *A (Appellant) v. Essex County Council (Respondent)*, in 2010 *UKSC* 33, su cui v. A. Osti, *Il caso* A (Appellant) v. Essex County Council (Respondent) *di fronte alla Corte Suprema britannica: il diritto all'istruzione di soggetti con disabilità è un diritto assoluto? Spunti per una riflessione a più ampio spettro*, in *www.rivistaaic*, 1, 2011.

diritto all'istruzione degli studenti handicappati – considerato assoluto – e che, qualora non vi riesca, risponde dei danni procurati, dovendo indennizzare le famiglie che si siano sobbarcate il costo di soluzioni alternative per garantire l'istruzione dei loro figli[25].

Da noi, come si è detto, la Corte costituzionale ha tenuto fermo il principio della incomprimibilità del nucleo essenziale del diritto sociale all'integrazione scolastica[26], senza negare le pressanti esigenze di contenimento della spesa pubblica[27]. Ora occorre che anche il legislatore e l'amministrazione operino in modo da renderlo sempre e comunque effettivo, nel rispetto della lettera e dello spirito della Costituzione[28].

[25] Conseil d'Etat, 8 aprile 2009, n. 311434, *Guillemette*, cit. da A. Osti, *op. cit.*, 4.

[26] Anche se Corte cost. sent. n. 80/2010 l'ha definito «diritto del disabile all'istruzione», la Corte ha precisato, riprendendo la Corte cost. sent. n. 52/2000, che deve essere assicurato attraverso «"ineliminabili (anche sul piano costituzionale) forme di integrazione e di sostegno" a favore degli alunni diversamente abili».

[27] Infatti, ha puntualizzato che «la possibilità di stabilire ore aggiuntive di sostegno … trova applicazione una volta esperite tutte le possibilità previste dalla normativa vigente e, giova precisare, non si estende a tutti i disabili a prescindere dal grado di disabilità, bensì tiene in debita considerazione la specifica tipologia di *handicap* da cui è affetta la persona *de qua*» (Corte cost. sent. n. 80/2010, cit.).

[28] Che, nonostante la recentissima modifica dell'art. 81 (operata con l. cost. n. 1/2012), continua a richiedere la tutela dei diritti inviolabili e la garanzia dell'uguaglianza sostanziale, con la conseguente incomprimibilità del nucleo essenziale di quei diritti.

# DAL CRITERIO DELLA PREVALENZA ALLA LEALE COLLABORAZIONE: QUALE AUTONOMIA LEGISLATIVA REGIONALE IN MATERIA DI POLITICHE SOCIALI?

di Elena Vivaldi

Sommario: 1. L'assetto costituzionale delle competenze inerenti la tutela dei diritti sociali. – 2. Il ruolo della legge regionale nella tutela dei diritti sociali: i fattori di condizionamento della effettiva possibilità, per le regioni, di dettare norme concernenti la tutela di diritti sociali. – 3. L'autonomia regionale in materia di politiche sociali, tra criterio di prevalenza e leale collaborazione. – 4. Alcune riflessioni conclusive e prospettive aperte.

## 1. L'assetto costituzionale delle competenze inerenti la tutela dei diritti sociali

Come noto, la Costituzione Italiana, affermando il principio di eguaglianza formale e sostanziale, ha posto i diritti sociali come "antecedente non discutibile", costitutivo del nostro ordinamento, impegnando i pubblici poteri, quindi il legislatore nazionale, ma anche quelli regionali, a realizzarne i contenuti[1]. Dal canto suo, la riforma del 2001 ha costituzionalizzato la nozione di "livelli essenziali delle prestazioni", inserendola proprio nella disposizione relativa al riparto delle competenze legislative tra Stato e regioni (laddove, per la prima volta, si parla espressamente di diritti sociali), ma anche nell'art. 119 comma 5 Cost., allorché, nell'affermare l'autonomia finanziaria e tributaria delle regioni (e degli enti locali) si dispone che lo Stato possa stanziare finanziamenti particolari affinché lo richieda la garanzia dei predetti livelli, nonché nell'art. 120 Cost. nel quale è disciplinato il potere sostitutivo del Governo nei confronti degli enti territoriali minori allorché sia posta in pericolo l'effettività, ancora una volta, del contenuto irrinunciabile del principio di uguaglianza espresso, in via generale, all'art. 3 Cost.

Come si desume dalla breve ricostruzione sopra proposta, il nuovo impianto costituzionale, pur indirizzandosi verso una più spiccata autonomia degli enti territoriali, ha teso ad assicurare l'unitarietà ed indivisibilità della Repubblica attraverso l'affidamento in capo al garante ultimo della Repubblica (lo Stato) il potere di determinare in astratto il contenuto essenziale dei diritti (art. 117, comma 2, lett. m), il potere-dovere di intervenire finanzia-

[1] S. Gambino, *Stato e diritti sociali. Fra Costituzioni nazionali e Unione europea,* Napoli, 2009.

riamente allorché la loro fruizione sia posta in discussione dall'impossibilità economica degli enti minori a farvi fronte (art. 119, comma 5), nonché il potere di intervenire per la loro applicazione concreta in caso di inerzia degli organi a ciò preposti (art. 120, comma 2).

Lo scopo della norma è chiaramente quello di limitare la sperequazione territoriale a fronte di un generalizzato rafforzamento dei poteri legislativi e finanziari degli enti substatali, che ha, almeno potenzialmente, riflessi importanti sulla disciplina e sulla concreta attuazione di molti diritti sociali. Infatti, dopo il 2001, l'assetto costituzionale delle competenze presenta una potestà esclusiva statale in materia di previdenza sociale e nella individuazione delle norme generali sull'istruzione. Quanto alle competenze concorrenti, nel cui ambito spetta ancora allo Stato la determinazione dei principi fondamentali, compaiono la tutela e la sicurezza del lavoro, l'istruzione e la tutela della salute; sono assegnate, invece, alla competenza esclusiva delle regioni l'assistenza sociale e la formazione professionale. Per tutti questi diritti, al di là di quale sia l'ente territoriale competente a legiferare, si può parlare di diritti *aterritoriali*, nel senso che non ammettono differenziazione oltre una certa soglia, in ragione dello spazio: in sostanza per questi diritti occorre individuare, mediante *il livello essenziale di prestazione*, quella misura di tutela, garanzia e soddisfazione che deve essere comunque disponibile per il titolare del diritto, con la conseguenza che se la prestazione non viene garantita, il diritto sarà violato e il suo titolare dovrà disporre di adeguati strumenti di reazione[2].

In questo senso il legislatore di revisione costituzionale si è mosso con l'evidente intento di consegnare alle regioni un importante spazio di normazione, abbandonando il modello dell'uniformismo e del centralismo, al quale ha corrisposto, nei primi anni di attuazione dell'ordinamento regionale, una legislazione regionale priva di innovatività.

Certo è che, non diversamente rispetto a quanto disposto nella vecchia formulazione dell'art. 117 Cost., anche in questo caso il legislatore costituzionale ha adottato il criterio della rigorosa separazione delle competenze legislative dello Stato e delle regioni. Come è stato efficacemente osservato, si è seguitato «a far luogo ad una distribuzione di materie, pur se operata con tecnica parzialmente innovativa, pretendendo (illusoriamente) che anche la nuova linea di demarcazione dei confini tra sfere di competenza possa essere chiaramente tracciata e stabilmente tenuta ferma unicamente facendo leva su etichette poste a mo' di cartelli d'ingresso di ogni "campo" materiale»[3]. In questo modo si crea quindi una divaricazione innaturale tra materie e potestà, da un lato, ed interessi meritevoli di tutela dall'altro, interessi che, lo ha dimostrato il momento storico che stiamo vivendo, hanno portato ad

[2] L. Torchia (a cura di), *Welfare e federalismo*, Bologna, 2005.

[3] A. Ruggeri, *Neoregioanlismo e tecniche di regolazione dei diritti sociali*, in *Diritto e società*, 2001, 198.

operare scelte che, pur operando talvolta fuori dal formalmente il riparto di materie, sono state sorrette dalla necessità di tutelare la persona e la sua dignità intrinseca.

A fronte di tale quadro costituzionale pare importante chiedersi se il testo costituzionale, abbia prefigurato un *nuovo statuto dei diritti sociali*[4], tale domanda poggiandosi sul presupposto della stretta interdipendenza tra le due parti della Costituzione e quindi della precaria distinzione tra «Costituzione dei diritti» e «Costituzione dei poteri»[5]. In altri termini occorre riflettere sulla questione relativa alla compatibilità tra il principio di unità della Repubblica e la presenza di disomogeneità territoriali nell'erogazione delle prestazioni concernenti i diritti, conseguenza anche di interventi normativi differenti.

A fronte di tale interrogativo ci pare che alcune risposte possano essere date analizzando le modalità con le quali tale modello costituzionale sia stato attuato attraverso le soluzioni enucleate dalla giurisprudenza costituzionale, sia con riferimento, più in generale, alla conformazione assunta dalla legge regionale, sia, più in particolare, con riguardo alle decisioni prese in merito alla tutela di singoli diritti sociali, quando vi sia stato un contrasto o una sovrapposizione di competenze. Ad una prima analisi, infatti, il bilanciamento tra il principio di autonomia (e, quindi, il rispetto del riparto di competenza) e le aspettative di tutela dei diritti sembra non essere stato paritario, «essendosi risolto nella messa da canto del riparto stesso per dar voce ai diritti, in ultima istanza alla dignità della persona umana»[6].

## 2. Il ruolo della legge regionale nella tutela dei diritti sociali: i fattori di condizionamento della effettiva possibilità, per le regioni, di dettare norme concernenti la tutela di diritti sociali

All'indomani della riforma costituzionale, la Corte costituzionale fu chiara nel delineare la nuova veste del potere normativo regionale, affermando, nella sent. n. 282/2002, che si doveva procedere ad individuare la competenza del legislatore regionale quando non esistessero riserve, esclusive o parziali, di competenza statale[7].

[4] In merito ad altri fattori altri in grado di incidere, oggi, sullo statuto dei diritti sociali, si rinvia a G. Razzano, *Lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali*, *supra* in questo volume.

[5] M. Luciani, *"Costituzione dei diritti" e "Costituzione dei poteri". Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova, 1985, 497 ss.

[6] Così A. Ruggeri, *Unità - indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali*, in www.giurcost.org., 5.

[7] «Nel quadro del nuovo sistema di riparto della potestà legislativa risultante dalla riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione realizzata con la legge costituzionale n. 3

In verità, se si guarda oggi a quella che è stata l'evoluzione, nella giurisprudenza costituzionale, del ruolo assunto dalle fonti locali, ciò che appare evidente è non soltanto una inversione del metodo seguito per l'individuazione del legislatore competente (mentre ieri si procedeva, per così dire, *dall'astratto al concreto*, oggi, a partire dal caso concreto si tenta di individuare il nucleo della materia, e quindi il legislatore competente) ma anche un capovolgimento nell'esito di tale ricerca, in quanto oggi il criterio della prevalenza[8] favorisce le competenze nominate e soprattutto quelle del comma 2 dell'art. 117 Cost.[9].

Ciò si è tradotto in una seria difficoltà di individuare un effettivo ambito residuale «puro o chiuso» della legge regionale, mentre è molto più frequente «il configurarsi di ambiti residuali aperti alle ingerenze statali ed alla c.d. concorrenza di competenze, se non addirittura l'esclusione dei detti ambiti residuali per la più o meno varia prevalenza delle competenze esclusive statali o di quelle concorrenti»[10].

La conseguenza, per il tema oggetto della presente riflessione, è stata quella di un forte condizionamento dello spazio lasciato, in queste materie, all'autonomia regionale. In particolare, dalla analisi della giurisprudenza costituzionale appaiono molteplici e diverse le tecniche approntate per limitare la discrezionalità regionale nella tutela dei diritti sociali e far prevalere le ragioni della garanzia dei diritti su quelle dell'autonomia[11]: dalla delimitazione *anomala* delle materie, al concreto utilizzo del criterio di prevalenza, al principio di leale collaborazione[12], considerato spesso sufficiente a giustificare

del 2001» si deve muovere «non tanto dalla ricerca di uno specifico titolo costituzionale di legittimazione dell'intervento regionale, quanto, al contrario, dalla indagine sulla esistenza di riserve, esclusive o parziali, di competenza statale» (Corte cost., sent. n. 282/2002, § 3 del considerato in diritto).

[8] Sul criterio della prevalenza in funzione limitativa della competenza regionale a dettare una disciplina inerente ai diritti fondamentali, si veda M. Belletti, *Percorsi di ricentralizzazione del regionalismo italiano nella giurisprudenza costituzionale*, Roma, 2012, 132 ss.

[9] Così C. Salazar, *Il ruolo delle fonti normative regionali nel sistema generale delle fonti (nazionali ed europee)*, relazione al convegno "Il regionalismo italiano dall'Unità alla costituzione e alla sua riforma", Roma, 19-21 ottobre 2011.

[10] M. Belletti, *Percorsi di ricentralizzazione* cit., pag. 184. Nello stesso senso si veda anche S. Parisi, *Potestà residuale e «neutralizzazione» della riforma del Titolo V*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008, 1597 e ss.; Id., *La competenza residuale*, in *Le Regioni*, 2011, 341 ss.

[11] In questo senso M. Belletti, *Percorsi di ricentralizzazione* cit.; A. Ruggeri, *Summum ius summa iniuria, ovvero quando l'autonomia regionale non riesce a convertirsi in servizio per i diritti fondamentali (a margine di Corte cost. n. 325/2011)*, in www. giurcost.org.; Id., *Regioni e diritti fondamentali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, 6, 1461 ss.

[12] "È laddove - a giudizio insindacabile della Corte - si dimostri impossibile utilizzare il criterio [della prevalenza] che viene in soccorso il canone della leale collaborazione: formula magica che ricorda il *deus ex machina* delle antiche tragedie greche, peraltro dotato

una compressione dell'autonomia legislativa regionale[13], fino, poi, ai casi in cui la Corte ha ritenuto perfino superfluo attenersi agli strumenti collaborativi (si pensi a quanto affermato nella sent. n. 10/2010).

A tutto ciò è da aggiungere la poca chiarezza utilizzata dal legislatore costituzionale del 2001 nello scrivere la lett. *m)* dell'art. 117, comma 2, che ha comportato la possibilità di far rientrare nel *contenitore* dei livelli essenziali di tutto, dai principi regolativi dei diritti e delle politiche sociali, alla struttura organizzativa del servizio che eroga le prestazioni, alle tipologie di servizi da prestare o alle quantità di prestazioni da erogare[14], con conseguente difficoltà di individuare lo spazio, pur residuo, lasciato alle fonti regionali. Sul punto si è espressa da ultimo la Corte costituzionale[15] affermando che la *ratio* di tale previsione è quella di «rappresentare la base giuridica anche della previsione e della diretta erogazione di una determinata provvidenza, oltre che della fissazione del livello strutturale e qualitativo di una data prestazione, al fine di assicurare più compiutamente il soddisfacimento dell'interesse ritenuto meritevole di tutela, quando ciò sia reso imprescindibile […] da peculiari circostanze e situazioni» (Corte cost., sent. n. 10/2010). In forza di questo titolo competenziale lo Stato può quindi, non solo individuare il livello qualitativo e strutturale delle prestazioni in genere, ma può giungere a determinarle ed erogarle direttamente attraverso i propri organi.

Peraltro la compressione dell'autonomia regionale è stata particolarmente importante in materia di assistenza sociale, di competenza residuale regionale, e quindi, teoricamente, materia nella quale sarebbe stato possibile uno sviluppo di discipline legislative regionali le più diversificate tra di loro; mentre appare più limitata la limitazione della potestà concorrente in materia di tutela della salute[16], nei cui confronti i limiti più incisivi sono apparsi quelli

della straordinaria virtù di sapersi presentare ogni volta con volti diversi, la cooperazione stessa esibendo varietà di forme espressive e capacità graduata, ora più o meno intensa, di appagamento delle istanze di autonomia". Così A. Ruggeri, *Unità-indivisibilità dell'ordinamento*, cit.

[13] Sui criteri adottati dalla Corte costituzionale per risolvere problemi inerenti la ripartizione del potere legislativo tra Stato e regioni, si veda F. Benelli, R. Bin, *Prevalenza e "rimaterializzazione" delle materie: scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni*, 2009, 1185 ss.

[14] A. D'Aloia, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, 1063 ss.

[15] Per una ricostruzione dei filoni della giurisprudenza costituzionale in materia di livelli essenziali della prestazioni si veda G. Guiglia, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza e dell'evoluzione interpretativa*, in Padova, 2007.

[16] Con riferimento a tale materia, peraltro, il Giudice delle leggi ha avuto modo di precisare, in più occasioni, che la «tutela della salute [è] assai più ampia rispetto alla precedente materia assistenza sanitaria e ospedaliera» che, sotto la vigenza del vecchio Titolo V, era di competenza concorrente (Corte cost., sent. n. 181/2006, § 4.1 del considerato in diritto). Si sofferma sull'utilizzo del criterio della prevalenza per regolare i rapporti tra la materia di potestà concorrente «tutela della salute» e quella, residuale, «assistenza e organizzazione sani-

derivanti dalla forza assunta dai principi della materia di legislazione concorrente «coordinamento della finanza pubblica»[17].

Tali elementi assumono una importanza maggiore se letti parallelamente ad alcuni elementi quantitativi che vengono sia dai rapporti sullo stato della legislazione, sia dalle annuali relazioni sulla giurisprudenza della Corte costituzionale. In questo senso ci pare da segnalare il fenomeno della diminuzione delle leggi regionali: secondo gli ultimi dati disponibili[18], infatti, nel 2010 le leggi regionali sono 578, contro le 709 del 2009 e le 640 del 2008[19]. Peraltro pare significativo che il numero delle leggi del macro settore «servizi alla persona e alla comunità» (settore che contiene la formazione relativa, tra le altre materia, alla tutela della salute, ai servizi sociali e assistenza), che dal 2005 aveva conosciuto una crescita costante e significativa, tale da collocare il settore al primo posto tra quelli di «competenza» regionale, abbia anch'esso subito una contrazione[20]. La tendenza è confermata se si passa ad analizzare, in particolare, la normativa concernente più specificamente le materie di competenza residuale, la quale subisce anch'essa una flessione, passando da un valore che nei due anni precedenti (2008-2009) oscillava intorno al 45% ad un valore circa del 36%.

Come accennato sopra, pare interessante leggere questi dati insieme a quelli relativi all'attività svolta dalla Corte con riferimento al giudizio in via

taria», M. Belletti, *Il difficile rapporto tra "tutela della salute" e "assistenza e organizzazione sanitaria". Percorsi di una "prevalenza" che diventa "cedevole"*, in *Le Regioni*, 2006, 1176 ss.

[17] Sul tema si veda C. Tubertini, *La giurisprudenza costituzionale in materia di tutela della salute di fronte alla nuova delimitazione delle competenze statali e regionali*, in www.astridonline.it.; D. Cabras, *Appunti sul tema del coordinamento della finanza pubblica tra Unione europea, Stato e autonomie territoriali*, in *Federalismi.it*; L. Cavallini Cadeddu (a cura di), *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica*, Napoli, 2011; G. Rivosecchi, *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica tra patto di stabilità, patto di convergenza e determinazione dei fabbisogni standard degli enti territoriali*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2012, n.1.

[18] Si veda il Rapporto 2011 sullo stato della legislazione, in www.camera.it. Per una analisi quantitativa e qualitativa della formazione regionale, si veda anche A. G. Arabia, C. Desideri, *L'attività normativa nella settima legislatura regionale*, in Issirfa-CNR, *Terzo rapporto annuale sullo stato del regionalismo in Italia*, Milano, 2005, 479 e ss; C. Desideri, *L'attività normativa delle Regioni. La produzione legislativa nella VIII legislatura delle Regioni ordinarie*, in Issirfa-CNR, *Sesto rapporto annuale sullo stato del regionalismo in Italia*, Milano, 2011, 451 ss.

[19] Anche se su questo dato probabilmente ha inciso la fine della legislatura (che ha interessato tutte le regioni ordinarie ad accezione dell'Abruzzo e del Molise), che ha portato ad un intensificarsi dell'attività legislativa in vista delle nuove elezioni, avvenute nella prima parte del 2010, per il rinnovo delle assemblee regionali.

[20] Si passa infatti da un valore del 28% del 2009 a quello del 21% del 2010. Di queste, il numero più rilevante delle leggi attiene proprio alla materia "servizi sociali e assistenza (con 30 leggi su 118), seguito da quelle in materia di "tutela della salute" (dati tratti dal *Rapporto 2011 sullo stato della legislazione*, 26, in www.camera.it).

principale. A fronte di una flessione del contenzioso Stato-regioni registrata negli anni 2007-2008-2009, dal 2010 si assiste infatti ad un nuovo acuirsi della conflittualità, che si è manifestata attraverso un forte incremento dei giudizi in via principale rispetto all'anno 2010, sia in termini percentuali che assoluti, nonché in un deciso aumento percentuale dei ricorsi regionali rispetto all'anno 2010, dovuto prevalentemente all'impugnativa della normativa emergenziale emanata dallo Stato per fronteggiare la crisi finanziaria.

### 3. L'autonomia regionale in materia di politiche sociali, tra criterio di prevalenza e leale collaborazione

Quanto ai condizionamenti capaci di influenzare l'estensione della potestà legislativa (residuale) regionale in materia di politiche sociali, possiamo ricordare l'utilizzo da parte della Corte costituzionale del cosiddetto criterio della prevalenza[21]: di fronte a leggi il cui contenuto non pare riconducibile ad un'unica dimensione, ma coinvolge una pluralità di interessi, ognuno dei quali riferibile ad una materia diversa, essa ha attribuito la titolarità del potere normativo ad un ente piuttosto che ad un altro, a volte mortificando l'affermata autonomia legislativa regionale. Questo sistema è stato utilizzato, ad esempio, nella sent. n. 370/2003[22], con la quale la Corte ha ricondotto la disciplina degli asili nido e degli interventi per il loro sostegno ad una molteplicità di ambiti materiali che, tuttavia, attengono prevalentemente alla materia «istruzione» e, per alcuni profili, a quella della tutela del lavoro, entrambe di competenza concorrente. La soluzione adottata è stata criticata in dottrina in quanto in contrasto da un lato con il ruolo che le leggi regionali hanno avuto nell'evoluzione della normativa sugli asili nido, dall'altro con la ricostruzione che la stessa legge 6 dicembre 1971, n. 1044 ha compiuto della materia, riconoscendo un ruolo di primo piano alle leggi regionali[23].

[21] Un altro criterio utilizzato dalla Corte per comprimere la competenza legislativa regionale è quello dell'individuazione della *ratio* desumibile dalla legge o dalla norma impugnata. In questi casi la Corte, invece di partire dalla delimitazione in astratto dei confini della materia, assume come riferimento gli obiettivi specifici della disposizione dedotta in giudizio. Tale criterio, per la materia che qui interessa, è stato utilizzato nella sent. n. 287/2004, con la quale il c.d. *bonus* bebè è stato considerato quale misura previdenziale e non di politica sociale, in base alla considerazione che la disposizione impugnata «costituisce espressione di quella tutela previdenziale della maternità riconosciuta alla donna in quanto tale […] a prescindere da ogni situazione di bisogno, di disagio o di difficoltà economica, e non soltanto in quanto collegata ad una attività di lavoro subordinato o autonomo».

[22] Per un commento della pronuncia si rinvia a E.A. Ferioli, *Esiti paradossali dell'innovativa legislazione regionale in tema di asili nido, tra livelli essenziali ed autonomia finanziaria regionale,* in *Le Regioni*, 2004, 743 ss.

[23] Non è stato ritenuto applicabile, dalla Corte, il criterio della prevalenza nella sent. n. 226/2010, con la quale si è pronunciata sulla legittimità della disposizione, contenuta all' art.

In questo senso, e sulla stessa linea, appare anche la sent. n. 50/2008 con la quale la Corte si è pronunciata sulla legittimità, tra le altre, delle disposizioni concernenti il fondo per le politiche della famiglia, finalizzato genericamente «a promuovere e realizzare interventi per la tutela della famiglia, in tutte le sue componenti e le sue problematiche generazionali, nonché per supportare l'Osservatorio nazionale sulla famiglia» (art. 19, comma 1, del d.l. n. 223 del 2006)[24].

Esse, da un lato, si sostanziano nella previsione di interventi di politica sociale volti a rimuovere o superare le situazioni di bisogno o di difficoltà che la persona incontra nel corso della sua vita, e sono quindi riconducibili all'ambito materiale dei servizi sociali di spettanza regionale; dall'altro, tuttavia, i finanziamenti paiono riconducibili anche ad ambiti materiali di competenza esclusiva dello Stato, quali quelli della materia ordinamento civile ed organizzazione amministrativa dello Stato, in riferimento all'istituzione ed al finanziamento dell'Osservatorio nazionale, al sostegno delle adozioni internazionali, al sostegno dell'attività dell'Osservatorio per il contrasto della pedofilia e della pornografia minorile. Pertanto, considerando la natura unitaria e indivisa del fondo in esame e l'impossibilità di individuare un

3, comma 40 della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), secondo cui «I sindaci, previa intesa con il prefetto, possono avvalersi della collaborazione di cittadini non armati al fine di segnalare alle Forze di polizia dello Stato o locali eventi che possano arrecare danno alla *sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale*». La Corte ha dichiarato illegittima la norma limitatamente alle parole «disagio sociale». Nel caso di specie, infatti, si ritiene non possa essere invocato il criterio della prevalenza - come pure era stato sostenuto dall'Avvocatura dello Stato - al fine di ricondurre l'intera disciplina in esame nell'alveo della competenza statale in quanto l'applicazione di questo strumento per comporre le interferenze tra competenze concorrenti implica da un lato, una disciplina che, collocandosi alla confluenza di un insieme di materie, sia espressione di un'esigenza di regolamentazione unitaria, e, dall'altro, che una tra le materie interessate possa dirsi dominante, in quanto nel complesso normativo sia rintracciabile un nucleo essenziale appartenente ad un solo ambito materiale, ovvero le diverse disposizioni perseguano una medesima finalità (sentenza n. 222 del 2006). Mentre, nell'ipotesi in esame, il riferimento alle «situazioni di disagio sociale», che richiamano l'ambito materiale dell'assistenza sociale di competenza residuale regionale, si presenta come un elemento *spurio* ed *eccentrico* rispetto alla ratio ispiratrice delle norme impugnate (§ 5.4 del considerato in diritto).

[24] Il Fondo era stato inizialmente *salvato* (sent. n. 453 del 2007) in quanto la disciplina impugnata (l'art. 19 del decreto-legge n. 223 del 2006, convertito, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 4 agosto 2006, n. 248, il quale aveva previsto la mera istituzione del Fondo presso la presidenza del Consiglio dei ministri) era stata ritenuta inidonea a ledere sfere di spettanza regionale. In quell'occasione la Corte costituzionale consolidò il principio per cui l'enunciazione del proposito di destinare risorse per finalità indicate in modo ampio e generico non può di per sé ritenersi sufficiente a concretizzare un'immediata lesione delle competenze regionali, essendo talvolta necessario attendere le norme nelle quali quel proposito si concretizza, sia per l'entità delle risorse sia per le modalità di intervento sia, ancora, per le materie direttamente e indirettamente implicate da tali interventi. Nel caso risolto dalla sent. n. 50/2008 le disposizioni impugnate rappresentano proprio la concretizzazione del generico proposito enunciato nelle norme istitutive del Fondo, stabilendone le finalità e le modalità di ripartizione.

ambito materiale che possa considerarsi nettamente prevalente sugli altri, la Corte costituzionale censura la mancata previsione di un idoneo meccanismo di concertazione con le regioni in conformità al principio di leale collaborazione che deve, in ogni caso, permeare di sé i rapporti tra lo Stato e il sistema delle autonomie; e che, nel caso di specie, avendo riguardo agli interessi coinvolti, dovrà concretizzarsi nella previsione dello strumento dell'intesa con la Conferenza unificata[25]. Ecco quindi venire in gioco il criterio della leale collaborazione[26] che assume rilievo quando una determinata normativa «si trovi all'incrocio di materie attribuite dalla Costituzione alla potestà legislativa statale e regionale, senza che sia individuabile un ambito materiale che possa considerarsi nettamente prevalente sugli altri»[27] e che trova la sua sede principale nel sistema delle Conferenze[28]. Nel caso in esame quindi la

[25] Per un commento alla decisione, si veda F. Biondi dal Monte, *La Corte costituzionale torna sui fondi statali vincolati, con alcune novità in materia di immigrazione*, in *Le Regioni*, 2008, 638 ss.

[26] Sul principio di leale collaborazione prima della riforma del titolo V della Costituzione, si ricorda *l'obitur dictum* della sent. 219/1984, laddove si auspica che, nell'applicazione della legge, i rapporti tra Stato e regioni ubbidiscano assai più che a una gelosa, puntigliosa e formalistica difesa di posizioni, competenze e prerogative, a quel modello di cooperazione e integrazione nel segno dei grandi interessi unitari della Nazione, che la Corte ritiene compatibile col carattere garantistico delle norme costituzionali. Si veda inoltre la sent. 8/1985, con la quale la Corte rileva un *intreccio di interessi*: per ogni materia dell'art. 117 «non è esclusa la possibilità di identificare materie sostanzialmente diverse secondo la diversità degli interessi, regionali o sovra-regionali, desumibile dall'esperienza sociale e giuridica. Ma lo stabilire in quali forme le due specie di interessi debbano venir considerate e reciprocamente armonizzate compete in larga misura alla legge statale ordinaria cui spetta, in particolar modo, decidere in che limiti ed a quali effetti l'intreccio riscontrabile fra gli interessi nazionali e regionali richieda che vengano introdotti congegni di cooperazione tra le regioni e lo Stato, anziché separare con nettezza gli oggetti dell'una e dell'altra competenza». Sul tema si veda P. Carrozza, *Principio di collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (la via italiana al regionalismo cooperativo)*, in *Le Regioni*, 1989, 489 ss.

[27] Si vedano le Corte cost. sentt. nn. 201, 24 del 2007; nn. 234 e 50 del 2005. Sul rapporto tra i principi di prevalenze e leale collaborazione si veda in particolare la Corte cost. sent. n. 50/2005, in cui la Corte si occupa della delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro, mettendo in relazione i due principi: «Questioni di legittimità costituzionale possono quindi anzitutto insorgere per le interferenze tra norme rientranti in materie di competenza esclusiva, spettanti alcune allo Stato ed altre, come l'istruzione e formazione professionale, alle regioni. In tali ipotesi può parlarsi di concorrenza di competenze e non di competenza ripartita o concorrente. Per la composizione di siffatte interferenze la Costituzione non prevede espressamente un criterio ed è quindi necessaria l'adozione di principi diversi: quello di leale collaborazione, che per la sua elasticità consente di aver riguardo alle peculiarità delle singole situazioni, ma anche quello della prevalenza, cui pure questa Corte ha fatto ricorso (v. Corte cost. sent. n. 370/2003), qualora appaia evidente l'appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad altre».

[28] Principio che torna in campo allorquando sia ravvisabile un'esigenza di esercizio unitario a livello statale di determinate funzioni amministrative, in presenza del quale lo Stato è abilitato a disciplinare siffatto esercizio per legge, e ciò anche se quelle stesse funzioni siano riconducibili a materie di legislazione concorrente o residuale (Corte cost. sentt. nn. 303/2003

Corte, pur dichiarando l'illegittimità della norma sottoposta al suo esame, nella parte in cui non prevede la conclusione di una intesa con la Conferenza Unificata, "salva" un fondo avente incidenza chiara anche in una materia affidata alla legislazione residuale regionale, legittimando quindi una violazione dell'autonomia legislativa e finanziaria.

A conclusioni nella sostanza analoghe si perviene con la sentenza n. 121/2010 relativa al c.d. Piano casa. In quella circostanza, con particolare riferimento alla disposizione concernente il Fondo per l'accesso al credito per l'acquisto della prima casa da parte di giovani coppie, la Corte, pur riconoscendo che anche in questo caso si tratta di una disciplina che concerne la materia «servizi sociali», afferma che le istanze regionali sono salvaguardate, in questo caso, dalla previsione di una procedura di codecisione Stato - regioni per la gestione del fondo (nonché dalla circostanza secondo cui sono comunque fatte salve le competenze regionali in materia di politiche abitative). Si sottolinea anche in questo caso che il bilanciamento effettuato dal legislatore è il portato temporaneo della «perdurante inattuazione dell'art. 119 Cost. e di imperiose necessità sociali, indotte anche dalla attuale grave crisi economica nazionale e internazionale», che la Corte ha ritenuto essere giustificazioni sufficienti, ma contingenti, per leggi statali di tutela di diritti sociali limitative della competenza legislativa residuale delle regioni nella materia dei servizi sociali (sent. n. 121/2010, §18.2. del considerato in diritto).

Ma la pronuncia più significativa, che dà conto di quanto possa essere profondamente compromessa, per esigenze di tutela dei diritti sull'intero territorio nazionale, l'autonomia regionale in materia di politiche sociali è senz'altro la sent. n. 10/2010[29], in precedenza richiamata. Con tale decisione, infatti, è fatta salva la disciplina statale della *social card*[30], che la Corte ricono-

e 6/2004), sempre che la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, assistita da ragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità e sia previsto un coinvolgimento della regione interessata in ossequio al principio di leale collaborazione. In quel caso la Corte dichiara la insufficienza del quadro competenziale derivante dall'art. 117 perché «assetti costituzionali fortemente invasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione delle competenze» (sent. n. 303/2003).

[29] Per un commento della pronuncia si veda A. Anzon Demming, *Potestà legislativa regionale residuale e livelli essenziali delle prestazioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 155 ss.; *ivi*, E. Longo, *I diritti sociali al tempo della crisi. La consulta salva la social card e ne ricava un nuovo titolo di competenza statale*, 164 ss., e F. Saitto, *Quanto l'esigenza di tutela della dignità fonda, nell'emergenza economica, la competenza statale*, pag. 182 ss; si veda, inoltre, C. Panzera, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione*, in *Le Regioni*, 2010, pag. 941 ss; A. Ruggeri, *"Livelli essenziali" delle prestazioni relative ai diritti e ridefinizione delle sfere di competenza di Stato e Regioni in situazioni di emergenza economica* (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2010), in www.forumcostituzionale.it.

[30] In questo senso la nuova *social card* riprende alcuni dei tratti caratterizzanti il reddito minimo di inserimento, inserito nella legge n. 449/9 (legge finanziaria per il 1998) e definito dal successivo de-

sce quale misura di sostegno collegata a situazioni di estremo bisogno, e dunque situata nell'alveo della materia servizi sociali, ma ricondotta, nel caso di specie, alla competenza statale quale espressione di una specifica prestazione costituente livello essenziale di un diritto sociale. In altre parole, in ragione della grave crisi economica, e costituendo la *social card* attuazione del livello essenziale delle prestazioni sociali, pur versando in materia assistenziale, è legittimo l'intervento statale anche in violazione del principio della leale collaborazione[31], in quanto essa ha lo «scopo di assicurare effettivamente la tutela di soggetti i quali, versando in condizioni di estremo bisogno, vantino un diritto fondamentale [...] inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana» (§ 6.3 del Considerato in diritto).

La pronuncia è significativa perché rompe con tutti i precedenti che, a partire dalla sent. 88/2003, avevano interpretato la clausola del 117, comma 2 lett. *m)* come espressiva di una trasversalità *mite*[32], elemento cardine di un sistema multilivello di attuazione dei diritti, regolato dal principio di leale collaborazione.

## 4. Alcune riflessioni conclusive e prospettive aperte

La riforma costituzionale ha quindi complicato il riparto delle competenze inerenti all'intervento in materia di *welfare*, e non sempre è stato sufficiente l'intervento compensativo della Corte costituzionale, finalizzato ad imporre il rispetto del principio di leale collaborazione. E ciò sia perché gli strumenti e le sedi dove questo coinvolgimento si attua sono espressione del potere esecutivo e non comportano quindi l'intervento degli organi a cui la Costituzione affida il potere legislativo, sia perché il modello cooperativo italiano «si è affermato in modo squilibrato, giacché segue e non precede l'intervento del legislatore statale»[33].

La conseguenza di ciò è che sembra rimanere poco dell'autonomia regionale nella previsione e nella garanzia dei diritti sociali. Una autonomia, pe-

creto legislativo n. 237/98. Anche quella misura era costituita da trasferimenti monetari e da programmi di inserimento, che, insieme, avevano lo scopo di perseguire l'integrazione sociale e l'autonomia economica dei soggetti destinatari. Come noto, tale istituto fu poi sostituito dalla legge n. 350/2003 (finanziaria per il 2004), con il reddito di ultima istanza (RUI), istituto di carattere regionale, che lo Stato si limitava a cofinanziare attraverso una quota del Fondo Nazionale per le Politiche Sociali (FNPS) in quelle regioni che lo avessero introdotto (art. 3, comma 101). Con la Corte cost. sent. n. 423/2004 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del vincolo di destinazione posto al FNPS per il finanziamento del RUI, in quanto l'istituto in commento afferiva alla materia "servizi sociali", di competenza residuale regionale, violando così l'autonomia legislativa e finanziaria regionale.

[31] Sulla procedura di definizione dei livelli essenziali in materia sociale, si rinvia, in generale, a F. Pizzolato, *La procedura per la determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociale*, in www.amministrazioneincammino.it.

[32] C. Salazar, *Il ruolo delle fonti normative*, cit.

[33] S. Mangiameli, *Introduzione*, in *Rapporto sullo stato della legislazione 2011*, 6.

raltro, presa poco sul serio proprio dal livello di governo centrale che, negli ultimi anni, ha introdotto misure di politica sociale perlopiù attraverso disposizioni sparse in decreti leggi o in norme puntuali contenute nella annuali leggi finanziarie[34]. Si pensi, per fare un esempio relativo ai tempi più recenti, al decreto legge n. 201/2011 recante «Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici», convertito in legge n. 214/2011, dove è prevista una riforma dell'Indicatore di Situazione Economica Equivalente (Isee) quale strumento per accedere a prestazioni sociali agevolate (art. 5), senza, per ciò che qui interessa, che sia previsto alcun coinvolgimento[35] di regioni ed enti locali, i quali avrebbero dovuto essere coinvolti almeno per quello che attiene alla revisione dei criteri di accesso.

Nonostante il quadro delineato, che per certi aspetti è caratterizzato da una pluralità di limiti che sembrano frapporsi allo sviluppo della normazione regionale sui diritti, non si può non segnalare che importanti spunti di novità, i quali danno conto di una certa vivacità e vocazione naturale delle regioni a farsi interpreti dei bisogni espressi dalle comunità che esse rappresentano, sono nondimeno individuabili. Questi, peraltro, sembrano collocarsi all'interno di una tradizione che ha visto, negli ultimi trent'anni, le regioni quali protagoniste nella implementazione di interventi di cura e sostegno dei propri cittadini in condizioni di debolezza[36].

[34] Sul punto sia consentito rinviare a E. Vivaldi, *Garanzia dei diritti sociali e ruolo degli enti non profit. Alcune considerazioni a margine del disegno di legge delega in materia fiscale e assistenziale (ddl n. 4566) e dei primi provvedimenti di un governo tecnico*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti*, 2012, 2.

[35] A tale proposito si segnala il ricorso n. 29/2012 della regione Veneto con riferimento proprio all'art. 5 del decreto n. 201/2011. La regione, muovendo dal presupposto secondo cui la determinazione di criteri di accesso alle prestazioni, quali appunto l'Isee, rientra nella competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, co. 2, lett. *m)*, denuncia il mancato rispetto del canone della leale collaborazione, il quale peraltro era stato osservato per l'approvazione della disciplina attualmente in vigore - seppure emanata prima della riforma del Titolo V della Costituzione. Il decreto legislativo n. 130/2000, infatti, nel modificare il decreto legislativo n. 109/1998, istitutivo dell'Isee, era stato emanato *sentita* la Conferenza unificata. Con riferimento ai criteri di accesso in termini di livelli essenziali delle prestazioni, si veda Corte cost. sent. n. 203/2008, secondo la quale "dell'offerta concreta di prestazioni fanno parte non solo la qualità e quantità delle prestazioni da assicurare sull'intero territorio nazionale, ma anche *le soglie di accesso*, dal punto di vista economico, dei cittadini alla loro fruizione" (§ 7 del considerato in diritto).

[36] Con riferimento alla materia della tutela della salute, si rinvia alle considerazione di R. Balduzzi, *Cinque anni di legislazione sanitaria decentrata: varietà e coesione di un sistema nazional-regionale*, in *Le regioni*, 2005, 717 ss., il quale sottolinea come, almeno dagli anni '80, in forza del carattere largamente decentrato del Servizio sanitario nazionale, le regioni abbiano dato vita a modelli legislativi, sui quali la riforma costituzionale del 2001 non pare aver avuto effetti dirompenti. Si vedano anche le considerazioni contenute in M. Luciani, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Torino, 2011, 9 e ss.; *ivi*, F. Cintioli, *Diritto alla salute, interessi pubblici e ruolo delle*

In tal senso ci pare siano da segnalare le tendenze che negli ultimi anni interessano la legislazione regionale in materia di inclusione sociale degli immigrati[37] e di protezione e cura dei soggetti non autosufficienti[38].

Con riferimento al primo filoni di leggi regionali, si realizza, come è stato efficacemente affermato «uno dei pochi casi di legislazione regionale in una materia esclusiva ma non escludente»[39], che consente alle regioni[40] di inserirsi nel campo appunto delle politiche sulla migrazione[41], portando così la legislazione a toccare temi di grande rilevanza in quanto strettamente connessi al riconoscimento di diritti fondamentali, che, come tali, spettano ad ogni uomo. Il nuovo quadro costituzionale ha consentito, pertanto, nonostante un impianto ancora centralistico ed uniforme, spazi per la creazione di sistemi normativi regionali[42], che paiono peraltro far emergere rilevanti

*Regioni*, 35 ss. Con riferimento, invece, allo sviluppo della normativa regionale in materia di assistenza sociale, si veda E. A. Ferioli, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, 2003; sia, inoltre, consentito rinviare a E. Vivaldi, *I servizi sociali e le Regioni*, Torino, 2008.

[37] Si vedano: la l.r. Marche 26 maggio 2009, n. 13 *Disposizioni a sostegno dei diritti e dell'integrazione dei cittadini stranieri immigrati*; la l.r. Calabria 12 giugno 2009, n. 18 *Accoglienza dei richiedenti Asilo, dei rifugiati e sviluppo sociale, economico e culturale delle Comunità locali*; la l.r. Liguria 20 febbraio 2007, n. 7 *Norme per l'accoglienza e l'integrazione sociale delle cittadine e dei cittadini stranieri immigrati*; la l.r. Lazio 14 Luglio 2008, n. 10, *Disposizioni per la promozione e la tutela dell'esercizio dei diritti civili e sociali e la piena uguaglianza dei cittadini stranieri immigrati*; la legge provinciale Bolzano 28 ottobre 2011, n. 12, *Integrazione delle cittadine e dei cittadini stranieri*; la l.r. Toscana 9 giugno 2009, n. 29 *Norme per l'accoglienza, l'integrazione partecipe e la tutela dei cittadini*; la l.r. Puglia 4 dicembre 2009, n. 32 *Norme per l'accoglienza, la convivenza civile e l'integrazione degli immigrati in Puglia*.

[38] Si pensi, da ultimo, alla l.r. n. 18/2010 del Molise *Interventi regionali per la vita indipendente*, alla l.r. n. 10/2010 del Piemonte *Servizi domiciliari per persone non autosufficienti*; alla l.r. 2/2010 della Puglia *Istituzione del fondo regionale per il sostegno delle persone non autosufficienti e loro nuclei familiari*, alla l.r. n. 17/2010 della Basilicata *Interventi per l'inserimento e l'integrazione sociale a favore dei sordi*; alla l.r. n. 6/2010 della Sardegna *Provvedimenti a favore di persone con handicap grave di cui alla legge 21 maggio 1998, n. 162*. Per una analisi delle politiche regionali di sostegno alla non autosufficienza si rinvia a G. Cuzzola, *Le politiche regionali sulla disabilità*, in E. Vivaldi (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà. Il dopo di noi tra regole e buone prassi*, Bologna, 2012, pag. 65 ss.

[39] C. Salazar, *Il ruolo delle fonti normative regionali*, cit.

[40] Come affermato Corte cost. sent. n. 134/2010 la potestà legislativa delle regioni «non può riguardare aspetti che attengono alle politiche di programmazione dei flussi di ingresso e di soggiorno nel territorio nazionale, ma altri ambiti, come il diritto allo studio o all'assistenza sociale, attribuiti alla competenza concorrente e residuale regionale» (§ 2.2. del considerato in diritto).

[41] Sul punto C. Salazar, *Leggi regionali sui "diritti degli immigranti", Corte costituzionale e "vertigine della lista": considerazioni su alcune recenti questioni di costituzionalità proposte dal governo in via principale*, in S. Gambino, G. D'Ignazio (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Milano, 2010, pag. 392 ss.

[42] F. Biondi Dal Monte, *Lo stato sociale di fronte alle migrazioni. Diritti sociali. Appartenenza e dignità della persona*.

difformità, nella tutela dei diritti sociali. Come è stato osservato, infatti, «alcune regioni, nell'ambito delle proprie competenze, hanno esteso certe prestazioni di assistenza sociale anche agli stranieri non regolarmente presenti sul territorio» dando così luogo ad «un complesso asistematico di normative, talvolta incoerenti tra loro, indice di un *localismo* nel godimento dei diritti fondamentali che incide sulla condizione giuridica dello straniero, così come su quella del cittadino». A tal proposito è emblematico quanto affermato nella sent. n. 61/2011[43] della corte costituzionale, relativa ad una legge della regione campania nella quale si prescriveva l'apertura dei centri di accoglienza anche gli stranieri irregolari (art. 17, comma 2 della l.r. n. 6/ 2010). In questo caso, la corte, dopo aver ricondotto la disposizione in oggetto alla materia dell'assistenza e dei servizi sociali, di competenza residuale della regione, afferma che l'autonomia del legislatore regionale nella materia *de qua* appare guidata dalla volontà di «estendere l'accessibilità al diritto sociale ad una (sebbene precaria e temporanea) sistemazione alloggiativa, che peraltro la corte ha ritenuto riconducibile "fra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 della costituzione»[44]. L'affermazione pare di estrema importanza, perché riconosce alle regioni la possibilità di legiferare in merito ad un diritto, dalla stessa definito come fondamentale, peraltro non esplicitamente previsto dal testo costituzionale[45].

Elementi altrettanto suggestivi ci pare emergano dal filone delle leggi regionali in materia di disabilità e non autosufficienza, il quale sta assumendo, in concreto, un ruolo sempre più importante, soprattutto laddove l'attenzione sul tema sta perdendo di centralità[46] nella programmazione degli interventi di politica sociale a livello nazionale[47]. Da questo punto di vista, a parte l'interesse circa gli strumenti che le regioni stanno utilizzando per sostenere finanziariamente tali politiche in un quadro di autonomia impositiva regionale ancora bloccato, ci preme qui sottolineare come tali interventi comportino problematiche inerenti ancora una volta lo *spessore* dell'intervento regionale,

[43] Sull'importanza della decisione si veda C. Salazar, *Il ruolo delle fonti normative*, cit.

[44] Corte cost. sent. n. 61/2011, § 3.1 del considerato in diritto.

[45] Sul diritto all'abitazione come "nuovo" diritto, si veda la relazione di S. Scagliarini, *Diritti sociali e nuovi diritti sociali* in fieri *nella giurisprudenza costituzionale*.

[46] Pensiamo al Fondo per la non autosufficienza, istituito con la legge n. 296/2006, finalizzato a garantire il godimento dei livelli essenziali delle prestazioni per le persone non autosufficienti, ed istituito prima di aver approvato alcuna riforma sulla quale lo stanziamento finanziario si potesse incardinare. La disposizione della legge finanziaria, infatti, non indicò alcuna prestazione essenziale per i soggetti non autosufficienti; fu solo il primo decreto di riparto delle risorse, il decreto del Ministro della Solidarietà sociale del 17 ottobre 2007, ad effettuare una prima individuazione di aree prioritarie di intervento. Quanto allo stanziamento, esso è passato dai 300 milioni di euro del 2008, ai 400 milioni nel 2009 e 2010, fino ad essere azzerato nel 2011.

[47] Il Piano per il Sud, varato dal Consiglio dei Ministri lo scorso 11 maggio per favorire l'equità, destina una parte delle risorse - 330 milioni - per l'assistenza domiciliare degli anziani non autosufficienti di sole 4 regioni: Campania, Calabria, Puglia e Sicilia.

soprattutto laddove alcune leggi regionali che disciplinano interventi in favore di soggetti non autosufficienti, per far fronte al forte aumento della popolazione interessata, stanno rivedendo i sistemi di compartecipazione al costo delle prestazioni da parte del cittadino[48], intervenendo in un ambito, quello dei criteri di accesso alla fruizioni dei diritti, almeno *contiguo* a quello della definizione dei livelli essenziali delle prestazioni, di competenza statale. A tale proposito si ricorda che il Tar Toscana[49] ha sollevato questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, comma 2, lett. *m)*, Cost. della legge regionale Toscana n. 66/2008, istitutiva appunto del Fondo per la non autosufficienza, ove si introduce un criterio diverso e *peggiorativo* da quello previsto a livello nazionale[50] dall'art. 3 comma 2-ter del d. lgs. n. 109/1998, per l'accesso a prestazioni sociali agevolate per anziani e disabili gravi.

Sarà ancora una volta la Corte costituzionale a dover risolvere i delicati problemi di contemperamento tra esigenze di tutela uniforme dei diritti e promozione delle autonomie, che passa, anche questa volta, per la incalzante necessità, per le regioni, di far fronte ai bisogni della propria comunità, in un quadro di riforma delle relazioni finanziarie tra livelli di governo ancora incompleto.

[48] Sul tema s si veda, da ultimo, la legge regionale lombarda 24 febbraio 2012 n. 2 (di modifica della legge regionale n. 3/2008, *Governo della rete degli interventi e dei servizi alla persona in ambito sociale e sociosanitario*), che introduce il c.d. fattore famiglia quale criterio per la valutazione della capacità concorsuale delle famiglie al costo delle prestazioni sociali. Dubbi di costituzionalità sulla legge sono espressi da A. Candido, *Il costo della non autosufficienza. Profili di incostituzionalità della recente legge Lombardia n. 2/2012 sulle rette per le residenze sanitarie assistenziali*, in www.forumcostituzionale.it. Sulla configurabilità di uno strumento regionale per individuazione della capacità economica del richiedente una prestazione sociale, si veda F. Pizzolato, *Verso l'Isee regionale*?, in E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni, G. Pastori, *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Milano, 2007, 567 e ss.

[49] Si veda l'ordinanza del 22 novembre 2011, n. 5.

[50] Peraltro, come accennato sopra, in via di modifica, secondo quanto previsto dall'art. 5 del decreto legge n. 201/2011 recante «Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici», convertito in legge n. 214/2011.

# RELAZIONI
# DI SINTESI

# I DIRITTI SOCIALI NELL'ATTUALE MOMENTO COSTITUZIONALE

di Antonio D'Aloia

**1.**

Non è la prima volta che ho l'opportunità di confrontarmi con il tema dei diritti sociali, che è la proiezione più immediata, e al tempo stesso fragile, del principio di eguaglianza; rappresentano di questo uno strumento irrinunciabile, pur non esaurendo lo spettro delle possibili declinazioni della ricerca dell'eguaglianza. Insomma, l'eguaglianza non è *solo* «diritti sociali»; nondimeno, i due termini costituiscono una sequenza necessaria.

Parlare però di diritti sociali in questa fase della storia nazionale ed europea ha un impatto diverso. Siamo in contesto «oggettivamente» nuovo, direi pericolosamente «nuovo».

Le relazioni, il dibattito che si è sviluppato nella sessione che ho avuto l'onore di coordinare, hanno avuto sullo sfondo, e non poteva che essere così, il quadro inedito imposto da questa devastante (e ormai perdurante) crisi economico-finanziaria[1], e dalla sua capacità (non solo potenziale) di alterare il ritmo ordinario delle politiche e dei meccanismi istituzionali, fino al punto da produrre esiti di ridefinizione degli assetti costituzionali: sul piano formale (si pensi, quanto a noi, alla introduzione in Costituzione del «pareggio di bilancio», alla pesante rimodulazione del sistema autonomistico, agli interventi «legislativi» sui temi del diritto del lavoro e delle pensioni), e su quello sostanziale (con l'anomalia del governo «tecnico»)[2].

Siamo davvero di fronte ad un mutamento di scala, che cambia o almeno obbliga a rimettere in discussione le condizioni di fondo di un modello, e che non può essere ridotto alla sua componente quantitativa.

*This time is different*, è il titolo di un interessante volume di C. Reinhart[3] su questa crisi. Ed è effettivamente così: questa volta non è una delle tante crisi che hanno attraversato il mondo globalizzato negli anni '80 e '90 del XX secolo, colpendo di volta in volta, e con ricadute non omogenee sul piano della gravità, Paesi del sud-est asiatico, la Russia, l'Argentina, il Brasile.

Nemmeno può essere paragonata, la situazione che stiamo vivendo, alla vicenda post-Maastricht, dove pure cominciarono a delinearsi con una certa

[1] V., per tutti, N. Roubini, S. Mihm, *La crisi non è finita*, Milano, 2010.

[2] V., in tema, T. E. Frosini, *Anatomia e anomalia di un governo tecnico*, in *Rass. Parl.*, 3/2012, 615 ss.

[3] C. Reinhart, *This time is different*, Princeton, 2011.

nettezza problemi e fenomeni (l'entità del debito pubblico, la difficile sostenibilità delle nostre finanze), che evidentemente, in questi anni, sono rimasti senza risposta, o hanno avuto risposte insufficienti, inadeguate.

Anche allora ci fu una letteratura (in alcuni casi molto interessante) sulla «crisi dello Stato sociale»[4], e la giurisprudenza costituzionale avviò un percorso di riflessione (che continua tuttora, e che certo non può risolversi una volta per tutte) sul raccordo tra diritti sociali (eguaglianza sostanziale) ed equilibrio finanziario[5], su come individuare un nucleo (o contenuto) minimo, essenziale, di questi diritti, sugli strumenti e sulle risorse procedurali da utilizzare per questo complesso bilanciamento (si pensi alle «additive di garanzia» che prendono il posto delle più aggressive «additive di prestazione»).

Quella era una crisi di «asimmetria» rispetto ad un modello che veniva affermato come necessario per permettere l'esperienza della moneta unica. Ma appunto, la sfida era essenzialmente quella di rimettersi in linea con i criteri di questo modello, o almeno di riorientare verso quella direzione (finanze stabili, deficit sostenibile, riduzione del debito), senza compromettere il livello indeclinabile del progetto costituzionale di eguaglianza sostanziale, le proprie strategie di politica economica e sociale.

Non era un impegno facile, e tuttavia veniva a cadere in un momento in cui c'erano prospettive e indicazioni di crescita economica, e gli strumenti da mettere in campo sembravano molti e consistenti (basti pensare all'avvio del processo di «privatizzazione» delle partecipazioni statali).

Oggi il tema è completamente un altro. Abbiamo scoperto, non so quanto improvvisamente o quanto abbiamo fatto finta o sperato di non capire, la fragilità di non dipendere più nemmeno da quello che riusciamo a fare. Non c'è dubbio, anche solo guardando a quest'ultimo anno, che stiamo facendo, come Paese, sforzi enormi per fronteggiare questa crisi. I riflessi sociali di politiche che appaiono (o vengono proposte come) sostanzialmente «obbligate» sono durissimi, e tutto questo potrebbe non servire; nel senso che la stabilità finanziaria del nostro Paese continua a dipendere altresì dalla fiducia e dalla disponibilità di chi può comprare i nostri titoli del debito pubblico, e da valutazioni che riguardano anche quello che fanno altri Paesi.

Fuori dalla cronaca di politica economica, emergono problemi effettivamente «nuovi» nella portata e nell'intensità delle possibili conseguenze, rispetto ai quali va probabilmente ridefinita anche la funzione storica del costituzionalismo, che è quella di limitare il potere, da quello del monarca 'assoluto', alle maggioranze parlamentari, agli stessi poteri privati, come attestano le norme sulla tutela dei lavoratori e dei loro diritti.

[4] Cfr. per tutti C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996.

[5] M. Benvenuti, *Diritti sociali*, in *Digesto delle disc. Pubbl.*, agg., vol. *****, Torino, 2012, 270 ss.

Oggi dobbiamo chiederci chi sono queste nuove figure (le agenzie di rating[6], i fondi sovrani), come è possibile controllarne il potere e l'enorme forza condizionante rispetto ai processi costituzionali materiali, indurli ad operare in condizioni di trasparenza, concorrenza, assenza di conflitti di interessi, lealtà verso le basi costituzionali della convivenza civile, in cui la dignità sociale e l'eguaglianza sostanziale giocano un ruolo decisivo ed insostituibile.

Massimo Luciani, con la consueta chiarezza, ci avverte che è in atto uno scontro fortissimo tra poteri economici e poteri politici, che attende di essere interpretato, capito, in qualche modo affrontato.

Come è stato possibile arrivare a questo livello? Cosa si può fare oggi per attenuare almeno i tratti più «violenti» di questo fenomeno?

Se volessimo cercare un parallelo, anche se la storia non concede quasi mai repliche, viene da pensare più alla crisi del 1929: molti lo hanno scritto e sottolineato in questi mesi.

Ed è vero, come dice G. Razzano, che dopo la crisi del '29 c'è stata (con maggiore stabilità e fortuna rispetto all'esperimento di Weimar) la grande stagione del costituzionalismo sociale e democratico; ma non subito dopo. La via d'uscita da quella crisi fu, in prima battuta, un'altra, ed è stato uno dei più tremendi 'buchi neri' della storia europea e mondiale.

## 2.

La drammaticità inedita del contesto che abbiamo davanti si impone come una premessa al tentativo di rappresentare il quadro costituzionale e sovranazionale dei diritti sociali.

Quello che chiamiamo il «quadro costituzionale» di un Paese, la sua esperienza costituzionale – perché la Costituzione è, e non può non essere, «forma plasmata che si sviluppa vivendo»[7] – vive anche (anzi è inevitabile che sia così) di questi elementi materiali, li subisce in un certo senso anche quando sembra affermare un diverso paradigma.

Dobbiamo prendere atto che c'è una storia che «scorre», e che modella il campo su cui siamo chiamati a giocare la nostra partita, che è una partita che investe tutta intera la teoria democratica e la sua pur varia ed irriducibile esperienza.

Dentro questo orizzonte, che peraltro cade in una situazione già solcata da profonde diseguaglianze che vanno ad acuirsi sempre di più, le domande alle quali le due relazioni hanno provato a rispondere e che contemporaneamente ci hanno posto, sono: come incide tutto questo sui diritti sociali? Quali soluzioni è possibile mettere in pratica? Chi può farlo?

[6] V. C. Pinelli, *L'incontrollato potere delle agenzie di rating*, in www.costituzionalismo.it, 1 giugno 2012.

[7] Così M. Rosenfeld, *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica*, trad. it., Bologna, 2000.

Partirei proprio da questo ultimo interrogativo, che attraversa entrambe le due relazioni «generali» (di Razzano e Tega), perché dietro il «quadro» costituzionale e sovranazionale, un tema forte – posto anche da alcuni interventi (penso a Staiano, Azzariti) – è quello del livello istituzionale più idoneo a fronteggiare l'emergenza.

La realtà evidenzia un paradosso: gli Stati possono fare poco, soprattutto quelli economicamente più deboli ed esposti alla crisi finanziaria e al rischio di insostenibilità dei debiti pubblici; d'altro canto, l'UE ancora non riesce o non vuole dare una svolta al suo ruolo, prendere in mano la responsabilità diretta e principale della gestione della crisi e dei modi per uscirne.

Eppure, si percepisce che siamo ad un punto cruciale del «cammino europeo», in cui non bastano più i vecchi adattamenti funzionalisti. O si determina un salto di qualità verso un'integrazione che recuperi la divaricazione non più sostenibile tra una moneta unica e l'assenza di un sistema (di regole comuni vincolanti, di indirizzi politici unitari nel campo economico e sociale, di istituzioni forti) capace di difenderla e di reggerne il peso, anche a costo di prendere atto che c'è una frattura sempre più visibile, che non può non avere una conseguenza istituzionale, «tra quelli che vogliono (o credono di poter avere) in futuro la moneta unica, e quelli che non la vogliono (o non credono di poterla avere)»[8]; oppure, il rischio non è solo per la tenuta dell'Euro (per la risorsa tecnica della moneta), ma quello, ben più grave, di una perdita di senso del progetto europeo nella complessità della sua dimensione.

Non sono un segnale positivo, da ultimo, le forti difficoltà e resistenze che sta incontrando il tentativo di intensificare l'unione monetaria e di bilancio, e prima ancora l'unione bancaria[9]; e, su un piano diverso, l'intensificarsi del rischio di un disimpegno del Regno Unito dal progetto «Europa»[10].

Allo stesso modo, l'Europa che riuscirà a venir fuori da questa crisi (ma su questo tema non posso soffermarmi molto) dovrà essere molto diversa da quella che oggi ha in un certo senso messo all'angolo le strutture rappresentative (il Parlamento europeo e i Parlamenti nazionali), che si è rinchiusa in una *governance* troppo asimmetrica, incentrata su alcuni Stati e sugli apparati della burocrazia amministrativa e finanziaria.

Staiano, nel suo intervento, ha opportunamente sostenuto che i Parlamenti non possono non essere il luogo, la stanza di compensazione dove risanare (così si esprime) la frattura tra processi di universalizzazione dei diritti e garanzia dei diritti sociali, i quali, se per un verso hanno sempre rap-

[8] Cfr. da ultimo, le chiare annotazioni di M. BORDIGNON, *Europa. La casa comune in fiamme*, Bologna, 2012, 20-21, 45-46, 107 ss.

[9] V. ora, la Comunicazione della Commissione Europea del 28 novembre 2012, dal titolo "*A blueprint for a deep and genuine economic and monetary union. Launching a European Debate*"; un primo importante passo sulla strada per l'unione bancaria c'è stato il 12 dicembre 2012 con l'accordo sulla vigilanza e sulla supervisione nei confronti delle banche c.d. 'sistemiche'.

[10] Cui è dedicato l'editoriale dell'Economist dell'8 dicembre 2012: "*Goodbye Europe*".

presentato uno dei problemi più significativi del processo di integrazione, su un piano diverso potrebbero diventare un punto decisivo della credibilità dell'esperimento europeo di fronte alle opinioni pubbliche nazionali.

La tradizionale questione della legittimazione democratica, a questa stregua, non è semplicemente una questione di competenze formali dei Parlamenti, ma di possibilità di una riflessione pubblica su quali sacrifici debbano essere imposti, per quali scopi, e a quali soggetti o categorie[11].

In sostanza, *deficit* sociale e *deficit* democratico (come ben sottolinea Tega) sono parti di uno stesso problema, o «limite», del processo di integrazione europea; proprio perché i modelli di *welfare* non si riducono ad essere semplicemente formule giuridico-normative, ma fenomeni complessi, dietro i quali ci sono interessi e forze collettive, contesti e spinte sociali, lotte (vedi gli interventi di Luciani, e Azzariti).

I diritti sociali, allora, contano anche in quanto poggiano su basi e condizioni di forza extra-giuridiche, hanno bisogno di una cultura sociale che li alimenti e li sostenga. In questo senso, molto acutamente alcuni interventi (ancora Tega e Azzariti), hanno sottolineato il rischio che portare semplicemente 'in alto' questi diritti, senza intervenire su questa nuova dimensione, potrebbe significare una fuoriuscita dal loro «ambiente» di riferimento, con il risultato di costringerli a bilanciamenti ai quali non sono abituati nell'ordinamento «nazionale».

L'esempio che viene portato, per giustificare questa preoccupazione, è quello delle sentenze *Viking* e *Laval* della Corte di Giustizia, in cui la libertà sindacale, i diritti collettivi dei lavoratori (in particolare il diritto di sciopero), vengono sì affermati come elementi fondamentali del quadro 'costituzionale' europeo (anche prima della piena efficacia giuridica della Carta di Nizza), ma contemporaneamente subiscono un bilanciamento non favorevole con i tasselli 'storici' del mosaico comunitario: la libertà di circolazione e di stabilimento, l'iniziativa economica delle imprese, nello specifico il diritto di spostarsi alla ricerca delle condizioni più favorevoli sul piano delle relazioni industriali[12].

**3.**

Ad ogni modo, le due dimensioni richiamate nel titolo di questa sessione si intersecano ormai profondamente. Più che di due «quadri», appare più corretto parlare di due versioni dello stesso quadro; e tra queste due versioni,

[11] È J. Habermas, *Questa Europa è in crisi*, Roma-Bari, 2012, 80-81, a sottolineare che "*Una solidarietà civica estesa all'intera Europs non può formarsi se fra gli Stati membri, dunque nei punti di rottura nazionale costituiti dal debito, si consolidano strutturalmente le ineguaglianze sociali. L'Unione deve garantire quello che la Costituzione della Repubblica Federale di Germania chiama l'uniformità delle condizioni di vita*".

[12] Si veda, tra i moltissimi contributi su queste decisioni, M.V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2/2008, 371 ss.

quella costituzionale interna, e quella sovranazionale, può dirsi che abbia prevalso, almeno finora, un movimento (tuttora parziale) di convergenza, e, in particolare, la progressiva acquisizione nel diritto europeo di quella dimensione sociale che sembrava carente nella originaria impostazione del Trattato di Roma, ma che forse era già implicita nel fatto che interessarsi del mercato non poteva poi non condurre ad affrontare il problema delle sue distorsioni e delle ineguaglianze che ne derivano.

Conosciamo tutti le tappe principali di questo cammino, su cui la relazione di Diletta Tega si sofferma molto accuratamente, non mancando di rilevare che è stato un processo faticoso, non privo di elementi di opacità in alcuni passaggi di avanzamento, legati certamente al fatto che mentre le libertà economiche sono nei Trattati fin dall'inizio del «percorso» europeo (fanno parte cioè della Costituzione «storica» europea), non è così per i diritti sociali, che entrano nello spazio giuridico europeo principalmente come elemento delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, che però su questo terreno sono molto diversificate, soprattutto nell'Europa a 27 Stati, molti dei quali[13] «*hanno una storia economica, politica e sociale ben diversa dai paesi dell'Europa Occidentale*». Questo spiega alcune perduranti debolezze del c.d. modello sociale europeo, il suo strutturarsi attraverso strumenti non vincolanti, a bassa capacità armonizzatrice, la frammentarietà di politiche che ancora non paiono sufficienti a delineare un sistema.

Un ruolo decisivo lo ha svolto, come in altri settori tematici, la Corte di Giustizia, con una giurisprudenza che ha saputo 'estrarre' dal principio di non discriminazione tutta una serie di implicazioni e di contenuti che hanno finito prima con l'occupare tutto lo spazio del lavoro (oltre i profili retributivi, oltre il lavoro privato), poi con il superare la stessa dimensione meramente economica, come dimostrano tutta una serie di pronunce, che in questa sede possono essere appena ricordate (*Defrenne I* e *II*, *Kreil*, *P.S.*, *Maruko*, *Martinez Sala*, *Zambrano*), in cui la declinazione dell'istanza antidiscriminatoria arriva a toccare profili essenziali della cittadinanza e della identità personale (penso alle decisioni sui diritti del lavoratore transessuale, o sui diritti delle coppie tra persone dello stesso sesso).

Non ha fatto tutto da sola, la giurisprudenza. Quello che si è venuto a determinare, in realtà, è stato una sorta di circolo 'virtuoso' in cui l'elaborazione del Giudice comunitario ha favorito (e talvolta ha 'subito' in senso positivo: emblematico il tema delle azioni positive per la pari opportunità tra uomo e donna, in cui la Corte di Giustizia ha dovuto in un certo senso rivedere la sua iniziale posizione sotto la spinta della pressione delle istituzioni politiche, e dell'introduzione nel Trattato di Amsterdam dell'ammissibilità di 'misure specifiche di vantaggio' per il sesso sottorappresentato) il raffor-

[13] Come rileva attentamente L. GALLINO in *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, Roma-Bari, 2012, 128.

zamento del progetto di eguaglianza e dell'idea di protezione sociale, con Maastricht, ma soprattutto con il Trattato di Amsterdam.

E infine, con il capitolo della Carta dei diritti fondamentali, dove appunto tra questi, cioè tra i diritti e le posizioni soggettive qualificate come "fondamentali", troviamo riproposte finalità solidaristiche e di eguaglianza attraverso schemi e principi non lontani – al netto di alcune differenze linguistiche, che tuttavia non sarebbe corretto enfatizzare – da quelli del costituzionalismo 'sociale' statale del secondo '900.

La giustizia sociale, la protezione sociale, l'economia "sociale" (e non solo fortemente competitiva) di mercato diventano parti di un disegno complessivo europeo che non può e non vuole eludere la questione dell'eguaglianza. La stessa cittadinanza europea si mostra idonea a generare implicazioni sostanziali che sostengono e producono il riconoscimento di diritti anche per cittadini economicamente non attivi, e a prescindere dal requisito dell'autosufficienza economica (si vedano ancora le sentenze *Martinez Sala* e *Zambrano*).

Allora, fermo restando che il *welfare*, la sua strutturazione, rimane ancora un problema essenzialmente nazionale, con alcune eccezioni (come ad esempio le politiche antidiscriminatorie); che, insomma, la funzione redistributiva continua ad essere statale (e qui – come rileva attentamente Staiano – sconta anche la debolezza legata al fatto che i presupposti economici della redistribuzione non sono più 'immobili' all'interno dei confini territoriali dell'ordinamento statale), non può negarsi che questo avvicinamento tra le due dimensioni (interna e sovranazionale), questa circolarità di influenze tra i due ordinamenti, ha certamente attenuato il rischio, paventato già all'epoca di Maastricht, di una sottrazione del mercato ad ogni disponibilità correttiva o riequilibratrice della politica, o di pesanti riduzioni delle politiche di welfare (nella relazione di Tega, viene secondo me accortamente evidenziato che i problemi della dimensione sociale dell'UE sono inseparabili da quelli nazionali; i problemi non derivano tanto più da conflitti *sui* e *dei* principi, ma sono legati ad una dispersione di interventi tra sfere di governo, apparati giudiziari, e da una politica che è in grande difficoltà nel ridisegnare in modo credibile un progetto di eguaglianza per le esigenze di questo tempo).

Certo, la fase storica che stiamo vivendo ci mette di fronte a seri pericoli di contrazione della spesa sociale. Alcune cose sono già reali e percepibili; d'altro canto, non si può escludere che proprio strumenti come il *Fiscal Compact* rischiano di essere un macigno insostenibile sulla strada della difficile ricerca, da parte degli Stati, di un nuovo equilibrio tra politiche di realizzazione dei diritti sociali e sostenibilità finanziaria delle medesime.

Questo però non è la conseguenza della scelta europea, o della sua intensificazione con la moneta unica, quanto piuttosto della sua incompiutezza, e di alcune condizioni oggettive alle quali abbiamo sciaguratamente concorso.

Non mi ha mai convinto l'idea che tutta la costruzione della sostenibilità finanziaria dei diritti, e soprattutto di quelli basati su prestazioni economiche

e di servizi, la necessità di tener conto di esigenze di stabilità del bilancio, provenga o sia stata imposta unicamente dal 'cammino' europeo; che senza di questo, noi avremmo potuto continuare a fare tutto quello che volevamo, e a considerare il bilancio una semplice variabile tecnica, da manipolare liberamente, delle politiche sociali.

**4.**

Dal mio punto di vista, e mi pare che questa impostazione sia centrale anche nella relazione di Giovanna Razzano, efficienza economica, equilibrio finanziario, sostenibilità, tutela del risparmio, concorrono a definire il nostro progetto costituzionale di eguaglianza.

La *Grundnorm* rappresentata dal secondo comma dell'art. 3, che certamente è e deve rimanere il punto di attrazione di tutto quello che facciamo sul terreno della dignità sociale e dell'eguaglianza effettiva delle persone, e del tentativo di rincorrere e di sfidare le metamorfosi della diseguaglianza e della debolezza sociale (che si ripropongono in forme e contesti sempre diversi: si pensi al tema dell'innovazione tecnologica e al suo uso sociale, affrontato nell'intervento di Pampalone), ma non può essere un *jolly* totalmente sganciato da ogni legame con altri riferimenti costituzionali[14].

Il progetto costituzionale di «rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale» convive con il modo di produzione capitalistico[15], con altri principi-valori come merito e parità di trattamento, con il fatto che il prelievo fiscale (la solidarietà tributaria) non può essere eccessivo, ma deve trovare un giusto contemperamento tra progressività del sistema tributario e capacità contributiva, con l'equilibrio finanziario e di bilancio: tutti elementi che hanno anch'essi un rilievo costituzionale.

Il punto nodale è trovare una sintesi, un modo di realizzare il massimo possibile di tutela sociale senza rompere questa delicata contestualità, e senza poterne prescindere, come se questi elementi fossero una semplice cornice adattabile a piacimento.

In questa ricerca di come ridefinire un'eguaglianza effettiva e sostenibile, capace di coniugare la realizzazione delle fondamentali istanze di eguaglianza e di solidarietà con altri valori pure inseriti (sia pure con un pregio assiologico non paritario[16] nel contesto costituzionale, come l'equilibrio finanziario, i limiti all'utilizzazione dello strumento fiscale come meccanismo principale di recupero delle risorse, la tutela del risparmio, il buon andamento della Pubblica Amministrazione, credo che un contributo nuovo e importante

[14] Sia consentito, sul punto, rinviare ad A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova, 2002.

[15] M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle disc. Pubbl.*, vol. V, Torino, 1990, 376.

[16] C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000, 130.

possa venire dalla clausola dei livelli essenziali (introdotta nel 2001 all'art. 117, co. 2, lett. m)), dalla sua traduzione attuativa.

Perseguire la protezione del nucleo essenziale di un diritto significa porsi il problema dell'effettività e dell'adeguatezza dei livelli di tutela, nella consapevolezza che il problema della sostenibilità finanziaria delle politiche pubbliche, e quindi anche delle politiche attuative di diritti e istanze redistributive, è un livello di legittimazione del sistema costituzionale, e un presupposto indispensabile (e non solo come limite) ad un ordinato svolgimento delle stesse politiche di eguaglianza e di promozione umana[17].

Soprattutto oggi appare chiaro che una gestione economicamente irresponsabile, un debito pubblico eccessivo, rischiano di determinare una rottura di quegli stessi principi di solidarietà sociale che apparentemente puntano a realizzare, peraltro addossando alle generazioni future oneri economici che possono rendere difficilmente sostenibile il mantenimento di un adeguato livello di politica distributiva.

A questa stregua, il tema dei livelli essenziali rivela implicazioni e significati che superano una dimensione meramente finanziaria. Può essere invece una risorsa del principio di «sostenibilità», e più in generale un «veicolo» di ridefinizione del sistema del *welfare* non solo sul piano delle prestazioni, degli istituti, dei modelli di protezione, quanto su quello – non meno decisivo – di una «ricollocazione» dentro il discorso dei diritti sociali, del piano dei doveri e della moralità dei comportamenti individuali[18], affiancando alla prospettiva macroeconomica (quante risorse, come trovarle), quelle (profondamente connesse alla prima, ed idonea ad avere sulla stessa una notevole ricaduta, in negativo come in positivo) della micro-allocazione delle risorse, della razionalità e del controllo responsabile delle prestazioni, della responsabilità per la spesa, della ristrutturazione delle procedure e degli apparati amministrativi per creare condivisione, coinvolgimento informato degli utenti, «identificazione» rispetto agli interessi collettivi, generali, disincentivazione dei comportamenti «consumeristici», particolarmente gravi soprattutto nel comparto sanitario.

**5.**

Per riassumere questa parte dell'intervento, si possono certamente condividere le critiche alla legge cost. 1/2012 che ha introdotto il principio del pareggio di bilancio. Staiano lo chiama un "errore inevitabile" al punto in cui siamo arrivati[19].

[17] Vedi L. Cassetti, *Stabilità economica e diritti fondamentali*, Torino, 2002, 100 ss., 196 ss.

[18] Ancora molto attuali sono le riflessioni di G. Mor, *Il riordino della sanità nella crisi dello Stato sociale e della Costituzione materiale*, in *Le Reg.*, 1994, 989.

[19] Per L. Gallino in *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, Roma-Bari, 2012, 62, "*Il dramma politico, sociale ed economico del nostro tempo e del nostro paese consiste precisamente nell'aver costruito – su basi politiche, legislative, normative, oltre che industriali e finanziarie- una situazione in cui le alternative, alla fine, davvero non ci sono più*".

In effetti, la formulazione del nuovo art. 81 rischia di produrre elementi di rigidità, in particolare per quanto riguarda l'attivazione della procedura di deroga al pareggio di bilancio (con la previsione della maggioranza assoluta); senza contare la difficoltà di capire quali potranno essere gli effetti concreti di questa riforma, anche alla luce dei vincoli del *Fiscal Compact*.

Ad ogni modo, quello che voglio dire è che con un debito pubblico così enorme e incontrollato, noi abbiamo tradito anche la Costituzione, non solo i vincoli europei; rinunciando per troppo tempo alla stabilità economica, abbiamo alla fine esposto proprio i diritti sociali fondamentali, ad un rischio che purtroppo assume tratti sempre più concreti e visibili, di compressione.

Dietro il problema dell'equilibrio finanziario non ci sono solo ragioni tecniche, numeri, dati contabili. La questione intergenerazionale è stata per troppo tempo ingiustamente elusa.

In più punti della sua relazione, Giovanna Razzano richiama con argomenti condivisibili questo tema, anche quando insiste sulla rilevanza della famiglia, che è certamente il «luogo» dove ci si abitua a pensare «intergenerazionalmente», come termine da valorizzare nella ristrutturazione delle politiche sociali.

Non è questa la sede per riprendere la discussione sulle forme soggettive in cui si ripropone l'istanza della giustizia intergenerazionale (diritti, interessi, doveri delle generazioni presenti). Quello che mi sembra indubbio è che il conflitto è esploso. La linea del tempo si è tremendamente accorciata.

Un solo dato può servire ad illustrare questa affermazione: oggi noi diciamo a tanti ragazzi che possiamo fare poco, che non abbiamo risorse adeguate per la scuola, la ricerca, la promozione dell'occupazione; contemporaneamente, ogni anni quasi 100 miliardi di euro scompaiono nella voragine del solo servizio del debito, servono cioè a pagare semplicemente gli interessi.

Allora, senza dover chiarire se sia un problema di diritti/interessi delle generazioni future o di doveri delle generazioni (di volta in volta) attuali, mi sembra si possa dire che in questa rimozione del futuro (che evidenzia anche una crisi di rappresentanza non solo politica, di quegli interessi che non sono già nel mondo del lavoro), la politica di questi anni ha finito paradossalmente per mettere a rischio anche il passato, le sue conquiste, la grande eredità del costituzionalismo sociale e democratico del secondo novecento.

Non si vuole contestare o negare che la politica deve pensare al presente, guardare ai problemi *qui* e *ora*. Non può però dimenticare che i grandi «progetti» costituzionali, che vanno realizzati senza pretese di assolutezza perché le risposte perfette e valide una volta per tutte non esistono, meno che mai in un ambito mutevole ed inafferrabile come quello della ricerca di eguaglianza, devono potersi trasmettere, conservare dinamicamente, perché hanno intrinsecamente un profilo intergenerazionale; e in questo modo si finisce per lavorare meglio anche per i diritti dell'oggi.

**6.**

Una parte del dibattito si è poi concentrata sull'«altra Europa», quella del sistema «convenzionale», dove spicca ormai un ruolo sempre più protagonistico e «pervasivo» della Corte EDU (ma anche di altri organismi, come il Comitato Europeo dei diritti sociali[20].

Molto interessante, su questo segmento tematico, è stata la relazione di Guazzarotti che, mettendo a confronto la giurisprudenza costituzionale con gli orientamenti della Corte europea dei diritti, arriva a segnalare alcune assonanze, pur parziali e non assestate, tra queste due «Corti» e tra i loro processi argomentativi e le tecniche di giudizio, ma soprattutto dà atto di una tendenza a compensare la formale assenza, nel catalogo «convenzionale», dei diritti sociali, attraverso una pluralità di strumenti, come: il bilanciamento tra diritti (non sociali) enunciati nella Convenzione e beni di rango costituzionale «esterni» al sistema Cedu; l'uso di parametri «indiretti» (ad esempio l'art. 3 sul divieto di trattamenti degradanti, l'art. 8 sulla tutela della vita familiare, l'art. 14 sul divieto di discriminazione, persino l'art. 1 del protocollo n. 1 sul diritto di proprietà) per ricondurre nella sfera di intervento della Corte dei diritti, problemi, situazioni, bisogni che appartengono alla dimensione sociale dei diritti e della dignità.

Una ulteriore risorsa del sistema «convenzionale» potrebbe essere la Carta sociale europea del 1961, finora sottovalutata come documento normativo capace di contenuti prescrittivi. E tuttavia, è pur sempre un Trattato internazionale che riguarda diritti (ormai) altrettanto fondamentali dei diritti civili e politici, tutte categorie che appaiono peraltro inevitabilmente interdipendenti, nel senso che la crisi dei diritti sociali poi diventa un fattore negativo anche sul piano del concreto godimento e dell'effettività dei diritti civili; a questa stregua, non si può escludere (e non si capisce perché non sia ancora così) l'applicabilità alle disposizioni della Carta Sociale Europea degli stessi *standards* di qualificazione (come norme sub-costituzionali, se non addirittura sostanzialmente costituzionali) che dalle sentenze «gemelle» (il riferimento è alle sentenze nn. 348 e 349 del 2007) in poi sono stati riservati alle norme della più celebre Convenzione EDU[21].

È stato fatto notare inoltre (da A. Ruggeri), una certa propensione della Corte Edu ad essere più cauta sul piano dei diritti (etico-)sociali, dove emerge in modo più forte quella che Tega chiama l'idea della sovranità come identità nazionale del sistema dei valori e dei principi piuttosto che come "autorità politica" ; più decisa, invece, nel campo dei diritti (economico-)sociali.

Per il primo aspetto, vanno ricordate le decisioni in tema di fecondazione eterologa, con il *revirement*, da parte della Grande Camera, della iniziale posizione

[20] G. Guiglia, *Le prospettive della Carta Sociale Europea*, in *Jus*, 2012.

[21] In tema, v. G. Guiglia, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in *Jus*, 2012.

di censura, da parte della Prima Sezione, del divieto di fecondazione eterologa nella legge austriaca (e implicitamente anche nelle altre legislazioni, tra cui quella italiana, che contengono una norma analoga); e le pronunce sui diritti dei partners di coppie omosessuali, nelle quali la Corte si mostra molto attenta (almeno finora) a non varcare la soglia del riconoscimento del matrimonio omosessuale.

In riferimento al secondo profilo, si può ricordare la controversia sul personale ATA che ha registrato una netta disarmonia tra il Giudice costituzionale italiano e la Corte EDU sul tema dei limiti di ammissibilità delle leggi (retroattive) di interpretazione autentica.

Probabilmente, in questo caso, ha giocato anche il fatto che la Corte EDU, diversamente dalla Consulta, non deve farsi carico degli effetti delle sue decisioni sul bilancio pubblico.

Ad ogni modo, al di là di questi casi particolari, appare tutt'altro che semplice trovare un punto di equilibrio, in questo complesso schema 'relazionale' ("dispersivo", lo chiama D. Tega), tra riconoscimento del margine di apprezzamento (o meglio dei margini di apprezzamento, che sono diversi a seconda dei contesti tematici, come ha sottolineato acutamente M. Luciani), teoria dei controlimiti (come linea estrema di difesa del diritto «nazionale»), criterio della tutela più intensa (affermato ad es. nella sentenza della Corte Cost. 317/2009).

Il contributo e l'incrocio delle «giurisprudenze» nel sistema *multilevel* di tutela dei diritti non produce sempre un movimento incrementale, un saldo «positivo». A volte ci sono i conflitti, e il concetto di «migliore tutela» assume connotati non univoci.

## 7.

Lo "statuto costituzionale" dei diritti sociali che la Razzano prova a ricostruire nella sua bella relazione è un universo straordinariamente complesso e multidimensionale. Posso confrontarmi solo su pochi spunti, sui quali c'è stato poi un confronto durante la sessione.

In primo luogo, è stato sottolineato il legame «derivativo» tra eguaglianza in senso sostanziale e diritti sociali. Un legame che in qualche modo oltrepassa gli ambiti configurati dalle norme e dagli istituti che hanno una specifica proiezione «sociale». In altre parole, i diritti sociali sono solo un pezzo, importante ma non esaustivo, della strategia di cui al secondo comma dell'art. 3 della Cost.

La questione «sociale» e le risposte ai problemi della diseguaglianza si rapportano ai contesti temporali e ai problemi reali che emergono. Il progetto di eguaglianza, come parte essenziale del patto di convivenza civile e del disegno costituzionale, è (e ancor di più dovrebbe essere) un *work in progress*, continuamente riscritto e adattato alla luce delle forme sempre nuove che assumono i bisogni sociali, le condizioni di debolezza e di svantaggio.

In questo processo di adattamento è stato decisivo il ruolo del legislatore. La costituzionalizzazione dei diritti sociali incorpora e richiede il capitolo

successivo, quello della concretizzazione legislativa (e amministrativa) [Forsthoff, Giannini].

C'è stata una fase espansiva negli anni '70 e '80, cui partecipa, dal canto suo, anche la Corte Costituzionale, nonostante ci fosse già la consapevolezza, soprattutto nel periodo finale di questa fase storica, che per sostenere questo intenso processo di implementazione del modello di sicurezza sociale si stava costruendo un debito enorme, e un sistema burocratico gigantesco e asfissiante.

Peraltro, non possiamo dire che tutto quello che si è fatto «in nome» dell'eguaglianza, fosse realmente così. Alcune esagerazioni della tutela pensionistica (penso al controverso modello delle pensioni «baby») sono costate e costano molto, e probabilmente c'entrano poco con una vera questione di eguaglianza.

Quel modello disordinatamente «espansivo», che in alcuni casi si è spinto anche parecchio oltre i confini tracciati dalle norme costituzionali, alzando di molto – e senza alcun meccanismo di effettiva selettività – il livello della tutela (in quasi tutti i grandi segmenti della spesa sociale, dalla sanità alla previdenza, alla scuola), è andato in crisi *con* Maastricht, ma non *per colpa* di Maastricht. Sarebbe andato in crisi lo stesso.

L'inviolabilità dei diritti sociali non può essere realizzata a scapito della insostenibilità delle politiche sociali. Paradossalmente, una inviolabilità senza sostenibilità, al di fuori di qualsiasi attenzione al profilo dei costi, rischia di rovesciarsi nella instabilità del modello, di alterare proprio quei presupposti che servono a dare una prospettiva effettiva al discorso dell'inviolabilità.

L'inviolabilità dei diritti sociali ha allora bisogno di traduzioni realistiche, sostenibili, il che non significa arrendevoli o indifferenti ai bisogni essenziali delle persone.

In una situazione di crisi come quella che stiamo vivendo, potrebbe non essere possibile escludere riduzioni o arretramenti delle tutele, cercando tuttavia di individuare e mantenere una linea essenziale di garanzia del diritto costituzionalmente protetto, e rispettando un principio gradualistico per cui l'incisione eventuale sui diritti sociali dovrebbe essere pur sempre l'ultimo anello della catena legislativa di intervento; e invece, purtroppo, accade il contrario: quando c'è da mettere in sicurezza i conti pubblici si parte quasi sempre dal *welfare*.

**8.**

Spunti interessanti, che intersecano il profilo appena evocato, sono venuti fuori (sempre nella relazione di G. Razzano) in merito al rapporto tra questione sociale (dei diritti sociali) ed economia di mercato: temi che poi si saldano con la visione da parte europeista che viene dal contributo di Tega.

Credo di avere già sottolineato in precedenza che Costituzione sociale e costituzione economica (statale ed europea) si muovono in una dimensione che non è fatta di scontro o di affermazione unilaterale, ma rivela invece una intensa reciprocità di contenuti e prospettive.

Per la Razzano, ed è una ipotesi ricostruttiva che condivido, la grande «colpa» del *welfare state* nel suo modello oggi in crisi, è stata quella di aver creduto (e di aver fatto credere) che (cito testualmente) una società potesse progredire tenendo disgiunti il codice dell'efficienza e quello della solidarietà.

In effetti, per troppo tempo, la lettura dell'eguaglianza sostanziale è stata unidirezionale. Dal lato opposto, il «mercato» vissuto come un pericolo, o come un «avversario» da combattere o limitare.

Invece, la libertà economica può essere, ben regolata e orientata, un grande fattore di eguaglianza sostanziale e di tutela dei diritti sociali, a cominciare dal primo e più importante di essi, il lavoro[22].

Anche il tema fiscale appartiene tutto allo statuto costituzionale dei diritti sociali, in modi differenti, di cui c'è piena consapevolezza nella relazione introduttiva.

È vero che, in questi anni, il «travisamento» della Costituzione che si è registrato su questo punto, è stato pesantissimo. Dal fisco è stata quasi del tutto espulsa, quasi come una parola «estenuata», la solidarietà, ed è rimasta solo un'immagine oppressiva, per certi versi persino caricaturale, quella del «mettere le mani nelle tasche degli italiani».

Eppure, il legame tra fisco e giustizia sociale è davvero intenso e plurale. Non solo attraverso la tassazione si recuperano le risorse per operare sul piano redistributivo e delle politiche di eguaglianza, ma il prelievo in sé, la sua progressività, forse un po' sottovalutata nella lettura che ne ha dato nel tempo la Corte Costituzionale, potrebbe servire da strumento di redistribuzione dei redditi e del carico sociale[23].

Ci sono delle proposte, su questo profilo, nella relazione di G. Razzano, come quella di graduare il peso fiscale in rapporto alla struttura della famiglia. In fondo, non mi sembra che manchino indicazioni costituzionali in questa direzione: penso all'art. 31, e al compito della Repubblica di agevolare (con misure economiche e altre provvidenze) "la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose"; e all'art. 36, in cui il diritto del lavoratore ad una retribuzione «dignitosa» (oltre che proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato), è parametrato anche alla sua famiglia, alle esigenze di questa, e dunque alla sua struttura.

Al di là delle ragioni di questa disattenzione generale delle politiche sociali e fiscali verso la famiglia, è sicuramente un dato che va segnalato, ovviamente insieme ad altri elementi negativi, come l'impatto iniquo del carico fiscale sulle diverse categorie di reddito, e in particolare il peso eccessivo sul

[22] Sul mercato come "formazione sociale, […] luogo di una socialità che è responsabile, per la parte che le compete, del bene comune", v. F. PIZZOLATO, *Mercato e Istituzioni: logiche a confronto*, in *Impresa & Stato*, 2001, 78-79.

[23] In tema, v. da ultimo il bel libro di C. BUZZACCHI, *La solidarietà tributaria*, Milano, 2011.

capitale e sul lavoro (rispetto alle rendite e ai patrimoni), che è davvero un controsenso in una Costituzione che eleva il lavoro a base fondativa della Repubblica e del progresso sociale.

**9.**

Cosa fare? Quale può essere un modo per reagire, per fare di questa crisi un elemento di razionalizzazione e (al tempo stesso) di miglioramento delle politiche sociali?

Questa è la sfida che abbiamo davanti. Bisogna andare oltre il problema solo economico, questa mi sembra l'impostazione della relazione introduttiva.

Beninteso, è anche un problema di sostenibilità economica dell'attuale modello di *welfare*, e del resto sono già state fatte in questi mesi scelte molto dure.

Il livello attuale delle prestazioni poggia da tempo, e in modo consistente, sul debito. Il prelievo tributario sarebbe allo stato insufficiente; l'evasione c'è, è intollerabile, e va recuperata, ma la destinazione di queste risorse deve andare anche e soprattutto alla riduzione del peso fiscale, che ha ormai raggiunto soglie incompatibili con le esigenze di una effettiva crescita economica.

Tuttavia, la riforma del *welfare* non può essere ridotta alla questione di *quanto* e *cosa* tagliare. Non si può eludere il fatto che c'è altresì un problema di qualità della spesa, di composizione sbilanciata delle «voci» che definiscono il programma di eguaglianza sostanziale per come effettivamente realizzato.

Allora, il nostro «*welfare*» probabilmente costa troppo, ma (paradossalmente) è anche inefficiente e «fuori centro» rispetto ad alcuni segmenti tutt'altro che marginali in rapporto all'obiettivo dell'eguaglianza sostanziale. Penso ad esempio alle politiche di contrasto alla povertà, alla tutela delle persone non autosufficienti e alle politiche di sostegno dei cd. *caregivers*.

Sia la relazione introduttiva che il dibattito si sono incentrati soprattutto sul tema dell'organizzazione del *welfare*.

La proposta della Razzano è stata nel senso di una decisa valorizzazione del ruolo dei soggetti del terzo settore, del «privato sociale», della prospettiva della sussidiarietà nella sua duplice dimensione, territoriale e sociale (verticale e orizzontale), Insomma, autonomie territoriali e formazioni sociali come protagonisti del nuovo *welfare*.

Questa parte della relazione ha registrato diversi interventi nel corso del dibattito, in alcuni casi più che critici, preoccupati di alcune "traduzioni" dell'affidamento al «privato sociale» o della sussidiarietà nel campo delle politiche redistributive (Azzariti, Luciani). Da un lato, si è fatto notare il rischio di uno schiacciamento dell'eguaglianza sulla dimensione «caritativa», che certamente non è l'impronta del progetto costituzionale; dall'altro, persino il pericolo di uno scivolamento neo-liberista di questo coinvolgimento del «privato» nella gestione dei processi di costruzione dell'eguaglianza.

Credo che la replica di G. Razzano abbia chiarito meglio il senso della sua impostazione, e fugato in larga parte queste preoccupazioni.

Al di là delle formule, il modello di un *welfare* che non sia appiattito sulla «statualità» e sulla dimensione burocratico-amministrativa, ma che comprenda e persino promuova l'intervento partecipativo e integrativo del «privato», è in fondo rintracciabile nella Costituzione: i doveri inderogabili di solidarietà (anche economica e sociale) appartengono a tutti, l'art. 38 afferma il principio che «l'assistenza privata è libera»; la funzione sociale della cooperazione, e della collaborazione dei lavoratori alla gestione delle aziende (artt. 45 e 46); la proiezione anche 'orizzontale' del principio di sussidiarietà, oggi apertamente riconosciuta dall'art. 118/4; il ruolo delle organizzazioni di volontariato come «costruttori» di eguaglianza sostanziale (in questo senso, v. anche le sentenze della Corte Cost. nn. 500 del 2003 e 75 del 1992).

Insomma, c'è una idea di eguaglianza e di solidarietà che non si "attende" semplicemente, dallo Stato o dai poteri pubblici, ma si costruisce insieme, attraverso percorsi di condivisione, di corresponsabilità pubblico/privato, di attenzione pragmatica alle differenti realtà dei bisogni e delle debolezze. E che, in questo modo, può diventare più responsabile, e capace di porsi anche i problemi degli altri; di andare oltre lo spazio angusto delle rivendicazioni individuali e corporative, che alimentano soltanto "un crescendo di pretese di maggiori prestazioni", come notava preoccupato Luigi Mengoni in un saggio sui diritti sociali di 15 anni fa, nel quale contestata proprio la deriva burocratico-corporativa del nostro *welfare*.

Nessun accantonamento, perciò, del ruolo fondamentale del «pubblico», ma la proposta di una sua ridefinizione in chiave regolativa, e non necessariamente come organizzazione e gestione di tutto.

In questo scenario, la solidarietà si pone altresì come un modo di essere di questi diritti che chiamiamo «sociali». Sono diritti che, forse più di altri, richiedono la consapevolezza della loro natura non solo individuale, proprio perché creano e mantengono la coesione sociale; della loro necessaria sostenibilità, oggi e nel tempo; e che ci consente di declinarli anche al singolare, come espressione di un «diritto» (inteso come «*law*» e non soltanto come «*rights*») che lega, che trasmette l'idea di un destino comune, che nel momento stesso in cui rivendichiamo i nostri diritti ci impone di essere solidali con i diritti degli altri.

**9.1.**

Rimanendo su questo terreno (dell'organizzazione del *welfare*), due interventi hanno affrontato il tema del ruolo delle autonomie territoriali nella definizione e implementazione delle politiche sociali (Mollica, Vivaldi).

Il primo di questi interventi si è soffermato sulle funzioni delle province, ponendo qualche interessante interrogativo sulla allocazione di questi compiti ora che le Province sono dentro un processo di pesante svuotamento della loro presenza operativa.

L'analisi della Vivaldi invece pone l'attenzione sulle politiche regionali di attuazione del principio di eguaglianza sostanziale. Non è ovviamente in discussione il ruolo che le Regioni hanno svolto da sempre sul terreno delle politiche sociali, in qualche caso anche anticipando l'intervento del legislatore statale (volontariato, pari opportunità, reddito minimo, politiche per l'integrazione degli immigrati). La domanda vera è se siano possibili, e in quale misura, diritti sociali regionali, cioè non previsti direttamente né dalla Costituzione né dal legislatore statale.

La Vivaldi non si nasconde che questo spazio (anche con riferimento alla potestà legislativa cd. «residuale») è stato eroso quasi fino a sfumare del tutto, per effetto di una serie di elementi e di fattori legati all'evoluzione del modello di regionalismo in Italia: la Corte costituzionale ha prima ridimensionato pressoché completamente il valore normativo delle norme statutarie sui diritti, poi ha sviluppato una lettura forte in chiave unitaria delle clausole «trasversali», come quelle sui livelli essenziali, sull'ordinamento civile, sulla concorrenza, sul coordinamento della finanza pubblica, sui principi fondamentali nelle materie di potestà legislativa concorrente.

Le zone «residue» sono davvero poche, e probabilmente non sono mai completamente libere da collegamenti e condizionamenti con il livello legislativo statale. Forse qualche elemento di novità può emergere (e di fatto si evidenzia) sul terreno delle politiche per la realizzazione dell'istanza di pari opportunità, dove le Regioni operano in diretta attuazione dell'art. 117, comma 7, Cost.; oppure, sulle misure di assistenza (accoglienza, sistemazione alloggiativa) anche per gli stranieri irregolari, per le quali il riferimento costituzionale è nella norma cardine dell'art. 2, nel diritto all'abitazione come elemento minimale della dignità umana e sociale.

## 10.

Tornando alla direttrice principale, per concludere, di fronte a questa sfida ci vuole un «grande» legislatore, una visione strategica dei problemi e delle esigenze. Anche su questo punto si è incentrata la discussione, con accenti diversi.

Da un lato, si è sottolineata la insufficienza della risorsa giurisprudenziale, che può servire a «resistere», ad opporsi all'arretramento, a battere o a contenere almeno la logica dei costi con l'insistenza sull'essenzialità dell'interesse protetto, ma certo lo Stato sociale non può essere salvato dai giudici, né sul piano europeo né su quello nazionale (così Azzariti).

Il problema però è quale legislatore può fare tutto questo.

L'immagine e la credibilità della funzione legislativa sono ai minimi storici (su questo punto hanno insistito ancora Azzariti, Pannacciulli, Tega). Per rimanere al campo dei diritti sociali, la vicenda «esodati» (oggi pare in via di soluzione) appare come una dimostrazione persino sconcertante di una legge che diventa espressione di un potere ingiusto ed inaffidabile, che stravolge

retroattivamente e, quasi inconsapevolmente (senza avere ben chiare le conseguenze, il che è particolarmente grave), le vite di persone e di famiglie.

Potremmo dire, con un parallelo, che il legislatore ha fatto il contrario di quello che il BVG ha ritenuto necessario per una corretta funzione legislativa in tema di «minimo vitale»[24]. In quel caso la legge è stata giudicata incostituzionale, e il Tribunale Costituzionale ha invitato il legislatore ad organizzare un procedimento finalizzato a determinare in modo adeguato, e corrispondente alla realtà dei bisogni, le prestazioni ritenute necessarie per garantire, per quello specifico diritto, una tutela conforme al mandato della Legge Fondamentale, un «minimo vitale dignitoso».

Ad ogni modo, non c'è dubbio che i temi che abbiamo davanti hanno bisogno di una visione politica lungimirante, di coraggio, di scelte nuove e complessive; hanno bisogno di una «lettura» della società e dei suoi bisogni che non può esaurirsi nella variabilità dei casi concreti che approdano davanti al giudice.

Il problema dei diritti, come sempre, riflette questioni che hanno a che fare con la forma di governo, con le modalità di dislocazione del potere politico. D'altronde, a dimostrare questa connessione tra i due versanti del costituzionalismo, è altresì lo stesso carattere fondamentale dei diritti politici: dai diritti al potere (o ai poteri), affinchè questi siano anche strutturalmente adatti a tutelare i diritti, a dare risposta al «bisogno di diritti»[25].

Riformare il Welfare State, mantenere forte e vitale la grande «storia» dei diritti sociali, per rigenerarla, e ridare ad essa una consistenza che oggi è fortemente in crisi, e non solo sul piano economico quanto su quello della credibilità del progetto anche rispetto ai suoi risultati, e agli obiettivi costituzionali: questo è l'enorme compito che la nostra generazione deve affrontare; trovare risposte nuove e più efficaci alla speranza di sempre, quella di una società più giusta e meno diseguale.

Nell'introduzione ai lavori di questo Seminario di studi, Pitruzzella, richiamando Dahrendorf[26], ha detto che la «quadratura del cerchio» è impossibile. È vero, tuttavia, che non si può smettere di puntare a quello, non per riuscirci, ma almeno per non perdere l'orientamento.

Per noi la «quadratura del cerchio» resta la Costituzione e il suo progetto – tuttora incompiuto, e forse persino incompreso nella semplicità inattingibile dei suoi riferimenti – di trasformazione sociale e di liberazione delle persone, un progetto che è ancora lì, e costituisce, per usare le parole di Lorenza Carlassare[27], "un metro implacabile. Basta avere il coraggio di usarlo".

[24] Il riferimento è alla sent. *Hartz IV*, del 2010 su cui v. G. Delledonne, «*Minimo vitale*» e *Stato sociale in una recente pronuncia del Tribunale Costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 febbraio 2010.

[25] Su cui v., da ultimo, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

[26] Il riferimento è al volume *Quadrare il cerchio. Benessere economico, coesione sociale e libertà politica*, Roma-Bari, 1995.

[27] Nel volume *Nel segno della Costituzione. La nostra Carta per il futuro*, Milano, 2012, 189.

# I DIRITTI SOCIALI TRA ESIGIBILITÀ E PROVVISTA FINANZIARIA

di Alessandro Mangia

**1.**

Intanto, come chi mi ha preceduto, ringrazio anche io il Direttivo dell'associazione per avermi affidato il compito di presiedere l'andamento dei lavori nella seconda sessione di questo convegno e di offrirne una sintesi. Ma, in aggiunta a questo, devo dire subito che il compito di animare questa sessione è stato particolarmente facile e persino piacevole, visto il vivace accavallarsi di interventi che si sono susseguiti e che avrebbero potuto essere anche più numerosi, non foss'altro per il nutrito numero di interventi programmati che hanno integrato per diversi aspetti i temi compresi nelle relazioni di A. Rovagnati e di L. Trucco. Il che, forse, ha avuto il solo effetto negativo di sottrarre qualche spazio al dibattito su un tema che oggi appare centrale nella tutela del sistema di garanzie sociali presenti nel nostro ordinamento.

Sullo sfondo di tutti questi interventi (Cavasino, Foglia, Sandri, Monaco, Bruno) sta la questione del condizionamento che il bilancio e, in genere, la provvista finanziaria sono in grado di spiegare sul soddisfacimento dei diritti sociali, visti innanzi tutto come diritti a prestazione.

Il che impone una precisazione preliminare, derivante dal fatto che la categoria dei diritti sociali, contrariamente a quanto si pensa e a quanto si è detto in questi giorni, è una categoria tutt'altro che unitaria. Essa coinvolge senz'altro un complesso di diritti (e di interessi) a ricevere una qualche prestazione da parte delle strutture pubbliche – e in questo modo deve essere intesa con riferimento al tema della provvista finanziaria – ma comprende anche una serie di diritti che non necessariamente devono vedere negli apparati pubblici un interlocutore e si spiegano principalmente nella dimensione dei rapporti interprivati. È il caso, ad esempio, di tutti quei diritti enunciati in costituzione che riguardano il rapporto di lavoro: dal diritto alla giusta retribuzione al diritto al riposo, fino, probabilmente a toccare il tema delle libertà sindacali.

E, come è emerso in diversi momenti di queste tre giornate, e come vedremo, non è nemmeno scontato che, nella sfera dei classici diritti a prestazione, e cioè sanità, istruzione, previdenza ed assistenza, debba essere il pubblico ad erogare direttamente queste prestazioni.

Sta di fatto che, avendo riguardo alla struttura del nostro ordinamento, quando si parla di diritti sociali in rapporto al bilancio, si dà per acquisito che la categoria dei diritti sociali possa essere convenzionalmente delimitata al complesso di posizioni soggettive che la costituzione garantisce al cittadino (anche se questa è

una terminologia in via di ridefinizione a fronte delle tensioni che attraversano l'istituto della cittadinanza), che hanno per oggetto una pretesa giuridica a ricevere una qualche prestazione da parte della stessa amministrazione e che, a livello legislativo, assumono, di volta in volta, la veste del diritto o dell'interesse legittimo.

Il che equivale a porsi in primo luogo il problema che le enunciazioni costituzionali sui diritti sociali possano tradursi in pretese giuridiche definite nei confronti dell'amministrazione e, in secondo luogo, che queste pretese giuridiche possano trovare prima tutela in sede giurisdizionale e quindi effettivo soddisfacimento: possano cioè tradursi in prestazioni effettivamente erogate da parte dell'amministrazione. Si tratta di aspetti diversi – quello della azionabilità e quello dell'effettivo soddisfacimento - che normalmente vengono riassunti nella formula della «effettività» del diritto, ma che in realtà, come vedremo, sarebbe bene tenere distinti, in quanto rinviano a due diversi modi di guardare ai diritti sociali.

Del resto porsi il problema della «effettività» di questi diritti, è praticamente un passaggio obbligato, almeno da quando dei diritti sociali si è predicato (Schmitt 1984, 227) il carattere «legislativo»: ovverosia il fatto che i diritti sociali, essendo diritti a una prestazione da parte dell'amministrazione, non potrebbero essere compiutamente delineati soltanto da una enunciazione costituzionale, ma, per giungere a realizzazione, avrebbero bisogno di una struttura specializzata e, dunque, di un successivo intervento del legislatore e, soprattutto, dell'amministrazione. Di qui l'idea per cui i diritti sociali sarebbero diritti costituzionali soltanto abbozzati, definiti in modo incompiuto dalla costituzione, che, per giungere ad effettività, richiederebbero un percorso di delineazione e precisazione – l'attuazione costituzionale – affidata al legislatore e che, per questo, rischiano di ridursi a ciò che il legislatore vuole che siano (Forsthoff 1973). Non è casuale, del resto, che in queste prime prospettazioni, la categoria dei diritti sociali, intesi come diritti a prestazione, fosse accostata alla categoria, parzialmente diversa, della garanzie istituzionali, ossia a semplici garanzie contro un intervento del legislatore volto a sopprimerne la presenza all'interno dell'ordinamento legislativo (Schmitt, 1984, 229). Non si tratta, contrariamente a quanto si ritiene, di dottrine necessariamente riduttive del ruolo e delle garanzie sociali: semmai si tratta di dottrine che sostengono la tesi per cui le garanzie dello stato sociale dovrebbero essere, per forza, garanzie di ordine materiale: e cioè garanzie di ordine politico ed economico connesse alla struttura della società. E che poco avrebbero da guadagnare dall'essere comprese in un sistema di garanzie formali (Forsthoff 1973).

## 2.

In realtà sappiamo che, da questo punto di vista, riflettere sui diritti sociali come categoria giuridica significa riflettere sugli sforzi elaborati dagli studiosi per allontanarsi da questa prima, originaria raffigurazione, attraver-

so strategie argomentative diverse, ma comunque accomunate dall'insoddisfazione verso gli elementi caratterizzanti questo modello. È questo un problema che in Italia si è impostato e si è creduto di risolvere, almeno da un punto di vista culturale, con il superamento della alternativa tra norme precettive e programmatiche e che, se applicata ai diritti sociali, aveva il non trascurabile inconveniente di fare dei diritti sociali dei diritti integralmente conformati dalla politica. E dunque dei «falsi» diritti costituzionali. Di qui la scelta di guardare ai diritti sociali innanzi tutto attraverso la lente della applicazione giurisdizionale.

Così, in questa chiave, si è sottolineato il carattere fondamentale (la «fondamentalità») dei diritti sociali, che devono essere riconosciuti a prescindere dalla situazione politica - o economica – concreta in quanto connessi ad una idea di dignità dell'uomo (qualcosa di simile emergeva, mi sembra, nella relazione di L. Trucco e in diversi altri interventi, soprattutto sui nuovi diritti sociali); il fatto che nei diritti sociali confluiscono posizioni soggettive diverse, che non possono più essere ridotte soltanto a pretese giuridiche ad una prestazione da parte dell'amministrazione, potendo coinvolgere situazioni di libertà e diritti verso soggetti diversi dall'amministrazione (Luciani, 2011); il fatto che, alla fine, tutti i diritti richiedono per la loro tutela e per la loro traduzione in realtà un apparato statale di *enforcement* che, in mancanza di altro, viene ad essere l'apparato giudiziario dello stato, come è normale che avvenga per i diritti cd. di prima generazione (Holmes-Sunstein); il fatto che ormai frequentemente le Corti, costituzionali e sovranazionali, vedono nelle enunciazioni costituzionali sui diritti cd. sociali fonte di obblighi immediati a carico degli apparati pubblici attraverso strategie argomentative diverse, ma destinate a procedere in parallelo (si veda, in questo convegno la relazione di A. Guazzarotti). E altro si potrebbe aggiungere.

Si tratta di affermazioni che costituiscono ormai un patrimonio comune tra gli studiosi e che ricorrono nella giurisprudenza delle Corti nazionali e, in misura più limitata, delle Corti europee. È tuttavia non riesco ad allontanarmi dall'idea che, se le cose stessero davvero così e il discorso sui diritti sociali potesse essere condotto soltanto in rapporto alla dimensione costituzionale di questi diritti, noi non avremmo bisogno di stare a ragionare del rapporto tra diritti sociali e provvista finanziaria. Tutto sarebbe già stato scritto in costituzione.

Tutto dovrebbe essere posto in essere dal legislatore e dall'amministrazione sotto dettatura della costituzione e la questione dei mezzi necessari al soddisfacimento delle pretese connesse a questi diritti dovrebbe ridursi ad un problema secondario ed accessorio, i termini del quale dipenderebbero, da un lato, dall'interpretazione dalle scelte racchiuse nelle enunciazioni costituzionali e, dall'altro, concreto manifestarsi dei bisogni. Insomma, se inteso in questa prospettiva, il problema dei diritti sociali si ridurrebbe, alla fine, al problema della «applicazione» della costituzione e il bilancio, ovverosia lo

strumento attraverso cui lo stato reperisce e distribuisce le risorse per soddisfare (anche) questi diritti, dovrebbe essere una variabile dipendente dal *quantum* necessario per soddisfarli. Tuttavia, impostare il problema in questi termini, e cioè nella prospettiva della applicazione costituzionale e della supplenza delle Corti nei confronti del legislatore, porta con sé, che lo si voglia o no, una specifica teoria dei rapporti tra diritti sociali e provvista finanziaria e pone in capo al legislatore (e alle amministrazioni pubbliche) un obbligo giuridico innanzi tutto a reperire e, in secondo luogo, a destinare in bilancio somme sufficienti per il soddisfacimento di questi diritti.

Il che desta l'impressione che qualcosa non torni: e la mia ipotesi è che queste raffigurazioni, per quanto vere, colgano solo una parte dei problemi e pecchino di completezza. E siano incomplete per due ordine di ragioni.

In primo luogo perché assai spesso la questione della precettività delle norme costituzionali sui diritti sociali viene impostata per generalizzazioni che lasciano da parte la complessità e la eterogeneità (di struttura e di contenuto) delle pretese giuridiche riassunte sotto la formula del diritto sociale: quasi che, definito una volta il diritto alla salute come diritto immediatamente azionabile, tutte le altre pretese ed aspettative che si riannodano alle previsioni costituzionali sui diritti sociali dovessero seguire la stessa sorte. Da qui, ad es., viene l'idea, ricorrente, che l'evoluzione delle interpretazioni relative al diritto alla salute abbia impresso una trasformazione definitiva a tutta la materia relativa ai diritti sociali. Sul che, personalmente, nutro qualche perplessità, innanzi tutto perché sappiamo – e la relazione di A. Rovagnati ce lo ha ricordato molto bene - che soltanto alcune delle pretese giuridiche fondate sull'art. 32 Cost. hanno raggiunto questa dimensione, mentre molto di ciò che si riassume nella formula del diritto alla salute resta nella sfera del controverso, come sta a dimostrare il contenzioso quotidiano avanti i giuridici ordinari e amministrativi in punto di prestazioni sanitarie, davanti ai quali il primo problema da affrontare continua ad essere, anche se in misura minore che in passato, quello del riparto di giurisdizioni. O come stanno a dimostrare le sentenze della Corte, quale la ord. n. 40 del 1991, in cui la questione viene rigettata perché tale da coinvolgere la discrezionalità del legislatore.

In secondo luogo, queste raffigurazioni mi sembrano insoddisfacenti perché, seguendo questa via, e guardando ai diritti sociali senza metterne in luce le peculiarità di struttura, si lascia fuori dal raggio dell'indagine la dimensione dell'amministrazione e i condizionamenti che l'organizzazione amministrativa è in grado di imprimere alla loro conformazione: ciò che sinteticamente intendiamo con la formula della attuazione costituzionale (Angiolini 1995, 156; Mangia 1998). Lasciamo da parte, cioè, la «libertà» del legislatore e dell'amministrazione nel conformare queste posizioni soggettive: non perché di libertà in senso proprio si debba parlare con riferimento al modo in cui queste due funzioni (legislazione e amministrazione) sono esercitate, ma semplicemente perché, per consentire alle enunciazioni costituzio-

nali di passare alla dimensione del «diritto» a quella del «fatto», e di inverarsi nella realtà dei rapporti sociali, è necessaria una attività successiva, che non è disciplinata direttamente dalla costituzione e che, in mancanza di meglio, rimettiamo genericamente alla sfera della «politica». Si tratta di ciò che, in altre parole, definiamo «discrezionalità legislativa», nei confronti della quale, stante l'art. 28 della l. 87/1953, è consentito soltanto un sindacato molto limitato da parte della giurisprudenza costituzionale, ispirato ai canoni della «ragionevolezza» se non a categorie specifiche, come è ad es., con riferimento al diritto alla salute, la dottrina giurisprudenziale del «nucleo essenziale».

Tanto è vero che, quando si scende dalla sfera delle enunciazioni costituzionali alla dimensione più minuta e frastagliata delle diverse amministrazioni e dei diversi livelli di governo che debbono spendere per erogare pensioni, sussidi e prestazioni le cose si fanno molto meno certe e un quadro, che, a livello di enunciazioni costituzionali, sembra comporre un disegno organico e sufficientemente chiaro, si ingarbuglia e si fa malcerto. Ci si scontra, innanzi tutto, con la discrezionalità del legislatore nel dettare discipline che traducano in realtà le enunciazioni costituzionali e, in secondo luogo, con il problema della provvista finanziaria in tutta la sua forza condizionante, che, a ben vedere, altro non è se non una manifestazione particolare della «libertà» della «politica» nella «attuazione» della costituzione.

A fronte di questo dato di fatto, il problema viene in genere fatto scivolare sul rapporto tra ciò che fa l'amministrazione fa in base alla legge (e ai suoi atti di organizzazione, tra i quali, evidentemente, rientrano anche gli strumenti di programmazione della spesa) e ciò che si assume il privato dovrebbe ricevere sulla base delle prescrizioni costituzionali. L'approdo classico di questo percorso è quello di invocare l'intervento o del giudice (ordinario e amministrativo) o della Corte per riportare giustizia. L'intervento di G. Monaco, tutto incentrato sulle nuove forme di tutela degli obblighi di *facere* della pubblica amministrazione elaborate dalla giurisprudenza amministrativa, va nettamente in questa direzione e offre un buon esempio di questo modo di procedere.

Il punto è che, seguendo questa prospettiva, ci si appaga dell'idea che, attraverso l'intervento del giudice (l'applicazione costituzionale), giustizia possa esser fatta, senza curarsi troppo di altri aspetti, primo fra tutti il rilievo per cui, anche nel più banale dei giudizi civili sulla riscossione di un credito esigibile - non a caso stiamo parlando di esigibilità dei diritti sociali - il fatto che un creditore veda la sua pretesa assistita da una sentenza di condanna a pagare è cosa ben diversa dal fatto che quel creditore riceva quanto gli spetta. Innanzi tutto perché non è troppo infrequente scoprire, senza troppa sorpresa, che il debitore condannato è incapiente e quindi non ha i mezzi per dare quanto la sentenza del giudice gli impone di dare: oppure, per quanto sembri paradossale, gli è vietato di spendere.

È questo un modo di ragionare che, tradizionalmente, è alieno dal modo di pensare dei giuspubblicisti, avvezzi a pensare in termini di infinita capien-

za del debitore-stato o, se preferiamo, di universalità e di potenziale illimitatezza del bilancio pubblico (anche se realisticamente dovremmo parlare del bilancio dei diversi soggetti deputati a spendere per prestare), proprio in omaggio al principio della «libertà» della «politica» nell'attuare le enunciazioni costituzionali. Si tratta di un argomento rimodulato di recente da M. Luciani, quando ci ha ricordato che il problema del reperimento delle risorse «sta assai meno nel loro totale che non [...] nella loro distribuzione e nei vari impieghi» (Luciani 2011, 14). Il che, da un certo punto di vista è vero: e tuttavia ci riporta al tema del rapporto tra applicazione e attuazione della costituzione o, se si preferisce, del rapporto tra giurisdizione e politiche amministrative nel rendere effettivi questi diritti.

Il punto è che, se invece di rifarci ad una immagine dello stato ormai irreale, e che si riduce alla figura dello stato che batte liberamente moneta ed è padrone del suo bilancio, ci rifacciamo alla realtà delle amministrazioni locali strette dal Patto europeo di stabilità e crescita (Trattato di Amsterdam) e dai patti interni di limitazione della spesa pubblica (si pensi ai vari *Patti per la salute* stipulati con cadenza biennale dal governo con le regioni), l'accostamento è molto meno fantasioso di quanto non si creda. E se riflettiamo sui vincoli alla spesa pubblica in via di introduzione a seguito di un trattato internazionale chiamato *Fiscal compact* (Patto di bilancio europeo), che si sovrappone in modo problematico al Trattato di Amsterdam, e che prevede un abbattimento del 5% annuo dello *stock* del debito pubblico per i prossimi venti anni, ci rendiamo conto che il discorso appena fatto rischia di essere ancora meno fantasioso.

In altre parole, risolvere il problema della effettività dei diritti sociali nella questione della loro tutela giurisdizionale è un modo di procedere forse compatibile con l'assetto dei vincoli di bilancio presente qualche tempo fa, ma che oggi deve confrontarsi con una situazione radicalmente mutata (Pitruzzella 2011), in cui non solo lo stato ha rinunciato alla sua libertà di manovrare il bilancio, ma soprattutto si è posto, con la l. cost. 1/2012, un vincolo, e cioè quello del pareggio tendenziale di bilancio, che potrà anche essere scarsamente stringente da un punto di vista strettamente giuridico, ma che, assistito dalla forza dei condizionamenti che provengono dall'Europa, si traduce in un complesso di limiti alla spesa difficilmente derogabile da parte dello stato e soprattutto delle amministrazioni locali. E cioè di quelle amministrazioni su cui grava, in primo luogo, l'erogazione delle prestazioni riconducibili alla categoria dei diritti sociali.

Non solo: impostare il problema della effettività dei diritti sociali in termini di pura «applicazione» giurisdizionale è un modo di ragionare che può valere per le singole controversie, e che da questo punto di vista può essere apprezzabile, ma che pone diversi problemi di equità, non ultimo tra i quali quello derivante dal fatto che una pretesa giuridica assistita da una decisione del giudice che obbliga l'amministrazione a prestare nel caso concreto può

essere giusta alla luce del processo che la ha originata, ma non necessariamente ha da essere giusta in sé e da ogni punto di vista. E ciò perché, se si conviene che garantire un diritto (sociale o meno) significa sempre distribuire risorse (Holmes–Sunstein 2009), si deve anche convenire sul fatto che garantire un diritto in via giurisdizionale significa semplicemente che a distribuire le risorse è il giudice e non l'amministrazione.

Il punto è che il giudice si muove, e non può che muoversi, nella dimensione e nel limite del caso concreto dedotto in giudizio. Sicchè è facile capire che un giudice che fa giustizia in un determinato caso rischia, con la sua decisione, di dirottare risorse da una classe di pretese ad un'altra, senza essere tenuto ad operare alcuna valutazione comparativa in ordine alla opportunità di quella allocazione di risorse (Antonini 2013, 60). E, probabilmente, senza neanche averne l'attrezzatura logica o culturale: semplicemente perché non è suo compito allocare risorse in una prospettiva che vada al di là del caso dedotto. Non solo: il giudice, quando accerta un diritto e condanna a pagare (o a prestare) non si deve preoccupare delle conseguenze economiche che la sua sentenza di condanna ha sulla parte soccombente. Se lo facesse, verrebbe meno ai suoi doveri.

Né, d'altro canto, si può sostenere che questo non sia giusto o coerente con la sua funzione: il giudice ha l'obbligo di applicare la legge (o la costituzione) in relazione al caso concreto; e non ha anche quello di effettuare una valutazione comparativa sulla opportunità di allocare risorse per soddisfare questo o quell'interesse ugualmente in cura all'amministrazione. Anzi, se tenesse in considerazione queste esigenze, verrebbe meno alla sua funzione, che è quella di rendere giustizia nel caso concreto. Questo, semmai, è un compito che spetta alla politica o, a livelli più bassi, all'amministrazione.

È questo uno degli inconvenienti – e non il minore – della via scelta per realizzare l'effettività dei diritti costituzionali a prestazione a fronte delle insufficienze dell'amministrazione: e che si risolve poi nel sostituire, per quanto possibile l'applicazione alla attuazione della costituzione. Si tratta di un percorso, per la verità, non esclusivo della vicenda italiana, che si riallaccia al processo, attualmente in corso, di proliferazione delle pretese giuridiche rivestite della forma del diritto (si pensi solo alla relazione di S. Scagliarini sui nuovi diritti sociali), e che tende a sostituire all'intervento redistributivo della politica il ruolo della giurisdizione. Di qui il richiamo condotto da autori come R. Bellamy, non a caso cresciuti in un contesto culturale, come quello britannico, dominato dalla centralità della politica e del parlamento, a riflettere sulla attitudine dei diritti di porsi come assi pigliatutto nella distribuzione delle risorse e la proposta di riscoprire un 'political constitutionalism' che restituisca ai giudici un ruolo eccezionale nella loro azione di supplenza della politica (cfr. criticamente sul punto Bellamy 2009). Non sto a chiedermi se l'idea, che sta sullo sfondo di queste posizioni, per cui il processo democratico sarebbe il modo migliore e più efficiente per soddisfare i diritti, sia praticabile, e in quali modi, nel contesto italiano. Mi limito a richiamare alcuni

aspetti di struttura del problema dell'effettività dei diritti sociali e a lasciare aperto il discorso.

Ma le perplessità non finiscono qui. Da quando si è diffusa la consapevolezza che ormai tutti i diritti costano e che, da questo punto di vista, i diritti a prestazione nei confronti dell'amministrazione non sarebbero diversi dagli altri, è rituale l'osservazione per cui non avrebbe senso sostenere che la decisione del giudice in questo ambito porrebbe dei problemi, innanzi tutto finanziari, di esecuzione, dal momento che, come detto, tutti i diritti sarebbero uguali. Non sto a richiamare tutti coloro che, anche al di fuori delle scienze giuridiche, hanno fatto propria questa osservazione, che mi pare del tutto realistica. Anche io sono convinto che tutti i diritti, alla fine, costano. Però ho l'impressione che, percorrendo questa strada, più che risolvere il problema del soddisfacimento dei diritti sociali, si ritorni al punto di partenza accompagnati dal fastidioso sospetto che non solo i diritti sociali, ma anche i diritti di libertà, o, come si dice oggi, i diritti civili, siano condizionati dal bilancio. Insomma, se si accetta – come si deve fare - che tutti i diritti costano, si rischia solo di scoprire che quello che Schmitt diceva dei diritti sociali rischia di valere per tutti i diritti previsti in costituzione: e cioè anche per i diritti di libertà.

Il che, per la verità, mi fa stare meno tranquillo, soprattutto se, al di là dei diritti classici di libertà, concepiti per proteggere l'individuo dal potere pubblico, si estende questa osservazione ad altri diritti, come possono essere i diritti di voto o i diritti che rientrano nell'alveo delle cd. libertà politiche. Solo per fare un esempio, uno degli argomenti che tradizionalmente vengono addotti contro le consultazioni referendarie è quello per cui i referendum costano e con le risorse impiegate per finanziare si possono fare altre cose. Senza scomodare il livello nazionale, basta rivedere i lavori preparatori che hanno preceduto gli statuti regionali di seconda generazione per rendersi conto che la limitatezza del bilancio può essere un argomento utile a circoscrivere l'ampiezza di un diritto non solo con riferimento ai diritti sociali. Il rischio, insomma, percorrendo la strada di Holmes e Sunstein, è di tornare ancora una volta a Schmitt e scoprire che alla fine i valori si convertono sempre in valori economici (Schmitt 2008).

**3.**

Personalmente trovo che impostare il problema dei diritti sociali soltanto in questi termini sia riduttivo e non colga tutti termini del problema, soprattutto alla luce della tesi per cui lo stato sociale – e la categoria della redistribuzione che questo realizza – costituirebbe una funzione irrinunciabile della società industriale (Forsthoff 2011), senza la quale gli equilibri della produzione e della crescita, che sono la vera costituzione materiale dello stato moderno, non potrebbero essere mantenuti. Ma trovo che comunque offra degli interessanti spunti di ragionamento, soprattutto in relazione a quelle che si prospettano essere le evoluzioni future dello stato sociale.

Intanto ci induce a chiederci cosa intendiamo veramente quando parliamo di «effettività» dei diritti sociali. La questione della «effettività» dei diritti sociali si ricollega, come si diceva prima, ad una fase in cui poteva sembrare attuale la distinzione tra norme «precettive» o «programmatiche». Superata, anche culturalmente, quella fase, la questione della «effettività» si è convertita nella questione della «applicazione» giudiziale dei diritti sociali (si pensi a quella che è stata la parabola del diritto alla salute): e cioè nella questione di garantire al privato, in caso di omissioni o di comportamenti illegittimi della amministrazione, possibilità di reazione giurisdizionale, facendo valere un diritto garantito direttamente dalla costituzione se non dalla legge. Sicchè il problema della effettività è stato visto essenzialmente come il problema di garantire la azionabilità di questi diritti e in ciò si è convertito.

A fronte di questa evoluzione, però, mi chiedo se il problema della «effettività» dei diritti sociali non sia altro, e cioè il problema di garantire «di fatto» il soddisfacimento della aspettativa di tutela garantita dal disegno costituzionale, a prescindere dal fatto che questa garanzia debba essere ritrovata nella costituzione o nella giurisdizione: per restare all'esempio fatto sopra, il fatto che il creditore riceva effettivamente i suoi soldi (o la prestazione che gli spetta) a prescindere dal fatto che ci sia o meno una sentenza di condanna a pagare (o a prestare). Il che ci dovrebbe far capire che, costruito in questi termini, il problema della effettività dei diritti sociali (e dei diritti in genere) prescinde, almeno in parte, dal problema della loro azionabilità o della loro tutela giudiziale. I due profili possono coincidere, ma non è detto che questo debba avvenire sempre e comunque: l'amministrazione, come il privato, non ha la provvista finanziaria perché il bilancio è quello che è e l'amministrazione è obbligata dalla legge a fare anche altro; o comunque può avvalersi dei limiti di bilancio per non fare o per posporre la prestazione dovuta; o, peggio ancora, l'amministrazione ha, in termini finanziari, la capacità di erogare, ma i vincoli alla spesa pubblica glielo vietano. Detto in altri termini, l'attuazione costituzionale occasionalmente può passare attraverso l'applicazione della costituzione. E tuttavia l'applicazione non può prendere il posto della attuazione, innanzi tutto per i limiti strutturali che si richiamavano prima e che sono impliciti nella struttura delle valutazioni proprie della giurisdizione.

Ora, sullo sfondo di questo problema sta – come è facile capire – il problema del bilancio, ovverosia della provvista finanziaria, e, soprattutto, l'idea, non del tutto vera in passato, ma anche meno vera oggi, che le pubbliche amministrazioni possano manovrare il loro bilancio liberamente, eventualmente reperendo nuove risorse per far fronte a nuovi obblighi. Con qualche semplificazione, spero perdonabile, è questa la tesi esposta in sessione da P. Carrozza. Si tratta, a mio parere, di un assunto tutto sommato accettabile in tempi di crescita illimitata e di sovranità monetaria e di bilancio, ma che oggi, in tempi di *Fiscal Compact* e di riforma dell'art. 81, appare assai meno convincente che in passato. E rischia, di esserlo ancor meno in futuro. Di

qui il senso di ragionare oggi, diversamente da quanto si è fatto finora, sulla «capienza» del debitore-amministrazione.

E infatti, la mia impressione, riflettendo sulla vicenda dei diritti sociali, è che i questi anni si sia guardato all'applicazione giurisdizionale dei diritti sociali come al modo migliore per aggirare gli inconvenienti derivanti dalla attuazione mancata, o parziale o incompleta di questi stessi diritti, senza essere nelle condizioni di capire che, alla fine, tanto l'attuazione come l'applicazione dei diritti sociali si scontrano con il problema della reperibilità delle risorse e della provvista finanziaria.

E, infatti, anche quelle prospettazioni del problema che tendono a vedere nelle enunciazioni costituzionali in punto di diritti sociali la fonte di una doverosità diffusa all'interno del corpo sociale di 'prestare' a favore di chi si trovi in una situazione di bisogno (Angiolini 2008; Luciani 2011, 14), se hanno il merito di porre in discussione il paradigma per cui la prestazione garantita dalla costituzione dovrebbe essere erogata dalle strutture pubbliche, non risolvono il problema dei limiti di disponibilità finanziaria che si incontra non appena si passi ad esaminare la questione in questi termini. Qui, semmai, il discorso sulla incapienza del soggetto tenuto a prestare è anche più calzante di quanto non sia stato in passato per il pubblico, essendo le risorse private, per definizione, lontane dal principio della illimitata capienza che ha finora caratterizzato il nostro modo di guardare al bilancio pubblico. Ma comunque postula un intervento del legislatore - ancora una volta una attuazione - che stabilisca positivamente questi obblighi a carico dei privati, ripartendone gli oneri secondo un principio di proporzionalità e di ragionevolezza. Sicchè, nella logica del discorso che si sta conducendo, il risultato non cambia.

Semmai, se è utile richiamare questa impostazione che vorrebbe drenare sul privato i costi delle prestazioni sociali – cosa senz'altro compatibile con il disegno costituzionale - è perché mette in luce, per contrasto, il ruolo centrale dell'amministrazione e delle strutture organizzative nella tutela dei diritti sociali. E mette in luce, altresì, il tema, più generale, del rapporto tra amministrazione e costituzione nella ricostruzione di questi diritti. Da questo punto di vista, ad es., può essere interessante osservare, che, fra i cultori del diritto amministrativo, l'idea che i diritti sociali siano diritti condizionati dal bilancio non desta alcuno stupore, ma rappresenta, semmai, un dato di fatto con cui è del tutto normale fare i conti. Basta pensare alle raffigurazioni che, neanche troppo tempo fa, dei diritti sociali sono state fornite da autori come G. Corso (Corso 1981) o F. Merusi (Merusi 1984) per rendersi conto che, in questa diversa prospettiva, i diritti sociali vengono inquadrati, forse più realisticamente, in rapporto ai problemi di efficienza e di contenimento dei costi delle pubbliche amministrazioni che li erogano, e, dunque, senza il timore di porre la questione dei diritti sociali in rapporto alle modalità di organizzazione delle strutture preposte alla erogazione delle prestazioni.

**4.**

In realtà questa divaricazione di interpretazioni in punto di diritti sociali nasce dal fatto che la lettura affermatasi in questi anni presso i cultori del diritto costituzionale è stata largamente influenzata dalla attrazione che il modello dei diritti di libertà di prima generazione - pieni, perfetti, direttamente applicabili attraverso le strutture della giurisdizione - ha esercitato nei confronti degli schemi attraverso i quali si è guardato alla vicenda dei diritti sociali, sulla base della necessità di superare culturalmente, ancor prima che in termini di tutela giurisdizionale, la ritenuta «minorità» di questi rispetto ai primi. Essendo tutti diritti compresi in costituzione ed essendo la costituzione permeata dalla stessa normatività – questo, in fondo, è stato l'approdo della vicenda delle norme programmatiche (Dogliani 1982) – anche i diritti enunciati in costituzione avrebbero dovuto avere la stessa tutela, senza alcuna differenza tra diritti di prima e seconda generazione. E si è dimenticato che di diritto in senso pieno ha senso parlare solo quando l'organizzazione corrispondente sia modellata su di esso e non su potestà o prerogative indipendenti che si rifanno, in ultima analisi, alla libertà della politica (Berti 1986, 126).

Dunque, percorrere questa via – e cioè la via della giurisdizione – per garantire i diritti sociali richiedeva che si dovesse negare ogni reale differenza tra questi e i classici diritti di libertà, mettendo in luce dei diritti di libertà il loro raccordo con strutture organizzative di tutela e dei diritti sociali la capacità di porsi, talvolta, in termini di diritti soggettivi perfetti. Il che, se ha portato ad una migliore consapevolezza del modo non sempre lineare in cui si atteggiano le libertà costituzionali, ha probabilmente contribuito a lasciare in ombra il fatto che tra diritti sociali e diritti di libertà sussiste comunque una differenza di funzione, che prescinde dalla normatività che li sorregge. E questa differenza è dovuta al fatto che i primi, pur essendosi trasformati e divenuti altro nel tempo, sono stati concepiti e progettati per proteggere sfere di libertà nei confronti dell'azione statale; mentre i secondi sono stati pensati - e si sono sviluppati - come *diritti di partecipazione*, e più precisamente come diritti ad avere parte (*Teilhaben*) del livello di benessere interno ad una società. Per questo, oggi come ieri, pur dopo tutti i riconoscimenti che vanno tributati alla loro «fondamentalità», quando si parla di diritti sociali si allude ad un complesso di posizioni soggettive strettissimamente legate alla idea di redistribuzione: e cioè di redistribuzione del reddito all'interno di una società; o, se si preferisce, del benessere concentrato in certe parti, limitate, della società.

Tuttavia, se si conviene su questo, e si saldano i diritti sociali alla categoria della redistribuzione, è facile capire che i diritti sociali sono diritti che, per assolvere la funzione che gli è propria, devono costare, posto che altrimenti verrebbe meno la loro stessa ragion d'essere, che è poi quella di realizzare all'interno di un gruppo sociale quel principio di giustizia distributiva che

sta alla base di ogni costituzione sociale. In un certo senso si potrebbe dire che i diritti sociali altro non sono se non i «modi» pensati dal costituente per realizzare quel disegno di rapporto tra stato e società che è tratteggiato nella seconda parte dell'art. 3 Cost.

Il che, probabilmente, ci aiuta anche a cogliere le ragioni che stanno alla base di quel difetto di unitarietà che caratterizza la categoria dei diritti sociali (diritti del lavoro/diritti a prestazione) e che si è rilevata in apertura. Pur essendo destinati ad operare su un piano diverso, e cioè sul piano dei rapporti interprivati, i diritti del lavoro non sono meno coessenziali dei diritti a prestazione alla realizzazione del progetto sociale descritto in costituzione: innanzi tutto perché contribuiscono a regolare già all'interno della impresa, e cioè del luogo in cui si concentra la produzione della ricchezza, le modalità di redistribuzione del reddito. È la redistribuzione, in altre parole, a legare assieme diritti del lavoro e diritti a prestazione, a prescindere dall'ambito di operatività che li differenzia naturalmente.

Ora, ponendo l'accento sulla categoria della redistribuzione non voglio dire che altri diritti non costino e non gravino sul bilancio statale: tanto per fare un esempio, la libertà di circolazione, per essere effettiva, postula la predisposizione di infrastrutture che consentano l'esercizio di questa libertà, così come postula l'esistenza di organizzazioni specializzate che controllino e gestiscano queste stesse infrastrutture. Quel che dico è altro: e cioè che, diversamente da altri diritti riconosciuti in costituzione, è lo stesso fatto di costare che consente ai diritti sociali di assolvere alla loro funzione originaria di imporre per redistribuire; mentre per gli altri diritti, e cioè i diritti di libertà e i diritti politici, il fatto costare e di richiedere un apparato è secondario e strumentale al raggiungimento del fine loro attribuito dall'ordinamento. Che non è necessariamente la redistribuzione della ricchezza.

Se questo è vero, però, ne viene anche che, proprio per questo, i diritti sociali sono diritti esposti direttamente, se non in misura maggiore di altri, ai condizionamenti della situazione concreta: o perlomeno lo è la possibilità che questi diritti assolvano alla loro funzione primaria. E quando dico situazione concreta intendo riferirmi non tanto al generico mutamento delle politiche di attuazione di questi diritti, quanto al condizionamento oggettivo che la situazione economica è in grado di imprimere alla loro conformazione.

Certo, che il legislatore abbia visto grandemente ridursi il suo margine di intervento sui diritti sociali è una conquista del costituzionalismo moderno e non solo italiano. La affermazione di un 'nucleo essenziale' sottratto alle manipolazioni legislative è una esigenza avvertita e riconosciuta all'interno di tutti i sistemi costituzionali: penso alla «riserva del possibile» (*Vorbehalt des Möglichen*) elaborata ancora anni fa dal BVG (come ci ha ricordato in sessione A. Sandri con riferimento all'esperienza tedesca) o penso al nesso tra diritti sociali, minimo esistenziale e dignità umana elaborato in altre esperienze straniere. O penso ancora alla dottrina del 'nucleo essenziale' afferma-

tasi presso la nostra Corte costituzionale come strumento per consentire una qualche forma di controllo sulle modalità seguite dal legislatore nell'esercizio della sua attività discrezionale in punto di attuazione del diritto alla salute.

Tuttavia, se si ha chiara la connessione tra diritti sociali e redistribuzione, ci si scontra anche con un dato di fatto difficilmente superabile, e cioè con il fatto che non si può redistribuire ciò che non c'è. Ci sono diritti, per così dire, il cui riconoscimento e tutela può essere detto a «somma zero», o quasi (si pensi alla questione del riconoscimento delle unioni civili o dei matrimoni omosessuali): tanto è vero che, in tempi di crisi economica e di scarsità delle risorse, questi sono i diritti che tendono ad espandersi. Purtroppo i diritti sociali non sono tra questi e, in tempi di crisi, e cioè in tempi di riduzione della base da redistribuire, tendono invece a ridursi e a porre in forme diverse il problema della loro tutela. Che è poi il problema della «misura» della loro tutela: una misura direttamente parametrabile in base a valori economici e a scelte di bilancio. Per questo ho nutrito in passato e continuo a nutrire qualche perplessità in ordine alla strategia seguita in questi ultimi anni e che mi sembra essere stata orientata a sostituire l'attuazione dei diritti sociali con la loro semplice applicazione.

Non solo, ma da qui discende, credo, anche il senso della relazione affidatami e cioè il tema delle «esigibilità» (a rigore, secondo gli schemi del diritto privato, il fatto che una obbligazione non sia sottoposta termine e condizione) in connessione alla provvista finanziaria (la base da redistribuire direttamente o sotto forma di prestazione: il che vuol dire la quota di bilancio pubblico riservata al loro soddisfacimento).

**5.**

Nello svolgimento dei lavori, il tema del condizionamento finanziario sui diritti sociali è emerso in due prospettive diverse e, in qualche misura, complementari. Da una parte (Rovagnati) la provvista finanziaria è stata vista come un limite alla esigibilità dei diritti, soprattutto in via di tutela giurisdizionale. Per altri versi la provvista finanziaria è stata esaminata sul versante dei procedimenti per definire, in forme giuridiche, la base da redistribuire o le prestazioni da erogare (Trucco, ma anche Foglia) con riferimento alle categorie dei LEP e dei LEA.

Ora, se un merito va riconosciuto alla relazione di A. Rovagnati, io credo che questo merito debba essere visto nella attenta ricostruzione della vicenda relativa al riconoscimento del diritto alla salute presso la giurisprudenza costituzionale e, soprattutto, nell'avere offerto alla riflessione diversi elementi che consentono di porre in relazione modalità di conformazione del diritto e andamento delle vicende economiche.

È significativo, insomma, che la dec. 992/1988, con cui la Corte dichiara il diritto alla salute come un «*diritto primario e fondamentale*», che impone

«*piena ed esaustiva tutela*», non sia stata altro se non il momento in cui la Corte fa propria una tendenza già variamente affermatasi all'interno della giurisdizione di merito. In questo modo il diritto alla salute diveniva un diritto a ottenere prestazioni ritenute indispensabili dal singolo, non risultando definitive le diverse scelte compiute a questo riguardo dagli organi legislativi o amministrativi. In questo caso che, è bene ricordarlo, riguardava il caso di un privato che, non avendo ricevuto tempestiva tutela presso le strutture pubbliche si era rivolto ad una struttura privata e chiedeva il rimborso di quanto anticipato, il diritto alla salute diveniva un diritto soggettivo perfetto; poteva essere oggetto di cognizione da parte della giurisdizione ordinaria; il giudice ordinario avrebbe potuto sostituire la propria valutazione alle valutazione tecniche condotte dall'amministrazione. Nel contesto di quegli anni – che, non dimentichiamocelo, sono ancora anni di crescita economica non impetuosa, ma costante – ci dice Rovagnati la Corte sembrava avere aperto le porte ad una tutela sanitaria apparentemente illimitata. Ne veniva che la provvista finanziaria non era un limite o, se lo era, era un limite che appariva ancora lontano. Insomma, dalle affermazioni racchiuse nella 992/1988, se presa in sé, discende l'idea per cui, sulla base dell'art. 32 Cost., il sistema della sanità pubblica avrebbe dovuto erogare tutto quanto, nei limiti delle acquisizioni medico scientifiche, potesse ritenersi cura e fosse ritenuto indispensabile. E, in una prospettiva non troppo diversa, deve essere collocata la dec. 185/1998 sulla vicenda della «somatostatina», con la sua declaratoria di incostituzionalità limitata nel tempo.

Che questa fosse una conseguenza potenzialmente devastante emerge dagli episodi giurisprudenziali successivi: proprio mentre presso i giudici di merito si diffonde e si consolida questo orientamento, la Corte comincia a porre dei paletti ed avviare negli anni successivi una garbata retromarcia o, se si preferisce, un affinamento delle posizioni. Ad es. nella dec. 455/1990 la Corte ci ricorda che il diritto alla salute è un diritto perfetto in caso di lesione o di danno, ma, quando diventa diritto ad una prestazione sanitaria, è un «*diritto costituzionale condizionato*» e cioè condizionato dalla attuazione legislativa e dal bilanciamento con altri interessi costituzionali, primo fra tutti l'interesse di bilancio. Tanto è vero che l'anno dopo, con la dec. 40/1991, la Corte dichiara manifestamente inammissibile una questione relativa ad una richiesta di rimborso per cure all'estero, semplicemente rinviando alla discrezionalità del legislatore il potere di determinare o meno l'obbligo delle amministrazioni sanitarie di rimborsare queste cure. In altre parole, la costituzione sul punto è muta ed è una scelta del legislatore decidere se il bilancio della sanità debba coprire queste cure oppure no. Qualche anno fa R. Bin (Bin 1992, 111) e C. Pinelli (Pinelli 269), commentando questa giurisprudenza, ci dicevano che la Corte, quando confronta qualche diritto a prestazioni sociali con le esigenze di bilancio, e le presenta entrambe come 'esigenze parimenti apprezzabili', compie un falso bilanciamento, dal momento che eleva artificiosamente a dignità di principio un semplice fatto. Si tratta di

affermazioni che ritengo corrette. Mi chiedo però, ora, se questo discorso possa essere tenuto fermo nel momento in cui l'art. 81 cost. - come appena riformato senza troppo clamore da parte di nessuno – impone a chiare lettere il vincolo del pareggio (tendenziale) di bilancio.

Un punto di equilibrio veniva poi trovato nella 304/1994 nel momento in cui veniva elaborata la dottrina del «nucleo essenziale» come limite al bilanciamento irragionevole operato dal legislatore: non la pretesa a ottener qualunque prestazione sanitaria, ma pretesa ad accedere solo a prestazioni ritenute indispensabili per rispondere a esigenze indifferibili. Sicchè il diritto alla salute veniva scisso un due parti: una parte intangibile e irrinunciabile e una parte rimessa alla disponibilità del legislatore in ragione delle esigenze di bilancio. Non voglio intrattenermi troppo sulla diffusione che ha avuto questo modo di intendere il diritto alla salute, fino ad arrivare al punto in cui il «nucleo essenziale» si interseca alla disciplina dei «livelli essenziali» (Pinelli 2012; Luciani 2011); questo è già stato fatto da diversi tra coloro che hanno partecipato alla sessione. Mi limito solo a dire che, probabilmente, la dottrina del 'nucleo essenziale' non intende alludere ad una sostanza del diritto alla salute, per cui certe pretese sarebbero tutelate dalla costituzione ed altre no, secondo la logica diritto/interesse legittimo. Si tratta piuttosto, di uno strumento attraverso cui la Corte costituzionale ha inteso riservarsi la possibilità di sindacare la discrezionalità delle scelte legislative in punto di attuazione del diritto, valutando di volta in volta cosa deve e non deve essere ascritto a questa categoria.

Insomma, ho l'impressione che se andassimo a scavare a fondo nella logica di questa dottrina ci troveremmo di fronte ad un problema di indeterminatezza molto simile a quello che caratterizza il limite dei «principi fondamentali» alla revisione costituzionale o dei 'principi supremi' che dovrebbero ostare all'ingresso del diritto comunitario nel nostro ordinamento. E ciò perché il «nucleo essenziale» non è il riconoscimento di una parte intangibile del diritto, definibile 'a priori' rispetto alle scelte del legislatore: piuttosto è un controlimite alla discrezionalità di questi in materia di salute, creato dalla Corte per condurre un sindacato più stretto rispetto a quello che sarebbe praticabile in termini di pura ragionevolezza. Sicchè, se alla fine il «nucleo intangibile» è ciò che di volta in volta la Corte ritiene esser tale nella sua opera di controllo, il rischio è che, ad onta di quanto si ritiene, ciò che deve essere ascritto al «nucleo intangibile» possa mutare nel tempo, innanzi tutto perché a mutare drammaticamente – come sta avvenendo – può essere il contesto in cui questa dottrina si trova ad operare.

**6.**

La relazione di L. Trucco ha messo in luce le dinamiche istituzionali che si sono avviate nell'ultimo decennio sul versante della provvista finanziaria, vuoi in rapporto alla riforma dell'art. 117 cost. e al discorso sui livelli essenziali, vuoi in rapporto alla disciplina in materia di assistenza. Tra i molti

– forse troppi – spunti contenuti nella sua amplissima relazione mi sembra il caso di approfondirne almeno uno: e cioè quello relativo alle criticità della l. 42/12009 sul federalismo fiscale e soprattutto del d.lgs. 68/2011, su cui hanno posto l'accento anche E. Cavasino e M. Foglia. Di tutto rilievo, qui, è il passaggio dal metodo della spesa storica (e del ripianamento a piè di lista delle spese sostenute dalle amministrazioni regionali) al metodo della concertazione tra stato e regioni in ordine ai livelli della spesa e che si è concretato nei diversi 'patti per la salute' siglati in sede di conferenza tra stato e regioni.

In particolare, il d. lgs. 68/2011 costituisce un meccanismo giocato su tre parametri

a) fabbisogno nazionale standard
b) fabbisogno regionale standard (costruito dalla somma delle prestazioni erogabili e programmate)
c) costo standard regionale nel settore sanitario

e su un principio di equivalenza tra sommatoria dei fabbisogni regionali programmati e fabbisogno nazionale, al fine di porre limiti preventivi e, per quanto possibile, non derogabili alla destinazione di fondi nella programmazione finanziaria dello stato. Tutti hanno convenuto sulla situazione di tensione che si viene così a creare tra provvista finanziaria ed esigenza di tutela dei diritti.

Giacché, in astratto, delle due l'una: o si parte dalla necessità di erogare un complesso di prestazioni (i LEP e i LEA come quantità fissa) affidando poi agli apparati pubblici il compito di reperire le risorse in ragione dei bisogni (un modello, per intenderci, vicino a quello adombrato dalla dec. 992/1988 di sanità illimitata, a prescindere dai costi); oppure, se si parte dal fabbisogno predeterminato come quantità fissata in sede di programmazione, lo sbocco non può essere se non quello della limitazione della quantità di prestazioni complessivamente sostenibili dal sistema compatibilmente con i tetti programmati e cioè qualcosa di simile al modello britannico di santà. Anche da qui, per inciso, deriva molto del discorso svolto in apertura di questa relazione sulla opportunità di continuare ad identificare la questione della effettività dei diritti sociali con la questione della loro immediata azionabilità avanti le autorità giurisdizionali.

Il punto – come è emerso negli interventi di Trucco, Cavasino ed altri – è che i bisogni non sono programmabili e che impostare rigidamente il problema in questi termini rischia di condurre al risultato per cui il diritto alla salute – come ogni altro diritto sociale – rischia di svuotarsi nella sua capacità prescrittiva, divenendo una variabile dipendente dal bilancio, fatta salva una qualche forma di tutela, elastica e indefinibile a priori, del 'nucleo essenziale' da parte della Corte.

In realtà la strada battuta in questi anni dal legislatore – e seguita anche dal d. lgs. 68/2011 – è stata una strada intermedia, che ha cercato di incunearsi nella alternativa teorica appena prospettata. Scartata l'idea di proporziona-

re il finanziamento delle prestazioni connesse ai diritti sociali alla capacità contributiva dei singoli territori (Antonini 2013, 40), la scelta del governo, in sede di attuazione della delega, è stato quello di tenere, per quanto possibile, costanti entrambi i termini della relazione tra spesa programmata e prestazioni da erogare, mettendo di fatto le regioni nella situazione di dovere inseguire dei forti recuperi in termini di efficienza del sistema e di riduzione dei costi. E, in seconda battuta, imponendo alle regioni il compito di procurarsi sul territorio le risorse necessarie alla compensazione di un eventuale sfondamento del fabbisogno programmato.

Il che, per la verità, dopo l'esperienza dei piani di rientro approvati dopo il primo salvataggio del 2008 non sembra un obiettivo disdicevole, soprattutto a fronte delle prassi avviatesi in alcune regioni per colmare i disavanzi, tra cui non ultima è la scelta, eccezionalmente autorizzata dal Governo, di utilizzare, per colmare i buchi di bilancio delle aziende sanitarie, i fondi Fas (Fondi per le Aree Sottoutilizzate) erogati annualmente per lo sviluppo.

Sicchè è facile capire anche perché, di fatto, il legislatore abbia effettuato una non scelta tra i termini del problema come impostato sopra, mirando semmai a delineare un regime transitorio di dialogo tra stato e regioni finalizzato alla delineazione dei costi standard e dei singoli fabbisogni regionali per realizzare quei recuperi di efficienza che si dicevano sopra. In questo senso un ruolo centrale viene giocato dalla istituzione del Nuovo Sistema Informatico della Sanità, che dovrebbe procedere alla raccolta dei dati sulle prestazioni materialmente erogate negli anni precedenti per condurre una elaborazione realistica dei fabbisogni e dei costi standard. Il che è stato pensato avendo in mente due obiettivi: e cioè quello di realizzare, per quanto possibile, una convergenza tra spesa storica e fabbisogni standard e, in secondo luogo, quello di uniformare quanto più possibile i livelli di efficienza delle singole amministrazioni sanitarie sul territorio che, da quando si è avviato il processo di aziendalizzazione delle ASL, presentano delle disparità sensibilissime (Balduzzi 2011, 156).

In questo quadro, come è evidente, il rischio è che le Regioni non riescano ad attenersi ai tetti di spesa predeterminati e che vadano ancora una volta in deficit, rivolgendosi ai territori per reperire le risorse come previsto dalla riforma. Oppure, qualora la situazione sia insostenibile, la strada è ancora una volta, quella dell'intervento statale con ulteriore aggravio del bilancio del governo.

Ma non è solo l'unico rischio. L'alternativa a questa ipotesi può essere quella per cui, inseguendo l'obiettivo finanziario assegnato, le regioni non siano più in grado di assicurare l'appropriatezza della prestazioni e finiscano con l'abbassare quantità o qualità delle prestazioni stesse. Il che non solo darebbe problemi di tenuta complessiva del sistema, ma, soprattutto darebbe luogo ad una accentuazione delle disparità già presenti sul territorio in termini di erogazione dei servizi sanitari, alla luce di quel principio, facilmente

comprensibile, per cui le regioni che più pesano sul bilancio pubblico sono inevitabilmente quelle che hanno la minor qualità di servizio erogato (Antonini 2013).

## 7.

Ciò che emerge, insomma, è che, al di là delle dottrine che affidano la tutela dei diritti sociali alla applicazione giudiziaria, manca, a tutt'oggi una riflessione articolata sulla relazione intercorrente tra esigenze di tutela dei diritti e vincoli di bilancio che vadano al di là delle dottrine giurisprudenziali del 'nucleo essenziale' e della 'ragionevolezza' del bilanciamento operato dal legislatore tra interessi confliggenti.

Non che manchino spunti in questo senso. Una osservazione preziosa ed esempio è già stata fornita, e di recente, da M. Luciani (Luciani 2011, 14) nel momento in cui ha osservato, proprio con riferimento all'argomento della scarsità di risorse disponibili, che, se è vero che il totale delle risorse economiche in un concreto sistema sociale è rappresentato da una quantità definita e comunque non illimitata, è altrettanto vero che la distribuzione di quel totale tra le varie voci di bilancio non è affatto data. Ed è semmai rimessa, ancora una volta, alla discrezionalità delle scelte effettivamente praticate in punto di politiche di bilancio. Sicchè, tanto per capirci, non è affatto scontato che in tempi di riduzione della spesa pubblica, questa riduzione debba gravare proporzionalmente sulla spesa destinata al sistema delle prestazioni sociali. È questa, semmai, una questione esclusivamente politica e, più propriamente, di politica di bilancio.

Tuttavia nemmeno questa osservazione appare troppo rassicurante, se si osserva, molto banalmente, che in tempi di crisi economica (e di bilancio condizionato da vincoli esterni) il problema della distribuzione delle risorse si risolve, classicamente, in un problema di confronto tra interessi sociali e, normalmente, non sono gli interessi più deboli – o gli interessi dei soggetti più deboli – a prevalere nella lotta per la distribuzione di una ricchezza in diminuzione.

Non è detto, però, che questo sia un destino ineluttabile. Uno spunto interessante, emerso nel dibattito, è quello offerto da A. Bruno, con la sua relazione sul modo in cui il tema della 'riserva del possibile', ossia il vincolo costituzionale alla destinazione delle risorse, è stato affrontato negli ordinamenti extraeuropei, e più precisamente, nell'ordinamento brasiliano. Qui, ad esempio, accanto ad una norma che prescrive, come ora fa in Italia l'art. 81 cost., il vincolo del pareggio di bilancio, il costituente, seguendo una tradizione radicalmente diversa dalla nostra, ha inserito in costituzione un sistema di riserve, e cioè di percentuali minime del bilancio statale, destinate a finanziare i settori della salute, della istruzione, della occupazione, della sicurezza sociale, della lotta alla povertà con il risultato di circoscrivere in premessa la discrezionalità del legislatore nel governo del bilancio medesimo.

Il sistema è assai complesso e si risolve, essenzialmente, nella apposizione, per ciascuna delle voci sopra indicate, di un vincolo di destinazione alle imposte riscosse da ciascun livello di governo (comuni, stati e federazione), secondo una logica che incrocia il meccanismo delle tasse di scopo con quelli del federalismo fiscale.

Questa struttura della disciplina costituzionale del processo di bilancio si accompagna, peraltro, a due ulteriori elementi. Da un parte, infatti, sta l'inclusione dei diritti sociali, così finanziati, nell'ambito dei diritti fondamentali, con la conseguenza di estendere al complesso dei diritti sociali e alle loro clausole di finanziamento la possibilità di avvalersi della principio costituzionale di irrivedibilità *in peius*. Dall'altra sta un ruolo molto forte giocato dalla Corte costituzionale nella difesa della effettività della tutela costituzionale dei diritti sociali e del minimo esistenziale previsto in costituzione fino ad ammettere, come ci ha segnalato S. Bruno nella sua relazione, interventi eccezionali del giudice costituzionale sul bilancio.

Non voglio dilungarmi troppo in questa sede nella descrizione di questo modello. Né so esprimermi sul suo funzionamento concreto e sulla sua resa effettiva. Certo è che, astraendo dalla realtà dell'ordinamento brasiliano, che deve valere solo come spunto di riflessione, quello descritto è un modello di tutela nettamente alternativo a quello che, di fatto, va affermandosi in Italia a seguito della riforma dell'art. 81 cost., che sembra muovere dalla premessa per cui i diritti sociali sono finanziariamente condizionati dall'equilibrio tra costi e ricavi e, perciò, alla fine, non identificabili come fondamentali (Perez 2011).

Non è questa la sede per analizzare nel dettaglio i problemi connessi al trapianto nell'ordinamento italiano di un esempio del genere, innanzi tutto in termini di controllo e giustiziabilità effettiva di una legge e di un processo di bilancio costruiti alla luce di questi principi. Mi limito a ricordare che qualcosa del genere è già stato accennato, e di recente, da autori come G. Ferrara (Ferrara 2012).

Mi sembra però importante chiudere il discorso con la consapevolezza che il percorso di riduzione della tutela dei diritti sociali che si profila all'orizzonte non è un destino ineluttabile. Se, al di là delle declamazioni di maniera sulla fondamentalità dei diritti sociali, intendiamo la fondamentalità (anche) come necessità costituzionale di finanziare questi diritti, e non aggiriamo il problema con le invocazioni alle Corti e al controllo che queste possono praticare sul terreno quanto mai scivoloso della discrezionalità legislativa, non è detto che lo smantellamento dello stato sociale o, meglio, il suo svuotamento finanziario, sia destinato a realizzarsi nelle forme, preoccupanti, che si prospettano. E del resto è soltanto paradossale che, in un momento di crisi e di diminuzione complessiva della risorse, ad essere ridimensionate siano proprio quelle garanzie che, storicamente, sono comparse negli ordinamenti europei nel momento in cui c'è stato bisogno, negli anni '30, di fare fronte al problema della caduta del reddito attraverso la redistribuzione.

In una battuta, se vogliamo ammettere che i diritti sociali, essendo diritti di redistribuzione, sono, più degli altri, diritti condizionati dal bilancio, credo che la strada maestra da percorrere per garantirne la tutela sia semplicemente quella di condizionare il bilancio; e di condizionarlo a livello costituzionale, lasciando da parte quel dogma della libertà della politica nella formazione del bilancio cui siamo, più o meno consapevolmente, legati sulla base delle prassi di governo sviluppatesi in margine alla vecchia dizione dell'art. 81 cost. In fondo, se ci pensiamo, questo dogma è già caduto: ed è caduto prima a livello europeo attraverso il Patto di stabilità e crescita, e ora la riforma dell'art. 81 cost., che da quegli stessi obblighi europei è stato imposta. E si ridimensionerà ancora con la ratifica del Patto di bilancio (*fiscal compact*) attualmente in corso di elaborazione.

Non è scontato, insomma, che l'unico condizionamento possibile al bilancio sia quello, mutuato dall'esperienza del *Grundgesetz*, del principio di corrispondenza tra costi e ricavi nel finanziamento delle attività statali. Accanto a questo, la strada può essere anche quella, diversa, della introduzione delle riserve di bilancio in costituzione e, dunque, della introduzione di vincoli formali allo svolgimento del processo di bilancio.

Ho molti dubbi che la strada destinata ad essere percorsa possa essere davvero questa, soprattutto a fronte del fatto che in questo modo il legislatore dovrebbe apporre a se stesso vincoli ulteriori rispetto a quelli già esistenti: e dunque vedrebbe ulteriormente ridursi quel tradizionale spazio di manovra che già oggi si è fortemente ristretto rispetto al passato e che costituisce l'ultimo spazio in cui i parlamentari riescono ad esercitare un ruolo che non sia di pura ratifica delle scelte di governo. Dobbiamo però essere consapevoli che l'alternativa sarà quella di consegnarci definitivamente al modello attuale di formazione del bilancio statale, confidando nelle mediazioni che la politica sarà in grado di offrire a fronte degli obblighi comunitari di bilancio. Confidando, cioè, nella discrezionalità del legislatore nella ripartizione di risorse che, realisticamente, saranno risorse decrescenti.

## Bibliografia

V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova 1995

V. Angiolini, *Sulle premesse culturali dell'inserimento dei 'diritti sociali' nella Costituzione*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 2008

L. Antonini, *Federalismo all'italiana*, Venezia, 2013

R. Balduzzi, *Alcune conclusioni: la difficile equivalenza dei sottosistemi sanitari regionali*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M. Grisolia (a cura di), *Il diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Torino, 2011, 149 ss.

R. Bellamy, *Political constitutionalism. A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, 2007

G. Berti, *Diritto e stato. Riflessioni sul cambiamento*, Padova 1986

R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992

G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1981, 755 ss.

M. Dogliani, *Interpretazioni della costituzione*, Milano 1982
G. Ferrara, *Regressione costituzionale*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 2012
F. Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione* (trad. it. di *Rechtsstaat im Wandel*, 1964), Milano 1973
E. Forsthoff, *Lo Stato della società industriale* (trad. it di *Der Staat der Industriegesellschaft* 1971), Milano, 2011
G. Guarino, *L'Europa imperfetta. Diritto ed economia. L'Italia, l'Europa, il mondo*, in *Quaderni di Economia italiana,* Unicredit, Roma, 2011, 274.
S. Holmes, R. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse* (trad. it. di *The Cost of Rights: why freedom depends on taxes*, 1999) , Bologna, 2000
M. Luciani, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M. Grisolia (a cura di), *Il diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Torino, 2011, p. 9 ss.
A. Mangia, *Attuazione e applicazione del diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.,* 1998, 751 ss.
F. Merusi, *I servizi pubblici negli anni Ottanta* (1984), in F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 30 ss.
C. Pinelli, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario (1994)*, in C. Pinelli, *Nel lungo andare. Una costituzione alla prova dell'esperienza*, Torino, 2012, 269 ss.
R. Perez, *La nuova disciplina di bilancio in Germania*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 95 ss.
G. Pitruzzella, *Chi governa la finanza pubblica in Europa*, in *Quaderni costituzionali,* 2012, 9 ss.
C. Schmitt, *Dottrina della costituzione* (trad. it. di *Verfassungslehre*, 1928), Milano, 1984
C. Schmitt, *La tirannia dei valori* (trad. it di *Die Tyrannei der Werte*, 1960), Brescia, 2008

# I DIRITTI SOCIALI *IN PROGRESS*

di Daniela Bifulco

*"Mais que diable allait-il faire dans cette galère?"*

Occorrerebbe sempre aver buone ragioni per scomodare i grandi – come Molière, in questo caso, e come il Thomas Mann delle *Considerazioni di un impolitico*, che si aprono con quella stessa citazione – e, con ogni probabilità, giudicherete le mie ragioni insufficienti. Ma tant'è: nel ringraziare sinceramente il Direttivo del Gruppo di Pisa e il suo Presidente, Pasquale Costanzo, per l'invito a proporre una sintesi di questa sessione, il mio pensiero – evidentemente in difficoltà – scantona verso quelle poche parole così ben inanellate a significare un moto di protesta verso se stessi: ma perché diavolo cacciarsi in questa "galera" ovvero – nel mio piccolo – in uno spazio delimitato nel quale tirare le fila a partire da una messe articolata di contributi, riflessioni e suggestioni?

Difficoltà del pensiero a parte, alibi letterari a parte (ma che peccato non potersela cavare semplicemente con l'esclamazione di Molière!), l'impressione complessiva, in estrema sintesi, può così descriversi: la decisione politica sui diritti sociali è ormai in esilio. L'impressione fondamentale, in altri termini, è che la tutela giuridica dei diritti sociali -vecchi e "nuovi", dei cittadini e degli stranieri- sia affidata alle cure dei giudici (nazionali e sovranazionali). Alla loro buona volontà, sensibilità, sollecitudine. Con buona pace del dettato costituzionale, dell'articolo 3, c.2, in particolare ("è compito della *Repubblica* [...]"), della densità semantica insita nella parola "Repubblica" : la quale allude, evidentemente, non soltanto al potere giudiziario, ma anche al parlamento, ai partiti politici, al governo.

Che si parli di diritti sociali nuovi o di diritti sociali degli stranieri, la narrazione che abbiamo ascoltato è quella di una garanzia conquistata per il tramite di rivendicazioni giurisprudenziali. Una garanzia troppo spesso legata – è stato detto – a specifiche contingenze, alla logica del "caso per caso". Non infrequenti sono stati i rilievi critici rispetto a tale logica: si è sottolineato, ad esempio, come il bilanciamento tra diritti sociali e sostenibilità finanziaria non possa essere affidato alle cure dei giudici (non sempre, non in prima battuta), dovendo invece, quell'operazione di bilanciamento, essere rimessa preliminarmente alla decisione del legislatore.

Le due relazioni principali che hanno inaugurato la sessione sui "diritti sociali *in progress*" appaiono alquanto diverse dal punto di vista dell'impostazione; il che, lungi dal farle apparire irrelate, consente di leggerle in si-

nergia reciproca. La relazione di Francesca Biondi Dal Monte muove da un'assenza, ovvero dal «mancato riconoscimento»dei diritti sociali degli stranieri, mostrando fin dall'inizio come tali diritti risentano di una struttura (dovremmo dire di un'ideologia?) che li condiziona «alla mediazione legislativa» (o, ancora, dovremmo dire, a teorie e dottrine che cosi li hanno configurati, come diritti "condizionati" o "pluricondizionati" e così via?). Pragmaticamente, Biondi dal Monte ha impostato dunque la sua analisi evidenziando le lacune della legislazione, i progressi della giurisprudenza e mostrando la derivazione giurisprudenziale del concetto di "nucleo irriducibile" dei diritti in parola.

La relazione di Simone Scagliarini sui "nuovi diritti sociali" muove invece da una presenza, vale a dire la Costituzione italiana – gli articoli 2 e 3, in particolare – e ci ricorda come di "nuovo", in fatto di diritti sociali, non ci sia tanto, se è vero che anche i diritti sociali c.d. nuovi, ancorché formalmente assenti dal catalogo costituzionale, sono espressione di principi ad esso sottesi, in particolare di quello personalista e dei corollari che da questo discendono.

L'uno, dunque, ha affrontato il suo tema puntellandolo sin dall'*incipit* con alcune affermazioni forti (le matrici costituzionali dei diritti sociali, vecchi e nuovi); l'altra, evidenziando *ab initio* le criticità del sistema normativo primario. Ma, in un caso come nell'altro, il racconto, la narrazione che ne scaturisce è quella di diritti conquistati a suon di "rivendicazioni giurisprudenziali". Più precisamente: affrontando il tema a partire da quel che manca, da un disconoscimento, da leggi e fonti secondarie spesso inadeguate, si è mostrato come, da quel mancato riconoscimento, da condizioni legislative insufficienti o lacunose (testo unico in materia di immigrazione, il problema della garanzia insufficiente del diritto alla salute, sottoposto a condizioni capestro: iscrizione al servizio sanitario nazionale e regolarità della presenza sul territorio, etc.) si sia giunti, per via giurisprudenziale, a un riconoscimento almeno parziale: «ne esce una storia di rivendicazioni, compiuta soprattutto in via giurisprudenziale» (Biondi Dal Monte).

Si potrà criticare un approccio siffatto, evidenziandone l'eccesso di realismo e sostenendo che, anziché partire dalla gradualità nella loro garanzia imposta dal legislatore e dalla logica della "scarsità delle risorse", occorrerebbe piuttosto muovere dalla loro inviolabilità, dal bilanciamento "ineguale" di cui dovrebbero beneficiare (stante il testo della Costituzione italiana: tale è l'approccio che, chi scrive, tenderebbe a evidenziare); ma si potrà dire anche che la storia dei diritti è una storia di istanze spesso negate, che soltanto a seguito di lotte e rivendicazioni diventano, infine, diritti. Intendiamo dire che partire da una dimensione empirica, da un *misconoscimento*, è un'ipotesi di lettura -certo molto realistica- ma senz'altro stimolante. Provando a tematizzare dal nostro punto di vista un approccio siffatto (che è in sé già un metodo), potremmo ricordare il monito che fu già di Piovani, e prima ancora

di Jehring, secondo cui l'avanzare del diritto deriva dal torto subito[1]; in questo filone di pensiero, si sono inseriti più di recente gli studi di Axel Honneth[2], che ha riletto la lezione hegeliana della "lotta per il riconoscimento", indagando le forme pratiche del misconoscimento, ovvero quelle esperienze vive dell'ingiustizia che sono state percepite dagli individui, prima ancora che come ingiustizie sociali, come colpi inferti alla propria identità, alle proprie qualità morali di "persona giuridica" (ed è evidente quanto ciò riguardi assai da vicino i diritti degli stranieri extracomunitari).

In questi studi, si è approfondita quella sollecitazione fortissima del contemporaneo, riassumibile nei termini di "riconoscimento", mostrando come dall'esperienza negativa del misconoscimento (di un'identità, di un diritto) muovano istanze oppositive di rivendicazione e lotta sociale, dotate talvolta di un potenziale normativo tale da portare al riconoscimento di identità negate, rinsaldando così la convinzione secondo cui l'avanzare del diritto procederebbe dal torto subìto (secondo una linea di pensiero nutritissima che, passando appunto per Jehring, arriva fino a Dershowitz, tanto per citare nomi molto diversi tra loro, molto noti e certo non assimilabili se non per questo modo di guardare al diritto, al suo evolvere a partire da una ferita, un'assenza)[3].

E queste dinamiche di *disconoscimento*, *risentimento* (ben descritte, di recente, da Marco Revelli[4], che descrive le tensioni sociali in atto nei termini, ormai, di guerra tra poveri, non già tra ricchi e poveri) e poi, infine, di *riconoscimento* riguardano sicuramente i diritti, e quelli sociali in particolare, se è vero che i diritti sociali operano in una direzione controfattuale, avendo di mira un obiettivo economico, coesivo e emancipativo rispetto a un assetto di potere diseguale[5].

Guardare al "momento agonista e rivendicativo del diritto", cioè al diritto soggettivo come attività rivendicatrice, significa spostare l'attenzione sulla percezione morale e sociale della lesione identitaria della persona all'interno di un gruppo sociale e dunque sulla negazione compiuta del riconoscimento delle qualità morali o socio-culturali di quel soggetto e del suo orizzonte culturale da parte della collettività cui aderisce[6].

[1] Per una approfondita ricostruzione di tale prospettiva teorica, cfr. P. F. Savona, in *Il diritto come prassi. I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, a cura di U. Pomarici, Napoli, 2010, 223 ss.

[2] A. Honneth, *Lotta per il riconoscimento*, Milano, 2002. Per un compendio su alcuni teorici contemporanei del riconoscimento, cfr. Esprit, luglio 2008.

[3] R. von Jhering, *La lotta per il diritto. E altri saggi*, Milano, 1989; A. Dershowitz, *Rights from Wrongs. Una teoria laica dell'origine dei diritti*, Torino, 2005.

[4] M. Revelli, *Poveri, noi,* Torino, 2010.

[5] Cfr. M. Benvenuti, *Diritti sociali,* in *Digesto delle discipline giuspubblicistiche*, *Aggiornamento* V, Torino, 2012, 224, anche per la letteratura relativa al profilo indicato.

[6] P. F. Savona, *cit.*, 228.

È una prospettiva teorica, questa, utile a inquadrare svariate esperienze di esclusione sociale, soprattutto in quei sistemi in cui l'idea della copertura costituzionale dei diritti sociali è in esilio : è il caso degli Stati Uniti, dove la tutela dei diritti sociali ha dovuto far leva sul "*claiming*", su una mobilitazione sociale di tipo rivendicativo, rimessa alla buona volontà (e alle oscillazioni) di corti nazionali e federali: qui, nei momenti più acuti di smantellamento delle garanzie sociali, il sistema ha reagito con lo sviluppo dei diritti *nel* processo; dunque, con un approfondimento delle garanzie del *due process*. Ciò che appare consono a un peculiare modo di "far diritto" – proprio degli Stati Uniti – anche definito *adversarial legalism*[7]: non già un modello teorico, bensì un modo, una prassi, un atteggiamento che permea tutte le aree del sistema giuridico: ovvero la competizione formale dominata dalle parti in conflitto. Dove i più forti o i più fortunati tra gli esclusi, prima o poi, riescono a far sentire la propria voce grazie all'eco della loro protesta che rimbalza sulle pareti di un'aula giudiziaria. Soprattutto a partire dall'esplosione della *total justice* degli anni Sessanta, ossia la rivendicazione in sede giudiziaria della tutela di una serie articolata di diritti e interessi, individuali o di gruppo, si è delineata la peculiarità della strada che lo stato sociale ha intrapreso in America: qui, l'assenza di un potere politico capace di affrontare le rivendicazioni dei diritti sociali – o l'assenza *tout court* di una volontà politica in tal senso –, di una pubblica amministrazione preordinata e adeguatamente finanziata in vista della tutela del *Welfare State*, sono stati fattori che hanno lasciato il campo all'iniziativa dei soggetti privati, singoli o associati, nelle forme della competizione giudiziaria (sia tra privati sia tra privati e stato). Tale dinamica è stata agevolata anche dalla mancanza di un *corpus* di norme sostanziali coerenti e generali e dalla corrispondente diffusione di un atteggiamento creativo da parte di avvocati (complice il sistema delle *class actions* e di aggressive pratiche di *discovery*) e giudici, disposti più alla soluzione del singolo caso che all'applicazione di criteri prevedibili di decisione formulati da un legislatore affidabile[8].

Ciò detto: possiamo beneficiare di un'analisi siffatta? La Costituzione italiana non conteneva e non contiene forse ben altre promesse sociali? Non impegna forse il legislatore alla garanzia del diritto al lavoro (come ricordato da Marco Benvenuti, Paolo Caretti)? Possiamo permetterci di dimenticare quali siano stati i soggetti politici, storici, reali che hanno contribuito a trasformare in realtà -almeno in parte- quelle

[7] È la chiave di lettura che R. A. Kagan, *La giustizia americana. Come il contraddittorio fa il diritto*, Bologna, 2009, adotta anche nell'analisi dello sviluppo e dei limiti dello stato sociale nel sistema statunitense.

[8] *Ibidem*. Per una serrata critica all'intervento "forte" delle corti (strong-form judicial review) nella garanza dei diritti sociali in vista di una "*weak-form*" di garanzia giurisdizionale degli stessi, che restituisca autorità al legislativo, v. M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*: *Judicial Review and Social Welfare Rights*, Princeton, New Jersey, 2008.

promesse sociali e pensare ed agire come se "il convitato di pietra" , la politica, fosse ormai da ritenersi escluso dall'attuazione di quella garanzia (Gaetano Azzariti)?

Nell'atelier pomeridiano è dunque stato invocato il grande assente: la politica. Secondo convitato di pietra, a dire il vero, visto che il primo – certamente collegato con quest'ultimo – era stato già ricordato nella relazione che ha inaugurato la sessione (Biondi): il diritto di voto, invero cruciale per la garanzia dei diritti sociali, se è vero che soltanto chi ha il diritto di votare è in grado di partecipare alla definizione delle politiche redistributive. Dal circuito democratico e partecipativo, risulta escluso lo straniero, «anche quando contribuisce con le proprie tasse e gli oneri contributivi del suo lavoro al benessere della comunità di appartenenza» (Biondi).

Nel dibattito pomeridiano, il rapporto tra immigrazione e *welfare* è emerso nei termini di uno dei nodi più problematici delle società contemporanee; inevitabilmente, il discorso è quindi slittato verso la cittadinanza, nucleo concettuale destinato a subire i colpi e le sollecitazioni più forti della contemporaneità. La presenza crescente di stranieri sul territorio nazionale porta lo stato a selezionare sempre più vistosamente i beneficiari delle prestazioni sociali e dalla selezione (la problematicità dei criteri con cui effettuare tali scelte è stata rimarcata da Elisabetta Catelani) risultano sempre più spesso esclusi i non cittadini. Ciò sulla base di politiche di "appartenenza", che favoriscono coloro che hanno un legame più intenso e duraturo col territorio nazionale.

Se, da un punto di vista più strettamente sociologico, la situazione porta a quella guerra tra poveri, ben descritta da Revelli, da un punto di vista più strettamente giuridico, questo rapporto problematico tra immigrazione e welfare ha imposto di riflettere sul rapporto tra diritti dell'uomo e diritti del cittadino e sulle ragioni per cui possa giustificarsi, eventualmente, la prevalenza degli obblighi speciali attinenti a una determinata appartenenza statale contro obblighi universali che superino i confini politici (su questi profili: Biondi, Azzariti, Catelani, D'Andrea, per il richiamo alla necessità di ripensare la cittadinanza attraverso categorie non tradizionali)

Da elemento motore di inclusione e di eguaglianza, la cittadinanza rischia di divenire, oggi, e con riferimento ai diritti sociali degli stranieri, un paradigma di esclusione e discriminazione, «un privilegio di status che mal si concilia con la conclamata universalità e eguaglianza dei diritti universali» (Biondi). In tale contesto, l'ambivalenza in cui la cittadinanza rischia di impigliarsi può compendiarsi nel dubbio se la «lotta per i diritti» non sia diventata «abile strategia conservativa di status e modelli culturali istituzionalizzati piuttosto che lotta per l'eguaglianza e per la parità di trattamento di soggetti marginali e discriminati»[9].

Attraverso il riferimento al concetto di partecipazione (Picchi, Scagliarini, Tanzarella) e a teorie come quella di Benhabib, si è messa dunque in evidenza la necessità di riarticolare il concetto di cittadinanza, di problema-

[9] P. F. Savona, *cit.*, 234.

tizzare lo *status civitatis* quale condizione unica di riconoscimento della garanzia dei diritti sociali.

L'ampliamento del dibattito pomeridiano verso il tema della partecipazione (cui ha dato l'abbrivio l'intervento di Marta Picchi sulla democrazia partecipativa) è dunque apparso tutt'altro che eccentrico, guidando anzi la conversazione verso il suo esito naturale : la necessità di ripartire da un'etica del discorso che garantisca il diritto all'eguale partecipazione alla vita pubblica; ciò che non comporta soltanto l'eliminazione delle disparità distributive, ma, per tornare a Honneth, anche il riferimento a fenomeni di rafforzamento del sé acquisiti attraverso la socializzazione, affinché i soggetti non smarriscano le proprie capacità di autostima, rispetto di sé, stima sociale.

A garantire il delicato equilibrio tra dignità individuale e dignità sociale dell'essere umano, e dunque per implementare pratiche di riconoscimento di culture "altre" o estranee, non bastano, evidentemente, i presupposti cognitivi dei diritti della persona positivizzati dal diritto internazionale e dalle tradizioni costituzionali delle società occidentali. È necessario invece che la stessa nozione di cultura sia intesa non già come un blocco monolitico e impermeabile ad istanze esterne, ma come una pratica autoriflessiva di continua messa in discussione e "rinegoziazione" dei propri contenuti[10]. Il cammino, evidentemente, è lungo e pieno di asperità.

Allo stesso modo, andrebbero "rinegoziati" i contenuti attraverso cui tematizzare, oggi, la cornice teorica dello stato sociale.

Occorrerebbe – a parere di chi scrive – ripensare i diritti sociali – vecchi e nuovi, dei cittadini o degli stranieri extracomunitari – non già partendo dall'assunto della limitatezza delle risorse, e non soltanto analizzando come le corti affrontano il problema di quella limitatezza, ma ripensando anche l'economia, l'impegno dello stato a una redistribuzione più equa dei redditi; ciò che implicherebbe, in primis, una *seria* volontà politica di risolvere in radice il fenomeno dell'evasione fiscale. A tal proposito, è bene ricordare che una teoria dei diritti fondamentali, ivi compresi quelli sociali, è valida solo se accompagnata da una adeguata e corrispondente teoria dei doveri fondamentali[11] (il riferimento è qui, in particolare, al dovere di ognuno di contribuire, in maniera proporzionata ai propri mezzi, alle spese pubbliche, come disposto dall'articolo 53 Cost.) Solo se integrati in un sistema di rapporti economici, che consenta effettivi poteri di intervento del potere statale (poteri di intervento, cioè, che non ruotino attorno a pratiche clientelari) nella gestione produttiva, i diritti sociali possono assumere, infatti, un significato positivo. Il che vorrebbe anche dire, d'altro canto, affrontare alla radice la

[10] *Ivi*, 244-245.

[11] A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile*), in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti* (www.aic.it).

corruzione del potere politico, ovvero un problema che non smette di mortificare in maniera significativa le potenzialità di crescita economica del Paese. E la lotta a fenomeni come la corruzione e l'evasione fiscale non può essere affidata unicamente alle iniziative della magistratura. Continuando a immaginare una cornice di fondo (impegnativa, certo, perché chiama in causa un intervento forte della politica) in cui ridiscutere il tema dei diritti sociali, andrebbero poste, ad esempio, le seguenti domande: occorre riformare soltanto le politiche sociali o non anche quelle quelle economiche e fiscali? Perché si è facilitato l'accesso al credito (si pensi alla crisi dei subprime) anziché al reddito e al lavoro? È stato forse un errore ricorrere all'indebitamento anziché all'imposizione fiscale (a una più *equa* imposizione fiscale) per far fronte alla spesa sociale? Era cosa buona introdurre il limite in costituzione alla spesa pubblica nella forma in cui è stato introdotto? Cosa significa di preciso quel riferimento, nel nuovo articolo 81, all'obbligo dello stato di «tener conto», nel perseguimento dell'equilibrio, delle fasi avverse e di quelle favorevoli del ciclo economico? In tale obbligo, non ulteriormente delimitato, si aprono indubbi spazi di discrezionalità per il legislatore ordinario, nella definizione del concetto stesso di ciclo economico, *in dipendenza dell'opzione di teoria economica* prescelta: basti pensare alle differenze tra teorie esogene o endogene del ciclo e alla conseguente qualificazione di una fase economica come favorevole o avversa[12]. E ancora: è bene affrontare il tema dando per scontato il divario tra "poveri" e "ricchi", con buona pace di ogni programma politico di lotta alla povertà[13]? È bene pretendere di rafforzare il welfare state attraverso una logica di benefici sociali "concessi", attraverso i quali lo stato tende una caritatevole mano verso lo straniero[14]? È bene scardinare la logica dei diritti sociali per sostituirla con quella della gratuità e del dono? Un cambio siffatto di paradigma è gravido di effetti: come è stato ricordato di recente, i diritti sociali, a prestazioni, sono relazioni "fredde" che eludono a monte, tra l'altro, il problema dei clientelismi. Al contrario, il dono, la carità scardinano la logica stringente e fredda dei diritti. E la democrazia ha bisogno di cittadini, non di clienti[15]. La dicotomia ricchi/poveri – che ha radici antiche e, nei

[12] R. Bifulco, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione. A proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti* (www.aic.it), n. 2/2012.

[13] Sul dovere dei pubblici poteri nella lotta contro la povertà è intervenuto di recente M. Ruotolo, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in *Diritto pubblico*, 2/2011.

[14] C. Pinelli, *"Social card", o del ritorno alla carità di Stato*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, 2009 Napoli, 2009, 1117 ss.

[15] G. Zagrebelsky, Relazione di sintesi del seminario di studi "*Le autonomie territoriali e la lotta alla povertà*", Gruppo di San Martino, Torino, 11 novembre 2011.

testi fondativi del costituzionalismo, indiscusse (Aristotele, o il Constant de La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni)[16]- non può accettarsi, scrollando le spalle, come un dato ineluttabile; oggi il diritto costituzionale deve porre con forza il problema della redistribuzione[17], imponendo la democrazia costi che devono gravare su *tutti*. Questa è la declinazione della solidarietà che la Costituzione *impone* (non già la solidarietà affidata al buon cuore di cittadini o chiese), che lo stato sociale deve garantire e che, in chiusura di queste brevi note, preferiamo sottolineare.

Per ribadire la necessità di rimeditare la dicotomia poveri/ricchi in termini più problematici, sarà meglio lasciare il campo a parole scritte da Montaigne, «parole citate innumerevoli volte, ma che non hanno smesso di ferirci»[18]. Attratto dalle distanze e dalla diversità, egli osservò con attenzione gli indigeni brasiliani che erano stati condotti alla presenza del re di Francia, a Rouen. E, dopo essersi sforzato di capire la vita e le consuetudini di quelle strane -per noi, gente "civilizzata"- popolazioni, guardò a noi coi loro occhi, ci raccontò cioè quello che essi videro, e quello che egli vide attraverso i loro occhi. Registrò il loro stupore di fronte alla nostra società e scrisse queste parole[19]: «Tre di loro [...] furono a Rouen al tempo in cui ci stava il fu Re Carlo Nono. Il Re parlò loro a lungo; fu mostrato loro il nostro modo di vivere, la nostra magnificenza, l'aspetto di una bella città. Dopo di ciò qualcuno domandò il loro parere, e volle sapere da essi che cosa avessero trovato da ammirare di più: essi risposero [...] che si erano accorti che c'erano tra noi uomini pieni fino alla gola di ogni sorta di agi, e che le loro metà (essi hanno una maniera di parlare tale che chiamano gli uomini la metà degli altri) erano a mendicare alle porte di quelli, smagriti dalla fame e dalla povertà; e trovavano strano che queste metà così bisognose potessero sopportare una tale ingiustizia, e che non prendessero gli altri alla gola o mettessero fuoco alle loro case.» [20]

[16] *Ibidem*.

[17] Si veda, ad esempio, Bruce Ackerman, Anne Alstott, *The Stakeholder Society*, New Haven, 2000, in cui gli Autori, non rassegnati evidentemente a dare per scontato il forte divario tra ricchi e poveri che caratterizza lo *status quo* negli Stati Uniti, propongono un sistema fiscale mirato alla distribuzione della ricchezza a tutela delle generazioni future, finanziato da una tassa annuale del 2% sulle proprietà e sui beni posseduti dal 40% più ricco della nazione; tale percentuale del reddito andrebbe redistribuito tra i giovani che abbiano compiuto una certa età, e ciò sulla base dell'idea che ciascun americano ha diritto a partecipare della ricchezza accumulata dalle generazioni precedenti.

[18] C. Ginzburg, *Il filo e le tracce. Vero falso finto*, Milano, 2006, 77.

[19] *Ibidem*.

[20] M. de Montaigne, *Saggi*, I, tr.it. a cura di V. Enrico, Milano, 2006, 240-241 (abbiamo parafrasato alcuni passaggi della traduzione per non alterare la fluidità del discorso).

# CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

# CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

di Paolo Caretti

**1.**

Vorrei innanzitutto esprimere il mio più vivo apprezzamento a coloro (e in primo luogo al Presidente del Gruppo di Pisa, il collega Pasquale Costanzo) per aver concepito una struttura del Convegno così articolata e che tocca pressoché tutti i profili legati al tema prescelto: da quello, preliminare, relativo allo statuto costituzionale dei diritti sociali, a quello relativo alla loro implementazione da parte del legislatore e da parte dei giudici (in particolare del giudice costituzionale), a quello relativo alla tutela di questi diritti nell'intreccio tra competenze statali e regionali, nel quadro disegnato dal nuovo titolo V della seconda parte della Costituzione, a quello relativo alla tutela internazionale e sovranazionale dei diritti sociali (con riferimento al sistema Cedu e al sistema dell'U.E.), con le ricadute che questa può avere sul piano del diritto interno, a quello del riconoscimento dei diritti sociali (giustamente definiti "pluricondizionati") dei migranti, a quello, infine delle possibile vie d'uscita volte a salvaguardare gli sviluppi del nostro Stato sociale alla luce della gravissima crisi economico finanziaria che ha assunto una dimensione mondiale, e che non potrà (come del resto già ci accorgiamo) avere forti ripercussioni su questo versante.

Si tratta di un piano di lavoro, dunque, se non forse del tutto esaustivo, certamente così ricco che a mio parere i suoi risultati, che abbiamo letto e ascoltato nelle numerose relazioni in questi due giorni rappresenteranno, una volta pubblicati un punto di riferimento obbligato per ulteriori approfondimenti sul tema.

Il più vivo apprezzamento si estende ovviamente a tutti i relatori che hanno fedelmente seguito le indicazioni ricevute, offrendoci complessivamente un contributo di alto livello, che lascia intendere un lavoro di studio e di analisi molto significativo.

**2.**

In queste brevi considerazioni non intendo certo ripercorrere il contenuto di tutte le relazioni e degli interventi che hanno animato il nostro dibattito. Mi limiterò molto più semplicemente a sottolineare gli aspetti di carattere generale più interessanti che le relazioni e la relativa discussione hanno messo in evidenza, aggiungendo qua e là qualche osservazione personale.

La prima considerazione riguarda la premessa, data per scontata, da cui muovono un po' tutte le relazioni, a partire da quella introduttiva di Gio-

vanni Pitruzzella, e cioè quella per cui l'attuale crisi economico-finanziaria sarebbe destinata ad incidere così a fondo sulla tutela dei diritti sociali da imporre, come qualcuno ha sostenuto, di ripensare su nuove basi tutto il sistema così come negli anni è venuto configurandosi. Nessuno certamente pensa che i riflessi della crisi non si faranno sentire anche su questo versante, ma forse si tende ad esagerarne le conseguenze, soprattutto quando li si intende in termini di ineluttabilità e, come dire, di incontra stabilità. In altre parole, è proprio vero che non c'è altro modo per salvaguardare il nostro Stato sociale se non quello di ritenere l'attuale modello del tutto (e per sempre insostenibile) e dunque destinato ad essere ripensato integralmente, il che vuol dire in buona sostanza drasticamente ridotto? Può darsi che le cose vadano davvero così, ma non credo che questo vada inteso come un esito assolutamente obbligato. Si rifletta sul fatto che la tutela dei diritti sociali ha da sempre dovuto fare i conti con la disponibilità di risorse finanziarie ad essa dedicate e che non sono mancati in passato momenti di crisi che ne hanno messo a repentaglio la tenuta o comunque ne hanno rallentato lo sviluppo. Anzi, si può dire che tutta la storia dell'affermazione dei diritti sociali ha alle spalle scelte politiche redistributive che di volta in volta hanno, ora in modo più significativo ora in modo meno significativo, con battute d'arresto e con passi indietro, determinato la progressiva costruzione di quello che chiamiamo Stato sociale. Dunque il fenomeno che abbiamo di fronte non si segnala come un fenomeno nuovo qualitativamente. Lo è dal punto di vista quantitativo, ma qui si arriva al punto: non è affatto obbligatorio scaricare tutte le conseguenze restrittive determinate dalla crisi esclusivamente o prevalentemente sul sistema dei diritti sociali. Si tratta di un sistema che trova nella Costituzione il suo fondamento e che anzi ne rappresenta uno dei fondamentali tratti distintivi. Di conseguenza ogni decisione al riguardo andrebbe quanto meno bilanciata con altri interessi costituzionalmente tutelati, qual è certamente quello a contenere la spesa pubblica in periodi di crisi, attivando a tal fine ogni strumento disponibile a cominciare da una politica fiscale diversa che punti a dare attuazione ad uno dei principi costituzionali più negletti (quello della progressività, applicandolo ai singoli tributi e non al complessivo sistema fiscale).

Temo che diversamente ragionando, e cioè dando per scontato quello che a mio parere non lo è, si rischi anche involontariamente di fornire un alibi a decisioni politiche che appaiono oggi tutte puntate a ridurre l'area della tutela dei diritti sociali e che vengono appunto presentate come inevitabili e ineluttabili a causa della crisi.

**3.**

Una seconda considerazione riguarda la natura dei diritti sociali. Mi pare che tutti si convenga su punto: essi, nella configurazione che dà la Costituzione non differiscono affatto dai tradizionali diritti di libertà, intesi come diritti

soggettivi. Il fatto che molti di essi (ma non in tutte le loro articolazioni interne) richiedano l'intervento del legislatore e l'impiego di risorse pubbliche non incide sulla loro natura di "diritti", ma semmai sulla misura della loro tutela, posto che il legislatore incontra un doppio limite: da un lato, quello della doverosità della tutela e dall'altro quello del rispetto del nucleo essenziale di tali diritti (così come affermato dalla Corte costituzionale). Questa conclusione ricavabile direttamente da un'interpretazione sistematica del dettato costituzionale ha trovato poi conferma, negli anni, nella copiosa giurisprudenza (costituzionale, di legittimità e di merito) che si è sviluppata in questa materia. Una giurisprudenza che ha dimostrato la sostanziale infondatezza della tesi sostenuta, a partire dai dibattiti costituenti, circa la natura meramente programmatica delle disposizioni costituzionali di riferimento attraverso l'individuazione, tra queste di disposizioni direttamente applicabili, ancorchè caratterizzate da un testo espresso in termini di principio (si pensi al diritto ad una retribuzione non solo proporzionata all'attività lavorativa prestata, ma anche idonea ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa, secondo quanto stabilito dall'art. 36 Cost.), ovvero enucleando da quelle disposizioni situazioni soggettive di vantaggio giustiziabili alla stessa stregua dei diritti soggettivi: dal diritto alla scelta della propria attività lavorativa, al diritto di svolgerla in qualunque parte del territorio nazionale senza incontrare ostacoli di sorta, al diritto all'integrità psico-fisica, al diritto alle cure mediche, al diritto a non essere oggetto di licenziamenti arbitrari e così via. Non solo, ma, sempre lungo questa linea di sviluppo, il giudice (in questo caso soprattutto quello costituzionale) ha proceduto ad un significativo arricchimento del catalogo dei diritti sociali, da intendersi come "nuovi" in quanto non esplicitati dal dettato costituzionale e tuttavia ricavabili dal medesimo in via interpretativa (così come viene opportunamente precisato in una relazione). Per muoversi in questa direzione, il giudice delle leggi si è richiamato spesso all'art. 2 Cost., inteso come valvola di apertura verso l'assunzione a livello di diritti costituzionali non di tutti gli interessi che lo sviluppo della società indichi come meritevoli di tutela, ma solo di quelli che abbiano un chiaro e stretto rapporto con altri interessi già costituzionalmente protetti: così è stato per il diritto alla riservatezza, per il diritto ad un ambiente salubre, per il diritto all'informazione, per il diritto all'abitazione e così via. Non solo, ma sempre più spesso il riferimento utilizzato è stato quello rappresentato dal principio della pari dignità sociale, inteso come una sorta di norma-tetto sotto cui far ricadere le singole tutele (secondo una tendenza propria anche della giurisprudenza di altre Corti costituzionali, sempre nel settore dei diritti sociali). Da quest'ultimo punto di vista, v'è da sottolineare che questa attività, per così dire "creativa" svolta dal giudice delle leggi è destinata ad espandersi e a coinvolgere tutti i giudici comuni, in virtù della dottrina dell'"interpretazione conforme" varata dalla Corte costituzionale, soprattutto nella sua versione ultima di obbligo

per il giudice di adempiere all'obbligo relativo, pena l'inammissibilità della questione di costituzionalità prospettata. È infatti di tutta evidenza che ciò porterà sempre di più il giudice comune a diretto contatto con le disposizioni costituzionali, delle quali sarà chiamato a definire il significato (o meglio quello dei più significati che può consentirgli di stabilire l'esistenza o meno di un rapporto di coerenza tra norma di legge e Costituzione). Uno sviluppo quest'ultimo che mentre pone fine al monopolio dell'interpretazione della Costituzione sin qui esercitato dalla Corte costituzionale, può porre qualche problema alla luce dell'inesistenza del nostro ordinamento dell'istituto del ricorso diretto alla Corte, che funziona invece come istituto di chiusura in altri ordinamenti che pure da tempo applicano la dottrina dell'interpretazione conforme (come la Germania).

In sintesi, su questo punto, gli sviluppi giurisprudenziali appena richiamati hanno dimostrato la natura complessa dei diritti sociali: in parte quella di diritti di prestazione, cui è assicurata una tutela variabile nella misura, dovendosi bilanciare con altri interessi costituzionalmente protetti, tra cui quello legato alla disponibilità di risorse, nel quadro di un equilibrio della finanza pubblica (ma sempre fatto salvo il nucleo essenziale del diritto); in parte quella di diritti soggettivi pieni.

**4.**

Un altro profilo che merita qualche considerazione è rappresentato dallo *status* dei diritti sociali nei sistemi di tutela sovranazionali o internazionali (mi riferisco al sistema Cedu e dell'Unione europea), anch'esso oggetto di analisi nelle relazioni.

Il punto di arrivo ad oggi del livello di tutela raggiunto dai diritti sociali sul piano del diritto nazionale, non trova che un modesto riscontro nell'ambito dei due sistemi di tutela dei diritti che da tempo operano nell'area europea. Permane qui ancora marcata la distinzione tra diritti civili e diritti sociali, che si traduce in una sorta di minorità di questi ultimi rispetto ai primi. E questo per una serie di ragioni. Innanzitutto per ragioni di ordine culturale che sono sostanzialmente le stesse che per molto tempo hanno caratterizzato il dibattito in Italia su questi temi. In secondo luogo, giocano ragioni ordinamentali: per quanto riguarda la Cedu, è noto che la Convenzione non si occupa espressamente di diritti sociali, salvo il riferimento al diritto all'istruzione (art. 2 del Protocollo di Parigi del 1952). Per altro, vanno segnalati alcuni sviluppi interessanti della giurisprudenza della Corte europea, là dove, grazie ad un'interpretazione estensiva di alcune norme convenzionali (in particolare l'art. 2, che tutela la vita familiare, l'art. 3 che impone il divieto di tortura e l'art. 8 che tutela la vita familiare) o al sempre più frequente ricorso al principio di eguaglianza e ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, ha affermato l'esistenza di alcuni diritti riconducibili all'area dei diritti sociali : il diritto alla riservatezza, il diritto a non

essere oggetto di trattamenti contrari alla dignità; il diritto alla salvaguardia delle condizioni di salute; il diritto di sciopero; il diritto ad un ambiente salubre così come ha giustificato l'adozione di "azioni positive" al fine di rimuovere una diseguaglianza di fatto. Ma si tratta, tuttavia di una tutela episodica, indiretta e non di rado contraddittoria come spesso si presenta la giurisprudenza della Corte europea, a causa della sua natura eminentemente casistica.

Quanto al sistema dell'Unione europea, la Corte di giustizia ha svolto negli anni passati un'azione certamente meritoria sviluppando una giurisprudenza molto ricca in tema di divieto di discriminazione, che l'ha portata ad affermare l'esistenza nel diritto dell'Unione di un principio generale di eguaglianza, che le ha consentito di estenderne l'applicazione a molte fattispecie in sé non riconducibili ad un mero divieto di discriminazione tra lavoratori. Non solo, ma in qualche caso ha portato la Corte ad affrontare e risolvere controversie nelle quali si lamentavano situazioni di diseguaglianza di fatto sulla base di considerazioni assai vicine a quelle che farebbe il giudice nazionale applicando il disposto dell'art. 3, c. 2 in tema di eguaglianza sostanziale. Oggi, dopo l'avvenuta ratifica del trattato di Lisbona, che come è noto ha attribuito alle norme della c.d. Carta di Nizza lo stesso valore giuridico delle norme dei trattati, ha mutato la situazione, nel senso che ora la Corte si trova di fronte ad un unico atto nel quale accanto ad un elenco di diritti di libertà sono menzionati anche alcuni diritti sociali: così il diritto all'istruzione (art. 14), il diritto al lavoro (art. 15), il diritto alla parità uomo-donna in tema di occupazione, condizioni di lavoro e retribuzione, aggiungendo che tale principio non implica il divieto di misure che comportino vantaggi per il sesso che si trovi a subire delle discriminazioni di fatto, affermando così la legittimità di "azioni positive" (art. 23), il diritto del lavoratore ad essere informato e consultato sulla gestione delle imprese, il diritto a non subire licenziamenti ingiustificati, il diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose, il diritto all'assistenza e alla previdenza sociale (art. 34), il diritto alla salute (art. 35), il diritto all'ambiente salubre (art. 37). Non tutti questi diritti rappresentano un'assoluta novità per il sistema dell'Unione, posto che in gran parte erano stati già riconosciuti dalla precedente giurisprudenza della Corte di giustizia, ma la loro espressa codificazione è destinata a dare maggiore impulso e stabilità a tale giurisprudenza.

Detto questo, tuttavia, mi pare che si debba sottolineare come la tutela dei diritti sociali sconti sul piano dell'Unione due limiti oggettivi: da un lato l'incompetenza dell'Unione in tema di diritti sociali (la Carta si preoccupa di precisare che il catalogo dei diritti che essa contiene non comporta alcuna espansione delle competenze dell'Unione); dall'altro la mancanza di una politica fiscale comune, lasciando in sostanza gli Stati membri arbitri di determinare la misura della relativa tutela (gioca qui la lamentata discrasia tra la comunitarizzazione di alcuni strumenti su cui si basano le decisioni di politica economica, come la moneta unica, e la politica fiscale).

In questa situazione, la Carta sembra parlare più alla Corte di giustizia che al legislatore dell'Unione, affidando ad essa e alle sue pronunce, ma nei limiti del suo ruolo, il rispetto delle sue disposizioni.

Questo status di minorità che ancora caratterizza i diritti sociali nei due sistemi presi in considerazione è del resto confermato dalla scarsa operatività della Carta sociale promossa dal Consiglio d'Europa e sottoscritta da un numero consistente di Paesi, tra cui l'Italia. E ciò nonostante il tentativo di rafforzarla che si è compiuto con la riforma del 1996, soprattutto sul versante dei controlli, attraverso l'istituzione del Comitato europeo dei diritti sociali e la previsione della possibilità di presentare ricorso in caso di inadempienza degli Stati firmatari da parte delle organizzazioni rappresentative delle parti sociali. Ricorsi che hanno dato luogo a decisioni del Comitato che solo in pochi casi hanno avuto un seguito nelle legislazioni nazionali. Ma soprattutto scarsissima attenzione ha sin qui ricevuto la Carta da parte dei giudici nazionali, che le hanno riservato il ruolo pressoché insignificante che avevano riservato alla stessa Convenzione europea sui diritti dell'uomo, prima della riforma del titolo V della seconda parte della Costituzione e, in particolare del primo comma dell'art. 117 che obbliga non solo la legge regionale, ma anche quella statale al rispetto degli obblighi internazionali e dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea. C'è semmai da chiedersi al riguardo se anche per la Carta sociale, che è un trattato internazionale, non possa o debba estendersi il disposto della disposizione costituzionale ora richiamata, nell'interpretazione datane dalla Corte costituzionale a partire dalle notissime sentenze nn. 348 e 349 del 2007. Se così avvenisse (e non vedo decisivi ostacoli che vi si frappongano), anche la Carta sociale potrebbe conoscere una rivitalizzazione pari a quella che ha interessato la Convenzione europea sui diritti dell'uomo.

**5.**

Come ho già accennato molte delle relazioni presentate a questo Convegno non si limitano ad analizzare lo stato attuale della tutela dei diritti fondamentali, mettendone in evidenza luci e ombre, ma si preoccupano anche di immaginare soluzioni di prospettiva che ne consentano il miglioramento o quanto meno il mantenimento ai livelli attuali. Le possibili vie d'uscita da una situazione che sembrerebbe avviare la tutela dei diritti sociali ad un progressivo e inarrestabile inaridimento operano su piani diversi, non necessariamente alternativi tra loro. Secondo una prima ipotesi, si tratterebbe di ripensare la distinzione, sino ad oggi tenuta sostanzialmente ferma tra Stato sociale e mercato e più in particolare quella tra pubblico e privato. La direzione dovrebbe essere quella di puntare ad un modello misto, collaborativo, secondo alcune indicazioni direttamente desumibili dalla Costituzione, secondo, ma non solo, una più decisa valorizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, sancito

dall'art. 118 Cost. Una seconda via d'uscita ipotizzata fa leva invece sull'attuazione di una effettiva autonomia finanziaria regionale e locale che, fatta salva la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti sociali, si traduca nella possibilità a livello decentrato di promuovere politiche pubbliche di sostegno e implementazione dell'effettivo godimento di tali diritti. Ancora, secondo una terza ipotesi, si potrebbe pensare ad una valorizzazione degli strumenti partecipativi al fine di rendere le scelte politiche compiute in tema di tutela di tali diritti il più possibile trasparenti e rispondenti alle esigenze plurali del tessuto sociale (vengono richiamate a questo proposito esperienze da tempo maturate come quelle dell'approvazione del c.d. bilancio sociale). Accanto a queste ipotesi sulle quali si soffermano alcune relazioni, altre se ne potrebbero immaginare come quella ad esempio di correggere, almeno in certi casi, l'impianto sempre e comunque egualitario del nostro sistema di servizi sociali, che tratta tutti allo stesso modo finendo così per penalizzare chi appartiene alle fasce sociali economicamente più deboli. Pensiamo al diritto alla salute e alle prestazioni del Servizio sanitario nazionale. È vero che il servizio si finanzia essenzialmente sulla base del prelievo fiscale generale e che dunque è pro quota pagato da tutti (lascio perdere ogni considerazione che pure andrebbe fatta sul livello di evasione fiscale che affligge da sempre il nostro Paese), ma credo che nulla impedirebbe di prevedere costi aggiuntivi per chi appartiene alle fasce di reddito più alte: insomma la gratuità per tutti potrebbe tradursi da principio di giustizia a principio ingiustamente discriminatorio.

Ma, più in generale, credo che tutte le ipotesi di prospettiva portate qui alla nostra attenzione siano meritevoli di ulteriori approfondimenti, ma che difficilmente possano essere immaginate come ipotesi alternative al modello attuale, centrato sul ruolo dei pubblici poteri e sulla loro responsabilità primaria in questo campo. Potranno e forse dovranno cambiare alcuni aspetti di questo modello, ma mi riesce difficile accettare l'idea che i poteri pubblici si spoglino di una responsabilità che la Costituzione loro espressamente attribuisce (art. 3, c. 2 «È compito della Repubblica rimuovere [...]») e che in buona sostanza ne rappresenta il fondamentale elemento di legittimazione.

**6.**

Infine qualche ulteriore considerazione merita un aspetto di carattere generale del nostro tema e cioè quello del rapporto tra legislatore e giudice, o se si vuole tra diritto legale e diritto giurisprudenziale, in questo campo (ma il discorso investe tutto il settore della tutela dei diritti). Che si tratti di un aspetto tutt'altro che secondario lo dimostra il fatto che gran parte dei convegni che assumono ad oggetto la tutela dei diritti sociali concentrano prevalentemente la loro attenzione più che sulla loro attuazione legislativa sulla loro *giustiziabilità*. È il segno inequivocabile che qualcosa sta cambiando nel modo di percepire il ruolo che giudice e legislatore giocano in questo campo.

Da un punto di vista generale, se guardiamo al dato costituzionale non possono esservi dubbi circa il ruolo primario che è assegnato al legislatore; un ruolo di assoluto protagonista nell'implementazione dei diritti sociali. Rispetto a questo, il ruolo del giudice, per quanto rilevante resta quello di un soggetto che interviene in seconda battuta e che in ogni caso, per quanto ampi siano i margini lasciati alla sua interpretazione, opera sempre su testi legislativi. È quanto correttamente molte relazioni ripetono e che certamente è almeno in parte vero. Ma appunto, solo in parte. Se guardiamo da vicino gli sviluppi della giurisprudenza, quella nazionale ma non solo quella, non è difficile cogliere gli indici chiari di un mutamento che si va determinando negli equilibri tra diritto legale e diritto giurisprudenziale. Si sono richiamati gli apporti "creativi" offerti in questa materia dal giudice costituzionale, da quello di legittimità e di merito, così come si è accennato agli analoghi contributi dati in questa direzione dalle due Corti europee, entrambe chiamate in questa ad esercitare la loro attività interpretativa non su testi legislativi ma su norme di principio contenute in un caso nella Convenzione (CEDU), nell'atro nella Carta di Nizza (U.E.).

Di fronte a questo fenomeno, il primo interrogativo da porsi è se esso debba intendersi come un fenomeno transeunte, legato essenzialmente alle difficoltà che oggi incontrano un po' dovunque i meccanismi della rappresentanza politica sui quali si basa l'opera del legislatore, in una logica di provvisoria "supplenza", e come tale destinato progressivamente a rientrare ovvero di un fenomeno strutturale che ha altre origini. A me pare che la risposta a questo interrogativo debba essere nel secondo senso. Credo cioè che il mutato equilibrio tra diritto legale e diritto giurisprudenziale sia soprattutto da ricondurre al pieno dispiegarsi delle potenzialità insite nel principio di sottoposizione della legge al controllo di conformità rispetto a norme di livello superiore (che siano quelle costituzionali o quelle convenzionali, contenute in un trattato). È questo principio, che impone il rispetto di una nuova legalità (quella costituzionale, appunto) che porta inevitabilmente il giudice a diretto contatto con norme spesso espresse in termini di principio e che dunque non solo offrono ai giudici margini di interpretazione molto ampi, ma mutano gli stessi criteri con cui operare su tali dati testuali: un conto è infatti interpretare una norma di legge, altro conto è interpretare un principio, spesso polisematico, dal quale trarre il significato che possa essere utile alla soluzione del caso concreto.

Il secondo interrogativo che conviene porsi è se questo processo di riequilibrio nei rapporti tra ruolo del legislatore e ruolo del giudice serva davvero la causa di una migliore tutela dei diritti sociali. A questo interrogativo è più difficile dare risposta. Certamente gli sviluppi giurisprudenziali cui si è accennato hanno rafforzato la tutela effettiva di tali diritti, attraverso l'individuazione di numerose situazioni direttamente giustiziabili. Così come un giudizio positivo meritano quegli sviluppi giurisprudenziali che hanno

segnato le linee guida per l'intervento del legislatore. Ma la risposta diventa assai più problematica se la tendenza in atto dovesse tradursi in una vera e propria supplenza del giudice nei confronti del legislatore. È auspicabile che venga spinta sullo sfondo la fondamentale funzione promozionale dei diritti sociali che solo la legge può assicurare? È auspicabile che la loro tutela finisca per frantumarsi in una serie di singole vicende processuali? Io penso di no. Penso, al contrario, che il rapporto tra diritto legale e diritto giurisprudenziale in questa materia debba mantenersi e svilupparsi in una sostanziale situazione di equilibrio, che essi debbano integrarsi e condizionarsi l'un l'altro, in coerenza con la stessa natura complessa dei diritti sociali, che li consegna inevitabilmente a vivere in uno spazio di mezzo tra legge e giudice.

Finito di stampare
da Cangiano Grafica - Volla (NA)
nel mese di settembre 2013