

CRISI ECONOMICA E DIRITTI SOCIALI
(con particolare riguardo a salute, assistenza sociale e istruzione)

CRISIS ECONÓMICA Y DERECHOS SOCIALES
(con especial atención a la salud, asistencia social y educación)

ECONOMICAL CRISIS AND SOCIAL RIGHTS
(special attention to health, social assistance and education)

Silvio Gambino *

Sommario: 1. Stato sociale e diritti fondamentali: fra unità giuridica della Nazione, distribuzione territoriale del potere e diritti di cittadinanza. – 2. I livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti (civili e) sociali e la loro garanzia su tutto il territorio nazionale. – 3. Il diritto alla salute come diritto finanziariamente condizionato? – 3.1. Giurisprudenza costituzionale e bilanciamenti del diritto alla salute con altri interessi costituzionalmente protetti. In particolare sul limite dell'equilibrio finanziario. – 3.2. Libertà negativa e diritto sociale pretensivo nel diritto di autodeterminazione (rispetto al rifiuto delle cure) ai sensi dell'art. 3, c. 2, Cost. – 4. Il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale, fra previsione costituzionale, attuazione legislativa e servizi pubblici. – 4.1. Revisione costituzionale e nuovo *welfare* regionale-municipale-sociale: previsioni costituzionali destinate all'ineffettività a seguito delle misure legislative di contrasto della crisi economica? – 4.2. L'assistenza sociale fra sussidiarietà orizzontale e nuovo regime di rapporti pubblico-privato. – 5. Il diritto all'istruzione come diritto sociale e la centralità della scuola. – 5.1. Scuola dell'obbligo e diritto di accesso ai gradi più alti degli studi dei capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi. Art. 34, commi 3 e 4, Cost. e problematiche di effettività. – 5.2. Giustizia costituzionale e condizionamenti dell'effettività del diritto alla istruzione: finanza pubblica e amministrazione scolastica. – 6. Il costituzionalismo contemporaneo di fronte alla crisi economica: crisi dello Stato sociale e (problematica) effettività dei diritti sociali.

Sumario: 1. Estado social y derechos fundamentales: entre la unidad jurídica de la Nación, distribución territorial del poder y derechos de ciudadanía.- 2. Los niveles esenciales de las prestaciones en materia de derechos (civiles y) sociales y su garantía en todo el territorio nacional.- 3. ¿El derecho a la salud como derecho financieramente condicionado? – 3.1. Jurisprudencia constitucional y equilibrio del derecho a la salud con otros intereses constitucionales protegidos. En particular, el límite del equilibrio financiero. 3.2. Libertad negativa y derecho social pretendido en el supuesto del derecho de autonomía de la voluntad (rechazo de las intervenciones médicas) del art. 3.2 CI.- 4. El derecho a la asistencia social desde la óptica de la regulación constitucional, desarrollo legislativo y servicios públicos. – 4.1. Revisión constitucional y nuevo *welfare* regional-municipal-social: ¿previsiones constitucionales destinadas a la ineficacia como consecuencia de las medidas económicas adoptadas? – 4.2. La asistencia social entre subsidiariedad horizontal y nuevas relaciones público-privadas. – 5. El derecho a la educación como derechos social y la centralidad de la escuela. – 5.1. Escuela obligatoria y derecho a la educación superior de los alumnos con capacidad y mérito sin medios económicos. – 5.2. Justicia constitucional y condicionantes de la efectividad del derecho a la instrucción: finanzas públicas y administración educativa.- 6. El constitucionalismo

* Professore ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato, Università della Calabria, Italia.

contemporáneo ante la crisis: crisis del Estado social y (problemática) efectividad de los derechos sociales.

Summary: 1. Welfare State and fundamental rights in the light of legal unity of Nation, territorial allocation of power and citizenship rights. – 2. The essential service levels relating to (civil) and social rights and their protection on the entire national territory. – 3. The right to health as a financially conditioned right? – 3.1. Constitutional case law and the balancing of the right to health with other constitutionally protected interests with a special focus on the balanced budget restraint. – 3.2. Negative liberty and positive social right in the framework of the right to self-determination (with regard to refusing medical care) provided by Article 3(2) of Italian Constitution. – 4. The right to welfare support in the light of constitutional provisions, legislative implementation and public services. – 4.1. Constitutional reform and the new regional, local, and social welfare: will the constitutional provisions be effective after the adoption of legislative measures against the economic crisis? – 4.2. The social assistance in the light of horizontal subsidiarity and the new public and private relationship regime. – 5. The right to education as a social right and the primary role of educational institutions. – 5.1. Compulsory education and the right of capable and deserving pupils to attain the highest grades of education, even without financial resources, as provided for by Article 34 (3) and (4) of Italian Constitution and related issues. – 5.2. Constitutional jurisdiction and influences on the effectiveness of right to education: public finance and educational system. 6. The contemporary constitutionalism in the context of the economic crisis: Welfare State crisis and the issue of social rights effectiveness.

Sintesi: Il saggio analizza alcuni (tre) fra i più importanti diritti sociali dell'esperienza costituzionale repubblicana in Italia: il diritto alla salute, il diritto all'assistenza sociale e il diritto all'istruzione. L'analisi è svolta alla luce delle specifiche previsioni costituzionali di garanzia e nella concreta loro effettività, includendo in tale analisi lo stato di attuazione di altri diritti e principi fondamentali di giustizia sociale parimenti garantiti costituzionalmente. La crisi economica e le misure finanziarie previste dalla Unione europea e dalle autorità monetarie internazionali (soprattutto il Fiscal Compact) hanno prodotto una significativa perdita di autonomia decisionale delle istituzioni rappresentative e di flessibilità delle politiche pubbliche nella conformazione degli equilibri del bilancio pubblico alle politiche di stabilità previste dai trattati europei, al pari di quanto è avvenuto in altri Paesi europei. La positivizzazione costituzionale di tali misure in tema di equilibrio-pareggio del bilancio pubblico risulta particolarmente rilevante per lo studio dell'effettività dei diritti sociali e più in generale della stessa sopravvivenza dello Stato sociale. Con il bilanciamento svolto dalla Corte costituzionale fra diritti fondamentali sociali e altri beni/valori costituzionali, la garanzia giurisdizionale accordata a tali diritti tende, in tale quadro, a limitarsi al solo loro contenuto essenziale, al loro 'nucleo duro', con l'effetto di una evidente regressione costituzionale. Quanto rilievo conservi in tale prospettiva la concezione normativa della Costituzione e la prescrittività delle sue obbligazioni è questione che pare dischiudere molto più di un dubbio sulla effettività dei diritti e sullo stesso futuro dello Stato sociale.

Parole chiave: (Effettività dei) diritti sociali; Crisi economica; Giurisprudenza costituzionale

Resumen: El artículo analiza algunos (tres) de los más importantes derechos sociales del ordenamiento italiano: el derecho a la salud, la asistencia social y la educación. El análisis se lleva a cabo desde la perspectiva de su eficacia y garantía, con atención al necesario equilibrio con otros intereses constitucionales protegidos. La crisis económica y las medidas financieras previstas por la Unión Europea y otras autoridades monetarias internacionales (el *Fiscal Compact*) han producido una pérdida significativa de autonomía decisional de las instituciones representativas y de flexibilidad de las políticas públicas. La positivización constitucional de las medidas de equilibrio presupuestario son especialmente relevantes en materia de la eficacia de los derechos sociales e, incluso, de la propia supervivencia del Estado social. La jurisprudencia constitucional en el juego del equilibrio entre intereses constitucionales ha reducido los derechos sociales a su núcleo esencial, con una evidente limitación de los mismos. El análisis se lleva a cabo desde la

perspectiva de una concepción normativa de la Constitución y la obligatoriedad de sus prescripciones plantea dudas sobre la efectividad de los derechos y el futuro del Estado social.

Palabras clave: (Efectividad de los) derechos sociales; Crisis económica; Jurisprudencia constitucional

Abstract: The article analyses some of the most important social rights in the Italian Constitutional experience (right to health, right to social assistance and right to education) in the light of the specific constitutional provisions of guarantee and in their concrete effectiveness. This analysis includes the status of other welfare fundamental rights and principles protected at constitutional level. The economic crisis and the financial measures set up by the European Union and by the International Monetary Institutions (in particular the Fiscal Compact) have caused in Italy, as well as in other European Countries, a meaningful loss of decision-making autonomy of representative institutions. Such a context caused the loss of flexibility of public politics in determining the balance of public budget due to the EU stability politics. The transposition in the Italian Constitution of these European measures on monetary stability (Article 81 of Constitution) is particularly relevant to the study of social rights effectiveness and more generally of Welfare State's health. With its jurisdictional activity, the Constitutional Court makes a balance between social fundamental rights and other constitutional interests/values (which now include the public balanced budget); as a consequence, the judicial protection of these rights is only limited to their essence, their "hard core", which constitutes a clear constitutional regression. In this perspective, one may wonder what is the future perspective of the traditional legal concept of Constitution and the future of Welfare State itself.

Keywords: Social rights (effectiveness); Economic crisis; Constitutional case law.

1. STATO SOCIALE E DIRITTI FONDAMENTALI: FRA UNITÀ GIURIDICA DELLA NAZIONE, DISTRIBUZIONE TERRITORIALE DEL POTERE E DIRITTI DI CITTADINANZA

Oltre alle problematiche di effettività dei diritti sociali, questo studio affronta le questioni poste dall'evoluzione di alcuni ordinamenti statuali (italiano, spagnolo e francese) oggetto della indagine*, colti sia nella prospettiva statica che in quella dinamica (revisioni costituzionali e diritto vivente)¹. In questo senso, può

* Contributo alla Ricerca PRIN 2010-2011 - prot. 2010KB7F9S - ("Salute, assistenza sociale, istruzione, fra garanzie costituzionali e innovazione normativa in alcuni ordinamenti statuali), di cui chi scrive è il Responsabile dell'Unità locale operante presso l'Università della Calabria. Tale Unità costituisce una delle 12 unità locali della Ricerca PRIN coordinate a livello nazionale dal prof. Francesco Merloni (Università di Perugia) ("Istituzioni democratiche e amministrazioni d'Europa: coesione e innovazione al tempo della crisi economica"). I primi risultati della ricerca, ora in corso di pubblicazione nella loro versione definitiva, sono stati presentati e discussi in due Seminari aperti alla comunità accademica.

¹ RUGGERI, A., "Crisi economica e crisi della Costituzione", in *consultaonline*, 2012; AA.VV., "La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale", (Atti V Giornate italo-ispano-brasiliane di diritto costituzionale, Lecce, 14-15 settembre 2012); ID., "Regioni e diritti fondamentali", in ID., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell'anno 2011*, Giappichelli, Torino, 2012; ID., "Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali", *consultaonline.it.*; SALAZAR, C., "Crisi economica e diritti fondamentali", *www.rivistaaic.it*, 4/2013; SPADARO, A., *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, *www.rivistaaic.it.*, 4/2011; ID., "La crisi, i diritti sociali e le risposte dell'Europa", in CARUSO, B., FONTANA, G. (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Il Mulino, Bologna, 2015; CAVASINO E., SCALA G., VERDE G. (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*,

anche dirsi che l'oggetto dell'indagine, più in generale, costituisce una riflessione sulle problematiche evolutive dello Stato sociale contemporaneo² e, al suo interno, dei rapporti fra principio di uguaglianza e principio di autonomia territoriale (regionale e locale). Una forma di Stato – quest'ultima – che – soprattutto nello ultimo ventennio – registra, sia in Italia e negli ordinamenti europei che nella Unione europea, un'evidente sfida alla certezza dei principi e delle regole costituzionalmente positivizzate in ragione della considerazione secondo cui se non i primi di certo le seconde registrano evidenti impatti svalutativi in ragione della crisi (economica e fiscale) in atto ormai da almeno un decennio.

Nel suo sviluppo, l'analisi incrocia molte altre questioni (qui solo richiamate): quella del regionalismo politico (e delle relative continuità e discontinuità con il federalismo), quella del federalismo fiscale (e delle relative problematiche attuative)³ e quella infine della pretesa "sovranità" da parte di alcuni territori regionali⁴, ancorché, (dopo una stagione di forti rivendicazioni politiche in tal senso) nella fase attuale, esse non costituiscano (almeno in Italia, significativamente diversa risultando l'esperienza spagnola in materia)⁵ oggetto di

Editoriale Scientifica, Napoli, 2013; ANGELINI, F., BENVENUTI, M. (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Jovene, Napoli, 2012; MORRONE, A., "Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa", *Quaderni costituzionali*, 1/2014; GAMBINO, S., NOCITO, W., "Crisi finanziaria e diritti fondamentali fra trasformazioni del costituzionalismo e incertezze sul futuro europeo", in CARUSO, B., FONTANA, G. (a cura di), *Lavoro e diritti sociali*, cit.

² GAMBINO, S., "El Estado social y democrático de derecho: desarrollo histórico y conceptual" (Relazione al II Congreso Internacional, organizzato dal Tribunal Constitucional de la República Dominicana, *Los derechos económicos y sociales y su exigibilidad en el Estado social y democrático de derecho*, Santo Domingo, 26/29 novembre 2014), in www.federalismi.it, 23/2014; "Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo. Quale futuro europeo per i diritti fondamentali e per lo Stato sociale?" (Relazione al Congreso Internacional *Perspectivas nacionales y supranacionales del Derecho constitucional en el contexto de la globalización*, organizzato dall'Università di Catania e dall'Università di Granada, European Integration and Globalization, Centre of Excellence, Catania, 6 febbraio 2015), in www.KorEuropa.

³ GAMBINO, S., "Forma di Stato e federalismo fiscale. Spunti costituzionali e comparatistici", in ID. (a cura di), *Il federalismo fiscale in Europa*, Giuffrè, Milano, 2014.

⁴ BLANCO VALDÉS, R.L., *El laberinto territorial español. Del cantón de Cartagena al secesionismo catalán*, Alianza, Madrid, 2014; LÓPEZ-BASAGUREN, A., ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L. (ed.), *The Ways of Federalism in Western Countries and the Horizons of Territorial Autonomy in Spain*, vol. 1, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, Springer, 2013; DEL REAL ALCALÁ, J.A. (ed.), *Unidad y pluralidad en tiempos revueltos: derechos, Constitución, secesión*, Dykinson, Madrid, 2014; OLIVER ARAUJO, J., *El futuro territorial del Estado español. Centralización, autonomía, federalismo, confederación o secesión?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; RUIZ-RICO RUIZ, G., (ed.), *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006; ANGUITA SUSI, A., (ed.), *Derechos estatutarios y defensores del pueblo. Teoría y práctica en España e Italia*, Atelier, Barcelona, 2014.

⁵ APARICIO, M., CASTELLÁ ANDREU, J.M., EXPÓSITO, E. (coord.), *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Atelier, Barcelona, 2005; APARICIO, M., CASTELLÁ ANDREU, J.M., EXPÓSITO, E. (coord.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de autonomía*, Atelier, Barcelona, 2008; CASTELLÁ ANDREU, J.M., OLIVETTI, M. (coord.), *Nuevos Estatutos y reforma del Estado. Las experiencias de España e Italia*, Atelier, Barcelona, 2009; GAMBINO, S., (a cura di), *Regionalismi e statuti. Le riforme in Spagna e in Italia*, Giuffrè,

specifiche strategie politico-istituzionali da parte delle forze politiche che le avevano assunte come obiettivo centrale nella loro azione politica⁶. Su ognuna di tali problematiche si sono registrate importanti (e convincenti) pronunce delle corti costituzionali dei Paesi oggetto di studio, a partire dal Giudice delle leggi italiano⁷ e da quello spagnolo⁸, con particolare riguardo alle questioni di legittimità sollevate relativamente alla conformità a Costituzione dello Statuto catalano.

In tale quadro, la dottrina italiana si è chiesta se il principio di uguaglianza, oltre a costituire un inderogabile diritto fondamentale dei cittadini, non costituisca anche un principio fondamentale di struttura dell'articolazione territoriale dello Stato. Le esigenze poste dal diritto costituzionale e, più in particolare, dal carattere inviolabile e inderogabile dei diritti fondamentali (in particolare, ma non solo, dei diritti sociali), in tale ottica, hanno portato a sottolineare come, nello Stato costituzionale, il principio di eguaglianza interpersonale si accompagni e si specifichi con quello di eguaglianza interterritoriale. In tale prospettiva, le diversità dovute alle asimmetrie competenziali conoscono il limite inderogabile della eguaglianza interpersonale. Così, nessuna diversità può giustificare la compressione (se non il vero e proprio sacrificio) dell'eguaglianza in ciò che della stessa risulta sostanziale. Detto in altri termini, con riguardo al tema della presente analisi (e con specifico riguardo alle torsioni osservate in materia, nella esperienza italiana e ora soprattutto in quella spagnola), il diritto alla differenziazione (in base al quale la posizione giuridica dei soggetti può diversificarsi nelle diverse regioni nei termini delle articolate forme di esercizio delle competenze legislative e amministrative), mentre può riguardare (sia pure nelle sole forme consentite dalla Costituzione) l'ambito competenziale delle diverse articolazioni del sistema regionale e locale, non può ampliarsi fino a compromettere l'ambito dei diritti e dei doveri costituzionali. In tale ambito, come è stato efficacemente osservato,

Milano, 2008; D'IGNAZIO, G., *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Giuffrè, Milano, 2011; GAMBINO, S., (a cura di), *Regionalismo, federalismo, devolution*, Giuffrè, Milano, 2003.

⁶ GAMBINO, S., "Stato e nazione fra Unità e attualità costituzionale", in DE SENSI SESTITO, G. E PETRUSEWICZ, M. (a cura di), *Unità Multiple: Centocinquant'anni? Unità? Italia?*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2014; ID., "The Road Towards Federalism in Italy?", in LÓPEZ-BASAGUREN, A., ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L. (ed.), *The Ways of Federalism*, cit.

⁷ Prima ancora che da parte di alcuni territori del Nord Est del Paese, tale questione era stato oggetto di un ricorso di legittimità costituzionale sollevato dal Governo con riguardo alla previsione legislativa della l. r. Sardegna n. 7/2006, istitutiva di una "Consulta per il nuovo statuto di autonomia e sovranità del popolo sardo" (sent. cost. n. 365/2007). Ancor più di recente cfr. la l.r. del Veneto n. 16 del 19 giugno 2014 – *Indizione del referendum consultivo sulla indipendenza del Veneto*, volto a conoscere la volontà degli elettori veneti sulla possibilità che la Regione divenga una Repubblica indipendente e sovrana – dichiarata incostituzionale dalla recentissima sent. n. 118/2015.

⁸ BLANCO VALDÉS, R.L., "Lo statuto catalano: testi e pre-testi", *Quaderni costituzionali*, 4/2006; ID., "La Spagna, il federalismo e Godot", *Politica del diritto*, 2/2006; BALAGUER CALLEJÓN, F., "La incidencia de la STC 31/2010 en la formulación estatutaria de las relaciones entre la Generalitat de Cataluña y el Estado", REAF, 12/2011.

“l’eguaglianza deve essere assoluta; non vi può essere differenziazione nel godimento dei diritti fondamentali o nell’adempimento dei doveri costituzionali”⁹.

Tali considerazioni, svolte a mo’ di premessa generale all’analisi che seguirà, vogliono sottolineare come la Costituzione, nel quadro delle modifiche apportate all’articolazione pluralistica dell’ordinamento repubblicano, non autorizza (né rende negoziabile) la derogabilità dei principi supremi e dei diritti fondamentali dell’ordinamento costituzionale, la cui protezione è essenziale per la stessa conservazione dell’identità del vigente ordine costituzionale. La Corte costituzionale, da parte sua, ha reiteratamente confermato tale statuto dei diritti inviolabili cogliendoli come limiti impliciti alla stessa revisione della Costituzione¹⁰. Lo snodo fondamentale alla base dell’analisi, pertanto, rimane ancora una volta quello dei rapporti fra unità giuridico-politica della Nazione, forme della distribuzione territoriale del potere (anche eventualmente asimmetriche nell’ottica della previsione di “ulteriori forme e condizioni particolare di autonomia”, ai sensi dell’art. 116, c. 3, Cost.) e diritti di cittadinanza (‘unitaria’ e ‘sociale’)¹¹.

2. I LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI IN MATERIA DI DIRITTI (CIVILI E) SOCIALI E LA LORO GARANZIA SU TUTTO IL TERRITORIO NAZIONALE

Con riguardo alle riforme costituzionali della fine degli anni ’90, è stato diffusamente sottolineato in dottrina come esse abbiano tracciato una significativa innovazione nell’ordinamento regionale e locale – la ‘Repubblica delle autonomie’¹² –; ciò in ragione della novellata architettura istituzionale e della previsione di ‘livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali’, volti a garantirne l’esigibilità e l’effettività sull’intero territorio nazionale, a prescindere dalle diversità regionali e locali. In tale quadro, la dottrina che ha riflettuto sulla revisione costituzionale e le letture che ne ha dato la Consulta nel corso degli anni hanno sollevato l’interrogativo se (in particolare) i novellati articoli 114, 117, 118, 119 e 120 Cost. non avessero sancito una manifesta discontinuità rispetto alle opzioni di riforma regionalistica e autonomistica accolte nel testo costituzionale del 1947 e praticate nel processo legislativo a partire dai primi anni ’90. In tale ottica, ci si è anche chiesto se con tali disposizioni di revisione costituzionale non fossero state tratteggiate forme di discontinuità (nell’assetto normativo ed istituzionale) rispetto all’ordinamento previgente e se le novellate disposizioni non avessero presentato, rispetto a quello definito dai costituenti del ’47, un contenuto tale da configurare una vera e propria innovazione nella stessa forma di Stato distinta e peculiare rispetto alle stesse tradizionali modellistiche classiche dello Stato contemporaneo. Rispetto a tali

⁹ GARCIA MORILLO, J., *Autonomia, asimetria e principio di eguaglianza: il caso spagnolo*, in GAMBINO, S. (a cura di), *Stati nazionali e poteri locali. La distribuzione territoriale delle competenze. Esperienze straniere e tendenze attuali in Italia*, Maggioli, Rimini, 1998.

¹⁰ Sent. n. 1146 del 1988.

¹¹ GAMBINO, S., “Diritti e cittadinanza (sociale) nelle costituzioni nazionali e nell’Unione”, *La cittadinanza europea*, 2/2013.

¹² GROPPI, T., OLIVETTI, M. (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Giappichelli, Torino, 2003.

interrogativi sulla forma statale, la dottrina ha sottolineato come la revisione costituzionale dell'ordinamento regionale e locale non poteva certo essere colta ricorrendo alle categorie tipologiche degli Stati federali, né, d'altra parte, il nuovo ordinamento territoriale si auto-definiva come tale nelle specifiche leggi di revisione costituzionale. Con riguardo ai rapporti fra principio unitario e principio pluralistico/territoriale, il novellato ordinamento regionale e locale si è presentato come l'attuazione e lo sviluppo dei principi costituzionali e non certo come un superamento del principio dell'unità e dell'indivisibilità della Repubblica. Anche qualora fosse stata (astrattamente o concretamente) auspicata da forze politiche localistiche, peraltro, una simile opzione sarebbe risultata costituzionalmente impercorribile, attesa la natura inderogabile del principio unitario sancito all'art. 5 della Costituzione. A tale (centrale) profilo ci richiameremo nel prosieguo, nella lettura dell'art. 117, c. 2, lett. m) e nell'analisi delle problematiche poste da tale centrale disposizione rispetto alla sua adeguatezza ad assicurare i caratteri indefettibili dei diritti di cittadinanza (unitaria e sociale), anche con riguardo alle previsioni sancite dal novellato art. 119 (in materia di federalismo fiscale), e dal novellato art. 120, c. 2, Cost., in materia di poteri sostitutivi dello Stato-Governo (nelle ipotesi di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero ancora quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e, in particolare, la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali). Pur nell'impossibilità di desumere da tali riforme una qualificazione federale della forma di Stato del Paese, pertanto, le innovazioni apportate sono apparse comunque di rilievo, in quanto espressive di un'attualizzazione di valori e di principi che già la Costituzione del '47 conteneva, ma che erano rimasti per così dire imprigionati in una forma eccessivamente debitrice allo Stato liberal-democratico ottocentesco, pertanto ispirandosi a logiche centralizzatrici e uniformizzanti. La modifica dell'art. 114 Cost., unitamente a quella dell'art. 117 e dell'art. 118, in tal senso, hanno reso esplicito e pienamente operante quanto era stato già materialmente introdotto nell'ordinamento territoriale dalle cd 'riforme Bassanini' (a partire dalla l. n. 59/1997). Con tali disposizioni si è realizzata una sostanziale costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà, divenuto ormai uno dei topoi della pubblicistica giuridica e politica, in quanto elemento connotativo ai fini della materiale (innovata) allocazione territoriale delle funzioni amministrative (e con essa del necessario riordino della stessa mappa dei poteri locali).

Tanto richiamato circa i termini essenziali del 'nuovo' regionalismo accolto nelle più recenti novelle costituzionali e dopo aver sottolineato i principi posti a base della rinnovata architettura repubblicana possiamo ora proporre qualche riflessione più specifica, accostandoci più da vicino al tema oggetto della presente analisi. Rispetto al previgente art. 117 Cost., la nuova formulazione della disciplina costituzionale ha previsto ambiti competenziali in materie che hanno riflessi sui diritti fondamentali, sia sociali che civili¹³. Con riguardo alla nuova

¹³ RUGGERI, A., "Neo-regionalismo e tecniche di regolazione dei diritti sociali", *Diritto e società*, 2/2001; RESCIGNO, G.U., "Sussidiarietà orizzontale e diritti sociali", *Diritto Pubblico*,

distribuzione delle competenze fra Stato e regioni, e alla relativa potestà legislativa – da esercitarsi “nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dallo ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali” – la ratio della disposizione di cui all’art. 117 (c. 2, lett. m) è risultata ispirarsi ad una (evidente) logica di tipo garantista. Nell’assegnare alla legislazione esclusiva dello Stato la “materia”¹⁴ della “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”, la nuova disposizione costituzionale si prefigge come finalità di assicurare tali livelli essenziali di prestazione su tutto il territorio nazionale¹⁵, garantendo in tal modo il principio di eguaglianza di fronte alla legge, da intendersi anche come eguaglianza di fronte alla Costituzione. Il legislatore di revisione costituzionale, in tale ottica, si è mosso in un quadro teorico nel quale ha assunto come definitivamente superato il modello dell’uniformismo e del centralismo, al quale, nella prassi, ha spesso corrisposto una legislazione regionale sostanzialmente omologa. Rispetto ad un simile orizzonte finalistico, si ponevano come problematiche possibili l’eventuale lesione del principio di uguaglianza dei cittadini (eguaglianza interpersonale) all’interno di ogni singola Regione e la possibile diseguaglianza con riferimento al relativo luogo di residenza (eguaglianza interterritoriale). Tuttavia, mentre rispetto alla prima fattispecie poteva ritenersi sufficiente la previsione di cui all’art. 3, c. 1,

1/2002; GAMBINO, S., “Normazione regionale e locale e tutela dei diritti fondamentali (fra riforme costituzionali, sussidiarietà e diritti fondamentali)”, in RUGGERI, A., D’ANDREA, L., SAITTA, A., SORRENTI, G. (a cura di), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2007.

¹⁴ Come sottolineato in più sentenze (fra cui, in particolare, sentt. n. 407/2002, n. 510/2002, n. 88/2003, n. 303/2003), fin dalle prime decisioni successive alla revisione costituzionale, la Corte ha osservato che “non si tratta propriamente di 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” (sent. n. 282 del 2002).

¹⁵ BALBONI, E., “Livelli essenziali: il nuovo nome dell’eguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere”, in AA.VV., *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Giuffrè, Milano, 2003; ID., “Coesione sociale e livelli essenziali delle prestazioni: due paradigmi paralleli della tutela multilivello dei diritti sociali”, in ID. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, vol. I, Jovene, Napoli, 2008; LUCIANI, M., “I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell’art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione”, *Politica del diritto*, 2002; PINELLI, C., “Sui ‘livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali’ (art. 117, c. 2, lett. m, Cost.)”, *Diritto Pubblico*, 2002; ROSSI, G., BENEDETTI, A., “La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2002, Supplemento al n. 1; BELLETTI, M., “I ‘livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ... alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile”, *Le Istituzioni del federalismo*, 3-4/2003; D’ALOIA, A., *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003; ID., *Storie costituzionali dei diritti sociali*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, vol. II, Jovene, Napoli, 2008; PIZZOLATO, F., *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Giuffrè, Milano, 2004; ID., *Il sistema di protezione sociale nel processo di integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 2002; ID., *La procedura per la determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociale*, in BALBONI, E. (a cura di), *La tutela multilivello*, cit.; GUIGLIA, G., *I livelli essenziali delle prestazioni alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell’evoluzione interpretativa*, Cedam, Padova, 2007; GAMBINO, S. (a cura di), *Diritto regionale e degli enti locali*, Giuffrè, Milano, 2009.

Cost., al contrario, sarebbero risultate senza copertura costituzionale le eventuali diseguaglianze interterritoriali, presenti nella realtà economica del Paese. È soprattutto rispetto a tale possibile disuguaglianza, dovuta alle diversità territoriali e alle relative “minori capacità fiscali per abitante”, che costituisce garanzia effettiva del diritto di cittadinanza unitaria e sociale la richiamata previsione di cui alla lett. m) dell’art. 117, c. 2, Cost.

Tuttavia, se alle possibili lesioni del principio di uguaglianza interpersonale ed interterritoriale (anche in ragione delle previsioni di cui all’art. 116 Cost.) il legislatore di revisione costituzionale ha posto rimedio con le appena richiamate disposizioni, deve osservarsi come nella stessa ottica di garanzia della cittadinanza unitaria e sociale operi l’intero sistema dei principi fondamentali della Costituzione (e fra questi in particolare il principio solidaristico di cui all’art. 2 Cost.), in quanto patrimonio costituzionale indisponibile alla stessa revisione costituzionale¹⁶. Nell’attuazione del principio di solidarietà, così, alla Repubblica spetta di far valere, a titolo di solidarietà e di coesione sociale, tutte quelle garanzie che concorrono, con il principio di eguaglianza sostanziale, a superare le diseguaglianze che hanno origine nel sistema economico e sociale, rimuovendone gli squilibri e favorendo l’effettivo esercizio dei diritti. Al legislatore statale e regionale e al sistema autonomistico della Repubblica, nell’esercizio dei relativi poteri normativi, nel rispetto del principio di sussidiarietà e di leale collaborazione, compete di assicurare la tutela dell’unità giuridica e dell’unità economica e, in particolare, la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali, potendo lo Stato-Governo (in virtù di una facoltà che, tuttavia, deve intendersi come obbligo in presenza delle richiamate fattispecie costituzionali), in tal senso, sostituirsi agli organi delle regioni, delle città metropolitane, delle province e dei comuni nelle ipotesi normative fissate in Costituzione (art. 120, c. 2, Cost.), nel rispetto delle procedure di legge relative a tale controllo sostitutivo. Se ne può concludere che, se pure la previsione di cui all’art. 117, c. 2, lett. m), in via astratta, poteva non apparire strettamente necessaria ai fini della tutela dei diritti fondamentali civili e sociali tale disposizione costituzionale, trova la sua motivazione nell’esigenza di rendere esplicito (e manifesto) che il quadro costituzionale dei principi fondamentali non ha registrato modifiche di sorta per quanto concerne i principi ispiratori della forma di Stato democratica e sociale.

In tale quadro, unitamente al ‘rispetto della Costituzione’, si registrano i soli limiti – costituzionalizzati nell’art. 117, c. 1, Cost. – posti dal rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Si tratta di una norma – quest’ultima appena richiamata – che, con riguardo all’ordinamento della Unione, esplicita, in modo meno precario di quanto non fosse consentito da una qualche ‘vaghezza’ della formula sancita nell’art. 11 Cost., il vincolo della conformazione agli obblighi posti dal diritto dell’Unione.

¹⁶ L’esigenza che la Corte costituzionale faccia valere l’inidoneità della specifica previsione dei trattati dell’Unione a comprimere il principio solidaristico costituzionalmente garantito come principio supremo dell’ordinamento interno (controlimiti) è stata convincentemente argomentata in dottrina. Fra gli altri, in particolare, MONE, D., “La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed il potenziale vulnus alla teoria dei controlimiti”, *www.rivistaaic*, 3/2014.

Con riguardo a tale ordinamento sovranazionale, si tratta, come è noto, di un diritto nato per assicurare la funzionalità del mercato comune a livello europeo e a tal fine la libertà di circolazione delle merci, delle persone e dei capitali, che, nel processo di integrazione, si è aperto al riconoscimento dei principi di libertà, di democrazia, di rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, in quanto principi comuni agli Stati membri (art. 6 TUE e art. 67 TFUE)¹⁷. A livello dell'Unione è dato ormai registrare, infatti, un riconoscimento dei diritti fondamentali classici, sia pure nella loro componente di principi fondamentali dell'ordinamento medesimo, mentre, rispetto alle 'tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri', tuttora si registrano (persistenti) ritardi, se non certo nella garanzia dei diritti sociali¹⁸, (almeno) nella loro positivizzazione nei 'nuovi' trattati, la cui "minorità", rispetto ai modelli costituzionali nazionali (soprattutto italiano, spagnolo, portoghese e tedesco), risulta confermata dalla disciplina dell'art. 151 TFUE¹⁹, ancorché non debbano trascurarsi le significative evoluzioni segnate in materia a seguito dell'incorporazione della Carta di Nizza/Strasburgo all'interno dei 'nuovi' trattati (art. 6)²⁰. È a questo livello che, in particolare, appaiono più significativi gli scarti di disciplina positiva e delle relative tutele fra gli ordinamenti costituzionali nazionali, l'ordinamento internazionale e l'ordinamento della Unione²¹. Le previsioni dell'art. 20 della Carta europea dei diritti (eguaglianza davanti alla legge), infatti, se paragonate con la ricchezza normativa del I e del II comma dell'art. 3 della Costituzione, appaiono operare un evidente arretramento del dibattito e delle tutele assicurate dal costituzionalismo sociale contemporaneo, per come si potrà meglio osservare in seguito, al momento di riflettere sulle problematiche poste dalle differenziate garanzie accordate alle libertà economiche dalla CGUE e dalle Corti costituzionali dei singoli Paesi membri dell'Unione.

Le problematiche dell'armonizzazione fra ordinamenti (costituzioni nazionali e Unione), ancora una volta, così, sono rinviate ad un futuro indefinito, prevedendosi nell'art. 53 della Carta europea dei diritti fondamentali una (evidentemente necessaria) clausola di salvaguardia dei diritti, per come costituzionalmente e internazionalmente protetti in base alle relative Carte fondamentali. Come è stato diffusamente osservato²², allo stato, così, la disciplina

¹⁷ GAMBINO, S., *Diritti fondamentali e Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2009.

¹⁸ RUGGERI, A., nei suoi contributi al Volume collettivo (a cura di Gambino, S.), *Diritti sociali e crisi economica*, Giappichelli, Torino (in corso di pubblicazione)

¹⁹ GAMBINO, S., "I diritti sociali e l'Unione europea", *La cittadinanza europea*, 1-2/2008.

²⁰ LUCIANI, M., *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, 2000, 3, 378.

²¹ VIPIANA, P., (a cura di), *Tendenze centripete e centrifughe negli ordinamenti statali della Europa in crisi*, Giappichelli, Torino, 2014; GIOVANNELLI, A. (a cura di), *Aspetti della governance economica nell'UE e in alcuni Stati dell'Unione*, Giappichelli, Torino, 2014.

²² LUCIANI, M., ult. *op. cit.*; ID., "Sui diritti sociali", in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, I, Cedam, Padova, 1995; cui *adde* ILIOPOULOS STRANGAS, J. (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Bruylant, Athènes, Baden-Baden, 2000; GIUBBONI, S., *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale della integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2003; SCIARRA, S., *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, IWP (Università di Catania), 16/2003; SALAZAR, C., "I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.: un 'viaggio al termine della notte'?", in G. FERRARI (cur.), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il*

dei diritti sociali a livello dell'Unione, pare ancora non comparabile, nel fondo, con la loro concezione negli ordinamenti costituzionali nazionali (fra cui certamente quello italiano, quello spagnolo e quello francese, oggetto di questa ricerca). Ciò che rileva di tali diritti nell'azione e per la realizzazione delle finalità dell'ordinamento dell'Unione pare, dunque – almeno fino all'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali della Unione nei 'nuovi' trattati – una loro 'funzionalizzazione' alle esigenze del mercato comune europeo, dovendosi giungere a una conclusione circa la stessa normativa europea in materia sociale secondo cui la stessa si limita fin qui, almeno in modo prevalente, a disciplinare disposizioni prevalentemente programmatiche, poco più che meri 'obiettivi', senza contenuti di prescrittività per le istituzioni europee a dare attuazione alle stesse, se non nell'ottica di una funzionalità sociale del mercato²³.

Tanto richiamato, può ora sottolinearsi come le questioni interpretative sollevate dall'art. 117 (c. 2, lett. m) Cost., concernono contenuti e ratio della disposizione e con essi la tipologia dei diritti civili e sociali (categoria, quest'ultima, che per la prima volta ha fatto ingresso nel lessico costituzionale), da garantirsi su tutto il territorio nazionale nei 'livelli essenziali' delle relative prestazioni. Un primo problema interpretativo in merito a tale disposizione costituzionale è stato sollevato²⁴ quando si è sottolineata la natura anfibologica della nozione di "diritti civili e sociali", in assenza di un'esplicita individuazione e definizione giuridica degli stessi. Rispetto all'incertezza del contenuto delle relative tipologie, spetta alla dottrina tentare di offrirne una ricostruzione e una definizione e al giudice costituzionale di garantirne i relativi contenuti, con il rilievo risolutivo in materia della giurisprudenza costituzionale. Tuttavia, ciò che maggiormente rileva nella interpretazione del novellato testo costituzionale (art. 117, c. 2, lett. m) e art. 120, c. 2, Cost.) pare da individuarsi nelle tematiche relative alle rispettive competenze dello Stato e delle regioni in materia di disciplina dei diritti civili e sociali.

La lettura del testo rende piuttosto agevole, a tal fine, l'identificazione delle materie di competenza legislativa statale in materia di diritti sociali, mentre più complessa appare la distribuzione delle competenze in materia di diritti civili²⁵. Quanto poi ai diritti sociali, è stato sollevato il problema se la legislazione

costituzionalismo dei diritti, Giuffrè, Milano, 2001; G. ZAGREBELSKY, G. (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'U.E.*, Laterza, Roma-Bari, 2003; G. BRONZINI, "I diritti sociali nella Costituzione europea", *Democrazia e diritto*, 2000; CARINCI, F., PIZZOFERRATO, A., "Costituzione europea e diritti sociali fondamentali", *Lavoro e diritto*, 2/2000; FONTANA, G., "Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa", *Forum di quaderni costituzionali*, 2013.

²³ GAMBINO, S., "Diritti sociali e libertà economiche nelle costituzioni nazionali e nel diritto europeo", in RUGGERI, A. (a cura di), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, (in corso di pubblicazione); ID., "Ambiti e limiti della tutela multilivello dei diritti fondamentali in alcuni recenti indirizzi della Corte di giustizia europea", *La cittadinanza europea*, 1/2015 (in corso di pubblicazione).

²⁴ RESCIGNO, G.U., *op. cit.*, p. 4.

²⁵ Benché, come è stato sottolineato, "la lettera l del II co. dell'art. 117 Cost. riserv(i) alla legislazione statale l'ordinamento civile", cosicché "non sembra residuare spazio per un intervento legislativo delle regioni in materia, con la conclusione che non esistono diritti civili disciplinabili e tutelabili con leggi regionali" (RESCIGNO, G.U., *op. cit.*, p. 6).

esclusiva statale di cui alla lett. m) si limiti alla disciplina delle prestazioni relative ai soli diritti sociali (ora espressamente) previsti nella Costituzione, oppure non si estenda fino a ricomprendere i diritti sociali previsti nella legislazione ordinaria e nei regolamenti regionali e locali. L'interpretazione maggiormente convincente che ne è stata proposta, al di là dei diritti esplicitamente richiamati in Costituzione, riconosce tanto la competenza della legislazione statale quanto di quella regionale, ma, come si fa rilevare, una volta individuati, “la tutela di tali diritti per gli aspetti essenziali, e cioè appunto per quanto riguarda il livello delle prestazioni, deve essere eguale per tutti, in tutto il territorio nazionale”²⁶. Con tale lettura si fanno salvi ambedue i principi riguardati: quello della competenza legislativa (esclusiva, concorrente e residuale) nelle materie dell'art. 117 Cost. e, al contempo, quello della garanzia dell'essenzialità delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali su tutto il territorio nazionale²⁷. L'ambito di tale legislazione statale, poi, cresce in modo esponenziale quando si rifletta che l'oggetto della garanzia costituzionale di cui alla lett. m) – più che i diritti civili e sociali nel loro complesso – riguarda la “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”. La tecnica propria dei diritti sociali, come si sottolinea nella prevalente dottrina, si comprende a partire dalla previsione di ‘obblighi’ o di ‘divieti’ in capo ai soggetti pubblici ed è proprio a tale tecnica che rinvia la richiamata disposizione costituzionale (lett. m). Anche richiamando in materia un'autorevole dottrina²⁸ in tema di censura costituzionale delle omissioni legislative si conviene nel merito con quella autorevole lettura dottrinarina che assume come “costituzionalmente ammissibili nelle materie regionali non solo le leggi statali che prevedono diritti sociali in senso proprio (e cioè diritti soggettivi, e cioè pretese garantite dal diritto oggettivo ad una prestazione gratuita o quasi gratuita) e che determinano i livelli essenziali delle prestazioni alle quali si ha diritto, ma anche le leggi statali che impongano obblighi o divieti concernenti i diritti sociali, e cioè strumentali o serventi rispetto a specifici diritti sociali, anche se tali obblighi o divieti non costituiscano oggetto di una possibile pretesa privata”²⁹.

In ragione della forza prescrittiva del nuovo modello di allocazione delle competenze in materia di diritti civili e sociali, pare lecito chiedersi, in conclusione, se il nuovo testo costituzionale non prefiguri un nuovo ‘statuto’ dei diritti sociali, anche se, come ha sottolineato nel corso del tempo il Giudice delle leggi, la risposta è da cogliere nelle modalità concrete di attuazione del modello e nelle soluzioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale. In verità, come è stato osservato, nel corso dell'ultimo decennio, la legislazione regionale ha superato la originaria timidezza, articolandosi in una legislazione in vari campi della vita

²⁶ RESCIGNO, G.U., *I diritti civili e sociali*, cit., p. 11.

²⁷ Secondo tale orientamento, pertanto, se ne può concludere, che “i diritti sociali, anche nelle materie regionali, possono essere previsti dalla legge statale, fatto salvo il potere legislativo di attuazione (va da sé che ciascuna Regione nelle materie di sua competenza può prevedere altri diritti soggettivi oltre quelli imposti o da Costituzione o da leggi statali)” (RESCIGNO, G.U., *op. cit.*, p. 12).

²⁸ MORTATI, C., “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, *Foro italiano*, 1970.

²⁹ RESCIGNO, G.U., “I diritti civili e sociali, cit., p. 13.

sociale e soprattutto differenziandosi nella disciplina legislativa della tutela dei 'soggetti deboli' nell'ambito delle diverse regioni, che la stessa giurisprudenza costituzionale ha pienamente validato. Lo stesso Giudice delle leggi ha comunque censurato ogni tentativo delle regioni di interpretare il contenuto materiale delle relative competenze costituzionali come idonee ad estendersi allo stesso ambito delle libertà negative del soggetto. La potestà legislativa concorrente delle regioni nelle nuove materie di cui risulta attributaria – significativamente implementata rispetto al previgente art. 117 Cost. – e quella attribuita a titolo esclusivo e con criterio di residualità (di cui all'art. 117, c. 4, Cost.) è stata chiamata ad esercitarsi – con le possibili differenziazioni di status delle regioni – senza mettere in questione lo statuto di cittadinanza che deve restare nazionale e sociale e con esso, da una parte, la garanzia dei livelli essenziali di prestazioni in materia di diritti civili e sociali e, dall'altra, l'inderogabilità dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale tra i soggetti e le diverse aree del Paese. Nel suo fondarsi su una divaricazione innaturale tra materie (e potestà), da un lato, e interessi, dall'altro, come è stato osservato, tuttavia, il riparto operato dal legislatore di revisione costituzionale è risultato complesso, confuso e perfino "ingenuo" nella sua "pretesa" di fermare il moto irreversibile degli interessi a base dello ordinamento³⁰. Ancora una volta, così, sono lo sforzo dell'interprete e il Giudice delle leggi a dover comporre in un quadro di compatibilità costituzionali le opzioni differenziate (nel tempo e nello spazio) del legislatore statale e di quello regionale.

Ad uno sguardo d'insieme, tuttavia, l'interpretazione dei contenuti materiali dell'art. 117 Cost. in materia di diritti (civili e sociali) ha rinviato a letture fra loro (anche molto significativamente) differenziate, a seconda che sia prevalso o meno un indirizzo interpretativo di discontinuità rispetto alla disciplina della materia nel previgente ordinamento. La questione (e i connessi dubbi interpretativi) nasce dall'individuazione dei limiti cui è risultata sottoposta la potestà legislativa regionale concorrente – alla cui soluzione ha provveduto in modo esplicito il legislatore di revisione costituzionale quando ha limitato tale potestà alla determinazione dei 'principi fondamentali' riservata alla legislazione dello Stato – ma soprattutto dalla questione circa l'estensione o meno di tale regime alla stessa potestà legislativa esclusiva o residuale delle regioni. Anche a noi pare pienamente convincente quell'orientamento dottrinario che, a tal fine, ha invocato la finalità garantistica di tutela del bene costituzionale dell'unità e, in particolare, la protezione delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali prescindendo dai confini territoriali dei governi locali, come titolo di legittimazione della potestà legislativa statale a giustificare l'eventuale intervento, oltre che attraverso principi fondamentali anche attraverso una specifica disciplina. Con tale lettura delle novellate disposizioni costituzionali, in conclusione, saremmo in presenza di un nuovo quadro normativo (costituzionale e legislativo), nel quale si apre per le regioni un nuovo ambito in ordine alla materia dei diritti (civili e sociali) e al contempo si conferma per lo Stato la competenza a intervenire in tale disciplina regionale sia attraverso la statuizione di principi

³⁰ RUGGERI, A., "Neo-regionalismo e tecniche, cit., p. 199.

fondamentali della materia sia attraverso la statuizione di regole. Ciò sulla base appunto che “l’espressione di cui alla lett. m) giocherebbe nel senso di ridurre, ritagliandolo, l’ambito di intervento dello Stato in ordine alla tutela dei diritti”, per viene bene sottolineato³¹.

Il problema centrale, pertanto, resta quello dell’interpretazione della formula ‘livelli essenziali’ (lett. m), in una parola del contenuto della cittadinanza sociale (e dei relativi titolari) accolta nel novellato testo costituzionale del Tit. V. Il testo ne parla con formulazioni sostanzialmente analoghe all’art. 117, c. 2, Cost., lett. m, all’art. 119, c. 5, all’art. 120, c. 2, Cost. In ognuna di tali disposizioni il legislatore di revisione costituzionale fa riferimento ad un contenuto comune – quello della cittadinanza unitaria e sociale – del quale si può assumere che si tratta del godimento dell’insieme dei diritti civili e sociali riconosciuti sia a ciascun cittadino in ambito statale, sia, pur entro determinati limiti, al cittadino europeo (si pensi alla materia del lavoro, dell’assistenza sociale, della previdenza, della istruzione, della sanità³² e alle relative tutele in sede di Unione), ma, in quanto diritto della persona, anche ai non cittadini³³.

Tuttavia, mentre per i diritti civili la relativa tutela è garantita nelle forme classiche dei diritti soggettivi (accompagnandosene l’effettività con la tutela risarcitoria), nei confronti dei diritti sociali³⁴ – diritti pretensivi verso un agire legislativo e amministrativo – siamo in presenza di una pretesa del soggetto a comportamenti attesi (legislativi/amministrativi) dei pubblici poteri che, tuttavia, non possono prescindere dalle conseguenze della discrezionalità del legislatore nel quomodo dello intervento protettivo. In questa materia, cioè, e non diversamente dal passato, si è aperta un’importante partita politica, il cui giudice, in ultima istanza, è la Corte costituzionale, e la cui posta, nel fondo, l’identificazione dei ‘livelli essenziali’ (di spettanza legislativa statale) che può non aver coinciso – e per taluno perfino non dovrebbe – con l’intero contenuto delle prestazioni. Tale situazione, infatti, sarebbe finita con il coincidere con la soppressione di ogni iniziativa regionale e, pertanto, con il ritorno a formule amministrative uniformi e centralistiche. La ricerca (previa e necessaria) di punti di raccordo fra Stato, regioni (e autonomie locali) in materia di servizi pubblici, in tale ambito, è apparsa quanto mai necessaria, anche al fine di definire le problematiche poste dalla materiale erogazione dei servizi pubblici e dalla perequazione fiscale (nonché dal regime tributario, più in generale), nonché dalle esigenze allocative delle funzioni amministrative poste dall’attuazione del principio di sussidiarietà.

Tanto richiamato quanto alla competenza a fissare i ‘livelli essenziali’ e sui necessari raccordi fra Stato, regioni ed autonomie locali, ai fini dell’identificazione delle relative competenze e dei connessi contenuti, tocca ora riflettere sull’ultimo profilo di tale problematica, potendo (e non solo

³¹ *Ult. op. cit.*, 203.

³² JORIO, E., GAMBINO, S., D’IGNAZIO, G., *Il federalismo fiscale*, Maggioli, Rimini, 2009.

³³ CAVASINO, E., SCALA, G., VERDE G. (a cura di), *I diritti sociali*, cit.

³⁴ GAMBINO, S., *Stato e diritti sociali. Fra costituzioni nazionali e Unione europea*, Liguori, Napoli, 2009; ID., *El Estado social y democrático*, cit.; ID., “A propos des droits sociaux. Expériences constitutionnelles comparées et droit européen”, *Civitas Europa*, 2014.

astrattamente) l'esito di tale decisione politica aver portato tanto ad una lettura 'minimalistica' del contenuto dei 'livelli essenziali' (in linea con un orizzonte storico-politico di crisi del welfare state) quanto ad una lettura 'continuistica'. Una lettura in ambedue i casi che non avrebbe dovuto (e non dovrebbe) prescindere dalla considerazione secondo cui tali decisioni politiche costano (e ciò vale tanto per i diritti sociali come per quelli civili) e le istituzioni rappresentative del Paese vedono limitato il budget disponibile per la spesa sociale in base ai vincoli (Patto di stabilità, BCE, FMI) imposti dal processo di integrazione europea, ora positivizzato in specifiche disposizioni costituzionali (l. cost. n. 1/2012; novellato art. 81 Cost.). Si deve anche ricordare come in materia siano state proposte letture fra loro anche significativamente differenziate. In una prima, l'essenzialità di cui alla lett. m) viene interpretata come 'contenuto minimo essenziale'³⁵ e ciò attingendo alla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale che, secondo un simile approccio, ne ricaverebbe la relativa formula per via interpretativa, quando il Giudice delle leggi è chiamato a giudicare sulle scelte politiche del legislatore. Conforterebbe una simile lettura lo stesso approccio comparatistico e comunitario nel quale si rinviene, come clausola generale, quella del 'contenuto minimo essenziale' dei diritti fondamentali. Più motivata e convincente appare la diversa lettura del nuovo testo costituzionale che, con un'interpretazione, al contempo logico-sintattica e sistematica – nella quale, accanto alle disposizioni della lett. m) dell'art. 117, c. 2, Cost., si collocano quelle dell'art. 119, c. 5, e dell'art. 120, c. 2, Cost., e in linea con le più autorevoli interpretazioni della Costituzione³⁶ – sottolinea la irriducibilità (anche semantica) del termine 'essenziale' a quello di 'minimo'. In tale ottica, come si deduce già dalla giurisprudenza costituzionale (ad es., in tema di diritto alla salute), il termine 'essenziale' va piuttosto letto come formula dalla natura relazionale³⁷. Una conferma di tale lettura è stata fondata sulla considerazione secondo cui la natura dei 'livelli essenziali delle prestazioni' non riguarda solo i diritti sociali ma include anche quelli civili, i quali – benché diritti che hanno (egualmente) un costo – non possono conoscere una riduzione/degradazione dei relativi contenuti. In quanto diritti soggettivi – diritti attinenti allo status libertatis – infatti, gli stessi si qualificano, al contempo, come diritto oggettivo, ponendo obblighi e divieti ai pubblici poteri tali da assicurare al soggetto la pienezza della situazione giuridica protetta e la relativa giustiziabilità nelle stesse forme civilistiche della tutela

³⁵ MASSA PINTO, I., "Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della Costituzione", *Diritto pubblico*, 3/2001; ID., "La discrezionalità politica del legislatore fra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale", *Giur. cost.*, 2/1998.

³⁶ DOGLIANI, M., *Interpretazione della Costituzione*, Franco Angeli, Milano, 1982; BARILE, P., *La Costituzione come norma giuridica*, Barbèra, Firenze, 1951, CRISAFULLI, V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, GIANFORMAGGIO, L., "La interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata sui principi", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985, ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

³⁷ Come si fa osservare, "il concetto di prestazione essenziale è un concetto relativo, cioè dipende dalla persona cui si dirige la prestazione e dipende anche dal tipo di situazione in cui ci si ritrova" (LUCIANI, M., "La tutela costituzionale dei livelli essenziali di assistenza", cit., p. 49).

risarcitoria. D'altra parte, la disposizione costituzionale di cui all'art. 120, c. 2, nel suo farsi carico delle ricadute organizzative/amministrative di tali prestazioni erogate, oltre che dallo Stato, dalle regioni e dagli altri enti autonomi della Repubblica, e nell'individuare la tutela dei 'livelli essenziali' delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali su tutto il territorio nazionale, conforta una lettura dell'essenzialità non ridotta al 'contenuto minimo', con ciò esprimendo una possibile, convincente, lettura di un non scomparso 'interesse nazionale', da ritenersi come vero e proprio titolo abilitativo statale ad intervenire su tutte le materie (ri-allocate ai sensi dell'art. 117 Cost.).

Tuttavia, nel fondo, e a conferma degli orientamenti appena richiamati, rimane che le chiavi di volta di tale complesso equilibrio risiedono nel valore della solidarietà³⁸ e nell'adeguatezza della perequazione finanziaria a farsi carico della integrale copertura delle funzioni pubbliche attribuite costituzionalmente al sistema regionale e a quello autonomistico, per come previsto dall'art. 119, c. 3, Cost. Con riserva di riflettere ancora sul punto nel prosieguo dell'analisi, soffermandosi ora sia pure per grandi linee sulle problematiche poste dalla recente attuazione legislativa dell'art. 119 Cost. (con l. n. 42 del 2009), possiamo ora concludere osservando come i rischi (evocati da parte della dottrina) di uno scivolamento verso il basso dei contenuti della nuova disciplina delle prestazioni essenziali in materia di diritti civili e sociali e con esso di un difficile limite da opporre allo "arbitrio delle maggioranze parlamentari" nel tempo possono e devono essere superati attingendo alle più avanzate e convincenti interpretazioni dottrinarie della Costituzione, magis ut valeant, nonché a una giurisprudenza costituzionale che, nelle tecniche giurisdizionali fin qui utilizzate, ha saputo dare prova di equilibrio nel bilanciamento dei beni costituzionali di volta in volta coinvolti nel processo costituzionale³⁹.

È vero che, nel fondo, la teoria del 'contenuto minimo essenziale' rinvia al tema della interpretazione costituzionale e alle stesse teorie della Costituzione, tuttavia, (se ne abbiamo ben compreso spirito e contenuti) non si ritiene di poter condividere quella tesi secondo cui la teoria del 'contenuto minimo essenziale' dei diritti fondamentali, con il relativo controllo di ragionevolezza, possa (perfino) ritenersi un corollario di una concezione forte ed espansiva della Costituzione, come pure è stato sottolineato⁴⁰. Come già si è osservato, quando, sia con riferimento alle competenze statali che a quelle regionali del previgente Tit. V Cost., era al Giudice costituzionale, che, in ultima istanza, si riconosceva il compito di assicurare piena vigenza ai diritti fondamentali e fra questi, in particolare, ai diritti sociali, applicando "a situazioni specifiche norme

³⁸ È anche la tesi di A. RUGGERI, "Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come 'sistema' (notazioni di metodo)", in GAMBINO, S. (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Giappichelli, Torino, (in corso di pubblicazione).

³⁹ LUCIANI, M., "Corte costituzionale e unità nel nome dei valori", in AA.VV., *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991 e A. BALDASSARRE, *Esistono norme giuridiche sopra-costituzionali?*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, III.

⁴⁰ MASSA PINTO, M., "Contenuto minimo essenziale, cit.

costituzionali di principio concorrenti”⁴¹, non pare potersi dire diversamente per quanto concerne la tutela dei diritti fondamentali e dei relativi ‘livelli essenziali’ nel nuovo scenario disegnato per la materia dei ‘livelli essenziali delle prestazioni’ concernenti i diritti civili e sociali. Né, d’altronde, (avrebbe potuto e) potrebbe essere altrimenti in uno Stato contraddistinto da una Costituzione rigida, in cui la materia dei ‘contenuti essenziali’ dei diritti fondamentali si ricollega in modo stretto e indissolubile a quella dei principi supremi e dei diritti inviolabili dell’uomo, come giurisprudenza e dottrina costituzionale concordemente assumono quando richiamano la sottrazione della relativa disciplina costituzionale allo stesso potere di revisione costituzionale⁴².

La questione, così richiamata, non pone complessi problemi interpretativi quando si faccia riferimento al ‘contenuto essenziale’ dei diritti di libertà, i quali, qualificandosi, necessariamente, come “diritti fra diritti” e, pertanto, non come concetti assoluti, non possono essere predeterminati a priori ma solo ex post, in ragione dello scrutinio costituzionale dell’irragionevolezza delle disposizioni legislative eventualmente limitatrici⁴³. La questione, al contrario, resta posta con riferimento alla delicata e complessa questione dell’individuazione del ‘contenuto essenziale’ dei diritti sociali, per la cui giuridica esistenza si richiede come condizione necessaria l’interpositio legislatoris e l’adozione di misure organizzative necessarie alla relativa implementazione. Una simile, necessaria, sequenza di atti e comportamenti non implica, tuttavia – come osserva il Giudice delle leggi – “una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione ad una puramente legislativa, ma comporta che l’attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria⁴⁴, avvenga gradualmente, a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale ed obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione”⁴⁵. Così, i due limiti relativi al ‘contenuto essenziale’ dei diritti sociali, per come definiti dalla giurisprudenza dell’Alta Corte, fanno riferimento, principalmente – come vedremo meglio in seguito – alla

⁴¹ CHESSA, O., “La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento”, *Giur. cost.*, 1998 (in part. nota 8); ID., “Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità”, *Giur. cost.*, 6/1998; GIORGIS, A., “La sent. n. 134 del 1994: una conferma dell’esistenza di limiti costituzionali alla riduzione dello Stato sociale”, *Giur. cost.*, 1994, per il quale, con la sentenza n. 134/1994, “viene riaffermata, ancora una volta, la natura giuridico-costituzionale dei diritti sociali e la loro immediata tutelabilità al pari di tutti gli altri diritti garantiti dalla Costituzione” (p. 3162 ss.).

⁴² PACE, A., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, Cedam, 1997. In tema cfr. anche GAMBINO, S., D’IGNAZIO, G. (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, Giuffrè, Milano, 2007.

⁴³ CHESSA, O., “La misura minima essenziale, cit., per il quale “... in conclusione, il contenuto essenziale dei diritti di libertà è ciò che residua una volta detratto lo spazio ragionevolmente occupato dal comando legislativo; coincide pertanto con la sfera di ciò che in teoria generale del diritto viene chiamato permesso: ed è permesso tutto ciò che non è ragionevolmente proibito dalla legge” (p. 1175 ss.).

⁴⁴ Corsivi nostri.

⁴⁵ Sent. cost. n. 455/1990.

necessità di una loro ‘graduale’ attuazione nonché al vincolo delle disponibilità finanziarie⁴⁶.

Tuttavia, è ragionevole chiedersi se, sia pure nel rispetto del principio di gradualità e del bilanciamento con altri beni o interessi costituzionalmente protetti, la garanzia costituzionale riguardi il ‘contenuto essenziale’ dei diritti con riferimento alla loro mera esistenza oppure se, in senso contrario, tale tutela non debba anche estendersi al quantum dei diritti medesimi. Lo scrutinio della copiosa giurisprudenza costituzionale farebbe propendere per la prima soluzione, limitandosi tale controllo costituzionale a non mettere in questione la necessaria discrezionalità del legislatore nel dare attuazione ai principi e ai diritti fondamentali; è vero, tuttavia, che tale discrezionalità conosce il limite della “riserva del ragionevole e del possibile”⁴⁷. Come la Corte ha osservato in una sua (non più recente) decisione, “la determinazione legislativa di ciò che ha da essere l’indennizzo equo (e noi possiamo qui intendere come contenuto essenziale del diritto) potrebbe essere oggetto di censura in sede di giudizio di legittimità costituzionale solo in quanto risultasse tanto esiguo da vanificare, riducendolo ad un nome privo di concreto contenuto, il diritto all’indennizzo stesso”⁴⁸. Come si può osservare – in linea con un risalente indirizzo giurisprudenziale – il Giudice delle leggi non motiva l’iter argomentativo seguito per pervenire alla nozione di ‘esiguità’ della misura indennitaria (nel caso in esame si trattava di misure previste dalla l. n. 695 del 1959 in materia di trattamenti sanitari obbligatori, censurate per violazione degli artt. 2 e 32 Cost.), e pertanto non consente una valutazione sul controllo di ragionevolezza circa il quantum della misura indennitaria, operato con riferimento ai parametri costituzionali invocati, limitandosi ad affermare in modo invero alquanto ‘apodittico’ che il quantum (‘contenuto essenziale’ della prestazione) non risultava irragionevole. Come si fa osservare, la Corte, almeno nel caso ora evocato, “non ricava la lesione del contenuto essenziale dall’esiguità del quantum, accertata mediante un controllo di ragionevolezza, bensì ricava la non irrisorietà del quantum (e quindi la sua ragionevolezza) dalla constatazione che la misura minima del diritto non ha subito pregiudizi”⁴⁹. Da tale prospettiva è anche nostro quell’interrogativo che si chiede: “Ma come fa la Corte a dire che il contenuto essenziale di un diritto coinvolto in un bilanciamento non è leso (e fare di questa affermazione apodittica un canone di giudizio) se non sottopone il bilanciamento ad un controllo di ragionevolezza? In particolare, come fa a sostenere con sicurezza che un diritto sociale di prestazione è garantito nella sua misura minima essenziale se non sottopone a controllo di ragionevolezza il bilanciamento che il legislatore ha operato fra il valore

⁴⁶ CHESSA, O., “La misura minima, cit., 1178 ss.; C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati*, cit.; MODUGNO, F., *I ‘nuovi’ diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995; GIORGIS, A., *La Corte costituzionale riserva al legislatore la tutela dei diritti che costano*, in *Giur. cost.*, 1995, I; COLAPIETRO, C., *Diritti costituzionali a prestazione positiva ed equilibrio di bilancio*, in *Giur. it.*, 1/1996, I; ID. *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, Cedam, 1996.

⁴⁷ A. BALDASSARRE, “Diritti sociali”, *Enc. giur.*, 1989, Roma, IX.

⁴⁸ Sent. cost. n. 27 del 1998.

⁴⁹ CHESSA, O., “La misura minima essenziale, cit., p. 1181.

incorporato nel diritto sociale e quello concorrente dell'equilibrio finanziario?"⁵⁰. Se ne può trarre la conclusione, non certo esaltante per l'orientamento sviluppato in quest'analisi, che la stessa giurisprudenza costituzionale in materia di contenuto essenziale dei diritti sociali non sempre pare assicurare una tutela più salda e stabile di quanto non riesca a fare con le sue scelte politiche il legislatore (un tempo solo statale, oggi anche regionale)⁵¹.

3. IL DIRITTO ALLA SALUTE COME DIRITTO FINANZIARIAMENTE CONDIZIONATO?

Per approfondire l'analisi occorrerà ora soffermarsi sugli ambiti materiali della tutela della salute, dell'assistenza sociale e del diritto all'istruzione, individuati come diritti sociali fra quelli maggiormente riconosciuti e tutelati, al fine di analizzarne lo statuto costituzionale e le problematiche di effettività, anche in ragione della nuova allocazione a livello regionale delle competenze fissate dal legislatore di revisione. Mentre la tutela della salute, in quanto non prevista fra le competenze esclusive della legge statale, è competenza attribuita alla potestà legislativa concorrente delle regioni, la competenza a farsi carico dell'assistenza sociale rientra fra quelle spettanti a titolo esclusivo/residuale alle regioni. Il diritto all'istruzione, a sua volta, risulta costituzionalmente disciplinato come un insieme di situazioni giuridiche positivizzate (negli artt. 33, 34, 117, c. 2, lett. n), Cost.), che assegnano alla 'Repubblica' il compito di dettare le norme generali sull'istruzione e di provvedere alla istituzione di scuole statali per tutti gli ordini e gradi e alla legislazione (statale e regionale) la competenza sulla istruzione, fatta comunque salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche di attendere alla organizzazione e all'erogazione del servizio istruzione con modalità idonee a garantirne l'accesso "a tutti", l'obbligatorietà e la gratuità, assicurando al contempo che ai capaci e ai meritevoli, anche se privi di mezzi, sia assicurato il diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi, rendendo effettivo tale diritto con borse di studio, assegni alle famiglie e altre provvidenze, attribuiti per concorso. I tre (richiamati) diritti sociali (oggetto della ricerca) saranno di seguito analizzati sotto il profilo della giustiziabilità delle relative pretese, garantite (nella prospettiva della tutela giurisdizionale) sia come diritti soggettivi perfetti sia come interessi legittimi, categorie normative – queste ultime – ambedue riguardate, alla luce degli artt. 32, 33, 34, 38 e 117 Cost., dalla tematica ora in discussione sotto il profilo dell'effettività della tutela giudiziaria.

Rispetto alla previgente disciplina legislativa in materia sanitaria⁵² – oggetto di un importante processo di riforma nel corso degli anni '90 – la costituzionalizzazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (da garantirsi su tutto il territorio nazionale), realizzata con il

⁵⁰ *Ult. op. cit.*, p. 1182.

⁵¹ ZAGREBELSKY, G. *Il diritto mite*, cit., in part. p. 147 ss.; CHESSA, O., "La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento", *Giur. cost.*, 1998, p. 1170 ss.; PINELLI, C., *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in RUGGERI, A. (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 548 ss.

⁵² JORIO, J., *Diritto sanitario*, Giuffrè, Milano, 2006.

novellato titolo V Cost., costituisce una rilevante evoluzione di fondo nell'ambito dell'ordinamento sanitario⁵³. Per i soggetti titolari delle relative situazioni giuridiche protette, infatti, nel novellato quadro costituzionale, si evidenziano nuove situazioni giuridiche protette con il rango dei diritti soggettivi perfetti e non più soltanto nelle tradizionali forme di protezione accordate agli interessi legittimi. Alla luce della novella costituzionale (art. 117, c. 2, lett. m), Cost.), infatti, – e almeno fino alla piena vigenza del novellato art. 81 Cost. – non sembrerebbe potersi più convenire (come invece avverrà nuovamente a seguito della l. cost. 1/2012 e alla luce del novellato art. 81 Cost.) con quell'interpretazione seguita dall'Alta Corte circa la natura del diritto alla salute come 'diritto finanziariamente condizionato'⁵⁴. Seguendo tale indirizzo giurisprudenziale (sent. n. 356/1992), la Corte sanciva che “in considerazione della limitatezza delle risorse, non potrebbe consentirsi a un impiego di risorse illimitato avendo riguardo solo ai bisogni; è viceversa la spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie”⁵⁵. Tuttavia, tale giurisprudenza era stata già modificata, nel fondo, in una serie di importanti pronunce degli anni '90⁵⁶ e successivamente nella sent. n. 509/2000, nella quale

⁵³ LUCIANI, M., “Diritto alla salute (dir. cost.)”, in *Enc. Giur.*, vol. XVII, Roma, 1991; CARAVITA, B., “La disciplina costituzionale del diritto alla salute”, *Diritto e società*, 1980; COCCONI, M., *Il diritto alla tutela della salute*, Cedam, Padova, 1998; SALAZAR, C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali: orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino, 2000; PEZZINI, B., *Diritto alla salute e diritto all'assistenza tra tensione alla uniformità e logiche di differenziazione*, in BALDUZZI, R., DI GASPARE, G. (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Giuffrè, Milano, 2002; Bifulco, D., *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2003; CAVASINO, E., *La flessibilità del diritto alla salute*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; BALBONI, E., *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2008; CHIEFFI, L., *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio*, Giappichelli, Torino, 2003; SALMONI, F., “Diritti sociali e Unione europea. Dall'ordinamento comunitario allo Stato sociale europeo”, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, Giappichelli, Torino, 2005; FERRARA, R., *L'ordinamento della sanità*, Giappichelli, Torino, 2007; TUBERTINI, C., *La garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso del diritto alla salute*, Bononia University Press, Bologna, 2008; ROMBOLI, R., LARNÈ, M.P., “Il diritto alla salute nell'ordinamento costituzionale italiano”, in FACURY SCAFF, F., ROMBOLI, R., REVENGA, M. (a cura di), *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, Milano, 2009; CARTABIA, M., “La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana”, *Quaderni costituzionali*, 2012.

⁵⁴ BALDASSARRE, A., “Diritti sociali”, cit.; SALAZAR, C., “Crisi economica, cit., 8 ss.; ANGELINI, F., BENVENUTI, M., (a cura di), *Il diritto costituzionale*, cit.; CIOLLI, I., “I diritti sociali al tempo della crisi economica”, *www.costituzionalismo.it*, 3/2012; MIDIRI, M., “Diritti sociali e vincoli di bilancio nella giurisprudenza costituzionale”, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011; ROVAGNATI, A., “La pretesa a prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano”, *www.gruppodipisa*, 2012; SCAGLIARINI, S., “Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale”, *www.gruppodipisa*, 2012; TEGA, D., *I diritti in crisi. Tra corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2012; TRUCCO, L., “Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali”, *www.gruppodipisa*, 2012; MINNI, F., MORRONE, A., “Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana”, *www.rivistaaic*, 2013, 3; MORANA, D., *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 2002; COLAPIETRO, C., *Diritti dei disabili e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

⁵⁵ Sent. cost. n. 356 del 1992.

⁵⁶ Sentt. cost. n. 267/1998; n. 247/1992; n. 309/1999; n. 509/2000.

il Giudice delle leggi sottolineava come “il bilanciamento fra valori costituzionali e commisurazione degli obiettivi determinati dalle risorse esistenti non può intaccare il nucleo irrinunciabile del diritto alla salute protetto costituzionalmente come valore inviolabile della dignità umana”.

A tale giurisprudenza la Corte era pervenuta con riferimento al sindacato di costituzionalità di specifiche questioni poste dalla disciplina accolta nel d.lgs. n. 502 del 1992, e in particolare dalla determinazione da parte di tale decreto dei nuovi standard prestazionali, con correlativo superamento del previgente modello in favore di uno di tipo ‘universalistico selettivo’, chiamato a conformarsi alle risorse disponibili e a ispirarsi ai nuovi criteri dei ‘livelli essenziali delle prestazioni’, come imposti dalla necessità, dall’efficacia clinica e dalla appropriatezza d’uso degli interventi sanitari previsti ed erogati.

Nella lettura che qui seguiamo, la novellata disciplina costituzionale è da valutare con riferimento alla stessa giustiziabilità di eventuali comportamenti omissivi delle amministrazioni sanitarie in quanto enti obbligati a offrire i servizi nelle aree comprese nei livelli essenziali, in tal modo ponendo espressamente la questione dell’impatto sull’effettività dei diritti delle organizzazioni amministrative, delle risorse finanziarie e di quelle umane, in breve dei servizi pubblici. Occorre chiedersi, in tale ottica, se il rispetto dei ‘livelli essenziali delle prestazioni’ non debba cogliersi come un vincolo organizzativo al cui interno soltanto può legittimamente esercitarsi l’autonomia funzionale delle organizzazioni sanitarie. La richiamata disposizione costituzionale in materia di ‘livelli essenziali di prestazioni’, come si è ricordato, assicura copertura costituzionale alla stessa censura d’illegittimità in caso d’inerzia degli enti tenuti a organizzare ed erogare i servizi sanitari (come anche quelli socio-assistenziali). Già in precedenza⁵⁷, in tale ottica, la Corte aveva censurato la legislazione regionale che escludeva il diritto del cittadino al rimborso delle spese sanitarie sostenute all’estero in assenza di una previa richiesta alla competente amministrazione⁵⁸, oppure fruite presso una struttura privata convenzionata o anche il ricorso a forme di assistenza indiretta⁵⁹, ogni qualvolta il paziente versasse in condizioni di salute tali da far temere un danno grave e irreversibile.

In altri termini, il rispetto del presupposto del ‘bene della vita’ non consente affievolimenti del diritto alla prestazione sanitaria dell’assistito che fossero dovuti all’esercizio del potere autorizzatorio della Regione. Senza naturalmente frustrare il potere/dovere di organizzazione del servizio sanitario, e pertanto i necessari e connessi gradi di discrezionalità del legislatore e delle amministrazioni sanitarie, il soggetto assistito dal Servizio Sanitario Nazionale che ritenga di trovarsi in presenza di comportamenti (più o meno gravemente) omissivi dell’amministrazione sanitaria (analisi sostanzialmente analoga deve farsi comunque per gli stessi soggetti e gli enti privati organizzatori del servizio sanitario sulla base di procedure di autorizzazione e di accreditamento) può ricorrere al giudice invocando la lesione dei ‘livelli essenziali di prestazione’ costituzionalmente garantiti in materia di diritto (sociale) alla salute, con le

⁵⁷ Sent. cost. n. 309/1999.

⁵⁸ Sent. cost. n. 509/200.

⁵⁹ Sent. cost. n. 309/1999.

connesse garanzie formali e sostanziali. In altri termini, la gravità del bisogno del paziente con riferimento alle situazioni garantite nei 'livelli essenziali di prestazione' fonda una pretesa giuridica perfetta capace di portare alla censura d'illegittimità del comportamento dell'amministrazione (di tipo omissivo o commissivo) e – ciò che più rileva per l'amministrazione regionale e per l'amministrazione sanitaria – la stessa tutela del diritto mediante l'azione risarcitoria e inibitoria, come il diritto di difesa garantisce ad ogni altro diritto soggettivo perfetto.

3.1. Giurisprudenza costituzionale e bilanciamenti del diritto alla salute con altri interessi costituzionalmente protetti. In particolare sul limite dell'equilibrio finanziario.

A partire dagli anni '90, il diritto alla salute ha fatto registrare un nuovo indirizzo giurisprudenziale della Corte costituzionale volto a farsi carico delle problematiche poste dal 'costo dei diritti' e pertanto della responsabilità/discrezionalità del legislatore ordinario e del rispetto dei vincoli di bilancio. Dopo aver sottolineato come il diritto alla salute è riconosciuto e garantito dall'art. 32 della Costituzione come un "diritto primario e fondamentale che ... impone piena ed esaustiva tutela", nella sent. 455 del 1999, con riguardo a tale diritto (sotto il profilo del diritto a trattamenti sanitari) il Giudice delle leggi sottolinea che "quest'ultima dimensione del diritto alla salute ... comporta che, al pari di ogni diritto a prestazioni positive, il 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 (v. spec. sentt. nn. 175 del 1982, 212 del 1983 e 1011 del 1988)"⁶⁰.

Nella (già richiamata) linea del 'bilanciamento degli interessi' meritevoli di protezione costituzionale, la tecnica giurisdizionale messa a punto e utilizzata in modo costante nel campo delle questioni di legittimità relative a 'diritti di prestazione' consente all'Alta Corte di ispirarsi a più criteri, fra i quali sono da ricordare quello della gradualità nell'attuazione dei diritti prestazionali, quello del necessario apprezzamento dei limiti finanziari posti dal bilancio e quello della ragionevolezza nella valutazione delle scelte discrezionali del legislatore. Da un simile test, ricorrente, di canoni di interpretazione, con la relativa flessibilità alla base del 'bilanciamento operato', non può che conseguire un grado affievolito (e

⁶⁰ "Per tale via ... ha finito – seppur solo implicitamente – per vivere una seconda giovinezza la vecchia tesi della 'programmaticità' delle norme costituzionali, accompagnata da una strategia argomentativa ispirata a un diffuso senso di prudenza verso il legislatore (la 'necessaria gradualità dell'attuazione' e la 'riserva del ragionevole e del possibile'), che solo successivamente è stata corretta e integrata da un diverso principio interpretativo/argomentativo, quello – altrettanto noto – della 'salvaguardia del contenuto minimo - essenziale del diritto', che pure la Corte non esplicita, come si è visto, una volta per tutte" (così CIOLLI, I., *I diritti sociali al tempo*, cit.).

comunque nel fondo precarizzato nella sua certezza assiologica di diritti fondamentali) di attuazione dei diritti sociali, in quanto destinati a mutare continuamente nel tempo, costituendo la relativa (graduata) attuazione esito di un bilanciamento fra interessi solo apparentemente assumibili come paritari, come il diritto a prestazioni costituzionalmente riconosciute e le esigenze di bilancio. In realtà, come si fa bene osservare, “non si tratta di un bilanciamento tra entità di pari importanza, poiché i diritti costituiscono il fine per realizzare la Repubblica democratica, le esigenze di bilancio rappresentano il mezzo e dunque non possono essere messi sullo stesso piano elementi così diversi”⁶¹; d'altra parte, nell'individuare e rendere disponibili le risorse per garantire l'effettività dei diritti, rimane che la discrezionalità del legislatore, nel considerare le esigenze di equilibrio di bilancio, dispone pur sempre di modalità molteplici nell'individuazione delle risorse e nel contenimento della spesa necessaria all'organizzazione (con misure di razionalizzazione e di semplificazione amministrativa).

In ogni caso, la Corte si preoccupa di chiarire che il valore dell'equilibrio finanziario non può configurarsi come un “limite assoluto alla sua cognizione” e che le scelte di bilancio, essendo frutto di un'insindacabile discrezionalità politica, esigono un particolare rispetto da parte del Giudice delle leggi, entrando in tal modo a far parte integrante della valutazione che la Corte compie nella opera di bilanciamento dei valori costituzionali al fine di garantire concretamente i diritti sociali. In tal senso, il Giudice delle leggi si preoccupa di chiarire che il bilanciamento seguito nel suo iter argomentativo non opera fra le sole esigenze finanziarie e i diritti sociali bensì con il nucleo essenziale di questi ultimi riguardati di volta in volta dal condizionamento finanziario: “... questa Corte ha ripetutamente affermato che nel bilanciamento dei valori costituzionali che il legislatore deve compiere al fine di dare attuazione al ‘diritto ai trattamenti sanitari’ (art. 32 della Costituzione) entra anche la considerazione delle esigenze relative all'equilibrio della finanza pubblica. Non v'è dubbio che, se queste ultime esigenze, nel bilanciamento dei valori costituzionali operato dal legislatore, avessero un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona umana, ci si troverebbe di fronte a un esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa”⁶². Per la Corte, è chiaro che se risulta evidente che le scelte di bilancio ricadono nelle determinazioni del Governo e nell'approvazione del Parlamento (essendo frutto di un'insindacabile discrezionalità politica), il “riconoscimento del ‘principio di gradualità’ in ordine all'attuazione di valori costituzionali che importi rilevanti oneri a carico del bilancio statale presuppone chiaramente che il valore costituzionale dell'equilibrio finanziario, desumibile dall'art. 81 Cost., non sia un presupposto per la inammissibilità del giudizio di costituzionalità, ma rappresenti, piuttosto, un elemento della complessiva ponderazione dei valori costituzionali”⁶³.

⁶¹ LUCIANI, M., *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Cedam, Padova, 1995, 126; BIFULCO, D., *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2003, p. 365.

⁶² Sent. cost. n. 304 del 1994, cons. dir. 5.

⁶³ Sent. cost. n. 260 del 1990, cons. dir. 3.

Con riguardo al bilanciamento operato dalla Corte, trattasi comunque di un bilanciamento ‘ineguale’, asimmetrico, il cui fine rimane pur sempre, ancorché nella misura minima della protezione del nucleo essenziale del diritto, il soddisfacimento dei diritti della persona e mai l’efficienza economica o anche l’equilibrio economico fine a sé stesso. Una simile giurisprudenza, come si è osservato, necessariamente flessibile in ragione dei bisogni rappresentati alla cognizione della Corte, non è senza conseguenze sull’equilibrio di bilancio statale, sollevando il dubbio che in tal modo la struttura del giudizio di costituzionalità tenda ad accostarsi al modello, che è tipicamente legislativo, della comparazione e del bilanciamento di interessi, con i conseguenti (sempre possibili) rischi di deficit di democraticità della Corte quando opera come ‘legislatore negativo’⁶⁴.

3.2. Libertà negativa e diritto sociale pretensivo nel diritto di autodeterminazione (rispetto al rifiuto delle cure) ai sensi dell’art. 3, c. 2, Cost.

Se dai contenuti pretensivi del diritto alla salute garantiti dall’art. 32, c. 1, Cost. passiamo ora, sia pure in termini essenziali, a quelli accolti nell’art. 32, c. 2, Cost., ciò che innanzitutto pare opportuno sottolineare – con specifico riguardo alle problematiche sollevate in tema di diritto di autodeterminazione, comprendente lo stesso rifiuto delle cure, nonché con riguardo alla questione della natura auto-applicativa o meno della richiamata disposizione costituzionale – è una lettura circa la non necessità di una legge che dia piena attuazione e compiuta operatività al principio di autodeterminazione sul proprio corpo quivi accolto e con esso il diritto di rifiutare trattamenti medico-sanitari da parte del soggetto ammalato, tranne che questi ultimi non siano previsti specificamente da leggi a protezione di individuati interessi collettivi⁶⁵.

Nessun dubbio parrebbe doversi esprimere circa la pienezza del diritto della persona (malata) di rifiutare trattamenti sanitari – qualunque trattamento, ivi compresi quelli definiti di ‘sostegno vitale’ –, salvo che gli stessi non siano previsti in attuazione di specifiche terapie sanitarie necessarie al fine di perseguire finalità di interesse collettivo e fatto comunque salvo il rispetto delle previsioni in materia di ‘consenso informato’⁶⁶. Il principio secondo cui la volontà del soggetto

⁶⁴ In merito, si è fatto osservare una certa contraddittorietà della giurisprudenza della Corte in tema di protezione dei diritti sociali (soprattutto in materia pensionistica). In un breve lasso di tempo, e senza dare conto di nuove argomentazioni che si pongano alla base di tale *revirement* giurisprudenziale, si passa dalla sottolineatura dei limiti di declaratorie di illegittimità costituzionale, che “determinerebbero una grave violazione dell’equilibrio di bilancio ai sensi dell’art. 81 Cost. (sent. cost. n. 10/2015) ... *a fortiori* dopo l’entrata in vigore della legge cost. 20 aprile 2012, n. 1 ... che ha riaffermato il necessario rispetto dei principi di equilibrio del bilancio e di sostenibilità del debito pubblico” (sent. cost. n. 88/2014), a nuovi indirizzi giurisprudenziali, che nella cd ‘sentenza Sciarra’ (la n. 70 del 2015) perviene fino a “non cita(re) minimamente il nuovo art. 81” (così BARBERA, A., “La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte”, *www.rivistaaic*, 2/2015).

⁶⁵ BRECCIA, U., PIZZORUSSO, A. (a cura di ROMBOLI, R.), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Ed. Plus, Pisa, 2007.

⁶⁶ La citazione d’obbligo è quella delle vaccinazioni obbligatorie (sent. cost. n. 258/1994; sent. cost. n. 307/1990; sent. cost. n. 118/1996), nel mentre la situazione giuridica del paziente affetto da HIV con riguardo all’obbligo (o meno) di cura, atteso anche il possibile danno nello ambito delle

orienta e condiziona la stessa alleanza terapeutica del malato con il suo medico non è dunque revocabile in dubbio alla luce del dato positivo (costituzionale, legislativo, europeo, giurisprudenziale, deontologico) e in questo senso diremmo anche etico, assumendo, fra le diverse e possibili sue declinazioni, l'approccio di un'etica pubblica, fondata sul principio di laicità dello Stato e sulla libertà della persona informata di decidere della propria vita senza mai nuocere gli altri con le proprie scelte. Una simile valutazione costituisce la lettura (forse estrema) del principio di autodeterminazione che, in tale formulazione, prevarrebbe sugli stessi limiti posti dal rispetto del principio solidaristico, pur autorevolmente argomentato⁶⁷. Nessuna persona, in alcun momento, comunque, perde il proprio diritto fondamentale alle cure di cui all'art. 32, c. 1, Cost., conseguendone che il diritto deve farsi carico di tutti i beni giuridici in campo, senza preclusioni di sorta che non siano quelle derivanti dalla centralità della persona umana e del rispetto della sua libertà e delle relative determinazioni sul proprio corpo e sulla propria vita.

Se dunque il principio di autodeterminazione viene così chiaramente affermato – con esso del tutto certo risultando il correlativo diritto della persona informata a rifiutare le cure mediche –, allo stesso criterio interpretativo occorre rifarsi quando il soggetto non sia più in grado di esprimere validamente e di manifestare una volontà che al momento della pienezza dello stato di salute la persona aveva chiaramente manifestato in una qualche modalità che sia normativamente disciplinata e comunque di fede certa. Non ci troviamo, pertanto, in un quadro caratterizzato dal vuoto normativo bensì in presenza di norme da interpretare e alla cui funzione interpretativa (e ricostruttiva di specifiche fattispecie normative) i giudici non possono certo sottrarsi, ancorché specifiche vicende giudiziarie possono aver sollevato nel Paese un clima di (forte) emotività⁶⁸.

relazioni strettamente familiari o in quelle comunitarie, risulta legislativamente e giurisprudenzialmente garantita. Secondo l'art. 5 della legge n. 135 del 1990, di disciplina della lotta all'AIDS, in tal senso, nessuno può essere sottoposto ad analisi atte all'accertamento dell'infezione da HIV senza il suo consenso, se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse. Tale è anche l'orientamento dell'Alta Corte di legittimità (Cassazione civile, sez. III, 30/1/2010, n. 2468), nel senso che, anche nei casi di necessità clinica, il paziente deve essere informato del trattamento a cui lo si vuole sottoporre, ed ha il diritto di dare o di negare il suo consenso, in tutti i casi in cui sia in grado di decidere liberamente e consapevolmente. Prescindendo in questa sede, per i necessari limiti imposti alla trattazione, dai profili connessi ai rapporti fra principio di autodeterminazione, Codice di deontologia medica (in part., art. 35), diritto dell'Unione (art. 3 Carta europea dei diritti), accordi/convenzioni internazionali in materia, ne segue che un principio di autodeterminazione deriva pienamente dalla richiamata disposizione costituzionale, pur potendo dall'esercizio di tale diritto di 'libertà assoluta' conseguire una forma che erroneamente potrebbe essere colta (perfino) come eutanasia passiva. Agli stessi principi di autodeterminazione della persona e del consenso informato si ispira la giurisprudenza della Corte di Cassazione (sent. 21748 del 2008, caso Englaro) e del Tribunale di Roma (sent. 23 luglio 2007, caso Welby), per la quale "deve escludersi che il diritto di autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita".

⁶⁷ FURNARI, M.G., RUGGERI, A. (a cura di), *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici*, Giappichelli, Torino, 2010.

⁶⁸ Nella vicenda giudiziaria richiamata (caso Englaro), a ben cogliere, così, l'unica questione tecnico-normativa che i giudici erano chiamati a risolvere, nell'assenza di una legge di disciplina,

Se del tutto certo risulta il principio costituzionale di autodeterminazione, ad un'analisi più approfondita, tuttavia, emerge come le fattispecie fattuali possano essere molto diverse fra loro, integrando profili di libertà negativa e profili di diritto sociale pretensivo e facendo emergere l'interrogativo circa la riferibilità della decisione di rifiuto del trattamento sanitario a persona capace di intendere e di volere o meno⁶⁹. Come si osserva (in tale lettura più dubbia circa la piena auto-applicabilità del diritto di autodeterminazione rispetto alle cure), l'art. 32, c. 2, Cost. non risulterebbe sufficiente a fondare un diritto soggettivo auto-applicativo, e pertanto immediatamente giustiziabile. Si direbbe allora che la relativa disposizione costituzionale – articolando ulteriormente (rispetto alla specifica previsione costituzionale) le fattispecie costituzionalmente garantite – fonda essa stessa un diritto che è, al contempo, libertà negativa e diritto sociale e in quanto tale pretensivo verso comportamenti (attivi od omissivi) dei pubblici poteri (se non anche di terzi). Un simile diritto è certamente precluso all'incapace, per il quale devono comunque trovare applicazione le previsioni dell'art. 32, c. 1, Cost. D'altra parte, come può cogliersi nella richiamata vicenda (caso Welby), la persona (pienamente capace di intendere e di volere) che rifiuta il trattamento sanitario potrebbe non essere in grado di compiere l'azione (fisica) necessaria ad interrompere il trattamento (non desiderato) e occorre in questa ipotesi che un altro la possa fare al suo posto, se è “obbligato a compiere quell'azione se (e solo se) c'è una norma valida e vigente che lo obbliga (o fonda l'ordine di un altro che lo obbliga)”⁷⁰. A seguire un simile indirizzo, dunque, serve una norma valida che integri l'art. 32, c. 2, Cost. per conseguire che non inizi il trattamento o che venga interrotto se già iniziato. Una conferma si coglie comunque anche nel richiamato

riguardava meramente le forme di accertamento della volontà della persona (gravemente) ammalata. In ogni caso, opportunamente, si faceva rilevare in merito che il diritto al rifiuto del trattamento medico da parte della persona capace di intendere e di volere non può e non deve confondersi con l'accanimento terapeutico, il quale già risulta vietato dal codice deontologico e dalle stesse norme etiche. Altra questione particolarmente meritevole di approfondimento sollevata nel caso anzi richiamato riguardava la nutrizione e l'idratazione artificiale. Di tali trattamenti ci si interroga circa la natura di trattamento sanitario (o meno), se cioè trattasi di cura sempre e comunque doverosa (CASONATO, C.. *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino, 2009; dello stesso A., *Riflessioni sul fine vita*, in www.astrid.eu), e pertanto se il paziente possa rifiutarli. Un parere del 2005 del Comitato Nazionale Bioetica li considerava “atti dovuti eticamente”. In altri pareri, lo stesso Comitato ne ricostruiva la natura piena di atto medico-sanitario e come tale solo da quest'ultimo somministrabile. L'art. 53 del Codice di deontologia medica segue quest'ultimo indirizzo, ribadendo che “il medico non deve assumere iniziative costrittive né collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale nei confronti della persona malata”. Un orientamento – quest'ultimo – pienamente accolto dalla giurisprudenza del Giudice della nomofilachia. Diversamente deve dirsi – trattandosi di fattispecie diversa su cui torneremo – dell'interruzione della ventilazione meccanica (caso Welby).

⁶⁹ Intervenendo sulla lettura dell'art. 32, c. 2, Cost., RESCIGNO G.U. ne propone una riformulazione nei termini che seguono: “Chiunque, se capace di intendere e di volere, ha diritto di non esser sottoposto a un determinato trattamento sanitario, salvo i casi previsti dalla legge, ed ha il diritto di interrompere il trattamento sanitario se è in grado di farlo da solo” (“Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost. al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita”, *Diritto pubblico*, 1/2008).

⁷⁰ *Ult. op. cit.*, p. 89.

ragionamento giuridico, nel senso che in esso non si prevede la necessità di norme integrative dell'art. 32, c. 2, Cost., qualora la persona sia capace di intendere e di volere e se "l'intervento di un terzo, in sostituzione del paziente impossibilitato, è un intervento volontario"⁷¹. Convincente in merito risulta quello stesso aggravamento che viene proposto quando si prevede la necessità di un previo accertamento circa la capacità d'intendere e di volere della persona nell'ipotesi in cui l'interruzione del trattamento generi morte o sofferenza; tale accertamento nell'ipotesi appena richiamata dovrebbe essere operato da persona diversa da chi pratica l'interruzione del trattamento ed in ogni caso quest'ultimo non può essere quidam de populo, richiedendosi competenze appropriate di tipo sanitario⁷². La questione così diviene meritevole di una disciplina legislativa nel caso di persona incapace di agire fisicamente ma pienamente capace di intendere e di volere (e che chiede di essere aiutata ad esercitare la sua 'libertà assoluta' di rifiutare i trattamenti sanitari)⁷³. Nel merito, così, può accogliersi quella lettura che porta ad assumere le previsioni dell'art. 32, c. 2, Cost. come una eccezione rispetto al divieto dell'art. 579 cp, in quanto, nel caso di trattamento sanitario, l'omissione o l'interruzione di uno specifico trattamento sanitario costituisce un obbligo costituzionalmente previsto, anche se da questa omissione o interruzione derivi la morte del paziente⁷⁴. Assolutamente diverso è il caso della persona non più in grado di decidere e quindi di rifiutare il trattamento sanitario: in questa ipotesi, il medico non può omettere ovvero interrompere il trattamento sanitario verso il paziente incapace di intendere e di volere. Allo stesso legislatore resterebbe preclusa la disciplina che non fosse quella già prevista/imposta dall'art. 32, c. 1, Cost.

La conclusione che può trarsi circa i limitati profili di diritto sociale presenti anche nella disposizione di cui all'art. 32, c. 2, Cost., pertanto, è quella secondo cui, in una materia tanto sensibile, sia evitata dal legislatore e nella prassi ogni possibile forzatura della Carta costituzionale per ragioni di tipo ideologico e/o pratico. Se le disposizioni (del I e del II comma) dell'art. 32 Cost. risultano, per come si è osservato, tanto chiare nei relativi contenuti normativi e nella prospettazione delle relative garanzie, incentrate come sono sul principio di personalità e di libertà, non si può che riconoscere alla sola persona ammalata il diritto di decidere sulla propria vita, potendo il paziente ed egli soltanto scegliere – sulla base del consenso informato – fra un esito di morte naturale, ovvero, al contrario, accettare trattamenti sanitari che gli assicurano il prolungamento della

⁷¹ *Ult. op. cit.*, p. 90.

⁷² Come è stato bene sottolineato, infatti, se è vero che "il medico non ha l'obbligo di evitare uno specifico evento come la morte, è parimenti vero che ha l'obbligo di evitare che una persona in condizioni di bisogno non sia assistita", al fine di alleviare almeno le sofferenze fisiche e psicologiche in cui viene a ritrovarsi chi abbia fatto una scelta tanto (auto-)determinata (SANTOSUOSSO, A., NESPOR, S., SATOLLI, R., *Il rifiuto di cure. Vita, morte e miracoli. Medicina, genetica e diritto*, Feltrinelli, Milano, 1992).

⁷³ RESCIGNO, G.U., *op. cit.*, p.95.

⁷⁴ GIUNTA, G., "Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica", *Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale*, 1997; dello stesso A., "Il morire tra bioetica e diritto penale", *Pol. del dir.*, 2003, 4, nonché CHECCOLI, T., "Brevi note sulla distinzione fra eutanasia attiva e passiva", *Forum Biodiritto* (Trento, 2008).

vita anche se non sempre tale prolungamento si accompagna con il rispetto della dignità del paziente, naturalmente secondo l'interpretazione della stessa che quest'ultimo ne dà. L'apprezzamento del concetto di vita libera e dignitosa, infatti, è di tipo soggettivo e pertanto è al solo soggetto capace di intendere e di volere, libero e informato, che occorre rimettere le relative determinazioni di fine vita. Ogni altra ipotesi rischierebbe pericolosi scivolamenti verso orientamenti statalistici e totalizzanti che non sembrano trovare conforto in una lettura giuspositivistica della Carta.

4. IL DIRITTO AL MANTENIMENTO E ALL'ASSISTENZA SOCIALE, FRA PREVISIONE COSTITUZIONALE, ATTUAZIONE LEGISLATIVA E SERVIZI PUBBLICI

Tornando alle altre tematiche oggetto di questo studio, dopo l'analisi del diritto alla salute, colto al contempo come libertà negativa e come diritto pretensivo, si sottolinea come alla valorizzazione del Welfare repubblicano, unitamente ad altri rilevanti servizi pubblici, concorre in particolare il diritto all'assistenza sociale (e le relative competenze e responsabilità delle istituzioni della Repubblica). Non rientrando nell'elencazione delle competenze concorrenti delle regioni quanto alla distribuzione delle competenze fra Stato e regioni, la competenza legislativa in tema di assistenza sociale rientra ora nel novero delle competenze esclusive/residuali delle regioni. Pur potendo fare proprie – a mo' di legislazione statale di principio – le previsioni normative della legislazione statale (a partire dalla l. n. 328/2000) nell'esercizio della competenza in materia, le regioni non devono ritenersi necessariamente vincolate al regime fissato nella legislazione statale, potendo disciplinare la materia nel modo che esse ritengano più adeguato alla soddisfazione dei bisogni assistenziali ed essendo comunque vincolate solo nel dare attuazione ai contenuti fondamentali disciplinati dalle disposizioni di cui all'art. 38 della Costituzione. A tale disciplina (costituzionale e legislativa), anche in ragione delle peculiarità che ne hanno fin qui caratterizzato il regime giuridico, saranno ora dedicate alcune riflessioni volte a sottolineare i limiti generali conosciuti in materia di attuazione legislativa dell'art. 38, c. 1, Cost., nonché la forte disorganicità della disciplina di favore.

In realtà, il "diritto al mantenimento e all'assistenza sociale" dei cittadini inabili al lavoro e sprovvisti dei mezzi necessari per vivere, disciplinato nell'art. 38, c. 1, Cost., nella metà (e più) di secolo che abbiamo lasciato alle spalle conosce due principali letture: una prima, che attrae la disciplina di favore nella materia previdenziale, e una seconda, nella quale si coglie un favor esplicito per i 'lavoratori', mentre i 'cittadini', nella loro (eventuale) condizione di 'soggetti deboli' restano affidati sostanzialmente all'ambito delle politiche sociali, intese come erogazione di servizi alla persona e alla comunità, compatibilmente alla disponibilità delle risorse del bilancio pubblico assegnate a tale scopo (prima dallo Stato e ora anche dalle regioni e dagli enti autonomi della Repubblica).

Rispetto ai diversi approcci alle politiche seguite in tema di organizzazione dei servizi pubblici (in materia assistenziale e sanitaria), nell'ottica qui proposta, pertanto, i servizi sociali devono cogliersi per ciò che nella realtà amministrativa essi sono concretamente, cioè prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche

(ed anche a gestione privata, sulla base del principio di ‘sussidiarietà orizzontale’) in tema di diritti costituzionalmente protetti. Nel nostro ordinamento, i servizi sociali, pertanto, costituiscono una forma di attuazione amministrativa dei diritti sociali con riguardo ai soggetti individuati dall’art. 38 Cost. (soggetti inabili al lavoro e sprovvisti dei mezzi necessari per vivere), ancorché tali servizi pubblici conoscano una disciplina confinante con quella relativa alle prestazioni in materia sanitaria (servizi socio-assistenziali, servizi socio-sanitari).

Introdotti nel costituzionalismo contemporaneo del secondo dopoguerra, questi ultimi sono da cogliersi, pertanto, come pretese costituzionalmente garantite dei soggetti a ottenere dallo Stato determinate prestazioni volte ad assicurare a tutti, ma soprattutto ai soggetti deboli, prestazioni amministrative finalizzate a garantire l’eguaglianza sostanziale fra i cittadini.

La giurisprudenza costituzionale più recente, come è noto, ha ampliato la platea dei soggetti titolari dei diritti all’assistenza sociale e del diritto alla salute, includendo nella (più limitata) categoria costituzionale dei ‘cittadini’ come soggetti titolari del diritto (art. 38 Cost.) tutti i soggetti deboli presenti a qualsiasi titolo sul territorio nazionale (che siano residenti o meno), riconoscendosi in tal modo, da parte della Corte, piena garanzia al “diritto alle cure indifferibili e urgenti” previste (nel d.lgs n. 286/1988, art. 35) per gli stranieri anche irregolari comunque presenti sul territorio⁷⁵.

In tal senso, unitamente a tutte le altre previsioni di garanzia dei diritti e delle libertà, esse costituiscono una novità e, al contempo, una sfida dello Stato costituzionale volte ad assicurare – in un’ottica di tipo universalistico – l’indissolubile integrazione fra libertà, uguaglianza e solidarietà, in una parola la ‘liberazione dal bisogno’ e con essa la ‘giustizia sociale’, avendo come destinatari della protezione costituzionale oltre ai cittadini, in generale, i soggetti deboli presenti sul territorio.

L’analisi dell’attuazione di tale quadro normativo – come si è già osservato – descrive uno scenario di gradualità nella legislazione in materia e, più in generale, di una protezione rafforzata per il soggetto ‘lavoratore’, mentre le altre situazioni di minorità sociale restano ancorate a una risalente cultura di ‘beneficenza pubblica’, debitrice nel fondo a una cultura ‘caritatevole’, ‘assistenzialistica’ e ‘paternalistica’. Solo a partire dalla fine degli anni ’90, la protezione costituzionale ha riguardato, come si è osservato, sia pure in forme non

⁷⁵ Richiamando recenti indirizzi della giurisprudenza costituzionale (sent. n. 432/2005; sentt. n. 2, 4, 133 e 172/2013) a supporto delle argomentazioni svolte nel saggio “Crisi economica e diritti fondamentali”, cit., p. 15, Carmela Salazar sottolinea in modo convincente come “si tocc(hi), qui, un altro elemento ‘nuovo’ rispetto al quadro normativo e giurisprudenziale di fine secolo: nel tracciato della giurisprudenza sui diritti sociali, il “segmento” relativo ai diritti degli immigrati, divenuto ormai imponente, rivela infatti alcune specificità incidenti anche sulle notazioni che si vanno svolgendo. Il *trend* sulla rigida “riserva politica” in materia di diritti “costosi” registra qui un cedimento, riscoprendo la Corte le additive di prestazione ben al di là dei casi di palese irragionevolezza o di compressione del contenuto essenziale dei diritti”. Sul punto cfr. anche RUGGERI, A., “Note introduttive ad uno studio sui diritti e doveri degli stranieri”, *www.rivistaaic*, 2/2011; A. RANDAZZO, A., “La salute degli stranieri irregolari: un diritto fondamentale ‘dimezzato’”, *www.consultaonline.it* (2012).

sempre comparabili alle prestazioni assistenziali accordate ai cittadini, gli immigrati extracomunitari a qualsiasi titolo presenti sul territorio⁷⁶.

Tuttavia, il vero e proprio esodo in corso di emigrati africani e medio-orientali – appartenenti ad aree sconvolte dalle guerre (interne e non), dal fallimento delle ‘primavere arabe’ e più in generale dall’impoverimento crescente degli Stati africani – e i limiti gravi delle politiche di accoglienza del Paese e degli altri Paesi europei pongono severi interrogativi (al momento in cui scriviamo senza vere risposte) sulla credibilità dei modelli di solidarietà praticati dal costituzionalismo dei Paesi europei e ancor più sulla persistente frigidità delle istituzioni europee a definire un credibile e convincente ‘modello sociale europeo’⁷⁷.

4.1. Revisione costituzionale e nuovo welfare regionale-municipale-sociale: previsioni costituzionali destinate all’ineffettività a seguito delle misure legislative di contrasto della crisi economica?

Le considerazioni fin qui svolte portano a osservare – in tale ottica – che le istituzioni regionali e le autonomie locali non costituivano in Italia, almeno fino alle riforme costituzionali (del biennio 1999-2001) nella materia territoriale, il terreno elettivo per un’indagine sulle tematiche relative alle modalità seguite (e da seguire) per rendere effettivi i diritti sociali, nella misura in cui alle regioni e ai minori enti autonomi della Repubblica non era assegnata la competenza in materia di diritti, che rimaneva attribuita alle istituzioni statali, venendo protetta dalla relativa giurisdizione. Pertanto, nell’ottica del nuovo Welfare (ora maggiormente territorializzato, alla luce delle previsioni dell’art. 118 Cost.), è da sottolinearsi come, nel percorso della vita, ogni soggetto può trovarsi in una condizione di debolezza; per rimuovere tali condizioni, la “Repubblica” è chiamata a provvedere alla soddisfazione di bisogni primari (nel campo dell’istruzione, della tutela della salute, dell’assistenza sociale, del reddito minimo di sopravvivenza, della casa, ecc.) secondo standard definiti in modo unitario, che comunque assicurino l’essenzialità delle prestazioni volte a soddisfare, di volta in volta, i relativi fabbisogni. Tale opzione, secondo un indirizzo risalente, mutuato dall’esperienza britannica, si prefigge, in sostanza, di dar vita a un sistema universale e integrale di protezione sociale pubblica volta a garantire la sicurezza di tutti i cittadini, ‘dalla nascita alla morte’, con l’obiettivo dichiarato di perseguire finalità di ‘liberazione dal bisogno’, contro la logica ‘caritatevole’ dello Stato liberale. L’intensità di tale modello si piega poi, in Italia come negli altri Paesi europei, alle esigenze consensuali proprie del sistema politico-istituzionale, spesso coniugandosi con politiche finanziarie di deficit spending e comunque

⁷⁶ SCAGLIARINI, S., “Diritti sociali nuovi, cit.

⁷⁷ GAMBINO, S., D’IGNAZIO, G. (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2010; AA.VV., *Transizioni e democrazia nei Paesi del Mediterraneo e del vicino Oriente*, Periferia Edizioni, Cosenza, 2013.

concentrandosi su tre principali ambiti materiali (pensionistico, sanitario e istruzione pubblica).

In una considerazione di sintesi, da tale prospettiva, può rilevarsi che lo Stato sociale, a partire dal secondo dopoguerra, ha realizzato importanti successi nel campo delle politiche pubbliche relative ai diritti sociali e in particolare nelle materie appena richiamate. La natura e la stessa intensità dell'intervento legislativo nelle altre materie ricadenti nell'ambito delle politiche sociali sono state significativamente diverse. Le scelte legislative in tali materie non hanno una corrispondenza pubblica comparabile nel campo degli altri servizi pubblici, nei quali l'attuazione dei già richiamati diritti sociali avrebbe dovuto concretizzarsi. In altri termini, per quanto concerne l'ambito materiale dell'assistenza sociale, i servizi sociali, in generale e con specifico riferimento ai soggetti deboli concretamente individuati nelle richiamate disposizioni costituzionali di favore, hanno segnato il passo, conoscendo ritardi e asimmetrie legislative (fra Stato e regioni e all'interno delle regioni). In un'analisi di sintesi di tali politiche può cogliersi una persistenza della prospettiva 'caritatevole', 'assistenzialistica', 'paternalistica' piuttosto che l'attuazione di politiche fondanti pretese esigibili da parte dei soggetti, fondate sull'inderogabile protezione dei diritti fondamentali a partire dalla 'dignità' della persona/soggetto debole. L'analisi dei ritardi nel tempo degli stessi contenuti della variegata legislazione (ad esempio nel campo dei soggetti diversamente abili) porta a osservare un'eccessiva parcellizzazione della disciplina legislativa di favore, nonché la stessa assenza, in tale legislazione, di una cultura istituzionale pienamente rispettosa dei diritti del soggetto debole, della persona in difficoltà, a partire dal 'diritto alla dignità'. Se poi si considera, con riferimento ai soggetti deboli, la condizione di soggetto oggettivamente e soggettivamente dipendente da altri (di norma dalla famiglia ma anche dalle comunità municipali e da associazioni di assistenza), si può osservare come l'obiettivo della protezione costituzionale del diritto (civile e al contempo sociale) della persona in difficoltà – nonostante significative politiche pubbliche nell'esperienza dello Stato repubblicano – non sia stato conseguito che in modo embrionale, con livelli di regressione nella protezione effettiva del diritto che sono più significativi nelle fasi più recenti di crisi economica, che si accompagnano con politiche di austerità e di taglio dei finanziamenti pubblici destinati alla protezione dei soggetti più deboli.

Nell'attuazione della Costituzione repubblicana, l'assistenza sociale ha conosciuto importanti mutamenti d'indirizzo che, in verità, risultano più apprezzabili sul piano delle definizioni normative in materia che in termini di effettività delle connesse protezioni. Dal DPR n. 616/1977 fino alla l. n. 59/1997, l'assetto amministrativo relativo alla predisposizione e all'erogazione dei relativi servizi e interventi a favore della persona e della comunità vedeva la centralità del Comune nell'esercizio delle funzioni di ambito eminentemente locale, anticipando in tal modo la cultura istituzionale e costituzionale della sussidiarietà, destinata a divenire principio legislativo, prima (con la l. n. 59/1997), e costituzionale in seguito, con le riforme costituzionali del titolo V (art. 118 Cost.). Il legislatore di trasferimento delle competenze amministrative aveva individuato la soluzione ottimale nella specializzazione del Comune come ente gestionale, mentre alla

Regione veniva assegnata la funzione (più appropriata a un ente di area vasta) di programmazione e di determinazione degli ambiti maggiormente adeguati per la gestione dei servizi sociali e sanitari, nonché per la promozione, economicamente incentivata, delle forme di collaborazione (anche obbligatorie) fra gli enti territoriali. La l. n. 142/90, prima, l'attuazione della l. n. 59/97, il d.lgs. n. 112/98, e quindi il T.U.E.L. (d.lgs. n. 267/2000) e, più in generale, la disciplina accolta nell'intero novellato titolo V Cost. definiranno in modo compiuto il quadro dei rapporti istituzionali chiamati a farsi carico delle politiche sociali. A ben vedere, le scelte del legislatore di revisione costituzionale della fine degli anni '90, nel loro complesso, inquadrano innovativamente il nuovo ambito delle responsabilità istituzionali (regionali e locali), procedendo in una triplice direzione: a) assicurando la copertura istituzionale a tale legislazione mediante la positivizzazione costituzionale del principio di sussidiarietà (verticale e orizzontale); b) scorporando le competenze amministrative dal previgente parallelismo con quelle legislative e assegnandole costituzionalmente ai Comuni (art. 118, c. 1, Cost.), salvo che una legge statale o regionale, ognuna nel relativo ambito di competenza, non le assegni a un livello istituzionale superiore, al fine di garantire interessi di ambito più vasto; c) assegnando, ora in modo definitivo, alla competenza regionale esclusiva/residuale la materia dell'assistenza sociale. Il ddl di rev. cost. (A.S. 1429-B) innova in modo significativo in materia riconducendo nell'ambito della competenza esclusiva dello Stato molti ambiti legislativi fin qui assegnati alla competenza regionale, sia concorrente che esclusiva.

Se ne può concludere che lo scenario costituzionale disegnato dalla riforma (degli anni '90), almeno in materia di assistenza sociale, è appunto quello di un nuovo Welfare (regionale-municipale-sociale) che si sostituisce al previgente modello di Welfare di ambito e responsabilità statale. In altri termini, le responsabilità – per come definite nei diritti e nei principi fondamentali della Costituzione e fra questi, soprattutto, in quello dell'eguaglianza sostanziale fra i soggetti, nonché in quello solidaristico – che fin qui erano assegnate allo Stato-Repubblica, con la nuova disciplina fissata in Costituzione sono ora riallocate in forma significativamente innovata nel novellato ordinamento repubblicano. In tale innovato quadro costituzionale, alla legge dello Stato compete la disciplina dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali, in modo da assicurare, come si è già osservato, che ai principi dell'unitarietà e indivisibilità della Repubblica corrisponda un trattamento giuridico eguale di tutti i cittadini, assicurando in tal modo la cittadinanza unitaria e sociale. Il legislatore di revisione costituzionale, in tal senso, ha assegnato allo Stato-Governo il potere di far valere tale unitarietà di trattamento come conseguenza dell'unità giuridica dell'ordinamento. A tal fine, il Governo è chiamato a esercitare un potere di controllo sostitutivo nei confronti degli organi delle regioni, delle province e dei comuni ogni qualvolta lo richieda la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali e la loro garanzia, a prescindere dai confini territoriali dei governi locali. Nel relativo esercizio, il Governo, come prevede la l. n. 131/2003 di attuazione della riforma del tit. V Cost. (e prima che trovi attuazione la clausola di supremazia statale qualora accolta nel testo di revisione

ora in corso di approvazione parlamentare), potrà adottare i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nominare un apposito commissario.

In conclusione, alla legge dello Stato compete di assicurare gli inderogabili principi di eguaglianza dei cittadini, mentre alla legge regionale spetta di farsi carico, con nuovo protagonismo – e nel rispetto dei vincoli sanciti nell’art. 116 e 117 Cost. – delle competenze assegnate alle regioni, che sono sia di tipo concorrente che di tipo esclusivo. Le prime, come è noto, assegnano alle regioni competenze che conoscono il limite dei principi fondamentali della materia fissate con legge dello Stato; le seconde assicurano alle regioni piena libertà nella legislazione, fatto salvo il rispetto della Costituzione (e pertanto dei principi supremi e dei diritti costituzionali positivizzati nella prima parte della stessa), nonché il rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Tali limiti, peraltro, sarebbero risultati risolutivi anche nella individuazione dell’ambito e dei limiti della potestà legislativa regionale nella (non auspicata) ipotesi che il testo di revisione costituzionale del 2005 (di ‘riforma della riforma’) avesse concluso positivamente il suo iter d’integrazione dell’efficacia.

4.2. L’assistenza sociale fra sussidiarietà orizzontale e nuovo regime di rapporti pubblico-privato

Così richiamate le ‘nuove’ scelte del legislatore di revisione costituzionale in tema di riparto delle competenze legislative, s’impone ora di riflettere, sia pure in modo essenziale, sulle problematiche costituzionali conosciute dall’assistenza sociale nel novellato quadro e su quelle della estensione a tali ambiti competenziali delle previsioni della legge quadro costituzionale in materia. Il primo profilo da considerare, in tal senso, riguarda appunto le ‘sorti’ della l. n. 328/2000, atteso che la stessa, in quanto precede temporalmente la revisione del Tit. V Cost., non potrebbe essere assunta come “legge di principi fondamentali” della materia, da rispettarsi prescrittivamente da parte delle regioni nella legislazione di attuazione delle proprie competenze esclusive (a meno che le stesse non decidano autonomamente di volerlo fare). Un secondo profilo riguarda, più in particolare, le conseguenze – di sicuro impatto innovativo – della costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, con il conseguente interesse costituzionalmente protetto del privato (ut sic e non più del privato-sociale, come, forse più opportunamente, si prevedeva nella l. n. 59/97) a vedere assicurata la propria iniziativa nello svolgimento di attività d’interesse generale di competenza comunale, provinciale, regionale e statale.

La gestione dei servizi pubblici alla persona e alla comunità in materia socio-assistenziale costituisce in tale ottica una materia nella quale il privato può chiedere di collaborare con il soggetto pubblico (locale e non) titolare della corrispondente funzione amministrativa. Quanto al primo profilo, all’analisi puntuale delle novellate disposizioni di cui all’art. 117, c. 2, lett. o) (previdenza sociale) e all’art. 117, c. 3, Cost. – che assegna la materia della ‘previdenza sociale’ alla legge dello Stato e quella della ‘previdenza complementare e integrativa’ alla competenza concorrente della Regione – non pare potersi mettere in dubbio che la ‘previdenza sociale’ resti pienamente incardinata nella

competenza statale, pur residuando qualche spazio operativo ancorché secondario alle regioni. Diversamente è da dirsi per quanto concerne le altre disposizioni disciplinate nell'art. 38 Cost., e in particolare per quanto concerne il “diritto al mantenimento e all'assistenza sociale”, di cui è titolare, per statuizione costituzionale, ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere; situazioni fattuali – queste ultime – che, in quanto generano discriminazioni fra i soggetti, impongono, ai sensi dell'art. 3, c. 2, Cost., di essere rimosse a cura della Repubblica (ora non più solo a cura dello Stato). Se confrontiamo tale lettura con le previsioni generali della legislazione generale in materia di assistenza sociale e, da ultimo, con quelle accolte nella stessa l. n. 328/2000, può affermarsi che, pur colmando un ritardo in materia, la stessa, che si presenta (anche formalmente) come una legge-quadro, non pare essere riuscita a farsi carico di una compiuta e adeguata garanzia del nucleo essenziale del diritto al mantenimento e all'assistenza per gli inabili al lavoro e per i poveri, né ad assicurare a tali soggetti lo strumentario più congruo per garantire l'esigibilità di un diritto sociale fondamentale, quale è appunto, dal punto di vista costituzionale, il diritto dei soggetti ora in considerazione. Né, a tal fine, può costituire convincente argomentazione in senso contrario quella ascrivibile alla scarsità delle risorse disponibili. Pertanto, resta confermato che la garanzia costituzionale dei soggetti destinatari della norma di favore potrà solo essere assicurata dal sindacato di ragionevolezza, di proporzionalità del Giudice delle leggi e dal giudice ordinario e amministrativo, ognuno nel relativo ambito di competenza giurisdizionale⁷⁸.

Restano ora da richiamare le questioni (cui si è già accennato in precedenza) poste dalle nuove competenze esclusive delle regioni in materia assistenziale, che, come si è ricordato, spostano in capo a ciascuna Regione l'obbligo costituzionale di dare attuazione all'art. 38, c. 1, Cost., secondo misure e opzioni legislative liberamente disponibili alla discrezionalità del legislatore regionale quanto alle forme, ma obbligate quanto alla determinazione di norme specifiche in materia capaci di garantire l'essenzialità di tale diritto⁷⁹. Nulla, certo,

⁷⁸ SPADARO, A., “Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione dei doveri altrettanto fondamentali”, *Pol. del dir.*, 1/2006.

⁷⁹ GUIGLIA, G., *Il diritto all'assistenza sociale nella prospettiva multilivello*, Cedam, Padova, 2005; COSTANZO, P., MORDEGLIA, A. (a cura di), *Diritti sociali e servizio sociale*, Giuffrè, Milano, 2005; PIZZOLATO, F., *Il minimo vitale*, Giuffrè, Milano, 2004; BALDUZZI, R. (a cura di), *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Giuffrè, Milano, 2004; DEGRASSI, L., *La razionalizzazione dello stato sociale*, Giuffrè, Milano, 2004; AA.VV., *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Giuffrè, Milano, 2003; FERIOLI, E., *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Giappichelli, Torino, 2003; ROSSI, E., CARROZZA, P. (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2002; PIZZOLATO, F., *Il sistema di protezione sociale nel processo di integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 2002; BALDUZZI, R., DI GASPARE, G. (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del titolo V*, Giuffrè, Milano, 2002; AA.VV., *La riforma della assistenza e dei servizi sociali. Analisi della legge 328/2000 e proposte attuative*, Giappichelli, Torino, 2001; CHIEFFI, L., (a cura di), *Evoluzione dello Stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali*, Cedam, Padova, 2001; Jorio, E., *Diritto dell'assistenza sociale*, Giuffrè, Milano, 2006.

impedisce che le regioni facciano proprie le opzioni di principio della l. n. 328/2000, ma si tratta, appunto, di una fra le possibili scelte legislative (ancorché ipotizzata in contesti sociali fortemente diversi da quello attuale, ora segnato dagli effetti gravi della crisi economica). In tale scelta, indubbiamente, le modalità di organizzazione del servizio sociale restano pienamente ascrivibili alle opzioni regionali; come pure restano disponibili in capo alle stesse le forme del coinvolgimento del privato nella gestione sussidiaria del sistema assistenziale, fatto comunque salvo il limite dell'eccesso di potere nell'ipotesi di diniego di avvalimento dello stesso, qualora richiestone. La novellata disposizione costituzionale in materia, pertanto, si limita alla sola previsione relativa all'oggettività delle prestazioni erogate nel servizio; del rispetto di tale 'essenzialità' sarà poi competente il giudice ordinario e più in generale il Giudice delle leggi nell'ipotesi di contrasto con l'art. 117, c. 2, lett. m), Cost.

Rimane da affrontare, in conclusione, la questione posta dalla costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale e dunque del nuovo regime dei rapporti pubblico/privato nella gestione dell'assistenza sociale. La stessa l. n. 328/2000 – prima ancora della disciplina accolta nel novellato art. 118, ult. co., Cost. – aveva già previsto un ruolo attivo dei privati, soprattutto dei privati del c.d. terzo settore, tanto nella gestione dei servizi sociali quanto nella relativa programmazione e valutazione. Tale protagonismo del privato-sociale conosce ora la sola omologazione, all'interno della categoria dei soggetti privati, fra privati *ut sic* e privati-sociali ai fini dell'identificazione del contenuto materiale prescritto dal legislatore di revisione, secondo il quale gli enti autonomi della Repubblica “favoriscono” l'avvalimento del privato nell'erogazione delle prestazioni amministrative. Un primo criterio che potrà guidare le amministrazioni pubbliche nella definizione dei relativi ambiti di potere, nel decidere di conservare in capo a sé la funzione amministrativo-sociale o piuttosto di cederla al privato per la relativa gestione, riguarda il carattere economico o meno della prestazione in questione, cioè del servizio richiesto dal privato a titolo di 'gestione sussidiaria'. In altri termini, altro è la questione del privato volontario o delle associazioni di volontariato che collabora/collaborano spontaneamente con i fini pubblici delle amministrazioni, altro è la questione che si pone allorché (ed è la norma) l'ente titolare della funzione proceda a cedere all'esterno dell'amministrazione l'esercizio della funzione che implichi erogazioni finanziarie o si qualifichi, in generale, come servizio a contenuto economico, dovendo l'amministrazione pubblica, in tale ipotesi, individuare costi, forme di erogazione, standard quali-quantitativi, in una parola, le garanzie dei soggetti destinatari della stessa, nel più ampio quadro del rispetto delle previsioni costituzionali in materia d'imparzialità e di buon andamento.

Nell'ipotesi di servizi sociali a contenuto economico, le previsioni di cui all'art. 117, c. 1, Cost. e all'art 117, c. 2, lettera e), non possono che fondare la competenza dell'amministrazione di volta in volta interessata – ma ciò vale anche per la competenza legislativa regionale – a prevedere istituti e misure comunque idonei ad assicurare la “tutela della concorrenza” e pertanto la funzionalità del mercato, e più in generale a escludere che l'attuazione della sussidiarietà orizzontale possa comportare remissione al privato di funzioni/compiti regolativi

o comunque legati alla titolarità della funzione stessa. Naturalmente, tale principio non potrà che bilanciarsi con altri principi costituzionali, come, in particolare, quello volto ad assicurare il funzionamento democratico, partecipato ed efficiente dell'amministrazione pubblica.

Le istanze dei privati dovranno conformarsi alle regole dell'azione amministrativa e fra queste a quelle dell'evidenza pubblica e dell'accreditamento istituzionale e comunque non potranno essere soddisfatte se non a seguito dello scrutinio comparativo da parte dell'amministrazione pubblica titolare della funzione, nel quale la stessa accerti che l'attribuzione delle funzioni ai privati richiedenti non comporti oneri pubblici superiori a quelli della gestione amministrativa diretta e che sia assegnato adeguato valore all'efficacia e alla efficienza rispetto ai risultati pubblici da conseguire (carte dei servizi).

In particolare, per quanto riguarda la questione della natura della valutazione da parte della amministrazione pubblica dei requisiti di qualità da possedersi da parte degli operatori privati (accreditamento istituzionale), in analogia con le omologhe procedure positivizzate in materia di gestione privata della sanità, può dirsi che essa può utilmente cogliersi come un elemento volto ad assicurare la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Nel caso in considerazione, essa si estenderebbe dal contenuto oggettivo delle prestazioni essenziali erogate a quello soggettivo delle caratteristiche dei soggetti privati gestori, al fine di corrispondere, a mo' di capitolato tecnico, a standard di qualità, da ritenersi come strettamente connessi all'erogazione della prestazione amministrativa (servizio sociale e/o sanitario) quale corrispondenza della pretesa giuridicamente protetta del soggetto destinatario del servizio stesso nei confronti dell'amministrazione titolare della funzione (e pertanto anche del privato che con la stessa collabora).

Il nuovo ordinamento delineato dalle riforme, in un'ottica di pluralismo istituzionale e sociale, in conclusione, propone nuove sfide capaci di assicurare anche al privato d'inserirsi nella nuova architettura istituzionale-costituzionale della Repubblica, in tal modo rivitalizzando un esangue pluralismo istituzionale-territoriale e valorizzando le amministrazioni più prossime al cittadino, come quelle comunali. Si tratta, sotto tale profilo, di dare vita, mediante adeguate scelte legislative delle regioni, a un sistema di raccordi e di intese fra enti locali e regioni (valorizzando in tal senso anche il Consiglio delle autonomie di cui all'art. 123 Cost. e gli eventuali organi regionali interni di garanzia statutaria), affinché i primi e le seconde sappiano compiutamente ispirarsi alle nuove scelte costituzionali, specializzando ogni livello istituzionale del governo locale alla dimensione più appropriata degli interessi da governare e da soddisfare. In questa nuova rete istituzionale e di riallocazione delle competenze amministrative, – se vogliamo, nel nuovo scenario imposto alla governance territoriale – occorre anche individuare le funzioni più adeguate per un livello intermedio, di area vasta, benché il tema risulti, al momento della redazione di questo testo, in una fase di transizione normativa rispetto alle previsioni del ddl cost. 1429-B, che prevede l'abrogazione delle province dal testo vigente della Costituzione, l'istituzione e l'attivazione delle città metropolitane e il riordino (a livello regionale e a livello

comunale) delle funzioni amministrative già di competenza provinciale⁸⁰. Si tratta di dare attuazione alla sussidiarietà orizzontale, che significa dare vita a una ‘società solidale’, in unum con le nuove opportunità del privato nella gestione dei servizi d’interesse generale, compatibili con le protezioni del privato destinatario dei servizi medesimi. Nel leale rispetto dei principi posti a base della riforma costituzionale, il cittadino (e quindi anche l’imprenditore) è chiamato a svolgere nuovi ruoli rispetto a quelli tradizionali di protagonismo-partecipazione con i compiti della Repubblica.

In tale quadro, sia la legislazione regionale che gli statuti locali possono assicurare uno spazio di maggiore rilievo a quel tipo di imprese che, non perseguendo finalità di lucro, si trovano già, per così dire istituzionalmente, nelle condizioni ottimali per soddisfare a quel necessario compito cui sono chiamate in via generale le amministrazioni pubbliche. Con riserva, tuttavia, – come ricorda l’art. 7 della l. n. 131/2003 – che la funzione volta a favorire l’autonoma iniziativa dei cittadini nello svolgimento di attività di interesse generale, qualora includa incentivazioni economiche o comunque impiego di risorse pubbliche, debba conformarsi alle previsioni di trasparenza sancite nell’art. 12 della l. n. 241/1990. In tal modo, l’obbligo della motivazione da parte dell’amministrazione nella decisione di riconoscere al privato la gestione della medesima la pone nelle migliori condizioni per assicurare, al contempo, sia la legittimità dell’azione amministrativa sia la valorizzazione in modo differenziale di quelle imprese private che, per statuto giuridico, perseguono finalità di solidarietà sociale (volontariato, organizzazioni no profit). È questo il nuovo quadro in cui verranno a trovarsi i privati se vorranno – ex novo o in continuità rispetto alle esperienze in essere – collaborare nell’esercizio delle competenze assegnate alle diverse amministrazioni pubbliche. Si tratta di cogliere i contenuti innovativi della legislazione ma anche i relativi limiti. Solo a queste condizioni, il nuovo Welfare (regionale, locale, sussidiario) potrà evitare il rischio, non astratto, di trasformarsi in un processo di liberalizzazione generalizzato delle funzioni pubbliche (statali, territoriali) o, peggio ancora, in un lucroso affare (economico o politico).

5. IL DIRITTO ALL’ISTRUZIONE COME DIRITTO SOCIALE E LA CENTRALITÀ DELLA SCUOLA

Con riguardo al terzo fra i diritti sociali che abbiamo scelto come oggetto di analisi in questo studio – il diritto all’istruzione come diritto sociale⁸¹ –, anche

⁸⁰ Sul punto, cfr. anche il nostro Intervento al Seminario “Il nuovo statuto delle Province: governo, funzioni e risorse” (organizzato dal CRIFSP e dalla SPISA, Bologna, 27/28 aprile 2015): “Nell’attesa (forse vana) della ‘Carta delle autonomie’, il legislatore statale (dai decreti ‘salva Italia’ alla legge n. 56/2014) e la Corte costituzionale (sent. 50/2015) riscrivono la ‘geografia ordinamentale della Repubblica’”, *Astrid Rassegna*, 5/2015.

⁸¹ CASSESE, S., MURA, A., “Artt. 29-34”, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti etico-sociali*, Zanichelli, Bologna, 1976; CASSESE, S., “La scuola: ideali costituenti e norme costituzionali”, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, III, Giuffrè, Milano, 1977; POGGI, A., “Art. 34”, in BIFULCO, R., CELOTTO, A., OLIVETTI, M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006; MURA A., “Istruzione pubblica”, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, vol. XIII, 1990; CRISAFULLI, V., “La scuola nella Costituzione italiana”, *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1956; SPAGNA MUSSO, E., *Lo Stato di cultura nella*

al fine di poter cogliere i contenuti fondamentali che ne costituiscono il ‘nucleo essenziale’, occorre previamente osservare come le relative previsioni costituzionali di disciplina coinvolgano le stesse tematiche del pluralismo e della effettività del principio personalista, a tal fine dovendosi assumere il diritto all’istruzione (obbligatorio e gratuito, reso effettivo con idonee misure di sostegno finanziario, aperto al raggiungimento dei gradi più alti degli studi per i capaci e i meritevoli pur se privi di mezzi) e con esso, più in generale, la scuola come formazione sociale funzionale di organizzazione su tutto il territorio nazionale dei servizi a garanzia di tale diritto, come volto anche a realizzare una cittadinanza compiuta, capace di formare e di sostenere la pienezza della personalità dello studente e al contempo lo sviluppo di una società pluralistica che rifugga da ogni forma di intolleranza e di fondamentalismo. Tale centralità (costituzionale, amministrativa e sociale) della scuola, a sua volta, risulta funzionale alla conoscenza e alla condivisione, nel pensiero e nell’esperienza giovanile (degli

Costituzione italiana, Morano, Napoli, 1960; POTOTSCHNIG, U., “Insegnamento, istruzione, scuola”, *Giur. cost.*, 1961, p. 361 ss.; ID., “Istruzione (diritto alla)”, in *Enc. del dir.*, XXIII, 1973; ABBAMONTE, G. *Diritto all’istruzione e obbligo scolastico*, Neri Pozza, Vicenza, 1967; ATRIPALDI, V., *Diritto allo studio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1975; ROSSI, G., “Il diritto allo studio e l’amministrazione scolastica”, in *Annali della P.I.*, XIX, 1973; LOMBARDI, G., “Obbligo scolastico e inderogabilità dei doveri costituzionali”, *Giur. it.*, 1/1967, I; LIMITI, G., “La scuola nella Costituzione”, in AA.VV., *Studi per il ventesimo anniversario dell’Assemblea Costituente*, III, Vallecchi, Firenze, 1969; MORO, C., “L’eguaglianza sostanziale e il diritto allo studio: una svolta della giurisprudenza costituzionale”, *Giur. cost.*, 1987, I; ROCCELLA, A., “Il diritto all’istruzione nell’ordinamento italiano”, *Il Politico*, 3/1990; MORZENTI PELLEGRINI, R., “Alla ricerca di un difficile equilibrio tra norme generali, livelli essenziali uniformi e sussidiarietà in materia di istruzione e diritto allo studio”, in *Rivista giuridica della scuola*, 1/2005; MAZZIOTTI DI CELSO, M., “Studio (diritto allo)”, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993; SICARDI, S., “La scuola nel contesto costituzionale”, *Il Ponte*, 3/1996; PITRUZZELLA, G., “Il pluralismo della scuola e nella scuola”, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Mucchi, Modena, 1996; CORSO, G., “Principi costituzionali sull’istruzione”, in MARZUOLI, C. (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2003; POGGI, A., *Istruzione, formazione e servizi alla persona*, Giappichelli, Torino, 2002; GENTILI, A., “La tutela del diritto allo studio. Nota a C. Cost. 29 maggio 2002 n. 219”, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 6/2002, p. 1157 ss.; BIN, R., BENELLI, F., “Il diritto allo studio universitario: prima e dopo la riforma costituzionale”, *Le Istituzioni del federalismo*, 5/2002; POGGI, A., “Il settore dell’istruzione”, in BERTI, G., DE MARTIN, G.C. (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*. Atti del Convegno, Roma 9 giugno 2003, Giuffrè, Milano, 2003; DE MARCO, E. (a cura di), “La pubblica istruzione”, in SANTANIELLO, G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2007; PAOLOZZI, F., “Il diritto allo studio universitario e il riparto delle competenze normative”, *Le istituzioni del federalismo*, 3/2007; LANEVE, G., “Regioni e istruzione e formazione professionale, profili costituzionali”, in ID., *Profili costituzionali*, Bari, Cacucci, 2008; RUGGERI, A., “Il diritto all’istruzione (temi e problemi)”, in FACURY SCAFF, F., ROMBOLI, R., REVENGA, M. (a cura di), *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, Milano, 2009; CAMPIONE, V., POGGI, A., *Sovranità decentramento regole. I livelli essenziali delle prestazioni e l’autonomia delle istituzioni scolastiche*, Bologna, Il Mulino, 2009; BARONE, G., VECCHIO, G., *Il diritto all’istruzione come ‘diritto sociale’. Oltre il paradigma economicistico*, ESI, Napoli, 2012; D’ANDREA, A., “Diritto all’istruzione e ruolo della Repubblica”, in *Scritti di A. Pace*, II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; PACE, A., “Il diritto all’istruzione nel tempo di crisi”, in *www.flcgil.it* (2013); FAGNANI, E., *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica: il caso della istruzione. Stato di attuazione, funzioni amministrative e finanziamento del sistema*, Giuffrè, Milano, 2014.

studenti, in particolare, per quanto rileva nella presente analisi) di valori costituzionali fondamentali come quelli del pluralismo culturale, del principio personalista e del principio democratico.

L'obiettivo è quello stesso previsto dalle disposizioni costituzionali quando sanciscono (art. 33, c. 1, Cost.) che l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento. La libertà di ricerca e di insegnamento dei docenti, in tale ottica, si pone come esercizio di una libertà che ha evidenti ricadute sull'effettività del pluralismo (metodologico e culturale) che, nell'ambito della scuola, non può e non deve prescindere dalle esigenze istituzionali e pedagogiche di base (e in tale ottica dai contenuti formativi accolti negli indirizzi programmatici del Ministero dell'istruzione relativamente alle singole discipline oggetto d'insegnamento), da quelle relative al trasferimento delle conoscenze e all'apprendimento nei diversi ambiti del sapere, avvalendosi anche di una metodologia di insegnamento idonea ad assicurare la formazione e a valorizzare la personalità dello studente.

Da tale prospettiva di analisi, il pluralismo e il principio personalista impongono di sottolineare come le scelte del costituente in materia di istruzione siano state chiare e determinate nella prospettiva democratica e sociale, come era inevitabile che accadesse quando si consideri che i costituenti provenivano nella loro quasi totalità da un'esperienza di lotta resistenziale al fascismo. Al contrario – e diversamente dalle modalità seguite nella disciplina costituzionale di altri diritti sociali (come in particolare può dirsi del diritto alla salute e del diritto all'assistenza sociale, analizzati in questa ricerca) – la disciplina costituzionale della scuola (art. 33, c. 2, Cost.) si concretizza fundamentalmente in due principali disposizioni, la prima che attribuisce allo “Stato-Repubblica” il mandato a dettare le “norme generali sull'istruzione”, la seconda consistente nella previsione di istituire scuole statali per tutti gli ordini e gradi. Attività – quest'ultima – esercitabile liberamente anche da parte di enti e di privati, purché “senza oneri per lo Stato”, ancorché il principio di sussidiarietà pare aver stemperato l'intento originario del costituente.

La previsione costituzionale in materia è completata dalla previsione (art. 34) secondo cui la scuola è aperta a tutti e l'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è “obbligatoria e gratuita”. Tale previsione si accompagna con la disciplina costituzionale della garanzia di effettività (terminologia quest'ultima particolarmente significativa quando si consideri che la stessa viene utilizzata dai costituenti con circospezione) del diritto all'istruzione mediante “borse di studio, assegni alle famiglie e altre provvidenze” e con l'ulteriore garanzia costituzionale che statuisce il diritto dei ‘capaci’ e dei ‘meritevoli’ (la cui materiale individuazione viene riservata al legislatore ordinario) a raggiungere i gradi più alti degli studi, “anche se privi di mezzi”.

Si tratta, nel loro insieme, di disposizioni chiare ed efficaci anche al fine di comprendere le idee che i costituenti avevano in tema di diritti sociali⁸². In tal

⁸² GAMBINO, S., “Sui c.d. diritti sociali. Un percorso accidentato fra incertezze dei costituenti, approcci dottrinari problematici, positivizzazioni differenziate nelle costituzioni contemporanee, protagonismo del giudice costituzionale e integrazione europea”, in DE VERGOTTINI, G. (a cura di), *Classe di Scienze morali - Rendiconti degli anni 2007-2008 - Nuova serie -*, Bologna, Bononia University Press, 2009.

senso, l'apertura a "tutti" della scuola e la connessa garanzia del godimento del diritto all'istruzione come situazione giuridica pretensiva costituzionalmente protetta (nel senso di diritto di accedere alla tipologia di scuola ritenuta dal singolo studente più vicina ai propri interessi culturali) e, al contempo, le molteplici obbligazioni (di normazione generale e di disciplina organizzativa) dello Stato-Repubblica si ricollegano alle richiamate previsioni costituzionali che obbligano la "Repubblica" a tutti gli adempimenti di cui si è anzi detto, che sono sia di disciplina generale che di pianificazione, di gestione e di concreta organizzazione del sistema scolastico su tutto il territorio del Paese e con riguardo a tutte le tipologie di scuola. Tali previsioni, come si ricorda, si riepilogano nei seguenti fondamentali adempimenti: istituzione di "scuole statali per tutti gli ordini e gradi", disciplina di "norme generali sulla istruzione", garanzia della libertà dell'arte e della scienza e del relativo insegnamento, diritto per i privati di "istituire scuole ed istituti di educazione senza oneri per lo Stato", accesso della scuola "a tutti", obbligatorietà e gratuità dell'istruzione inferiore impartita per almeno otto anni, misure economiche di sostegno per rendere effettivo il diritto allo studio, sostegno al diritto dei capaci e dei meritevoli al fine di consentire loro di poter raggiungere i gradi più alti degli studi, anche se privi di mezzi. Tali variegati e complessi profili della previsione costituzionale appaiono quanto mai necessari da richiamare sia in quanto oggetto specifico della ricerca sul contenuto materiale del diritto in esame, sia anche in ragione di valutazione critica di talune discutibili sperimentazioni organizzative invalse in alcune prassi locali (consistenti nell'introduzione di formule, sia pure limitate, di privatizzazione dell'istruzione all'interno degli stessi istituti scolastici, con riguardo specifico all'attività di recupero degli studenti in ritardo formativo sulla base di prestazioni finanziarie da parte degli stessi studenti), ed ora di alcune previsioni accolte nella legge cd 'la buona scuola' (legge n. 107/2015), nella quale risultano di particolare problematicità le previsioni in tema di governo delle istituzioni scolastiche, ispirate a formule di (irragionevole) squilibrio istituzionale dei rapporti fra organi sociali della scuola (in particolare del consiglio di istituto, e del collegio dei docenti, con la relativa competenza e responsabilità in materia di adozione del Piano dell'Offerta Formativa) e dirigente scolastico, con i connessi rischi di condizionamento della libertà di ricerca e di insegnamento dei docenti (che, come si è detto, costituisce garanzia del pluralismo formativo e al contempo della stessa libertà degli studenti destinatari dell'attività di insegnamento da parte del corpo docente).

Rievocando, in tale ottica, alcuni richiami alla Costituzione e a singole sue disposizioni in materia di scuola che ne aveva fatto Piero Calamandrei, si sottolinea, in tale ottica, come la Costituzione abbia dimostrato di voler assegnare alla scuola una funzione basilare nel processo di formazione della personalità dello studente e delle sue conoscenze tecniche e di metodologie di approccio critico ai problemi. Al fine di concretizzare tali finalità, la Costituzione ha stabilito una obbligatorietà in capo allo Stato (e per esso in capo alle amministrazioni scolastiche, già riordinate dall'art. 21 della l. n. 59/1997) consistente nel compito di organizzare un'istruzione con caratteri di pubblicità, obbligatorietà e gratuità. Ed è in questo senso che, sia pure con formulazione nella

quale non manca l'enfasi, Calamandrei parlava della scuola come di un vero e proprio organo costituzionale⁸³. Evidentemente, dal punto di vista formale, la scuola non può certo ritenersi un organo costituzionale, in quanto la stessa costituisce un'organizzazione amministrativa (complessa, funzionale, diffusa sul territorio) senza la quale l'accesso all'istruzione e alla cultura e con esso la libertà e l'eguaglianza fra le persone non sarebbero così profondamente innervate nella personalità degli studenti (e nell'intera società). Ed è anche per questa ragione che, con riguardo ad altre culture diverse da quella del Paese (e da quella europea in generale), occorre sottolineare come la scuola pubblica non è stata pensata dal costituente come una struttura formativa priva di pluralismo interno, come una struttura formativa fondata su forme organizzative di tipo gerarchico, per come può dirsi di altri ordinamenti scolastici di Paesi con ordinamenti a base religiosa.

Anche dal punto di vista della distribuzione delle competenze in materia di istruzione fra amministrazione statale, istituzioni regionali e amministrazioni scolastiche, e nello stesso esercizio dell'autonomia organizzativa e didattica riconosciute alle istituzioni scolastiche dalla legge (art. 21, l. n. 59/1997), il problema non può eludersi quando si ricorda come la Carta costituzionale abbia assegnato alla competenza della legge statale l'onere di dettare "le norme generali sulla istruzione", che lo stesso assetto istituzionale 'repubblicano' è chiamato a istituire scuole statali per tutti gli ordini e gradi. Un richiamo organizzativo – quest'ultimo operato in modo espresso dal testo costituzionale – che, come si è già ricordato, non ritroviamo in altre disposizioni costituzionali, come ad esempio quando la Costituzione disciplina il diritto alla salute o altri diritti sociali di tipo pretensivo, che hanno parimenti natura di diritti fondamentali. Ed è appunto in questa organizzazione pubblicistica che si possono comprendere meglio le ricadute positive di quella disposizione costituzionale secondo la quale "l'istruzione inferiore è obbligatoria e gratuita".

Si sottolinea, in tal modo, che la Costituzione ha dimostrato di voler assegnare alla scuola – unitamente alla funzione, eminentemente pedagogica, di trasmissione delle conoscenze – una funzione centrale nel processo di formazione della persona. Al fine di conseguire un simile obiettivo, la Corte costituzionale ha stabilito la previsione da parte dello Stato (e per esso delle amministrazioni scolastiche, in condizioni di autonomia) dell'onere di organizzare e di assicurare che l'istruzione sia obbligatoria e gratuita. Tale obbligatorietà e tale gratuità dell'istruzione riguardano tutti gli studenti (scuola dell'obbligo) e non solo i capaci e i meritevoli, per i quali sono previste ulteriori e aggiuntive garanzie. Per questi ultimi, anche se privi di mezzi, infatti, la Costituzione stabilisce il diritto di accedere ai gradi più alti degli studi mediante la previsione di idonee misure economiche e provvidenze che, come prevede espressamente la Costituzione,

⁸³ "Difendiamo la scuola democratica: la scuola che corrisponde a quella Costituzione democratica che ci siamo voluti dare; la scuola che è in funzione di questa Costituzione, che può essere strumento, perché questa Costituzione scritta sui fogli diventi realtà [...] La scuola, come la vedo io, è un organo 'costituzionale'. Ha la sua posizione, la sua importanza al centro di quel complesso di organi che formano la Costituzione [...] (così CALAMANDREI, P., *Intervento al III Congresso dell'Associazione a difesa della scuola nazionale*, 1950).

devono essere attribuite per concorso. La legislazione scolastica, in tale quadro, pertanto, non dovrebbe interpretare le richiamate disposizioni costituzionali in materia di autonomia scolastica secondo modalità nelle quali venga svaloriata la responsabilità e la libertà dei docenti a vantaggio esclusivo di un ruolo (di gestione) monopolizzante svolto dal dirigente scolastico, pur sottolineandosi, al contempo, la doverosità da parte dei docenti di dare compiuta attuazione alle norme generali che definiscono gli indirizzi (programmatici e metodologici generali) da seguire per singoli percorsi formativi.

5.1. Scuola dell'obbligo e di diritto di accesso ai gradi più alti degli studi dei capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi. Art. 34, commi 3 e 4, Cost. e problematiche di effettività

Come si è potuto osservare dall'essenziale ricostruzione dei contenuti normativi fondamentali delle disposizioni costituzionali in materia di diritto all'istruzione e della scuola quale insieme di modalità organizzative finalizzate all'organizzazione e all'erogazione delle prestazioni formative, è difficile inquadrare il diritto all'istruzione come un unico diritto, al pari di quanto si è potuto già sottolineare per gli altri diritti sociali oggetto di studio in questo contributo, dovendosi piuttosto assumere una sua declinazione peculiare con riguardo all' 'istruzione inferiore', nella quale la pretesa di diritto sociale dello studente registra una situazione giuridica connotata dall'obbligazione di prestazione di servizi da parte dell'amministrazione scolastica (scuola dell'obbligo) e di diritto pretensivo da parte dello studente, da una parte, e con riguardo al diritto allo studio dei 'capaci' e dei 'meritevoli' e della pretesa giuridica che gli stessi possono vantare di raggiungere i gradi più alti degli studi, dall'altra.

In quest'ultima tipologia di situazioni giuridiche costituzionalmente protette rientra la disciplina del diritto di accesso agli studi successivi all'istruzione inferiore, e dunque l'erogazione di provvidenze, borse di studio e assegni di ricerca agli studenti capaci e meritevoli da parte dello Stato, a seguito di procedure concorsuali. Per quanto concerne tali categorie di soggetti, individuate sulla base di criteri stabiliti dal legislatore statale (e per l'assistenza agli studi universitari anche da parte del legislatore regionale), la Costituzione, in attuazione del dettato costituzionale sull'eguaglianza sostanziale (art. 3, c. 2, Cost.), assicura (commi 3 e 4 dell'art. 34) non solo un diritto di accesso agli studi (fino ai gradi più alti) ma anche, e soprattutto, un sostegno dello Stato per coloro che risultino capaci e meritevoli ma privi di mezzi.

L'attuazione di tali precetti costituzionali, al pari di altri diritti sociali ma forse in modo più significativo⁸⁴, interviene nella rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, prefiggendosi di assicurare il pieno sviluppo della persona umana e con esso la piena attuazione delle finalità costituzionali in tema di partecipazione. In tale ottica, il diritto all'istruzione e la scuola, che ne costituisce lo strumento fondamentale, chiamato a erogare l'insieme delle prestazioni necessarie ad assicurare il diritto medesimo – per essere oggetto di una

⁸⁴ RUGGERI A., ult. *op. cit.*

specifica obbligazione giuridica dello Stato – fondano in capo ai titolari del diritto una situazione giuridica pretensiva che è quella propria dei diritti sociali, cioè di diritti soggettivi pieni per quanto concerne la natura di diritti fondamentali e la relativa protezione giurisdizionale⁸⁵, ancorché, come per gli altri diritti prestazionali, deve comunque parlarsi di diritti condizionati dalla gradualità e dalla discrezionalità del legislatore statale nel dare attuazione al disposto costituzionale in ragione delle risorse pubbliche disponibili. Si tratta pertanto di diritti costituzionali condizionati e pertanto soggetti al bilanciamento, da parte del Giudice delle leggi, con altri diritti o interessi costituzionalmente garantiti, a partire dall'equilibrio di bilancio (soprattutto alla luce del novellato art. 81 Cost.).

Come può dirsi per tutti gli altri diritti sociali, pertanto, sono evidenti, nell'ottica fin qui richiamata, i condizionamenti posti dalla finanza pubblica e dall'amministrazione scolastica alla garanzia dell'effettività del diritto di accesso e di godimento del diritto di istruzione; ciò soprattutto in ragione dell'aggravamento della crisi economica. La giurisprudenza della Corte, come si è già osservato per gli altri diritti pretensivi, si è fondata sul ragionevole bilanciamento fra situazioni giuridiche parimenti meritevoli di protezione costituzionale, con la conseguenza che, quando si tratta di accertare la concreta esigibilità dei diritti in periodo di crisi economica, la ricerca che maggiormente rileva in merito è da rinvenirsi nell'iter argomentativo seguito dalla Corte quando individua come oggetto di garanzia costituzionale il “nucleo essenziale” del diritto sociale (di volta in volta oggetto di scrutinio costituzionale) inteso come livello al di sotto del quale la protezione degli equilibri di bilancio non consentono al Giudice delle leggi di derogare alla protezione del livello essenziale minimo di garanzia del diritto sociale oggetto di sindacato costituzionale.

In tale ottica, tuttavia, emergono evidenti difficoltà con riguardo alla determinazione dell'oggetto del diritto che pone interrogativi sulla consistenza dei corrispondenti obblighi pubblici. Rispetto al contenuto evolutivo (e in quanto tale connotato dalla discrezionalità del legislatore nel dare attuazione a tali diritti), l'effettività del diritto (con riguardo all'individuazione del suo nucleo essenziale inviolabile) finisce con l'essere consegnata al ruolo di garanzia giurisdizionale dei giudici e in particolare del Giudice delle leggi. Nel contesto della crisi, in modo particolare (ma non solo in tale contesto), pertanto – più che il legislatore nella sua funzione di attuazione dei valori e delle disposizioni costituzionali – è il giudice a svolgere un ruolo centrale nella concretizzazione dell'oggetto e della portata dei diritti sociali e dei relativi confini di esigibilità, pur dovendo esso considerare i limiti d'intervento che non possono travalicare la tutela del nucleo indefettibile dei diritti medesimi, con un effetto che – nel contesto della crisi economica e pertanto dei limiti delle risorse pubbliche disponibili – non può che comportare una rincorsa verso il basso, di tipo regressivo, del contenuto garantistico del diritto. In un contesto connotato dagli effetti della crisi sull'effettività dei diritti, pertanto, il ruolo dei giudici assume maggiore corposità rispetto a quello del legislatore anche in ragione dell'efficacia delle decisioni giudiziarie che hanno evidentemente una estensione più limitata rispetto a quella

⁸⁵ Sent. cost. n. 7/1967.

propria della legge, e ciò può dirsi in particolare con riguardo alle problematiche poste dalla protezione dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti sociali (e civili)⁸⁶.

In tale quadro è pur vero che l'intervento della Corte a protezione del nucleo essenziale dei diritti sociali può anche condizionare la competenza ad assicurare gli equilibri di bilancio di spettanza del legislatore; tuttavia, la giurisprudenza della Corte (nella direzione seguita dalle corti europee) appare piuttosto selettiva in tale ambito (con evidenti rischi in tal senso di sostituirsi alle scelte del Parlamento), come in particolare è avvenuto per le garanzie costituzionali accordate all'effettività del diritto all'istruzione della persona disabile⁸⁷. In tale ottica, e sulla base di una simile integrazione di parametri di protezione costituzionale da parte della Corte, le previsioni di favore della legge volte a "facilitare" l'effettivo godimento della frequenza delle scuole medie superiori da parte di studenti portatori di handicap, con una sentenza manipolativa, diviene vincolo volto ad "assicurare" il godimento effettivo del servizio scolastico agli stessi⁸⁸. La determinazione del nucleo essenziale, da parte della Corte, in tal modo, avviene sulla base di una (re-)interpretazione da parte dello stesso giudice costituzionale del petitum oggetto della q.l.c. che, integrando ulteriori altri parametri costituzionali (come si è detto, nel caso di specie, l'art. 3, c. 2, Cost., l'art. 2 Cost. e l'art. 38, c. 3 Cost.) consentono alla Corte di (s)bilanciare il bilanciamento, facendo valere in tal modo le esigenze inderogabili di tutela del nucleo essenziale del diritto della persona disabile, operando in tal modo lo scrutinio costituzionale in evidente favor del soggetto più debole.

Trattandosi di diritti dalla natura pretensiva, in breve, i diritti a prestazioni positive, pertanto, hanno bisogno di un'azione dello Stato per essere attuati nella maniera più piena. Essi possono essere immediatamente applicabili e sono sempre azionabili giudiziariamente, a prescindere dalla interpositio legislatoris. In tale quadro normativo, l'azione giudiziaria da parte del Giudice costituzionale avviene in modo preferenziale attraverso sentenze di natura additiva (di principi o anche di prestazione) che hanno la funzione di colmare le lacune legislative, benché si tratti comunque di decisioni che impongono l'intervento del legislatore per la loro materiale attuazione.

5.2. Giustizia costituzionale e condizionamenti dell'effettività del diritto alla istruzione: finanza pubblica e amministrazione scolastica

⁸⁶ PANZERA, C., "I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni", *Giur. cost.*, 4/2011.

⁸⁷ Tale effettività è stata comunque conseguita dalla Corte avvalendosi delle risorse disponibili al Giudice costituzionale nel processo costituzionale; nella fattispecie, integrando al parametro dell'art. 3, c. 2, Cost., ulteriori parametri costituiti dall'art. 2 Cost. e dall'art. 38, c. 3, Cost. (sent. cost. n. 215/1987); nella stessa direzione cfr. anche sent. cost. n. 80/2010.

⁸⁸ Sent. cost. n. 215/1987. Sulle tematiche alla base di tale indirizzo giurisdizionale, fra gli altri, cfr. almeno SCAGLIARINI, S., "L'incessante dinamica della vita moderna, cit.;" COLAPIETRO, C., *Diritti dei disabili e Costituzione*, cit.;" TROILO, S., "I 'nuovi' diritti sociali: la parabola dell'integrazione scolastica dei disabili", in CAVASINO, E., SCALA, G., VERDE, G., *I diritti sociali*, cit.;" MORANA, D., "I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio della effettività", *www.rivistaaic*, 4/2013; SALAZAR, C., "Crisi economica e diritti, cit.

Se da tali riflessioni generali, maggiormente concentrate sulle problematiche della garanzia giurisdizionale dell'effettività individuate in via generale nel concreto bilanciamento svolto dalla Corte (spesso insoddisfacente) fra diritti e principi costituzionali in tema di diritto all'istruzione e di diritto allo studio per i capaci e meritevoli, muoviamo ora verso le problematiche dell'effettività di tale diritto sociale, è sulle previsioni in particolare dell'art. 34, commi 3 e 4, della Costituzione, che potrebbero più congruamente concentrarsi le nostre riflessioni alla ricerca del tipo concreto di effettività assicurato alla componente più chiaramente sociale del diritto in considerazione, quello cioè del diritto allo studio nella fase della formazione successiva all'istruzione inferiore e del diritto allo studio universitario. È appunto su tale diritto allo studio dei capaci e dei meritevoli, con la previsione della prosecuzione degli studi fino ai gradi più alti, che, nella dinamica della realizzazione normativa e delle letture (del tutto limitate se confrontate alla giurisprudenza costituzionale relativa ad altri diritti sociali, come quello alla salute e quello all'assistenza sociale, limitatamente ai diritti sociali oggetto di questo studio) che ne ha offerto la Corte, possono massimamente cogliersi gli elementi di innovatività che la disciplina costituzionale repubblicana assicura rispetto alle forti limitazioni dell'accesso allo studio a strati sociali ristretti e abbienti nella fase del costituzionalismo liberale.

Con riguardo specifico sia all'istruzione successiva a quella inferiore (dopo gli otto anni oggetto della previsione costituzionale di garanzia) sia a quella universitaria, siamo in presenza di un'evoluzione normativa molto lenta e graduale rispetto alle stesse previsioni costituzionali, atteso che lo stesso obbligo scolastico nella misura prevista in Costituzione tarderà a trovare piena attuazione, dovendosi attendere, nei primi anni '90, la riforma dell'ordinamento universitario (l.n. 341/90) e del diritto agli studi universitari (l.n. 390/1991) per vedere concretizzata una più ampia e organica normativa in materia di diritto allo studio e di assistenza allo studio, comprensiva di provvedimenti sull'accesso all'università, sulla didattica, sul riparto delle competenze tra Stato-regioni e atenei in materia, nonché una consistente riforma del diritto all'assistenza allo studio universitario. Tale quadro normativo resterà sostanzialmente invariato anche dopo la riforma del Titolo V Cost. che, nel riparto di competenze fra Stato e regioni, ha interessato anche il diritto all'assistenza allo studio. L'evoluzione legislativa successiva porterà all'approvazione della legge di 'riforma del sistema universitario (l. n. 240/2010), nella quale vengono fissati i nuovi criteri dei livelli essenziali delle prestazioni per il diritto all'assistenza allo studio, rinviando ad un successivo decreto legislativo (d.lgs n. 68/2012) l'ulteriore previsione di una disciplina di dettaglio in materia. In tale evoluzione normativa, tuttavia, emerge un quadro piuttosto preoccupante nel senso che, se appare indubbio che il diritto allo studio e l'assistenza scolastica risultano ora (più o meno congruamente) attuati, non altrettanto pare potersi affermare quanto ai relativi contenuti materiali del diritto, evidenziandosi significative differenze di accesso al godimento del diritto in ragione delle prassi seguite nelle diverse regioni.

Sotto tale profilo, la Corte, già a partire dagli anni '70 del secolo scorso, faceva propria una lettura restrittiva del diritto all'istruzione, nel quale allo stesso non veniva riconosciuto un "significato diverso e più ampio di quello proprio

dello insegnamento”⁸⁹, cosicché, come si fa osservare, “tale diritto va a coincidere con il diritto ad essere beneficiari dell’altrui attività di insegnamento; pertanto, l’obbligo che grava sul soggetto pubblico – quale soggetto passivo del diritto – consiste esclusivamente nell’erogare un’attività di carattere eminentemente amministrativo che si sostanzia nel reclutare docenti e personale di supporto e nell’allestire strutture nelle quali l’attività di insegnamento possa essere impartita ... (con la conseguenza) di sospingere fuori dal perimetro del diritto all’istruzione – e delle relative prestazioni – la fornitura di tutti quei beni, servizi e agevolazioni che cooperano al raggiungimento del risultato soltanto in termini indiretti, ma non per questo meno significativi: ne rimangono fuori, ad esempio, i libri di testo, i trasporti, il servizio di mensa, e così via”⁹⁰.

Se interrompiamo per il momento l’approfondimento della situazione relativa all’effettività del diritto all’istruzione e del connesso diritto allo studio nel contesto della scuola dell’obbligo, con riguardo alle molteplici problematiche in esso presenti, poste in particolare dalla sicurezza e dalla piena funzionalità degli ambienti scolastici, dalla messa a disposizione del corpo insegnante e di tutto ciò che direttamente inerisca l’organizzazione scolastica e l’offerta formativa, con riguardo all’accesso degli studenti universitari capaci e meritevoli alle misure economiche di favore previste dalle leggi è dato riscontrare in modo crescente nel tempo (dal punto di vista della stessa incidenza statistica) la consistenza della figura dello studente universitario “idoneo non beneficiario” delle borse di studio oggetto di concorso, e con esso l’evidenziazione dell’ineffettività del diritto allo studio dei capaci e meritevoli. In tale ottica, si osserva come le regioni fiscalmente più ricche riescono a garantire misure di assistenza allo studio (in termini di residenze e di erogazione di borse di studio) alla quasi totalità degli aventi diritto sulla base dei livelli essenziali delle prestazioni previsti nel d.lgs. 68/2012; al contrario, nelle regioni meridionali la situazione appare obiettivamente deprimente. Le problematiche alla base di una simile situazione sono numerose, ma fra le altre rilevano in particolare le ragioni ascrivibili alla finanza derivata del sistema regionale-locale. In una simile cornice appare pressoché inevitabile che talune garanzie poste a difesa dell’attuazione dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti sociali siano venute gradualmente meno.

Avviando a conclusione la riflessione sul punto (limitata, come si è osservato, ai soli profili dei diritti sociali individuati come oggetto dell’indagine), così, può dirsi che dall’analisi risulta agevole comprendere come l’attuazione dei diritti sociali in quanto obbligazioni giuridiche del legislatore statale risulti piuttosto debole in ragione della complessità della domanda sociale rappresentata alle istituzioni rappresentative e della limitatezza delle risorse disponibili (particolarmente evidente nei periodi di crisi economica, ma non solo in tali periodi). In un simile contesto, la Corte che in passato aveva svolto un ruolo di protagonista nella garanzia dei diritti sociali, rispetto ai ritardi e alle resistenze evidenziate dal legislatore statale, pare ora arretrare in tale funzione garantista, attestandosi sempre più nella ricerca di un bilanciamento ritenuto necessario fra bisogni, diritti e risorse; un bilanciamento che, come si è detto, conosce il limite

⁸⁹ Sent. cost. n. 7/1967.

⁹⁰ MORANA, D., “I diritti a prestazione, cit., p. 9.

inderogabile del nucleo essenziale di ogni specifico diritto sociale oggetto del suo vaglio costituzionale ma che non pare offrire – semmai fosse questo un suo compito costituzionale – una soluzione alla crisi (di sostenibilità dei diritti fondamentali e di credibilità democratica) dello Stato e del costituzionalismo sociale. D'altra parte, occorre anche sottolineare come la Corte dimostri di essere pienamente consapevole che uno squilibrio dei conti pubblici potrebbe comportare un pregiudizio ancora più grave della coesione sociale, potendo tale squilibrio mettere a repentaglio la stessa democrazia e con essa l'intera impalcatura costituzionale dello Stato democratico e sociale⁹¹.

6. IL COSTITUZIONALISMO CONTEMPORANEO DI FRONTE ALLA CRISI ECONOMICA: CRISI DELLO STATO SOCIALE E (PROBLEMATICA) EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI SOCIALI

Alla luce delle considerazioni svolte in precedenza, il tema imporrebbe ora conclusioni quanto mai articolate anche in ragione dell'esigenza di integrare le problematiche evolutive del costituzionalismo del Paese con l'analisi del processo di integrazione europea, sottolineando in tale quadro le problematiche poste dall'effettività dei diritti (soprattutto sociali) nel quadro del vigente costituzionalismo, per come ora condizionato dalla crisi economica presente nella maggior parte dei Paesi europei. A livello costituzionale interno e allo stesso livello dell'Unione si aggiunge, tuttavia, un ulteriore livello che, nella fase più recente, riguarda in particolare le garanzie assicurate dalla giurisprudenza delle corti internazionali e, per quanto riguarda l'ambito europeo, della CGUE e della Corte EDU⁹².

Oltre a tali profili, potrebbe risultare opportuno (come tuttavia non potremo fare in questa sede per esigenze di auto-limitazione della trattazione) riferirsi al tema anche nella prospettiva storico-evolutiva del costituzionalismo contemporaneo (interno ed europeo). In tale ottica, l'analisi della forma di Stato e

⁹¹ Fra le decisioni più rilevanti in materia, cfr. almeno le seguenti sentenze costituzionali: n. 252/2001, n. 125/1975, n. 455/1990, n. 27/1998, n. 208/1996, n. 121/2010.

⁹² Nel sottolineare un rischio retorico e di vanificazione della effettività dei diritti a fronte della crisi economica e della relativa limitatezza delle risorse, Dean Spielmann, in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario 2013 della Corte EDU, afferma che "l'impatto della crisi sui diritti sociali ed economici è evidente di per sé, e ragguardevole è l'impatto anche sui diritti umani. Nel difficile periodo che le nostre società stanno affrontando, assistiamo all'emergenza dell'intolleranza e del rigetto degli altri. C'è una tendenza a credere che i diritti umani possano essere talvolta lasciati da un lato, con alcuni che pensano che essi siano un lusso che non ci si può permettere in tempi di crisi. Va invece detto, e sottolineo con forza, che i più toccati dalla crisi sono le persone più esposte ed indifese, come per esempio i detenuti ... gli immigrati ... i pensionati: vale a dire, proprio il genere di persone che la Corte EDU tende a proteggere in molti dei suoi casi" (in FIERRO, M., NEVOLA, R., DIACO, D., "La tutela dei diritti e i vincoli finanziari", in *Quaderno di giurisprudenza costituzionale*). Nell'ampia bibliografia, cfr. anche S. GAMBINO, S., D'IGNAZIO, G. (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2009; RUOTOLO, M., *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2011; MANES, V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea de diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011; MARGUENAUD, J.-P., MOULY, J., "L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux", in *Recueil Dalloz*, 11/2009, p. 742; GUAZZAROTTI, A., *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in CAVASINO, E., SCALA, G., VERDE, G. (a cura di), *I diritti sociali*, cit.

dei diritti sociali dovrebbe ricomprendere le problematiche presenti nel quadro delle trasformazioni del costituzionalismo contemporaneo e le stesse manifestazioni (più o meno profonde, a seconda dei diversi Paesi europei) della sua crisi nello scenario europeo, sia risalente che attuale⁹³. L'incertezza di un simile quadro riflette le sue ombre sulla tematica dell'effettività dei diritti sociali e sulla stessa democraticità dello Stato, in un più ampio scenario dettato dall'assenza di idonee procedure di governo della crisi a livello dell'Unione, (sempre più) surrogate da limitanti formule di accordo intergovernativo fra singoli Stati dell'Unione (ma, in realtà, fra gli Stati economicamente più forti).

Le problematiche evolutive poste dall'attuazione del modello di Stato sociale, in realtà, lo connotano fin dalla prima attuazione, sia in Italia che negli altri ordinamenti europei, del testo costituzionale⁹⁴. Prima ancora che nella direzione impressa all'indirizzo politico da parte dei governi e dei parlamenti nell'ottica delle misure di contrasto della crisi economica, tali tematiche sono costituite fundamentalmente dalla (più o meno tendenziale) crisi di solidità del bilancio pubblico e, dunque, dalla (sostanziale messa in questione della) compatibilità economica della spesa pubblica necessaria per garantire – con l'organizzazione di adeguati servizi pubblici – l'effettività del godimento dei diritti fondamentali (soprattutto sociali, ma non solo) da parte dei relativi titolari. Se, infatti, il sistema economico entra in crisi e i redditi non vengono più prodotti nella misura necessaria, le finalità (redistributive) dello Stato sociale (in modo inevitabile) diventano irrealizzabili dal punto di vista della sua attuazione legislativa⁹⁵, a poco (o perfino nulla) potendo, in senso contrario, le garanzie assicurate dalla stessa protezione giurisdizionale.

In tal modo, le problematiche poste dallo Stato sociale rinviano al tema centrale che è attualmente in discussione nel dibattito (giuridico e politico) statale, europeo e internazionale circa gli effetti prodotti sulle politiche pubbliche dai processi di globalizzazione dell'economia⁹⁶ e dalle misure economiche (nazionali ed europee, fra cui ora soprattutto il Fiscal Compact e i relativi effetti sull'art. 81 Cost.) di contrasto della crisi. Si tratta in breve della tematica della funzionalità complessiva dello Stato rispetto alla struttura politica e giuridica (nel contesto da tempo aperto a processi viepiù crescenti di integrazione europea e di mondializzazione dell'economia), senza di che l'obiettivo di assicurare i principi della giustizia sociale viene posto seriamente in questione⁹⁷. Il problema dello Stato sociale – in Italia come negli altri Paesi europei –, così, era (e rimane) posto nei suoi termini fondamentali, costituiti – oltre che dalla disponibilità di risorse finanziarie attingibili con il prelievo fiscale – dalla stessa qualità rappresentativa

⁹³ AMIRANTE, C., GAMBINO, S. (a cura di), *Weimar e la crisi europea*, Edizioni Periferia, Cosenza, 2013.

⁹⁴ MORTATI, C., "Nozioni sulle forme di Stato", in ID., *Le forme di governo*, Cedam, Padova, 1973, p. 61 ss.

⁹⁵ MORTATI, C., *Le forme di governo*, cit., p. 64.

⁹⁶ ALLEGRETTI, U., "Globalizzazione e sovranità nazionale", *Dem. e dir.*, 1998; BALDASSARRE, A., *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Bari, 2002; DE CABO, C., *La crisis del Estado social*, PPU, Barcellona, 1986.

⁹⁷ AMIRANTE, C., *Unioni sovranazionali e riorganizzazione costituzionale dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2001.

della democrazia, dall'adeguatezza delle misure utilizzate per la tutela degli interessi rappresentati e, al contempo, dalla trasparenza per assicurare il regolare ed efficace funzionamento degli istituti rappresentativi rispetto alle pressioni degli interessi sezionali in campo (talora occulti e illeciti), in una parola dall'effettività del principio democratico.

La concreta evoluzione registrata nei sistemi politici e istituzionali dei Paesi europei consente di osservare che le intuizioni appena evocate non sembrano aver trovato grande ascolto nel ceto politico e nelle stesse prassi costituzionali. Al modello (talora degenerativo) di Stato sociale perseguito dalla prassi legislativa tende, così, sia pure con gradualità, ad affiancarsi, con la giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali e in tema di eguaglianza (formale e sostanziale)⁹⁸, un nuovo modello che s'ispira ai principi e ai valori costituzionali di riequilibrio sociale e di tutela del pieno sviluppo della persona umana e di garanzia della sua dignità; un modello che, sotto più profili, sembra correggere i limiti legislativi dello Stato sociale (e quelli connessi alla sua risalente connotazione di Stato amministrativo), restituendo maggiore pregnanza alla formula dello 'Stato sociale di diritto'⁹⁹. Un modello di Stato – quest'ultimo – che è sempre più condizionato dall'economia e dalla politica e nel quale, come si è fatto di recente osservare in modo convincente, “il fondamento dei diritti sociali non è ormai più – a quanto pare – nella Carta costituzionale (o in altri documenti normativi ancora, anche di origine esterna) ma solo nelle risorse disponibili”¹⁰⁰. Non può non cogliersi, così, come alla crisi della legge e dello stesso Stato-legislatore, nella direzione di modelli neo-corporativi (e di sprechi improduttivi della spesa pubblica), l'ordinamento costituzionale abbia risposto con un evidente rafforzamento del potere esecutivo rispetto a quello legislativo, che sancisce un processo di trasformazione ormai avanzato nell'equilibrio dei poteri dello Stato costituzionale contemporaneo, con la connessa svalutazione delle funzioni di garanzia effettiva dei diritti da parte dei parlamenti nella direzione di una maggiore effettività (almeno attesa) delle garanzie giurisdizionali ad opera dei giudici ordinari, costituzionali e di quelli europei¹⁰¹.

⁹⁸ CAVASINO, E., SCALA, G., VERDE, G. (a cura di), *I diritti sociali*, cit.; PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

⁹⁹ FORSTHOFF, E., *La Repubblica Federale tedesca come Stato di diritto e Stato sociale*, in *Riv. trim. di dir. pubb.*, 1956, nonché (a cura e con introduzione di AMIRANTE, C., nella traduzione italiana) *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973.

¹⁰⁰ RUGGERI, A., “Crisi economica, cit.; SALAZAR, C., “Crisi economica, cit.; SPADARO, A., “I diritti sociali di fronte alla crisi, cit.; ID., “Brevi note sulla giustiziabilità dei diritti sociali nel giudizio incidentale (e una prima conclusione: l'apparenza inganna)”, in *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, cit.; D'ANDREA, L., “Diritto costituzionale e sistema economico: il ruolo della Corte costituzionale”, in *Corte costituzionale e sistema istituzionale. Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro*, Giappichelli, Torino, 2011; TRUCCO, L. “Livelli essenziali delle prestazioni, cit.; MORRONE, A., “Crisi economica e diritti, cit.; GAMBINO S., NOCITO, W., “Crisi finanziaria e diritti fondamentali, cit.

¹⁰¹ GAMBINO, S., “Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali, costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti”, www.federalismi.it, 13/2014.

Ne consegue – come è stato sottolineato – che, come negli ordinamenti liberal-democratici era alla legge che si doveva la piena tutela dell’eguaglianza dei soggetti e dei diritti previsti nella Costituzione, “un ordinamento fondato sul bilanciamento del principio di libertà (positivo) e quello di eguaglianza porta inevitabilmente ad accrescere l’importanza della ‘giustizia politica’ e a riconoscere in via di principio una interpretazione ‘attivistica’ del ruolo del giudice, in quanto questo è chiamato spessissimo ad operare bilanciamenti di valore e, in particolare, a mediare ‘ragionevolmente’ fra istanze di libertà e esigenze sociali, fra diritti individuali e diritti sociali ... Come nel classico Stato di diritto liberale la clausola libertà-proprietà fungeva da principale criterio di ripartizione delle competenze (fra legislazione ed amministrazione) e da principio d’ordine nel processo decisionale, così in quello democratico i ‘diritti sociali’, al pari di quelli di libertà, giocano un ruolo importante, non solo nella ripartizione delle attribuzioni (es. riserva di legge) ma soprattutto nel riequilibrio delle posizioni dei soggetti coinvolti nel complesso processo decisionale dei nostri tempi”¹⁰².

In tale ottica, le logiche compromissorie su cui si sono attardati nella metà di secolo che abbiamo alle spalle i partiti politici sono apparse inidonee a flettere le prospettive fortemente avanzate costituite dai principi e dai valori costituzionali alle esigenze (molto più concrete e sezionali) degli interessi in campo e alle ideologie (sempre più) liberistiche che hanno accompagnato tale processo, ponendo gradualmente in un cono d’ombra le politiche pubbliche interventiste di tipo keynesiane (fondate sulla spesa pubblica come motore di propulsione dell’economia e come attivazione di nuove opportunità di lavoro), che hanno contribuito in modo significativo alla ripresa economica post-bellica. La (grave) crisi economica, in atto da quasi un decennio, pare confermare tale lettura, manifestando fra i suoi effetti un impoverimento di quote crescenti del corpo sociale, l’arricchimento di quote molto ristrette (vere e proprie élites economiche) della società, cambiamenti nel funzionamento degli organi costituzionali (rispetto agli equilibri, nel modello costituzionale, previsti per la forma di Stato e la forma di governo). L’esito complessivo di tale evoluzione porta a (dover) prendere atto che le costituzioni contemporanee sono rimaste spesso inattuato rispetto alle previsioni e ciò in particolare nei valori/principi ispiratori del costituzionalismo sociale e (fra essi) nell’effettività assicurata ai principi di eguaglianza sostanziale che le ispirano.

In presenza della crisi economica che incide sui singoli Paesi e sull’intera economia europea, la discrasia tra mezzi e fini che corrode l’architettura ideale del costituzionalismo democratico risulta particolarmente evidente, intensa e problematica quanto agli effetti che produce nel processo di ‘destrutturazione’ dello Stato sociale, in atto ormai da più tempo (sia pure con intensità e gradi differenziati nei diversi Paesi europei). Con la crisi del sistema economico e del mercato del lavoro, così, lo Stato sociale si manifesta sempre più come una forma di Stato che proclama i diritti di tutti ma senza poterne sempre assicurare

¹⁰² BALDASSARRE, A., “Diritti sociali, cit.

l'effettività¹⁰³. La crisi economica, in tale scenario, si connota come idonea a travolgere la stessa sovranità degli Stati¹⁰⁴, erodendo, al contempo (sia pure con gradualità differenziate nelle diverse esperienze nazionali), gli stessi diritti fondamentali (soprattutto ma non solo) sociali, il loro statuto inderogabile di diritti di cittadinanza¹⁰⁵, risultando in tale ottica fortemente condizionati/limitati i margini di decisione dei legislatori nazionali¹⁰⁶ a causa della necessità di rispettare i vincoli di equilibrio-pareggio di bilancio ora positivizzati costituzionalmente al fine della conformazione ai vincoli europei e risultando, nel fondo, condizionata la stessa protezione giurisdizionale¹⁰⁷.

In questa ottica, la crisi dello Stato sociale non rappresenta solo il fallimento di un modello politico dell'economia che vanta il merito storico di aver consentito l'equilibrio sociale in regime capitalistico ('l'incivilimento del conflitto'), ma rappresenta anche l'appannamento (se non perfino la tendenziale decomposizione) di uno Stato costituzionale che assume la dignità dell'uomo come suo punto di partenza storico-culturale e che fissa una scala di valori irrinunciabili (in quanto inderogabili) come base di questa dignità e come linea direttrice del proprio sviluppo¹⁰⁸. Risiedendo nel condizionamento finanziario delle politiche redistributive volte a dare attuazione al progetto costituzionale dell'eguaglianza e della giustizia sociale e a garantire l'effettività dei diritti (sociali ma non solo), così, la crisi dello Stato sociale si manifesta non solo come 'crisi fiscale dello Stato'¹⁰⁹ (per come appariva già alcuni decenni addietro) bensì

¹⁰³ RESCIGNO, G.U., "La distribuzione della ricchezza nazionale" e PUGLIESE, E., "Le prestazioni sociali", ambedue in RUOTOLO, M. (a cura di), *La Costituzione ha sessant'anni: la qualità della vita sessant'anni dopo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008; LUCIANI, M., "Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell'Unità nazionale", in *Scritti in onore di Jorge Miranda*, Lisbona, 2012.

¹⁰⁴ KRUGMAN, P., *Il ritorno dell'economia della depressione e la crisi del 2008*, Garzanti, Milano, 2009; STIGLITZ, J.E., *I ruggenti anni Novanta. Lo scandalo della finanza e il futuro della economia*, Einaudi, Torino, 2004; GUARINO, G., "Diritto ed economia. L'Italia, l'Europa, il mondo", in *I quaderni di Economia Italiana*, 2011; ALLEGRI, G., BRONZINI, G., *Sogno europeo o incubo?*, Fazi Editore, Roma, 2014.

¹⁰⁵ GAMBINO, S., "Diritti e cittadinanza, cit.;" BALBONI, E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Napoli, Jovene, 2008; CAMPEDELLI, M., CARROZZA, P. PEPINO, L. (a cura di), *Diritti di welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Il Mulino, Bologna, 2010.

¹⁰⁶ CIOLLI, I., "I diritti sociali al tempo della crisi economica", www.costituzionalismo.it (2012, n. 3); TEGA, D., "I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica", in www.gruppodipisa.it (8-9 giugno 2012); BENVENUTI, M., *Diritti sociali*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche - Aggiornamento*, Utet, Torino, 2012.

¹⁰⁷ BIANCHI P. (a cura di), *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte costituzionale*, Plus, Pisa, 2006; CARNEVALE, P., COLAPIETRO, C., *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2008; ROMBOLI, R., "Qualcosa di nuovo ... anzi di antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge", in CARNEVALE, P., COLAPIETRO, C., *La giustizia costituzionale*, cit.

¹⁰⁸ CARLASSARE, L., "Forma di Stato e diritti fondamentali", *Quad. cost.*, 1/1995; POLITI, F., *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Giappichelli, Torino, 2011; SILVESTRI, G., "Considerazioni sul valore costituzionale della persona", www.aic.it; RUGGERI, A. SPADARO, A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, Pol. dir., 1991.

¹⁰⁹ O'CONNOR, J., *La crisi fiscale dello Stato*, Einaudi, Torino, 1977.

come crisi costituzionale¹¹⁰, come vera e propria crisi democratica. Naturalmente, salvo a coglierla come tale. A fronte di tale condizionamento della discrezionalità legislativa e di bilancio dello Stato (imposta dalle istituzioni nazionali ma soprattutto da quelle europee, quando non si tratta di istituzioni o di organizzazioni internazionali, nella specifica ipotesi di accesso a prestiti internazionali)¹¹¹, infatti, il rischio è che i diritti (e non necessariamente i soli diritti sociali) non potranno più contare sulla disponibilità di risorse pubbliche idonee a sostenere i servizi pubblici attuativi delle corrispondenti funzioni pubbliche dello Stato sociale. Alla crisi fiscale dello Stato farebbe seguito in tal modo la crisi dello stesso Stato sociale e con esso la stessa crisi del costituzionalismo democratico. A fronte di un simile scenario di riduzione delle risorse pubbliche, si determina una limitazione delle prestazioni amministrative erogabili dalle istituzioni statali e territoriali, che comportano in modo inevitabile un impatto limitativo sulla stessa protezione giurisdizionale accordata ai diritti sociali.

È in tale ottica che può dirsi che il più recente indirizzo giurisprudenziale della Corte costituzionale in tema di diritti sociali come ‘diritti condizionati’ (a partire dalle decisioni in tema di diritto alla salute e del relativo condizionamento sulla base delle risorse rese disponibili dallo Stato)¹¹² vede aggiornare/modificare in modo significativo la sua precedente giurisprudenza sulla base di un bilanciamento fra più beni di rango parimenti costituzionali (nel quale ai diritti inviolabili si aggiungono le esigenze costituzionali di equilibrio di bilancio). In tale indirizzo, la Corte si preoccupa comunque di individuare un limite a tale bilanciamento, individuandolo nel ‘nucleo essenziale’ del diritto sociale di volta in volta oggetto dello scrutinio costituzionale, secondo un parametro, quello della dignità umana, che appare tuttavia sufficientemente incerto quanto alla relativa fungibilità come parametro di valutazione nel bilanciamento con altri beni costituzionali, ovvero come bilancia sulla quale produrre il bilanciamento¹¹³.

¹¹⁰ GRASSO, G., “Il costituzionalismo della crisi, cit., p. 89 ss.; GAMBINO, S., NOCITO, W., *Governance europea dell’economia*, cit.

¹¹¹ G. GUARINO, *Cittadini europei e crisi dell’euro*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

¹¹² Sentt. cost. nn. 992/1998, 455/1990, 304/1994, 203/2008, 260/1990, 248/2011. Per un’analisi di questa giurisprudenza, fra gli altri, cfr., almeno, SALAZAR, C., “Crisi economica e diritti fondamentali, cit., p. 8 ss.; BENVENUTI, M., “Diritti sociali”, cit.; ROVAGNATI, A., “La pretesa a prestazioni sanitarie nell’ordinamento costituzionale repubblicano”, in CAVASINO, E., SCALA, G., VERDE, G. (a cura di), *I diritti sociali*, cit.; CAVASINO, E., “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’”, in CAVASINO, E., SCALA, G., VERDE, G. (a cura di), *I diritti sociali*, cit.; A. MANGIA, “I diritti sociali tra esigibilità e provvista finanziaria”, in CAVASINO, E., SCALA, G., VERDE, G. (a cura di), *I diritti sociali*, cit.; MORANA, D., “I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell’effettività”, *www.rivistaaic*, 4/2013; MINNI, F., MORRONE, A., *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *www.rivistaaic*, 3/2013; D. Tega, “Welfare e crisi davanti alla Corte costituzionale”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2/2014; MORRONE, A., “Crisi economica, cit.

¹¹³ I limiti di questo indirizzo giurisprudenziale (sent. cost. n. 304/1994) portano Carmela Salazar a sottolineare, in modo problematico, come “la possibilità della soccombenza dell’equilibrio finanziario si lega all’incisione sul nucleo essenziale del diritto in gioco: concetto sfuggente, questo, di cui la Corte non fornisce i connotati o i criteri di identificazione, scorgendone solo di

In tale quadro non può che risultare compromessa la stessa giustiziabilità dei diritti fondamentali sociali (almeno rispetto alla loro protezione nella situazione antecedente alla positivizzazione costituzionale del novellato art. 81 Cost.), caratterizzandosi – questi ultimi, nel nuovo scenario venutosi a determinare – come situazioni giuridiche finanziariamente condizionate¹¹⁴, e ponendo comunque la Corte costituzionale di fronte al vincolo oggettivo delle risorse disponibili e dei nuovi vincoli della finanza pubblica ora positivizzati (e rafforzati) nelle recenti novelle costituzionali. Tali nuove previsioni costituzionali limitano – ancora di più rispetto a quanto non accadesse in passato – l’eventuale adozione di sentenze additive¹¹⁵, divenute oramai tecniche decisorie che, pur se utilizzate (in modo sempre più raro) dal nostro Giudice costituzionale, non sono impiegate in tema di diritti sociali¹¹⁶.

Se la dottrina costituzionale – a partire dalla storica sentenza n. 1/1956 della Corte costituzionale – non pare esprimere grandi incertezze circa la natura precettiva dei diritti costituzionali sociali e, pertanto, circa la loro diretta azionabilità quali situazioni giuridiche costituzionalmente garantite¹¹⁷ e la relativa tutelabilità anche a fronte di vincoli economici, la Corte costituzionale afferma la fundamentalità della garanzia dei diritti quale connotato indefettibile della forma

volta in volta, dinanzi al singolo caso, i contenuti e la linea di confine che ne presidia l’intangibilità. In linea di massima, si può dire che il *limes* coincide con la soglia al di sotto della quale «la programmazione politica e la gestione amministrativa dei diritti non possono scendere senza scivolare nella patologia costituzionale», restando in astratto possibile che la concretizzazione del diritto si innalzi, a partire da tale livello, sino a dove il legislatore reputi possibile spingersi. Ma questo contrafforte a salvaguardia dell’essenza dei diritti sembra in realtà inafferrabile come l’immagine di una fata morgana, non potendo nemmeno dirsi coincidente con i “livelli essenziali delle prestazioni” dell’art. 7, c. 2, lett. m), Cost., che mette in luce come tale coincidenza possa aversi, semmai, in casi particolari, come ad esempio durante i periodi di grave recessione” (SALAZAR, C., *Crisi economica*, cit., p. 8).

¹¹⁴ D’ALOIA, A., “Storie ‘costituzionali’ dei diritti sociali”, in *Scritti in onore di M. Scudiero*, Jovene, Napoli, 2008; SPADARO, A., “I diritti sociali di fronte alla crisi, cit.; C. SALAZAR, “I diritti sociali nella Carta dei diritti, cit.; C. PANZERA, “I livelli essenziali delle prestazioni, cit.; GAMBINO, S., “I diritti sociali fra costituzioni nazionali e costituzionalismo europeo”, in *www.federalismi.it*, 24/2012; GIORGIS, A., *La costituzionalizzazione dei diritti all’uguaglianza sostanziale*, Napoli, Jovene, 1999; PEZZINI, B., *La decisione sui diritti sociali*, Giuffrè, Milano, 2001; ANGELINI, F., BENVENUTI, M. (a cura di), *Il diritto costituzionale*, cit.; Bifulco, D., *L’inviolabilità dei diritti sociali*, cit.

¹¹⁵ LAVAGNA, C., “Sulle sentenze additive della Corte costituzionale”, in *Ricerche sul sistema normativo*, Giuffrè, Milano, 1984; GUARINO, G., “Le sentenze costituzionali manipolative”, in *Diritto e giurisprudenza*, 1967; ELIA, L., “Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre ‘81-luglio ‘85)”, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985, pp. 299-321; COLAPIETRO, C., *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pacini, Pisa, 1991; POLITI, F., “L’applicazione delle additive di principio da parte dei giudici comuni e l’efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità” e LAMARQUE, E., “Il “seguito” delle sentenze manipolative della Corte costituzionale presso i giudici comuni”, ambedue in AA.VV., *Effettività” e “seguito” delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, pp. 181-197 e pp. 87-106.

¹¹⁶ ROMBOLI, R., “Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale”, in ID. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 124.

¹¹⁷ GIORGIS, A., “La costituzionalizzazione dei diritti, cit.; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti*, cit.

di stato sociale e democratico¹¹⁸. A sostegno di tale orientamento, la Corte si fonda su un'interpretazione sistematica delle singole disposizioni costituzionali di protezione dei diritti in combinato disposto con il principio di uguaglianza (formale ma anche sostanziale) e con il principio di dignità sociale¹¹⁹. Seguendo un simile indirizzo, la Corte si fonda su un orientamento giurisprudenziale nel quale non si mostra avara nel valutare con favore gradualità dell'attuazione legislativa e discrezionalità del legislatore. Nell'argomentazione del Giudice delle leggi, in ogni caso, non manca quella consapevolezza circa la natura strutturale della "perdurante crisi dei diritti sociali previsti in Costituzione"¹²⁰, non disgiunta dal convincimento di una parte della dottrina che si sia andati troppo in là nella entità delle spese e "in quella degli apparati di governo preposti alla loro erogazione"¹²¹. Soprattutto in ragione delle censure politiche nei confronti del 'costo' generato da alcune sue sentenze, in un simile scenario, si fa strada, infatti, quell'atteggiamento dottrinario (e culturale) nel quale si fa valere come la Corte non possa rimanere "insensibile al grido di dolore della finanza pubblica" e alle stringenti previsioni dell'art. 81 Cost., facendosi pienamente carico il suo iter argomentativo delle esigenze di un "necessario risanamento dell'economia"¹²² e "delle imprescindibili e improrogabili esigenze di risanamento della finanza pubblica, la quale costituisce un valore costituzionalmente tutelato e incide notevolmente sull'ordinata convivenza sociale"¹²³. La copertura finanziaria, in tale orientamento giurisprudenziale, così, diviene "una garanzia globale, a tutela com'è di tutti i principi, di tutti i valori, di tutte le norme costituzionali, perché se salta tale copertura, va in crisi l'intero sistema, con il baratro del dissesto di bilancio che finirebbe per travolgere tutto"¹²⁴.

¹¹⁸ BALDASSARRE, A., "Diritti sociali, cit.; COLAPIETRO, C., *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Cedam, Padova, 1996; M. BENVENUTI, "Diritti sociali, cit., p. 261 ss.

¹¹⁹ SPADARO, A., "Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)", in ANGIOLINI, V. (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992; ID., "'Nucleo duro' costituzionale e 'teoria dei doveri': prime considerazioni", in STAIANO, S. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2006; HÄBERLE, P., "I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo", in LUCIANI, M. (a cura di), *La democrazia alla fine del secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1994; ROLLA, G., "Il principio della dignità umana. Dall'art. 10 della Costituzione spagnola al nuovo costituzionalismo iberoamericano", in FERNÁNDEZ SEGADO, F. (ed.), *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*, Dykinson, Madrid, 2003.

¹²⁰ ELIA, L. "La giustizia costituzionale nel 1984", in *www.cortecostituzionale.it*, 24/1985.

¹²¹ AMATO, G., *Democrazia e redistribuzione*, Il Mulino, Bologna, 1983, p. 7 ss.

¹²² SAJA, F., "La giustizia costituzionale nel 1988", *www.cortecostituzionale.it* (21/1989). Sull'evoluzione giurisprudenziale più recente, fra gli altri, cfr., ALLEGRETTI, U., "Controllo finanziario e Corte dei conti: dall'unificazione nazionale alle attuali prospettive", *www.rivistaaic*, 1/2013; MORGANTE, D., "Controlli della Corte dei conti e controlli regionali: autonomia e distinzione nella sentenza della Corte costituzionale n. 60/2013", *www.federalismi.it.*; GAMBINO, S., "Controlli e autonomie territoriali fra (potenziamento delle funzioni della) Corte dei conti, legislazione (di riequilibrio finanziario) e giurisprudenza costituzionale", in *www.federalismi.it*, 17/2013.

¹²³ Sent. cost. n. 406/1989.

¹²⁴ CONSO, G., "Intervento", in CATTARINO, G. (a cura di), *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c. della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 6.

Negli esiti di questo indirizzo giurisprudenziale, invero, non mancano incertezze a fronte della crisi economica e dell'esigenza di salvaguardare l'equilibrio della finanza pubblica¹²⁵. In sostanza, lo sforzo della Corte è nel senso di farsi carico dei vincoli di bilancio ma senza mai ridimensionare le esigenze poste dal principio di eguaglianza, che non può ammettere bilanciamenti impari, per come lo stesso Giudice delle leggi sottolinea nella sua costante giurisprudenza. La convinzione della Corte, in breve, è quella secondo cui, se pure la discrezionalità del legislatore deve risultare idonea ad affrontare l'eccezionalità della situazione economica in cui versano le casse dello Stato, "tuttavia, è compito dello Stato garantire, anche in queste condizioni, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, il quale certo non è indifferente alla realtà economica e finanziaria ma, con altrettanta certezza, non può consentire deroghe al principio di uguaglianza, sul quale è fondato l'ordinamento costituzionale"¹²⁶; un principio – quest'ultimo – idoneo, nella lettura che ne fa il Giudice della legge, a derogare alla stessa distribuzione costituzionale delle competenze, come si evince, da ultimo, nelle motivazioni della sentenza sulla social card, nella quale la Corte argomenta il potere/dovere di derogare alla stessa competenza esclusiva/residuale delle regioni al fine di assicurare la protezione di beni costituzionali indefettibili quale il rispetto della persona umana in difficoltà e la sua dignità mediante l'esercizio di un potere statale diretto¹²⁷.

Tale rischio appare ancora più evidente (sia in Italia che negli altri ordinamenti europei, i quali, con l'adozione del fiscal compact, si sono conformati alle stringenti previsioni delle istituzioni comunitarie in materia di equilibrio-pareggio di bilancio) quando si rifletta sull'attuazione delle recenti previsioni accolte nel novellato art. 81 Cost., che rinvia (nel c. 6) alla legge (rinforzata) il compito di disciplinare, per il complesso delle amministrazioni pubbliche, le modalità da seguirsi da parte dello Stato nelle fasi avverse del ciclo economico al fine di poter concorrere "ad assicurare il finanziamento da parte degli altri livelli di governo dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali"¹²⁸. Una previsione – quest'ultima – che sembrerebbe potersi perfino leggere come una dichiarazione di impotenza (se non perfino di rinuncia) dello Stato a farsi carico delle obbligazioni giuridiche poste

¹²⁵ BALDASSARRE, A., *Diritti sociali*, cit.; COLAPIETRO, C., *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Cedam, Padova, 1996; BENVENUTI, M., "Diritti sociali, cit., p. 261 ss.; SALAZAR, C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, cit., p. 127; GIORGIS, A., "La costituzionalizzazione dei diritti, cit., p. 175 ss.; RUGGERI, A., "La Corte costituzionale davanti alla politica (nota minima su una questione controversa, rivista attraverso taluni frammenti della giurisprudenza in tema di fonti)", in *Percorsi costituzionali*, 2-3/2010; MESSINEO, D., *Garanzia del contenuto essenziale e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Simple, Macerata, 2010.

¹²⁶ Sent. cost. n. 223/2012.

¹²⁷ Sent. cost. n. 10/2010. Su cui cfr. anche RUGGERI, A., "La Corte costituzionale davanti alla politica, cit.

¹²⁸ DICKMANN, R., "Brevi considerazioni sulla natura rinforzata della legge 24 dicembre 2012, n. 243, di attuazione del principio costituzionale del pareggio dei bilanci pubblici", *www.federalismi.it* (6/2013); BERGO, M., "Pareggio di bilancio 'all'italiana'. Qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n. 243, attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi", *www.federalismi.it*, 6/2013.

dalla garanzia di effettività dei diritti fondamentali (lettura – quest’ultima – che, naturalmente, sarebbe da considerare inammissibile).

La lunga esperienza delle costituzioni del '900, iniziata con la riappropriazione dell'economico da parte del politico, sembra chiudersi, così, sulla scia di uno Stato sempre meno sovrano, sempre più spettatore inerme e cassa di risonanza dei grandi processi economici e decisionali, che si snodano al di là dei suoi confini geopolitici e che gli sfuggono con il loro dinamismo, sovrastandolo con la loro portata e rendendo incerti i suoi processi decisionali. Nato per governare l'economia, insomma, lo Stato sociale finisce per piegarsi alle sue esigenze, alle sue tendenze, alle sue forze; forze che si sommano e si fertilizzano, determinando la crisi dello Stato sovrano e, con esso, anche il (rischio di) disfacimento del mondo democratico, delle sue istituzioni, delle sue leggi. Alla affermazione del processo di mondializzazione dei processi economici, infatti, corrisponde una crisi della sovranità degli Stati contemporanei surrogata dalla crescente centralità del mercato e del contratto come categorie paradigmatiche di un nuovo costituzionalismo 'conservatore', che si presentano come tali da fondare nuove interpretazioni delle clausole costituzionali e delle stesse disposizioni che erano state poste a fondamento dello Stato sociale nelle costituzioni europee del secondo dopoguerra. La latitudine della crisi in cui si dibatte lo Stato contemporaneo come Stato costituzionale (sociale, democratico, di diritto) spinge, così, a ripensare i topoi classici del costituzionalismo, ossia i limiti imposti costituzionalmente ai poteri a tutela dei diritti fondamentali (e in tale ottica a ripensare anche agli stessi limiti del costituzionalismo sganciato dai suoi luoghi classici, vale a dire del costituzionalismo disgiunto dalla statualità, limiti particolarmente evidenti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di costituzionalismo multilivello, nonché in materia di livelli di protezione di diritti fondamentali sociali, soprattutto in ambito gius-lavoristico¹²⁹, ma evidenti anche nella giurisprudenza in materia processual-penalistica¹³⁰ e, se possibile in modo ancora più netto, nelle motivazioni critiche opposte all'adesione dell'Unione alla CEDU (ai sensi dell'art. 6.2 del T.U.E.) da parte della CGUE nel suo (lungo) parere n. 2/2013¹³¹.

La crisi della sovranità, la decadenza del Welfare, la *débaçle* del *Parteienstaat*, in breve, hanno alterato profondamente i tratti di questa forma di Stato e di questa democrazia con ovvie ed evidenti conseguenze per il positivo

¹²⁹ GAMBINO, S., "Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria", *Quaderni costituzionali*, n. 3/2012; ID., "Diritti sociali e libertà economiche nelle costituzioni nazionali e nel diritto europeo", in RUGGERI, A. (a cura di), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive*, in corso di pubblicazione; GUASTAFERRO, B., "Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e 'controlimiti europeizzati'", *Quad. cost.*, n. 1/2012.

¹³⁰ Come testimonia il caso Melloni, su cui, cfr. IACOMETTI, M., "Il caso Melloni e la interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo", in *www.osservatorioAIC*, 2013; GAMBINO, S., *Livello di protezione dei diritti fondamentali*, cit.

¹³¹ Parere emesso dalla CGUE (Seduta plenaria, 18 dicembre 2014), ai sensi dell'art. 218.11 TFUE, su cui cfr. ROSSI, L.S., "Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU. Scontro fra Corti?", in *www.sidi-isil.org*

perseguimento delle finalità statali, per il reale funzionamento delle istituzioni, per la garanzia delle libertà individuali e collettive, in breve, per l'effettività delle funzioni (garantistiche, regolative e redistributive) dello Stato costituzionale. La crisi della statualità contemporanea, così, si presenta come qualcosa di più e di diverso di un momento di difficoltà dello Stato analogo a quello di cui parlava Santi Romano all'inizio del secolo scorso, in quanto pone in gioco aspetti della civiltà e della cultura considerati a lungo come un patrimonio definitivamente acquisito, un acquis storico-costituzionale assistito perfino dalla qualificazione di 'clausola di eternità', secondo la qualificazione di autorevole dottrina¹³². La crisi della statualità, in altri termini, ha infranto e (tuttora) inficia la storica pretesa di limitare il potere attraverso il diritto, riaprendo, con la evanescenza dei diritti sociali (ma non solo), vecchie questioni di libertà e nuovi problemi di democrazia. Questo cambiamento strutturale dello Stato tende insomma a creare una 'costituzione materiale' (sempre più) distante da quella formale e a trasformare quest'ultima in un "ordinamento parziale", in una rete che imbriglia solo una parte dei poteri e delle tendenze che determinano il reale funzionamento dello Stato e il concreto rendimento del sistema democratico¹³³.

La crisi dello Stato sociale risiede, in breve, nel condizionamento finanziario esterno delle politiche pubbliche redistributive chiamate a dare attuazione al progetto costituzionale dell'eguaglianza e della giustizia sociale; beni costituzionali – questi ultimi – che non costituiscono concessioni octroyées (di un astratto Stato provvidenza) ma obbligazioni giuridiche (positivizzate nella Costituzione repubblicana). A fronte di tale condizionamento della discrezionalità legislativa e di bilancio dello Stato, imposta (o auto-imposta) dalle istituzioni europee, il rischio evidente, dunque, è che i diritti sociali non disporranno di risorse pubbliche idonee a sostenere i corrispondenti servizi pubblici attuativi delle funzioni pubbliche.

A fronte di un simile scenario di riduzione delle risorse pubbliche disponibili, così, risulta compromessa la stessa giustiziabilità dei diritti fondamentali (sociali e non). Tale rischio appare ancora più evidente quando si rifletta all'attuazione delle (discutibili) previsioni accolte nel novellato art. 81, c. 6, Cost., che rinvia alla legge il compito di disciplinare, per il complesso delle amministrazioni pubbliche, le modalità che, nelle fasi avverse del ciclo economico, lo Stato deve seguire per concorrere "ad assicurare il finanziamento da parte degli altri livelli di governo dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali"¹³⁴.

¹³² DOGLIANI, M., *Clausole di eternità e revisione totale nel pensiero di Peter Häberle*, in GAMBINO, S., D'IGNAZIO, G. (a cura di), *Le revisione costituzionale e i suoi limiti*, Milano, Giuffrè, 2007; A.A. Cervati, "La revisione costituzionale", in AA.VV., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Istituto Enciclopedia Treccani, Roma, 1997.

¹³³ ZAGREBELSKY, G., PORTINARO, P.P., LUTHER, J. (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996.

¹³⁴ Parte della dottrina si dimostra meno pessimistica sulla possibilità di praticare politiche pubbliche fondate sull'indebitamento, alla condizione della previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, e ogni qualvolta tale forma di finanziamento si configuri come necessaria per reagire alle fasi avverse del ciclo economico, per far fronte ad eventi eccezionali o per concorrere ad assicurare i livelli essenziali delle prestazioni e

Un simile condizionamento impatta negativamente sulla stessa esigibilità dei diritti fondamentali, trasformandoli in diritti ‘finanziariamente’ condizionati e scaricando (soprattutto) sui giudici di ultima istanza (Corte costituzionale, Corte di cassazione, Corte di Giustizia dell’Unione Europea ma anche Corte europea dei diritti dell’uomo) la decisione sul bilanciamento fra sostenibilità finanziaria ed effettività del godimento del diritto sociale¹³⁵. Il rischio evidente, in tale prospettiva, non è tanto la riscrittura di un ‘modello sociale europeo’¹³⁶ – mai effettivamente costruito e praticato – quanto piuttosto l’impatto svalutativo del rigorismo europeo sul welfare nazionale e sull’insieme dei diritti sociali. In tale quadro, già inveratosi in alcuni Paesi europei, il diritto alla salute e all’assistenza sociale, il diritto all’istruzione, i diritti previdenziali e i diritti del lavoro (pubblico e privato) registrano evidenti regressioni costituzionali nella misura in cui il rigore delle politiche di bilancio limita in modo rilevante la spesa delle amministrazioni (e l’effettività dei diritti sociali in termini di soddisfazione dei ‘bisogni essenziali’¹³⁷; ciò, invero, risulta particolarmente osservabile in particolare nei Paesi europei appartenenti all’area geografica più debole del continente europeo. Alla luce del complesso delle richiamate misure di coordinamento fiscale europeo (*in primis* del *Fiscal Compact*), la crescita della disuguaglianza riguarda così non solo gli Stati ma i cittadini europei, con effetti sia sull’eguaglianza interpersonale che su quella interterritoriale.

Ai mutamenti nella costituzione economica e al rischio di una cesura (nella forma di Stato) e di un’asimmetria fra costituzione formale e costituzione materiale, fra norma costituzionale e prassi legislativa, concorrono, infatti, su un distinto livello, le attuali regressioni costituzionali in particolare nel campo del diritto e dei diritti del lavoratore e dei rapporti fra impresa, lavoratori e rappresentanze sindacali e datoriali che, alla luce delle più recenti legislazioni nazionali e delle più recenti evoluzioni giurisprudenziali della Corte di giustizia dell’Unione europea, risultano sollevare più di un dubbio sulla vera natura del *multilevel constitutionalism*¹³⁸.

delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali. Così, fra gli altri, MORRONE, A. (“Pareggio di bilancio e Stato costituzionale”, in *Lavoro e diritto*, 3/2013), secondo il quale: “L’introduzione dell’equilibrio di bilancio, come negli altri Paesi, è compatibile con politiche di *deficit spending*, anche se l’indebitamento è sottoposto ora a limiti (non rigidi), relativi a presupposti (distinguendosi tra effetti del ciclo economico e eventi eccezionali), soggetti (governo, parlamento e istituzioni europee), e procedimenti (deliberativi e di controllo), che incrociano scelte politiche e norme giuridiche di dimensione internazionale, europea e nazionale”.

¹³⁵ SALAZAR, C., “Crisi economica, cit.”; TEGA, D., “I diritti sociali, cit.”; TRUCCO, L., “Livelli essenziali, cit.”; GUAZZAROTTI, A., “Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali, cit.”

¹³⁶ MANCINI, F., “L’incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri”, *RDE*, 3/1989. Sul punto cfr. anche GAMBINO, S., “I diritti sociali e l’Unione Europea”, *La cittadinanza europea*, 1-2/2008.

¹³⁷ SALAZAR, C., “Crisi economica, cit.”; SPADARO, A., “I diritti sociali, cit.”; RUGGERI, A., “Crisi economica, cit.”

¹³⁸ CARUSO, B., FONTANA, G., “Lavoro e diritti sociali, cit.”; Caruso, B., “I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)”, WP CSDLE “M. D’Antona”. IT n. 81, 2010.

Con riguardo alla giurisprudenza europea da ultimo richiamata, i problemi, infatti, si pongono sia sul piano interno che quello europeo, atteso che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, ora incorporata nei 'nuovi' trattati, pur garantendo una protezione multilevel dei diritti (art. 53), non conforma uno standard europeo di garanzie nel campo dei rapporti di lavoro, con i relativi bilanciamenti¹³⁹, che risulti comunque chiaro e rispettoso delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'Unione. Permane anzi e s'ispessisce l'interrogativo se si possa o meno riconoscere alla sola Corte di Giustizia dell'Unione l'interpretazione in ultima istanza delle garanzie previste nei trattati europei e nelle costituzioni nazionali, relativamente al bilanciamento fra libertà economiche positivizzate nel diritto dell'Unione e diritti economici garantiti nelle costituzioni nazionali¹⁴⁰. L'asimmetria osservabile nella più recente giurisprudenza del Giudice dell'Unione con riguardo al parametro utilizzato e soprattutto agli esiti dei bilanciamenti operati nella garanzia dei diritti fondamentali sociali (dei lavoratori e dei datori di lavoro) fra livelli costituzionali nazionali e Unione europea, richiama in modo inevitabile, in tal modo, l'attenzione della dottrina costituzionale sui limiti necessari da opporre ad una (pretesa) primauté generalizzata (che diviene sempre più determinata) del diritto dell'Unione sul diritto costituzionale nazionale delle libertà e dei diritti per come garantiti nelle costituzioni nazionali¹⁴¹.

¹³⁹ GIUBBONI, S., *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003; SALAZAR, C., "I diritti sociali nella Carta, cit.;" ZAGREBELSKY, G., *Diritti e Costituzione*, cit.;" BRONZINI, G., *Il modello sociale europeo*, in BASSANINI, F., TIBERI, G., *Le nuove istituzioni europee*, cit.

¹⁴⁰ Si richiama in tale ottica una giurisprudenza della Corte di Giustizia pluriannotata nella dottrina interna ed europea: Viking (causa C-438/05, 11 dicembre 2007), Laval (causa C-341/05, del 18 dicembre 2007), Rüffert (causa C-346/06, 3 aprile), e Commissione c/ Lussemburgo (causa C-319/06, del 19 giugno 2008). Per un convincente commento con approccio critico cfr. AZZARITI, G., "Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, carta dei diritti e Corte di giustizia dell'Unione europea", in SALVI, C. (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Giappichelli, Torino, 2012.

¹⁴¹ GAMBINO, S., "Ambiti e limiti della tutela multilevel dei diritti fondamentali in alcuni recenti indirizzi della CGUE", *La cittadinanza europea*, 1/2015. Per una bibliografia essenziale sui rapporti fra libertà economiche a livello di Unione europea e diritti economici fondamentali nel costituzionalismo interno, fra gli altri, cfr., in particolare, GIUBBONI, S., "Dopo Viking, Laval e Rüffert: in cerca di un nuovo equilibrio fra i diritti sociali e mercato", in ANDREONI, A., VENEZIANI, B. (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Rüffert e Lussemburgo*, Ediesse, Roma, 2009, p. 123); ORLANDINI, G. "Autonomia collettiva e libertà economiche nell'ordinamento europeo: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza", *GDL*, 2008, p. 281; FONTANA, G., *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT - 104/2014); CARUSO, B., "Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?", in AA.VV., *Libertà economiche e diritti sociali*, cit., p. 111; FONTANA, G., *La libertà sindacale in Italia e in Europa*", *Rassegna di diritto pubblico*, 2/2010, pp. 171-172; ID., "Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa", www.forumcostituzionale.it (30 giugno 2014); LUCIANI, M., "Diritti sociali e integrazione europea", *Pol. del dir.*, 3/2000; LO FARO, A., "Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione", *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2010; CARABELLI, U., *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009, p. 156.

La prospettiva complessiva cui sembra orientato un simile approccio giurisprudenziale pare perfino potersi cogliere come (rischio di) svuotamento delle libertà e dei diritti economici costituzionalmente positivizzati, atteso che gli stessi evidenziano, in questa lettura giurisprudenziale, un minore tasso di resistenza nei confronti della vis espansiva delle libertà economiche sancite dal diritto dell'Unione. Un simile indirizzo giurisprudenziale del Giudice dell'Unione rileva problematicamente anche nell'ottica degli effetti nel tempo e nello spazio di una simile interpretazione del diritto dell'Unione in generale e ora (con il Trattato di Lisbona) dello stesso art. 4.2 del T.U.E. (sulle identità nazionali politiche e costituzionali), nella misura in cui l'interpretazione dei trattati così effettuata da parte della Corte dell'Unione non può non condizionare gli stessi giudici nazionali al momento della valutazione della "legittimità di un'azione collettiva alla luce del diritto comunitario"¹⁴², trasferendo in tal modo un approccio ermeneutico fondato sui trattati alla dinamica interpretativa della stessa giurisprudenza dei giudici nazionali e delle stesse corti costituzionali al momento di operare bilanciamenti fra libertà di azione collettiva e libertà di circolazione. Quest'ultima, invero, potrà/potrebbe costituire l'occasione opportuna al fine di poter comprendere il grado di definitività (o meno) della compenetrazione (in assenza di idonee procedure costituenti alla base del diritto costituzionale comune dell'Unione) fra ordinamento dell'Unione e ordinamento costituzionale interno per quanto concerne quella risalente (e formalmente non mutata) dottrina della Corte costituzionale (sui 'controlimiti') volta a proteggere i principi e le disposizioni costituzionali nazionali in tema di diritti fondamentali¹⁴³.

Da una lettura complessiva delle richiamate sentenze del Giudice dell'Unione, allo stato – e nell'auspicio di un revirement di un simile indirizzo giurisprudenziale – pare dunque potersi desumere una visione nel complesso individualista, se non espressamente mercantile, dei diritti fondamentali, con la costruzione di una gerarchia di diritti capovolta rispetto agli ordinamenti costituzionali dei Paesi membri dell'Unione, effetto dell'arbitrario bilanciamento, al cui apice sono poste le libertà economiche e in cui i diritti sociali occupano una posizione del tutto recessiva¹⁴⁴. Se ci limitiamo all'ordinamento italiano, non può che sottolinearsi la distanza se non siderale, come si sarebbe detto fino ad un recente passato, almeno rilevante, tra il grado di positivizzazione di cui beneficiano tali diritti nell'ordinamento interno e quello loro offerto dal diritto dell'Unione, riconoscendosi in tal modo alle corti il ruolo del bilanciamento e dell'integrazione fra ordinamenti secondo il livello di protezione più elevato. Gli esiti di una simile integrazione affidata al 'dialogo fra le corti' non sempre, tuttavia, approda ad esiti appaganti rispetto alle pretese costituzionalmente garantite. Mentre la C.G.U.E., ad esempio, ha interpretato il diritto di sciopero in senso restrittivo, sancendone la necessaria conformazione alle finalità e alle

¹⁴² BALLESTRERO, M.V., "Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia 'bilancia' il diritto di sciopero", *Lavoro e diritto*, 2/2008, p. 372, p. 388; ID., *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 55/2007.

¹⁴³ GAMBINO, S., *Diritti fondamentali e Unione europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Giuffrè, Milano, 2009.

¹⁴⁴ FONTANA, G., "Crisi economica, cit.;" GIUBBONI, S., "Dopo Viking, Laval e Rüffert, cit.

disposizioni del diritto dell'Unione (soprattutto in tema di diritto di mercato interno, di libera circolazione delle merci, di libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali e fra questi ultimi del diritto di stabilimento), la Corte costituzionale, nella sua interpretazione dell'art. 40 della Costituzione, ha affermato che il diritto al conflitto non è fine a se stesso ma è strumentale al perseguimento di una crescita sociale volta a dare pieno contenuto al principio costituzionale dell'eguaglianza sostanziale. Nel pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 503 del codice penale in riferimento agli artt. 3 e 40 della Costituzione, il Giudice delle leggi italiano¹⁴⁵ ne censura l'illegittimità costituzionale nella parte in cui la disposizione punisce anche lo sciopero politico che non sia diretto a sovvertire l'ordinamento costituzionale ovvero ad impedire od ostacolare il libero esercizio dei poteri legittimi nei quali si esprime la sovranità popolare, sottolineandosi, in particolare, che "ammettere che lo sciopero possa avere il fine di richiedere l'emanazione di atti politici non significa affatto incidere sulle competenze costituzionali rendendone partecipi i sindacati, né significa dare ai lavoratori una posizione privilegiata rispetto agli altri cittadini. Significa soltanto ribadire quanto dalla Costituzione già risulta: esser cioè lo sciopero un mezzo che, necessariamente valutato nel quadro di tutti gli strumenti di pressione usati dai vari gruppi sociali, è idoneo a favorire il perseguimento dei fini di cui al secondo comma dell'art. 3 della Costituzione"¹⁴⁶. Anche alla luce di tale giurisprudenza, risulta ben chiara la diversa relazione (e le relative distanze) osservabili nei contenuti e nella protezione del diritto di sciopero a livello costituzionale e a livello del diritto dell'Unione. Osservazioni analoghe, con riguardo alle sentenze prima richiamate, devono farsi per la protezione della contrattazione collettiva secondo gli standard di protezione più elevati che siano previsti fra disposizioni costituzionali nazionali, disposizioni convenzionali e disposizioni internazionali, secondo il dettato (comune) dell'art. 53 della Carta dei diritti e della C.E.D.U.

Come sappiamo, la via seguita dai giudici dell'Unione è stata un'altra, sottolineando, in tal modo, la persistenza di problematiche nell'asimmetria (per quanto qui rileva) fra le diverse disposizioni di tutela delle libertà economiche e dell'autonomia collettiva a livello dell'Unione e negli ordinamenti nazionali e con essa la stessa insoddisfazione delle letture che ne ha fatto fin qui la CGUE anche rispetto a quel generoso sforzo teorico che da tempo ne sta facendo un'attenta dottrina quando individua il parametro del processo di integrazione europea nella costruzione di un ordinamento sovranazionale (che non può essere altro che) intercostituzionale¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Sent. cost. n. 290/1974.

¹⁴⁶ Sent. cost., n. 290/1974, cons. dir. 3.

¹⁴⁷ In tale approccio teorico cfr. RUGGERI, A., "Rapporti tra Corte Costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e 'controlimiti' mobili, a garanzia dei diritti fondamentali", *www.rivistaaic*, 1/2011.