



Università degli Studi di Firenze

**DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO COMPARATO**

CICLO XXV

COORDINATORE Prof. ssa Vittoria Barsotti

**La tutela e la promozione dei diritti sociali.
Decentramento, uguaglianza e differenziazione
in Italia e in Spagna.**

Settore Scientifico Disciplinare IUS/02

Dottoranda

Dott. ssa Sara Cocchi

Tutor

Prof. Alessandro Simoni

Anni 2010/2012

INDICE

PRESENTAZIONE	6
----------------------------	----------

PARTE I

I DIRITTI SOCIALI NELL'EUROPA CONTINENTALE.

LA COMPLICATA AFFERMAZIONE DI UNA CATEGORIA CONTROVERSA.

CAPITOLO I - IL PERCORSO DEI DIRITTI SOCIALI NELL'EUROPA DI CIVIL LAW TRA OTTOCENTO E NOVECENTO	11
1. I diritti individuali nello Stato liberale	12
1.1. La costruzione rivoluzionaria dei diritti di libertà fra individualismo e contrattualismo. Individuo, libertà e proprietà	12
1.2. Lo statualismo di area germanica e la dottrina dello Stato-persona. Tutti i diritti nello Stato e con lo Stato.	14
1.3. Lo Stato liberale, il processo di “positivizzazione” dei diritti individuali e il principio di uguaglianza formale.	17
1.4. Verso il XX secolo: l'inadeguatezza del modello liberale e i primi esempi di “legislazione sociale”	20
1.4.1. <i>I diritti politici come proiezione dei diritti civili</i>	21
1.4.2. <i>Lo Stato liberale e la “questione sociale”: una panoramica</i>	22
1.4.2.1. <i>Il disimpegno dello Stato nella prima metà del XIX secolo</i>	22
1.4.2.2. <i>Le trasformazioni di fine secolo e le prime risposte alla “questione sociale”</i>	24
1.4.2.3. <i>Bismarck e la nascita e del “wohlfahrtstaat”: tentativo estremo di difesa o prima breccia nelle certezze liberali?</i>	26
2. Il Novecento: i diritti sociali in cammino	29
2.1. L'atto di nascita dei diritti sociali: la Costituzione della Repubblica di Weimar.	30
2.1.1. <i>Promesse</i>	30
2.1.2. <i>...mancate</i>	32
2.2. I diritti sociali alla metà del Novecento, fra vecchi timori e nuove prospettive interpretative.	34
2.2.1. <i>Individuo, libertà e uguaglianza all'indomani della Seconda Guerra Mondiale</i>	34
2.2.2. <i>Sir William Beveridge e il modello di welfare universalistico</i>	38
2.2.3. <i>Tre esempi dal panorama costituzionale europeo del secondo dopoguerra</i>	42
2.2.4. <i>Gioco di specchi: il dibattito internazionale sui diritti sociali</i>	44
2.2.5. <i>Interpretare una nuova categoria</i>	47
2.3. Contenuto e caratteristiche dei diritti sociali: tentativo di una definizione in positivo	53
2.4. Ascesa e declino del <i>welfare state</i> : ripensare anche i diritti sociali?	58

CAPITOLO II - CAMERA CON VISTA: LA “COSTITUZIONALIZZAZIONE” DEI DIRITTI SOCIALI IN PROSPETTIVA EUROPEA.	64
1. Il Consiglio d’Europa e la protezione dei diritti sociali.	64
1.1. Persistenza di una dicotomia: la Carta Sociale Europea.	64
1.2. I riflessi della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo sulla protezione dei diritti sociali.	68
1.3. Sviluppi recenti e prospettive future.	72
2. Lavori in corso: Unione Europea e diritti sociali (cenni).	76
2.1. I diritti sociali nei trattati dell’Unione Europea da Roma ad Amsterdam.	76
2.2. La Carta di Nizza e il Trattato di Lisbona: quale posto per i diritti sociali?	82

PARTE II

TUTELA E PROMOZIONE DEI DIRITTI SOCIALI IN ITALIA E IN SPAGNA. DUE MODELLI COSTITUZIONALI A CONFRONTO.

CAPITOLO I – IL “CONTENUTO SOCIALE” DELLA COSTITUZIONE ITALIANA.	89
1. L’elaborazione dei diritti sociali nell’Assemblea Costituente: spunti di riflessione.	90
1.1. Premessa.	90
1.2. I diritti sociali nei lavori dell’Assemblea Costituente.	92
1.2.1. <i>Il dibattito e i suoi protagonisti.</i>	92
1.2.2. <i>Qualche anticipazione e prime conclusioni.</i>	96
1.3. Descrizione dei diritti sociali nella Costituzione italiana.	98
2. Le principali tappe del percorso interpretativo italiano.	101
2.1. La diffidenza iniziale e il tentativo di superarla.	101
2.2. Il rovescio della medaglia: la scoperta della dimensione soggettiva dei diritti sociali.	105
2.2.1. <i>Dimensione soggettiva e preoccupazioni finanziarie. La sentenza Corte Cost. 1 febbraio 1967, n. 7: una sentenza esemplificativa.</i>	108
2.3. L’omissione del legislatore e il carattere condizionato dei diritti sociali.	111
2.3.1. <i>Le sentenze “additive di prestazione” e il giudizio di ragionevolezza sulla corretta applicazione del principio di uguaglianza ai diritti sociali a prestazioni.</i>	111
2.3.2. <i>Il (relativo) declino delle additive di prestazione e la ricerca di nuovi equilibri...</i>	115
a) <i>...attraverso nuove tipologie di pronunce...</i>	115
b) <i>...e attraverso l’approfondimento della dimensione soggettiva dei diritti sociali: l’individuazione di un “nucleo minimo essenziale”.</i>	119
2.4. La consapevolezza della complessità. Tentativi di classificazione alla ricerca del fondamento costituzionale dei diritti sociali.	122
3. La dinamica Stato-Regioni e la garanzia dei diritti sociali.	128
3.1. La clausola sui “livelli essenziali delle prestazioni”.	128
3.1.1. <i>Alla ricerca dell’equilibrio tra uguaglianza e differenziazione. Considerazioni preliminari.</i>	128
3.1.2. <i>L’“essenzialità” dei “livelli”. L’art. 117.2 lett. m come “materia-non materia”.</i>	132

3.1.3. <i>L'esercizio della competenza sui livelli essenziali delle prestazioni: fonti, contenuti e procedura.</i>	137
3.1.4. <i>Livelli essenziali delle prestazioni e ulteriori spazi di intervento statale.</i>	142
3.1.5. <i>Considerazioni conclusive.</i>	146
3.2. <i>Diritti sociali e Statuti regionali. Digressione breve.</i>	149
3.2.1. <i>Principi, diritti e Statuti regionali: una difficile convivenza.</i>	150
3.2.2. <i>Per i diritti sociali, un'occasione persa?</i>	153

CAPITOLO II - LA DISCIPLINA DEI “DIRITTI SOCIALI” NELLA COSTITUZIONE SPAGNOLA DEL 1978. 157

1. L'art. 1.1 CE: le qualificazioni dello Stato spagnolo.	158
1.1. “España se constituye en Estado social y democrático de derecho”.	159
1.1.1. <i>Lo Stato democratico come asse portante dell'assetto costituzionale spagnolo.</i>	160
1.1.2. <i>Lo Stato di diritto alla luce del principio democratico.</i>	161
1.1.3. <i>In particolare, dello Stato spagnolo come stato sociale.</i>	162
1.1.4. <i>L'art. 1.1 CE: le parti e il tutto. Quali relazioni interpretative?</i>	166
1.2. <i>Lo Stato spagnolo come “Estado autonómico”.</i>	172
2. I “diritti sociali” nella Costituzione del 1978: tutti veri diritti?	175
2.1. <i>Antecedenti storici (cenni).</i>	175
2.2. <i>“Topografia” e “tassonomia” costituzionali: una mappa dei diritti sociali nella Costituzione spagnola.</i>	177
2.3. <i>Conseguenze interpretative (I): la distinzione tra “diritti” e “principi rettori”.</i>	180
2.4. <i>Conseguenze interpretative (II): la dottrina maggioritaria sulla natura e l'efficacia dei “principi rettori”.</i>	182
2.4.1. <i>I “destinatari” dei principi rettori e le diverse modalità della loro efficacia.</i>	185
a) <i>Il potere legislativo.</i>	186
b) <i>Il potere esecutivo e la pubblica amministrazione. Il potere giudiziario.</i>	189
2.5. <i>Conseguenze interpretative (III): i principi rettori come diritti fondamentali?</i>	191
3. Le interazioni tra le diverse qualificazioni: lo Stato spagnolo come “Estado social” e “Estado autonómico”.	193
3.1. <i>Il riparto di competenze tra Stato e CCAA nelle materie correlate con l'attuazione dei principi rettori di cui al Capitolo III del Titolo I. Panoramica.</i>	193
3.2. <i>“¿Qué es ‘lo básico’?”</i>	195
3.3. <i>L'art. 149.1.1 CE, il ruolo dello Stato nella regolazione di condizioni omogenee di esercizio dei diritti fondamentali e la sua applicabilità ai diritti sociali.</i>	199
3.3.1. <i>Le differenti interpretazioni dell'art. 149.1.1 CE e l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale.</i>	200
3.3.2. <i>L'applicabilità dell'art. 149.1.1 CE ai principi rettori della politica sociale ed economica (Capitolo III, Titolo I CE).</i>	207
3.4. <i>Diritti sociali e principi rettori negli Statuti di autonomia.</i>	212
3.4.1. <i>La nuova fase “estatuente”: continuità o rottura?</i>	212
3.4.2. <i>Statuti e diritti, specchio del difficile equilibrio tra “centro”</i>	

e “periferia”.	217
3.4.2.1. Uno sguardo alle principali posizioni dottrinali.	217
3.4.2.2. Il “responso” del Tribunal Constitucional.	220
CAPITOLO III - IL DIRITTO ALLA SALUTE COME DIRITTO ALL’ASSISTENZA SANITARIA. DECENTRAMENTO E GARANZIE DI UGUAGLIANZA IN ITALIA E IN SPAGNA.	225
1. Il diritto all’assistenza sanitaria nel quadro costituzionale italiano.	227
1.1. L’evoluzione interpretativa dell’art. 32 Cost. e la costruzione del Sistema Sanitario Nazionale.	
1.1.1. L’art. 32 Cost. e il diritto all’assistenza sanitaria.	
Cambio di prospettiva.	227
1.1.2. La dimensione oggettiva del diritto all’assistenza sanitaria.	232
1.1.3. La dimensione soggettiva. Il decennio 198-1978 e la nascita del Servizio Sanitario Nazionale.	234
1.1.4. Il diritto all’assistenza sanitaria come diritto condizionato?	240
1.1.5. Le “riforme della riforma” tra esigenze di contenimento della finanza pubblica e nucleo essenziale del diritto alla salute.	244
1.2. La dinamica Stato-Regioni nelle intersezioni fra art. 32 e art. 117 Cost..	
Esame di alcuni nodi fondamentali di un processo non ancora concluso.	248
a) Il ruolo delle Regioni nell’attuazione dell’art. 32 Cost., fra “assistenza sanitaria e ospedaliera” e “tutela della salute”.	249
b) Spazi esclusivi per l’intervento statale. I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria ex art. 117 comma 2 lett. m Cost..	254
c) Il finanziamento del SSN. Il dlgs. 8/2011 e i fabbisogni e costi standard in sanità (cenni).	259
2. Estado autonómico e diritto all’assistenza sanitaria.	261
2.1. Le molte facce del “derecho a la protección de la salud”.	263
a) La multidimensionalità dell’art. 43 commi 1 e 2 CE.	263
b) Diritto fondamentale o principio retto?	267
c) I rapporti fra assistenza sanitaria (art. 43 CE) e Seguridad Social (art. 41 CE): cenni sulle ricostruzioni possibili.	270
2.2. Le garanzie di uguaglianza nel godimento del diritto all’assistenza sanitaria in un sistema decentrato.	274
2.2.1. Il regime competenziale in materia di assistenza sanitaria.	274
2.2.2. Le principali tappe nella costruzione del Sistema Nacional de Salud e della configurazione concreta del diritto all’assistenza sanitaria.	276
2.2.2.1. Verso la riforma.	276
2.2.2.2. La scelta del legislatore: la Ley General de Sanidad.	279
2.2.2.3. Il SNS, l’“identità divisa” e la conclusione del trasferimento delle competenze in materia di assistenza sanitaria.	284
2.2.2.4. La Ley de Cohesión y Calidad (2003), la valorizzazione del coordinamento e la definizione del contenuto del diritto all’assistenza sanitaria.	288
2.2.2.5. Dal rafforzamento dell’uguaglianza (l. 33/2011, General de Salud Pública) all’inversione di rotta (r.d.l. 1/2012).	292
BIBLIOGRAFIA	298

PRESENTAZIONE

Proporsi di esplorare oggi il tema dei diritti sociali significa avvicinarsi allo studio di una delle più controverse categorie del costituzionalismo contemporaneo. Nucleo problematico dai confini incerti, sicuramente polivalente, contenuto ormai imprescindibile di ogni Carta Costituzionale di recente approvazione, il complesso di posizioni soggettive generalmente riconducibili sotto la comune etichetta di “diritti sociali” presenta ancora oggi, dopo oltre cento anni di riflessione, un profilo in costante evoluzione. Esso pare tuttavia scontare ancora oggi le conseguenze di una interpretazione tradizionale che troppo a lungo li ha contrapposti ai diritti di libertà, in quel rischioso e fuorviante contrasto fra “generazioni” di diritti il cui superamento è stato avviato solo con le Costituzioni del secondo dopoguerra. La relazione di coimplicazione sussistente fra diritti di libertà e diritti sociali, per come concepita in tali documenti e per come sviluppatasi poi nel processo attuativo ed interpretativo svoltosi nella seconda metà del Novecento, ha portato alla luce la complementarità delle due categorie, in ragione della comune afferenza al fulcro del nuovo assetto costituzionale, ovvero la *persona* quale “individuo contestualizzato”. Proprio la *promozione* della persona, essenziale in un sistema costituzionale che intenda porsi come realmente democratico, richiede che lo Stato non rimanga confinato al ruolo di mero garante delle libertà classiche, che tutela astenendosi da ogni loro illegittima compressione. I pubblici poteri sono ormai chiamati a svolgere un ruolo attivo che implica tanto l’ingresso nelle dinamiche economiche in funzione redistributiva quanto la predisposizione di strutture articolate per l’erogazione diretta di determinate prestazioni. Specularmente, la posizione del cittadino nei confronti dello Stato si capovolge: i diritti sociali presentano infatti una dimensione dominante, sebbene non esclusiva, di diritti a prestazioni positive da parte dei pubblici poteri. E’ proprio questo ribaltamento dei canoni interpretativi, ormai consolidati con riferimento ai diritti di libertà, che crea le maggiori difficoltà ermeneutiche in relazione alla nuova generazione di diritti: fino a che punto è possibile dare ad essi attuazione immediata e dunque fino a che punto essi sono immediatamente esigibili? L’intervento dei poteri pubblici non potrà che essere naturalmente graduale e altrettanto necessariamente comporterà l’impiego di ingenti risorse finanziarie: l’attuazione dei diritti sociali è dunque necessariamente subordinata alla effettiva

disponibilità di queste ultime? In sostanza, le disposizioni costituzionali che contengono diritti sociali possono davvero essere considerate pienamente precettive e cogenti? Il quadro qui accennato si complica poi ulteriormente prendendo in considerazione la diffusa tendenza al decentramento politico ed istituzionale che attualmente si riscontra nel costituzionalismo contemporaneo: come assicurare che legittimi margini di differenziazione su base territoriale non si traducano in illegittime violazioni del principio di uguaglianza?

Mediante una struttura per cerchi concentrici, il presente lavoro si propone di offrire una panoramica delle principali problematiche fin qui schematizzate e di verificarne la soluzione con riferimento a due ordinamenti costituzionali europei di *civil law*, quello italiano e quello spagnolo, inserendoli all'interno del percorso storico-giuridico che ha portato al progressivo riconoscimento e successiva costituzionalizzazione dei diritti sociali nell'Europa continentale.

A questo scopo, nel corso della Parte Prima, saranno tracciate le principali tappe di tale processo, cercando di mettere in luce le iniziali resistenze culturali e politiche alla nuova categoria di diritti, i primi esperimenti finalizzati al loro superamento ed infine il cambio di prospettiva intervenuto nel secondo dopoguerra. Poiché, com'è noto, l'elemento organizzativo è parte integrante dell'attuazione di ogni diritto (e dei diritti sociali in particolare), saranno inoltre analizzate le linee essenziali dello sviluppo dei sistemi di *welfare* europei, per coglierne i riflessi sull'evoluzione interpretativa in materia di diritti sociali. Completa questa prima parte uno sguardo alle modalità con le quali gli organismi internazionali e sovranazionali europei hanno affrontato ed affrontano oggi la tematica dei diritti sociali: si svolgerà dunque una breve analisi dei meccanismi di promozione e tutela afferenti al Consiglio d'Europa e del rilievo attribuito ai diritti sociali dai Trattati dell'Unione Europea e nella Carta di Nizza. L'obiettivo di questa prima parte è evidenziare i tratti salienti del dibattito sui diritti sociali, ed in particolare le principali obiezioni sollevate con riferimento ad una piena parificazione di questi ultimi ai diritti di libertà. Esse riemergeranno infatti tanto nei singoli percorsi costituzionali nazionali quanto nella progressiva costruzione di una "Europa dei diritti".

La Parte Seconda del lavoro è dedicata all'approfondimento della disciplina costituzionale dei diritti sociali negli ordinamenti italiano e spagnolo. La scelta di comparare Italia e Spagna consente infatti di verificare come le principali problematiche emerse all'interno della Parte Prima si atteggino in due contesti costituzionali

appartenenti sì a “generazioni” diverse, ma legati dai tratti comuni di un catalogo di diritti ampio e variegato e dall’esplicito riconoscimento (peraltro con formulazione quasi identica) del principio di uguaglianza sostanziale. Entrambi i Paesi rappresentano inoltre due importanti laboratori del cd. “neo-policentrismo”, ovvero di quel modello di rapporti tra “centro” e “periferia” dello Stato nel quale convivono una continua tendenza al decentramento politico e istituzionale e l’assenza di strutture di raccordo tipiche dei sistemi propriamente federali¹. In un simile contesto, l’intreccio fra garanzia unitaria dei diritti sociali e differenziazione su base territoriale rappresentano un interessante punto di vista sul processo di costante aggiustamento al quale tale modello è sottoposto. Di ciò si renderà conto dedicando a ciascuno dei due Paesi un apposito capitolo, conferendo adeguato spazio al ruolo giocato dai rispettivi organi di giustizia costituzionale nella duplice veste di giudici dei diritti e di arbitri dei conflitti.

Con specifico riferimento alla disciplina costituzionale dei diritti sociali, tuttavia, occorre segnalare che, a differenza di quanto avviene per la Costituzione italiana, la Carta Fondamentale spagnola, da una lato, afferma espressamente il principio dello Stato sociale con una clausola di netta ispirazione tedesca, dall’altro sembra risolvere alla radice il problema dell’efficacia delle norme costituzionali contenenti diritti sociali, collocandole fra i *Principi rettori della politica sociale ed economica* e rendendoli giustiziabili solamente nei termini in cui essi siano stati oggetto di sviluppo legislativo (art. 53.3 CE). Come si avrà modo di vedere, né la scelta italiana né quella spagnola hanno consentito di evitare incertezze interpretative, dovute, da un lato alla periodica riemersione delle tradizionali obiezioni ai diritti sociali, dall’altro alla progressiva scoperta della loro multidimensionalità e della valorizzazione di essi in prospettiva soggettiva oltre che meramente oggettiva. Per ciascuno dei due contesti costituzionali considerati, saranno inoltre analizzate le interazioni fra Stato e Regioni e Stato e Comunità Autonome nell’attuazione e nella garanzia dei diritti sociali, evidenziando in particolare i meccanismi attraverso i quali il legislatore nazionale può intervenire a tutela della dimensione territoriale del principio di uguaglianza.

L’ultimo capitolo approfondisce infine i tratti salienti dei due sistemi considerati con riferimento al diritto alla salute nella sua accezione di diritto all’assistenza sanitaria. Quest’ultimo ha rappresentato e rappresenta infatti per entrambi i Paesi un importante banco di prova per le concrete dinamiche del decentramento. La comparazione fra Italia

¹ Si rinvia sul punto a E. Griglio, *Principio unitario e neopolicentrismo. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, Cedam, 2008, pp. 1-7.

e Spagna risulta ancor più interessante se si considera la comune appartenenza a quel modello di *welfare* mediterraneo² che si caratterizza, fra l'altro, per la scelta di ancorare l'assistenza sanitaria al principio universalistico, con una scelta organizzativa in favore del Sistema Sanitario Nazionale in Italia e del Sistema Nacional de Salud in Spagna³. Per ciascuno dei due Paesi dunque, l'analisi del contenuto del diritto all'assistenza sanitaria prenderà necessariamente le mosse dal dettato costituzionale, in relazione al quale saranno verificate le diverse ricostruzioni in materia di diritti sociali offerte nei capitoli precedenti, e si svilupperà in parallelo con l'identificazione delle principali tappe che hanno segnato la costruzione dei rispettivi sistemi sanitari, concentrandosi in particolare sui riflessi dell'interazione tra istanze unitarie spinte centrifughe sulla concreta garanzia del diritto.

L'attuazione del diritto all'assistenza sanitaria presenta oggi in entrambi i Paesi considerati alcune criticità: in Italia, il dlgs. 68/2011 ha ridefinito il meccanismo di finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni relative all'assistenza sanitaria introducendo il criterio dei costi e fabbisogni *standard* nell'ambito della realizzazione del cd. "federalismo fiscale"; in Spagna, il recente *real decreto ley* 16/2012 opera una netta inversione rispetto alla tendenza universalistica perseguita dal 1986 ad oggi, optando per un sistema di tipo assicurativo che ha suscitato forti perplessità. Non si può infine trascurare che sia Spagna che Italia hanno recentemente modificato le rispettive Costituzioni per accogliere il principio del pareggio di bilancio⁴. Occorrerà dunque attendere ancora per valutare se ed in che misura i diritti sociali in tempo di crisi economica⁵ siano davvero "diritti condizionati".

² M. Ferrera, *The 'Southern model' of welfare in social Europe*, in *Journal of European Social Policy*, vol. 6, n. 1, 1996, pp. 17-37.

³ J. Figueras, E. Mossialos, M. McKee, F. Sassi, *Health Care Systems in Southern Europe: Is there a Mediterranean Paradigm?*, in *International Journal of Health Sciences*, Vol. 5, no. 4, 1994, pp. 135-146.

⁴ Si vedano in proposito: per l'Italia, F. Bilancia, *Note critiche sul cd. "pareggio di bilancio"*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, n. 2, 2012, 17 aprile 2012; E. Jorio, *Pareggio di bilancio: le ricadute (o le implicazioni) sui Comuni e sul sistema sanitario*, in www.federalismi.it, 16 maggio 2012; D. Morgante, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, in www.federalismi.it, 11 luglio 2012; per la Spagna, F. A. García Prats, *Stability pact and multi-level Governance. European Constraints and local public finance: the Spanish experience*, intervento al convegno *Patto di stabilità e governance multilivello. Vincoli europei e finanza locale nelle esperienze nazionali*, Roma, 28 novembre 2011, consultabile in www.fondazioneifel.it; L. Ferraro, *La crisi finanziaria e lo Stato autonomo spagnolo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, n. 4, 2012, 13 novembre 2012.

⁵ D. Tega, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, relazione al convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" "I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza" (Trapani, 8-9 giugno 2012), consultabile in www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/09/TegaDEF.pdf; I. Ciolli, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in www.costituzionalismo.it, n. 3, 2012, 5 novembre 2012.

PARTE I

I DIRITTI SOCIALI NELL'EUROPA CONTINENTALE.

LA COMPLICATA AFFERMAZIONE DI UNA CATEGORIA CONTROVERSA.

CAPITOLO I

IL PERCORSO DEI DIRITTI SOCIALI NELL'EUROPA DI *CIVIL LAW* TRA OTTOCENTO E NOVECENTO

SOMMARIO: 1. I diritti individuali nello Stato liberale. - 1.1. La costruzione rivoluzionaria dei diritti di libertà fra individualismo e contrattualismo. Individuo, libertà e proprietà. - 1.2. Lo statualismo di area germanica e la dottrina dello "Stato-persona". Tutti i diritti con lo Stato e nello Stato. - 1.3. - Lo Stato liberale, il processo di "positivizzazione" dei diritti individuali e il principio di uguaglianza formale. - 1.4. Verso il XX secolo: le inadeguatezze del modello liberale e i primi esempi di "legislazione sociale". - 1.4.1. *I diritti politici come proiezione dei diritti civili.* - 1.4.2. *Lo Stato liberale e la "questione sociale": una panoramica.* - 1.4.1.1. *Il disimpegno dello Stato nella prima metà del XIX secolo.* - 1.4.1.2. *Le trasformazioni di fine secolo e le prime risposte alla "questione sociale". Bismarck e la nascita del "wohlfahrtsstaat"* - **2. Il Novecento: i diritti sociali in cammino.** - 2.1. L'atto di nascita dei diritti sociali: la Costituzione della Repubblica di Weimar. - 2.1.1. *Promesse...* - 2.1.2. *...mancate.* - 2.2. I diritti sociali alla metà del Novecento, fra vecchi timori e nuove prospettive interpretative. - 2.2.1. *Individuo, libertà e uguaglianza all'indomani della Seconda Guerra Mondiale.* - 2.2.2. *Sir William Beveridge e il modello di welfare universalistico.* - 2.2.3. *Tre esempi dal panorama costituzionale europeo del secondo dopoguerra.* - 2.2.4. *Gioco di specchi: il dibattito internazionale sui diritti sociali.* - 2.2.5. *Interpretare una nuova categoria.* - 2.3. Contenuto e caratteristiche dei diritti sociali: tentativo di una definizione in positivo. - 2.4. Ascesa e declino del *welfare state*: ripensare anche i diritti sociali?

In tutte le costituzioni europee attualmente vigenti, sono contenuti riferimenti, più o meno espliciti o dettagliati, a quell'insieme di posizioni giuridiche soggettive definite con l'espressione "diritti sociali". Come si avrà modo di approfondire nelle pagine che seguono, tale categoria di diritti racchiude al proprio interno un quadro variegato di pretese e garanzie riferibili al singolo individuo non astrattamente considerato, ma concretamente inserito in un complesso di relazioni intersoggettive permeate da condizionamenti in primo luogo - ma non solo - di natura economica. Proprio l'inserimento dei diritti sociali all'interno delle costituzioni contemporanee rappresenta una delle maggiori innovazioni del costituzionalismo del XX secolo¹: si compie così l'auspicato e forse inevitabile "salto di qualità" rispetto alla teoria dei diritti elaborata durante la lunga stagione dello Stato liberale e prende avvio la nuova esperienza dello Stato costituzionale democratico².

Il processo di affermazione dei diritti sociali in Europa non è stato tuttavia un percorso privo di ostacoli: molte delle obiezioni, delle diffidenze e delle incomprensioni riservate ad essi nel corso di oltre un secolo resistono a tutt'oggi nel dibattito giuridico e politico corrente, ai molteplici livelli e sui diversi terreni in cui esso si svolge, evidenziando problematicità ancora irrisolte.

¹ Non a caso, unitamente all'affermazione della sovranità popolare e all'istituzione di meccanismi di controllo di costituzionalità; M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. I. Le libertà fondamentali*, Giappichelli, 1995, p. 133.

² S. Gambino, *Dai diritti naturali ai diritti sociali. Un approccio storico-costituzionale nella prospettiva comparata*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, I, 2000, p. 111.

Nel corso del presente capitolo, saranno quindi ripercorse le tappe principali del processo di elaborazione teorica e della successiva strutturazione giuridica dei diritti sociali, partendo dall'inquadramento dei diritti individuali proprio dello Stato liberale tardo-ottocentesco per proseguire poi con l'analisi degli sviluppi intervenuti nel corso del Novecento. Parallelamente, saranno esaminate le grandi fasi dell'evoluzione del moderno *stato sociale*, con l'obiettivo di evidenziarne gli intrecci con la riflessione giuridica sui diritti sociali e gli stimoli apportati al dibattito ad essi relativo.

1. I diritti individuali nello Stato liberale.

1.1. La costruzione rivoluzionaria dei diritti di libertà fra individualismo e contrattualismo. Individuo, libertà e proprietà.

Ripercorrere le vicende relative all'affermazione dei diritti sociali in Europa significa innanzitutto soffermarsi, seppur brevemente, sulle premesse sulle quali si innesta la loro elaborazione, e dunque, in particolar modo, ricostruire nelle sue linee essenziali l'approccio al "tema dei diritti" proprio dello Stato liberale ottocentesco.

E' infatti nel corso del XIX secolo che giunge a maturazione *giuridica* la riflessione filosofica sul concetto di libertà individuale, iniziata con la rivoluzione copernicana giusnaturalista e successivamente sviluppatasi lungo circa due secoli, Seicento e Settecento, segnati da eventi politici miliari che avevano consentito una verifica sul campo dei limiti delle conclusioni raggiunte e, contemporaneamente, avevano offerto ulteriori stimoli al dibattito ad esse relativo. Formulazione emblematica di tali conclusioni è quella contenuta nell'art. I della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789, che, al suo primo periodo, afferma

“[t]utti gli uomini nascono e rimangono liberi nei diritti [...]”.

Il punto di partenza ideale della nostra analisi, dunque, non può che essere rappresentato dalla *libertà*, predicato inscindibile che accompagna *tutti gli uomini* - e dunque *ciascun individuo* - nel corso della propria esistenza, ed in particolare nella fruizione dei diritti che, come si vedrà tra breve, da essa promanano quale logica ed indiscutibile conseguenza. Nel solco della tradizione filosofica del diritto naturale, la libertà qui proclamata è infatti intesa quale costante originaria dell'individuo, vera e

propria condizione pre-giuridica³ innata nell'uomo, che consente a quest'ultimo di agire proiettandosi fuori da sé senza condizionamenti di sorta che intervengano a limitarlo. La libertà è pertanto concepita come “capacità o potere della propria volontà di porsi come causa incondizionata delle proprie azioni”⁴. Scorrendo la Dichiarazione rivoluzionaria, non si può tuttavia non notare come, alla proclamazione solenne della libertà individuale quale valore fondante del nuovo corso politico, faccia seguito l'immediato riferimento alla specificazione dei limiti che essa deve necessariamente subire in ragione della partecipazione del singolo alla società. E in una società che si intende composta da individui tutti *ugualmente liberi* per nascita, i confini della libertà di ciascuno si collocano laddove inizia quella altrui, così da garantire un eguale godimento dei “diritti naturali”. Secondo l'art. IV, da leggersi in uno con l'art. VI della Dichiarazione, è però soltanto la legge, quale “espressione della volontà generale” e dunque frutto di un procedimento genetico particolarmente qualificato, che potrà circoscrivere la libertà individuale, imponendole i limiti di cui sopra. Risulta così delineata nei suoi contorni quella *libertà negativa* che Norberto Bobbio intende consistente nel

“fare (o non fare) tutto ciò che le leggi [...] permettono, ovvero non proibiscono (e in quanto tali, permettono di non fare)”⁵.

Se è dunque questa la relazione fondamentale tra individuo e legge, è agevole comprendere come il procedimento di *limitazione* di una libertà individuale, originariamente e *per se* illimitata, altro non è se non l'operazione attraverso la quale tale libertà è in realtà effettivamente riempita di contenuto. Ecco dunque che per poter essere traslata dal piano astratto dello stato di natura a quello concreto di una società che sempre più va strutturandosi secondo le forme organizzative del moderno Stato nazionale, la libertà necessita di un riconoscimento formale operato dagli strumenti giuridici fondativi del nuovo impianto politico e istituzionale, per poi essere specificata in un momento successivo dalla fonte a ciò deputata. Del resto, unicamente in questo modo sarà possibile contenere il potere politico e scongiurarne gli abusi: retto da quel *pactum societatis* che ribalta il rapporto tra governanti e governati a favore dei secondi, nell'esercizio delle funzioni ad esso attribuite, esso è tenuto a confrontarsi con il proprio antecedente logico - la libertà naturale, appunto - e ad arretrare di fronte ad esso, salva

³ A. Baldassarre, *Libertà. I) Problemi generali*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XXI, Treccani, 1989, p. 2.

⁴ A. Baldassarre, *loc. ult. cit.*

⁵ N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, 2009, p. 46.

la possibilità di incidervi tramite uno strumento giuridico qualificato e quindi in grado di fornire specifiche garanzie. Con la proclamazione dei diritti fondamentali da parte della *nazione*, si assiste all'ingresso sulla scena europea di un nuovo soggetto politico e giuridico, detentore della sovranità⁶, che enuncia i diritti e li concretizza tramite la fonte che esprime la volontà generale. I diritti naturali, espressione della libertà pregiuridica dell'individuo, divengono così *diritti civili*, del cittadino dello Stato-nazione storicamente determinato, alla formazione della cui volontà generale il *cives* contribuisce e dalle cui manifestazioni storiche contingenti – le leggi – è regolamentato il suo agire⁷.

Con l'etichetta “diritti civili” si designa quindi una sfera intangibile di posizioni giuridiche individuali, garantite nei confronti degli abusi provenienti tanto dal potere politico quanto da altri privati, nella quale sono ricomprese tutte le specificazioni successive della libertà naturale, nonché, conseguentemente, tutto ciò che in tale sfera è attratto in ragione delle differenti manifestazioni di essa. Se infatti la libertà naturale è intesa quale capacità dell'uomo di agire, di “proiettare la propria ombra”, sulle cose che lo circondano senza condizionamenti ed in totale autonomia⁸, è facile concludere che l'attributo della intangibilità sia esteso anche a ciò su cui tale libertà-volontà si riverbera. In primo luogo, dunque, alla proprietà privata: essa è infatti “espressione piena” della libertà individuale, da essa “indivisibile” e, pertanto, protetta quale sua pertinenza sacra ed inviolabile⁹.

1.2. *Lo statualismo di area germanica e la dottrina dello “Stato-persona”. Tutti i diritti con lo Stato e nello Stato.*

Il paradigma interpretativo riconducibile all'esperienza individualistica di matrice francese è però solo una delle premesse che andranno a comporre la chiave con cui lo

⁶ Cfr. art. III della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1789): “Il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella nazione, né alcun corpo o individuo può esercitare un'autorità che non emani espressamente da quella”.

⁷ P. Costa, *Diritti*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, 2008, p. 45.

⁸ Si veda ancora N. Bobbio, *ibidem*, p. 48, per la definizione della libertà “positiva” come “autodeterminazione” o “autonomia”.

⁹ P. Grossi, *Proprietà e contratto*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa, op. cit.*, p. 130. Non a caso, l'art. II della più volte citata *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* colloca tra i diritti “naturalmente imprescrittibili” a difesa dei quali è costituita ogni “associazione politica”, e a fianco della libertà, anche la proprietà.

Stato liberale ottocentesco decifrerà il tema dei diritti. Il secondo schema ermeneutico si riporta infatti all'approccio statualistico sviluppato nei suoi tratti fondanti dalla dottrina giuspubblicistica tedesca a partire dalle elaborazioni hobbesiane. Secondo tale approccio, non esistono libertà pregiuridiche (e conseguentemente diritti innati) che fungono da limite all'esercizio del potere politico da parte di organi specificamente incaricati della loro protezione dagli individui che ne sono titolari. Per sottrarsi alle insicurezze e alle sopraffazioni determinate dallo stato di natura, gli individui decidono di stipulare non un mero *pactum societatis*, ma piuttosto una vera e propria *unione*, nella quale essi restano assorbiti, non trattenendo altro margine di soggettività se non quello che consente la ribellione contro la violenza del potere costituito¹⁰.

Il prodotto di questa unione è lo Stato, un nuovo soggetto di diritto, una nuova *persona giuridica*, in quanto tale dotata di volontà *propria*, che non è mera somma delle volontà individuali. Esso diviene titolare di ogni autorità ed è, tramite l'esercizio di essa, guidato, destinato a porre fine alla precedente situazione di ingovernabilità. Su questi presupposti, l'interpretazione statualistica colloca nella nascita dello Stato il momento in cui vengono ad esistenza i diritti di libertà. Infatti, diversamente dalla soluzione offerta dal paradigma individualistico, lo Stato non si limita a *riconoscere* diritti preesistenti per poi garantirli da ogni illegittima limitazione, ma piuttosto li *crea*, sancendo una cesura netta con una condizione pregiuridica di insicurezza, attraverso l'esplicazione della propria autorità-volontà. Lo strumento attraverso il quale lo Stato esterna tale volontà non può essere che la legge, il comando generale e astratto destinato a valere per tutti i componenti di quella unione da cui ha avuto origine il nuovo soggetto giuridico, lo *Stato-persona, reductio ad unum* di una pluralità disorganica di individui. Così come è in esso che hanno origine i diritti fondamentali, è per mezzo della fonte legislativa da esso promanante che questi sono successivamente definiti nel loro contenuto, limitati e resi tutelabili come posizioni soggettive¹¹.

Come anticipato, l'approccio statualistico sarà sviluppato in particolar modo dalla giuspubblicistica di area germanica, come reazione alla frammentazione politica che la caratterizzava nel primo Ottocento e alla possibile giustificazione teorica che posizioni più marcatamente contrattualistiche avrebbero potuto offrire a tale condizione di

¹⁰ A. Baldassarre, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XII, 1989, pp. 1-2.

¹¹ P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, 2^a edizione, Giappichelli, 2005, p. 7; M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne, op. cit.*, p. 47.

instabilità¹². Proprio questa valorizzazione dello Stato come unico soggetto di diritto (e di diritti) in grado di garantire l'unitarietà di volere propria di un popolo alla moltitudine di individui che lo compongono¹³ porterà come logica conseguenza una revisione profonda della natura dei diritti individuali. Essi, secondo le interpretazioni più rigorose, in quanto creati dallo Stato e da questo promananti attraverso l'esternazione della sua volontà, non costituiscono vere e proprie posizioni soggettive di cui l'individuo è titolare; sono invece dei semplici

“«effetti riflessi» delle norme che limitano le competenze statali; le libertà, in altri termini, hanno la loro origine giuridica in un effetto [...], non già in un diritto posto sullo stesso piano o, tantomeno, prima del potere e della volontà statale¹⁴”.

Sulla scia di questa impostazione, ma innestandovi riflessioni ormai imprescindibili riguardanti quella sfera protetta di libertà e diritti individuali che lo Stato moderno non può non contemplare, si muoverà la successiva teoria dei diritti pubblici soggettivi, elaborata da G. Jellinek sul finire del XIX secolo. Valorizzando al massimo la concezione dello Stato-persona quale soggetto dotato di volontà propria e analizzando il rapporto che intercorre fra questo e il singolo individuo, Jellinek arriverà ad affermare l'insufficienza di una definizione dei diritti individuali come diritti riflessi. Egli offrirà per contro una ricostruzione per la quale le norme che lo Stato emana, pur finalizzate al perseguimento dell'interesse generale, hanno talvolta come destinatari immediati i singoli individui, di modo che questi siano autorizzati a porsi in relazione con lo Stato pretendendo da questo o un suo arretramento da una determinata sfera di situazioni (che esso stesso giudica irrilevanti e quindi lascia alla determinazione dei privati) oppure una specifica prestazione positiva¹⁵. L'assenza di costrizioni provenienti dallo Stato determina così uno *status libertatis* in grado di assurgere a vero e proprio diritto soggettivo solo ed esclusivamente in virtù dell'esistenza in capo al cittadino di una *pretesa*, esplicitamente prevista dalla legge, al rispetto di determinati beni collegati con tale *status* da parte dello Stato-persona¹⁶.

La teoria dei diritti pubblici soggettivi elaborata da Jellinek rappresenta uno dei frutti più maturi dello statualismo liberale: influenzerà a lungo le sue diverse manifestazioni

¹² A. Baldassarre, *Diritti pubblici soggettivi*, cit., p. 2.

¹³ P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 3. La civiltà liberale*, Laterza, 2001, p. 152, con riferimento alla formulazione della teoria statualistica da parte del suo principale esponente C. F. Gerber.

¹⁴ A. Baldassarre, *Diritti pubblici soggettivi*, cit., p. 3.

¹⁵ P. Costa, *Civitas, Storia della cittadinanza in Europa. 3. La civiltà liberale*, op. cit., pp. 183-190; cfr. in particolare le pp. 186-187.

¹⁶ Cfr. A. Baldassarre, *Diritti pubblici soggettivi*, cit., p. 6.

storiche nell'Europa continentale, condizionando con la sua eredità tanto le elaborazioni in materia di diritti di libertà quanto, in una certa misura, anche le successive interpretazioni dei diritti sociali.

1.3. Lo Stato liberale, il processo di "positivizzazione" dei diritti individuali e il principio di uguaglianza formale.

Le ricostruzioni teoriche svolte nei paragrafi precedenti consentono dunque di comporre un quadro sintetico delle fondamenta sulle quali poggia l'edificio del costituzionalismo liberale ottocentesco ed, in particolare, di comprendere le ragioni profonde della struttura della tutela che esso offre ai diritti individuali.

Essa si svolge, com'è noto, su due distinti livelli normativi, quello costituzionale e quello legislativo. Tuttavia, si attribuisce al primo di essi una funzione spesso e volentieri meramente declaratoria, svolta attraverso "Carte" o "Dichiarazioni" dei diritti di chiaro retaggio rivoluzionario, oppure dedicando a tale enunciazione alcuni scarni articoli all'interno del *corpus* delle norme costituzionali, per la maggior parte finalizzate a disciplinare il funzionamento della macchina statale. Se è vero però che l'anima contrattualistica e quella statualistica partecipano in egual misura al mosaico fin qui prospettato, occorre tuttavia evidenziare che, nella seconda metà del XIX secolo, in ragione del clima di forte instabilità generato dalla fase più radicale della stagione rivoluzionaria, si verifica in tutta l'Europa continentale, ed in particolare nell'area germanica ed in Italia, ma anche in Francia, un marcato spostamento su posizioni riconducibili alla seconda delle prospettive menzionate ed un contemporaneo rifiuto di ogni apporto contrattualistico¹⁷. Ciò chiarisce ulteriormente le peculiarità della disciplina costituzionale dei diritti individuali propria dell'Europa continentale della seconda metà dell'Ottocento. Infatti, il progressivo allontanamento dalle posizioni contrattualistiche comporta una opzione ancor più convinta a favore di una costituzione *flessibile*. Con specifico riferimento alla tutela dei diritti, ammettere l'esistenza di un oggetto sottratto alla disponibilità del legislatore, disciplinato una volta per tutte in un testo modificabile solo con procedure aggravate e destinato a fungere da parametro in un eventuale giudizio di compatibilità relativo alla legge ordinaria, comporterebbe

¹⁷ M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne, op. cit.*, pp. 104-106.

infatti la riemersione di presupposti (pre-)giuridici extrastatali del tutto inammissibili in un contesto nel quale non esiste altro diritto se non con lo Stato e nello Stato, e il contenuto dei diritti individuali è di fatto una mera proiezione dello Stato stesso¹⁸.

Quanto detto rafforza ulteriormente il ruolo centrale della legge nel sistema normativo dello Stato liberale di diritto. Come più volte ricordato, è al livello legislativo che si conferisce il compito di riempire di contenuto la “scatola vuota” rappresentata dalle enunciazioni costituzionali, spesso tanto altisonanti quanto pericolosamente retoriche, se non concretamente attuate da parte della fonte di produzione parlamentare a cui esse rinviano. Del resto, un simile risultato sembra quasi obbligato: sia l’approccio individualistico-contrattualistico come quello statualistico pongono la legge al centro del proprio sistema normativo, sia essa il prodotto di una volontà generale espressione di quegli organi rappresentativi ai quali un contratto fra individui ha attribuito il potere di limitare la loro originaria libertà, sia essa la fonte tramite la quale si esplica la volontà propria del soggetto che, autolimitandosi, può creare posizioni giuridiche soggettive rilevanti e provviste di tutela.

A fungere da raccordo fra i due livelli normativi è la riserva di legge, che consente all’organo parlamentare di esprimere quella volontà (generale, secondo l’approccio contrattualistico) che rappresenta la sintesi, mediata dal principio di rappresentanza parlamentare, della volontà dei singoli individui e la manifestazione della potenzialità creatrice dello Stato-persona.

I diritti garantiti dalle costituzioni della metà del 1800 sono concepiti essenzialmente – e non potrebbe essere altrimenti – come diritti di “libertà da¹⁹” illegittime intrusioni nella propria sfera personale. Assistiamo così alla proclamazione del diritto alla inviolabilità della libertà individuale e di quanto ad essa strettamente connesso²⁰,

¹⁸ *Ibidem*, p. 127.

¹⁹ Cfr. in proposito N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, *op. cit.*, pp. 56-60.

²⁰ A titolo esemplificativo, la Costituzione belga del 1831 garantisce la libertà individuale (art. 7), l’invioabilità della proprietà privata (art. 11), del domicilio (art. 10), della corrispondenza (art. 22), il diritto ad essere giudicato dal giudice naturale precostituito per legge (art. 8), la libertà di culto e di manifestazione del pensiero (artt. 14 e 15) e il diritto di adunarsi pacificamente in privato (art. 19).

Lo Statuto Albertino (1848, ispirato almeno in parte alla Costituzione belga del 1831) garantisce la libertà individuale (art. 26), l’invioabilità del domicilio (art. 27) e della proprietà privata (art. 29), la libertà di stampa (art. 28, nei limiti che saranno stabiliti dalla legge) e il diritto di “adunarsi pacificamente e senza armi” (ma non in luoghi pubblici, art. 32) ed il diritto ad essere giudicato dal giudice naturale (art. 71, collocato però nel titolo relativo all’“ordine giudiziario”); l’esercizio di culti diversi da quello cattolico, proclamato religione di Stato, è invece soltanto “tollerato” (art. 1).

La Costituzione francese della II Repubblica (1848) riconosce nel punto III del Preambolo l’esistenza di “diritti e doveri anteriori e superiori alle leggi positive” che provvede poi ad esplicitare nel Capitolo II. Tra questi troviamo l’invioabilità della libertà personale (art. 2 e art. 6, che vieta la schiavitù in tutti i territori francesi), del domicilio (art. 3) e della proprietà (art. 11), il diritto ad essere giudicato dal giudice

nonché della principale proiezione della libertà sulle cose, la proprietà privata²¹. Contemporaneamente, le costituzioni liberali affermano il principio cardinale della completa uguaglianza dei cittadini davanti alla legge. Secondo l'approccio contrattualistico, tale principio si pone infatti quale logico corollario del processo di specificazione normativa della libertà pregiuridica in un universo popolato da soggetti che nascono tutti "liberi e uguali nei loro diritti": ciascun individuo sarà infatti destinato a ricevere un trattamento uguale a quello riservato agli altri, in forza di una norma generale ed astratta che disciplini i limiti entro i quali la sua libertà potrà esplicarsi. L'approccio statualistico concepisce a sua volta il principio di uguaglianza come conseguenza inevitabile della comune origine di tutte le libertà e di tutti i diritti dall'unica volontà dello Stato-persona: da ciò scaturisce l'uguale diritto di ciascuno ad essere trattato in conformità alle leggi dello Stato²². Entrambe le soluzioni rappresentano significativi esempi di quella "giustizia formale" che prevede

"l'applicazione uguale di un determinato trattamento qualunque esso sia, [...] in quanto prescinde completamente da qualsiasi considerazione del [suo] contenuto²³".

naturale preconstituito per legge (art. 3), il diritto di professare liberamente la propria religione (art. 7), di radunarsi pacificamente e manifestare liberamente il proprio pensiero (art. 8). Il cambio di prospettiva è già evidente con la successiva Costituzione del 14 gennaio 1852, promulgata da Luigi Napoleone Bonaparte, futuro Imperatore Napoleone III, nella quale lo spazio riservato alla proclamazione dei diritti fondamentali è assolutamente esiguo, sostanzandosi in uno stringato richiamo ai "grandi principi proclamati nel 1789", che la nuova Costituzione semplicemente "riconosce, conferma e garantisce" (art. I, Titolo I); la stessa formula sarà utilizzata nell'art. I, Titolo I del Senato-consiglio del 21 maggio 1870 contenente la Costituzione del II Impero.

I testi della Costituzione belga del 1831, dello Statuto Albertino e delle due Costituzioni francesi citate sono consultabili a partire dalla pagina web <http://www.dircost.unito.it/cs/19.shtml>.

La Costituzione di Francoforte del 1849 (che prevede tra l'altro una procedura aggravata di revisione all'art. III del Titolo VIII) sancisce, nel suo Titolo VI, l'inviolabilità della libertà della persona (art. III, par. 138), della proprietà privata (art. IX, par. 164), del domicilio (art. III, par. 140), della corrispondenza (art. III, parr. 141 e 142); garantisce la libertà di manifestazione del pensiero e di stampa (art. IV), di culto (art. V) e di riunione pacifica (art. VIII). Nella successiva Costituzione imperiale del 1871 manca invece un catalogo dei diritti fondamentali; significativamente, si opera solo un generico richiamo ad un "indigenato comune" a tutta l'estensione del territorio federale, quale presupposto per l'ottenimento dei "diritti di cittadino" e per l'esercizio delle "differenti facoltà accordate a tutti i tedeschi" (cfr. art. 3). Le costituzioni storiche tedesche possono essere consultate in F. Lanchester, *Le Costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn. Introduzione e testi*, Giuffrè, 2002.

²¹ Cfr. A. Baldassarre, *Proprietà*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XXVIII, Treccani, 1992, p. 4: "Nello Stato liberale, dunque, il fondamento e il contenuto della proprietà privata vengono identificati con la libertà individuale, nel senso che la prima è positivamente (e non solo ideologicamente) concepita come manifestazione della libertà e, pertanto, come espressione della personalità umana o come presupposto necessario per lo sviluppo della stessa".

²² M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, op. cit., p. 124. Cfr. in proposito l'art. 24 dello Statuto Albertino, con il quale si apre il titolo dedicato ai "Diritti e doveri dei cittadini".

²³ N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, op. cit., p. 14; cfr. anche M. Fioravanti, *Stato e Costituzione*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, op. cit., p. 17, con riferimento all'utilizzo della legge quale fonte generale ed astratta come reazione al particolarismo e alla frammentazione giuridica medievale.

La costruzione giuridica di un individuo astrattamente libero e astrattamente uguale ai propri simili si completa infine volgendo lo sguardo alla coeva età delle codificazioni civilistiche, tutte imperniate sull'individuo proprietario e sulla sua volontà creatrice, che esplica le sue più evidenti manifestazioni nel regno dell'autonomia contrattuale. In un'epoca in cui le carte dei diritti rivestono un ruolo filosofico-politico piuttosto che realmente giuridico, è infatti il codice, ed in particolare il codice civile, a rappresentare la vera costituzione dello Stato borghese, disciplinando in dettaglio gli istituti cardinali di un intero sistema di valori e di una ormai strutturata teoria dei diritti, quali la proprietà individuale ed il contratto²⁴.

La formulazione precocemente definita dei diritti civili, di quei diritti "necessari alla libertà individuale"²⁵ sanciti dalle costituzioni ottocentesche, fa sì che essi, nel solco della celeberrima analisi sviluppata da T. H. Marshall nel saggio *Cittadinanza e classe sociale* (1950), siano comunemente definiti come diritti *di prima generazione*, poiché prima di altre posizioni giuridiche soggettive (ad es. diritti politici e sociali) giungono ad essere garantiti nei confronti del potere politico e tutelati giudizialmente in condizioni di uguaglianza (almeno formale) fra i diversi titolari.

1.4. Verso il XX secolo: le inadeguatezze del modello liberale e i primi esempi di "legislazione sociale".

Resta tuttavia da chiedersi se alla prova dei fatti, il quadro di riferimento filosofico-giuridico tracciato sopra, apparentemente solido e compiuto, risulti davvero adeguato alla protezione dei diritti fondamentali e alla garanzia di effettive condizioni di uguaglianza.

²⁴ P. Grossi, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in *Id.*, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2005, p. 119.

²⁵ T. H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, a cura di S. Mezzadra, Laterza, 2002, pp. 12-13. L'analisi di Marshall, sebbene incentrata sull'evoluzione del concetto di cittadinanza nel contesto inglese, può essere (ed è in effetti stata) estesa più generalmente alla complessivo del tema dei diritti fondamentali in Europa, date le premesse filosofiche di cui si è brevemente dato conto nel testo, comuni, almeno in parte, all'intera tradizione giuridica del Vecchio Continente.

1.4.1. I diritti politici come proiezione dei diritti civili.

Per verificare la tenuta del modello liberale, può essere utile innanzitutto rivolgere la nostra attenzione alla vicenda dei diritti politici, ed in particolare del diritto di voto. Essa costituisce infatti un interessante indicatore per comprendere l'effettivo grado di rappresentatività degli organi parlamentari dell'epoca e dunque per appurare se la "volontà" dello Stato, alla quale sola era attribuito il potere di limitare la libertà individuale, potesse veramente essere ritenuta "generale" come si assumeva che fosse, almeno in una visione contrattualistica. La costruzione giuridica dell'individuo proprietario si riflette infatti anche sull'attribuzione e sull'esercizio del diritto di voto, che per tutto l'Ottocento (e in alcuni casi, anche per la prima parte del Novecento), sarà concesso unicamente a cittadini di sesso maschile, che avessero superato una determinata età e che possedessero determinati requisiti censitari. Da tale osservatorio, risulta quindi evidente quanto scarsa fosse, all'interno del procedimento di "conversione" della volontà generale in legge, la considerazione degli interessi di settori della popolazione, quali in particolare i salariati del settore agricolo e industriale, numericamente sempre più consistenti anche in considerazione della accelerazione subita dalle trasformazioni economiche del sistema produttivo e dai processi di industrializzazione, che tuttavia erano esclusi dal diritto di voto. La giustificazione teorica di tale situazione poggiava ancora una volta sul binomio *libertà-proprietà*: solo i possidenti erano considerati infatti sufficientemente in grado di autodeterminarsi (anche perché istruiti) da poter partecipare liberamente al momento elettorale. Del resto,

"solo chi partecipava attivamente, cioè economicamente, alla vita della nazione si supponeva interessato al contenuto delle leggi e dunque in diritto di partecipare alla loro formulazione²⁶".

Il rapporto di stretta contiguità sussistente fra diritti civili e diritti politici secondo l'impostazione propria dello Stato liberale è quindi più che evidente e conferma l'intuizione di T. H. Marshall, secondo cui

"era logico che la società capitalistica dell'Ottocento considerasse i diritti politici come un prodotto secondario dei diritti civili"²⁷.

²⁶ A. Facchi, *Breve storia dei diritti umani*, Il Mulino, 2007, pp. 81-82.

²⁷ T. H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, op. cit., p. 22. Non di rado la categoria dei diritti politici (detti anche "di seconda generazione") è trattata unitamente a quella dei diritti civili, adducendo fra l'altro la motivazione linguistica di una radice etimologica comune agli aggettivi "civili" e "politici" quale indice della difficoltà di una trattazione separata delle due categorie; cfr. A. Ruiz Miguel, *Derechos liberales y derechos sociales*, in *Doxa*, 15-16, 1994, p. 652, in part., nota 2 con riferimento alle posizioni di G. Sartori.

Inoltre, anche alla luce dell'impostazione statualistica largamente dominante nella seconda metà del XIX secolo, il diritto di voto come diritto di partecipazione (quantomeno indiretta) al governo della cosa pubblica subisce un ulteriore depotenziamento. Secondo la dottrina dei diritti pubblici soggettivi, infatti, anche il diritto di voto è espressione di una autolimitazione dello Stato-persona e non consegue da una posizione originaria che consente all'individuo di prendervi parte²⁸.

Indipendentemente dalle differenti giustificazioni teoriche, risulta comunque evidente che i meccanismi della rappresentanza parlamentare, per come concretamente disciplinati, non consentissero alcun dibattito in merito alle emergenti esigenze delle classi sociali più disagiate, stanti le notevoli restrizioni relative al diritto di voto.

1.4.2. Lo Stato liberale e la "questione sociale": una panoramica.

All'appena descritto *deficit* di rappresentatività delle istituzioni liberali occorre poi sommare il particolare atteggiamento di queste ultime nei riguardi delle rapide trasformazioni e delle tensioni sociali imputabili ai mutamenti intervenuti sui processi produttivi. Sebbene con una tempistica differente a seconda del diverso grado di sviluppo economico raggiunto e delle peculiarità e contingenze del confronto politico proprio di ciascun Paese, la spinta ormai inarrestabile nella direzione di una crescente industrializzazione porta con sé un'ampia serie di problematiche sociali con le quali i governi di tutta Europa si trovano prima o poi a fare i conti.

1.4.2.1. Il disimpegno dello Stato nella prima metà del XIX secolo.

La prima metà dell'Ottocento aveva visto il predominio pressoché assoluto delle teorie liberistiche classiche, improntate ad una quasi completa assenza di interventi statali con funzione perequativa in ambito economico e, conseguentemente, anche sociale. Infatti, alla convinzione che il mercato, universo in sé compiuto e popolato da attori perfettamente liberi, consapevoli e razionali nelle loro scelte, fosse perfettamente in grado di autoregolarsi, si accompagnava l'idea che gli eventuali effetti sfavorevoli e gli squilibri sociali derivanti dai rapporti economici dovessero essere affrontati secondo una duplice prospettiva. Tenendo ben fermo il postulato di un'autonomia contrattuale

²⁸ P. Costa, *Civitas, Storia della cittadinanza in Europa. 3. La civiltà liberale*, op. cit., p. 188.

fondata sull'uguaglianza formale dei cittadini, nel nome dei principi del *laissez faire* e del *self help*, lo Stato liberale, almeno in questa prima fase di industrializzazione, rifuggiva generalmente dallo svolgimento di penetranti compiti di natura sociale, lasciando ogni iniziativa concernente l'ampio ventaglio delle prestazioni assistenziali in primo luogo alla famiglia e poi ad istituzioni non pubbliche, soprattutto religiose ma anche laiche, per lungo tempo caratterizzate tuttavia da una certa impronta caritativa o paternalistica²⁹.

Coerentemente con tale approccio e dopo aver rimosso le principali limitazioni normative in materia, molti governi europei favorirono piuttosto la formazione di associazioni private di mutuo soccorso fra lavoratori. Queste, mediante i fondi raccolti tramite l'autotassazione dei propri partecipanti, provvedevano al loro sostegno nei casi di interruzione dell'attività lavorativa dovuti ad infortunio, malattia o vecchiaia, svolgendo così compiti assicurativi e assistenziali, ai quali si univano talvolta rivendicazioni protosindacali³⁰. Sviluppatesi in Inghilterra a partire dalla fine del Settecento lungo tutta la prima metà del XIX secolo, le associazioni mutualistiche si diffusero rapidamente in tutta Europa, cercando di sopperire all'assenza di interventi organici e strutturati da parte dello Stato, che demandava volentieri alle amministrazioni locali la gestione dell'assistenza alle classi sociali disagiate. Il ruolo tradizionalmente svolto dalle strutture ecclesiastiche rimaneva di importanza fondamentale in molti Paesi europei (ad esempio, in Italia), ma altrove - è questo il caso francese - era stato fortemente ridimensionato a seguito delle vicende rivoluzionarie³¹. Globalmente, sebbene non del tutto assenti, le erogazioni statali relative al settore dell'assistenza inteso nel suo complesso risultavano comunque inferiori agli investimenti non pubblici ed erano pertanto inadeguate ad intaccare un sistema essenzialmente fondato sull'apporto dei privati³², qualunque fosse l'oggetto specifico degli interventi proposti.

Un atteggiamento di forte stigmatizzazione e repressione connotava del resto anche l'approccio istituzionale dei nascenti Stati nazionali nei confronti del fenomeno della povertà, con il quale spesso e volentieri i problemi legati alla difficile condizione delle masse lavoratrici cittadine di recente formazione si intersecavano. Guardata ora con rassegnazione, ora con sospetto, la povertà era considerata da secoli una piaga

²⁹ Cfr. R. Rose, *Il ruolo dello Stato nel "Welfare Mix"*, in A. Baldassarre (a cura di), *I limiti della democrazia*, 2ª ed., Laterza, 1996, pp. 151-152.

³⁰ F. Girotti, *Welfare state*, Carocci, 1998, pp. 134-135.

³¹ F. Conti, G. Silei, *Breve storia dello stato sociale*, Carocci, 2005, p. 27.

³² A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XII, Treccani, 1989, p. 1.

invincibile, attribuita ai fattori più disparati, dei quali però si ometteva una indagine economica e sociale rigorosa. In un mondo incentrato sull'individuo proprietario, che solo attraverso gli sforzi della propria volontà poteva giungere a migliorare la propria condizione, vagabondaggio e mendicizia, erano criminalizzate³³, mentre la condizione del povero era spesso considerata conseguenza inevitabile di intemperanze caratteriali e propensione all'ozio³⁴. Gli interventi varati dai governi europei nel corso della prima metà del XIX secolo si prefiggevano l'obiettivo, per certi versi animato da un malinteso intento paideutico e morale, di incentivare tali categorie di soggetti a migliorare la propria situazione autonomamente³⁵.

1.4.2.2. *Le trasformazioni di fine secolo e le prime risposte alla "questione sociale".*

I difetti del sistema economico-giuridico descritto nei paragrafi precedenti, consolidatosi grazie alla rapidità del progresso tecnologico, alla crescita economica e alla predisposizione di sempre più articolate costruzioni teoriche a fondamento e giustificazione dello *status quo*, si manifestano con evidenza nel corso della seconda metà del XIX secolo, mostrando tutta l'inadeguatezza delle misure fino a qual momento adottate. I governi europei, che fino a qual momento avevano sostanzialmente gestito problemi nuovi con strumenti ormai vecchi, si trovano infatti ad affrontare pressioni sempre più forti, derivanti in misura preponderante dai processi di industrializzazione e dalla connessa urbanizzazione³⁶. La rimozione di molte delle limitazioni concernenti la libertà di associazione e di riunione, riconosciuta in molte costituzioni o carte dei diritti del XIX secolo anche come diritto da esercitarsi in pubblico e non solo privatamente³⁷, insieme allo sviluppo delle prime associazioni mutualistiche, favorisce ora una rivendicazione più strutturata concernente molti aspetti fondamentali delle condizioni di

³³ Cfr. gli artt. 274 e ss. del Codice penale francese del 1810, che ispirò nel medesimo senso il Codice Penale italiano post-unitario del 1865; per l'area di common law, possono essere citati il *Vagrancy Act* (5 Geo. 4 c. 83) adottato nel 1824 per il Regno Unito dal Parlamento britannico, e il *Vagrancy (Ireland) Act*, promulgato nel 1847 all'epoca delle periodiche ondate di carestia che colpirono l'isola nel corso della prima metà del XIX secolo.

³⁴ G. A. Ritter, *Storia dello stato sociale*, Laterza, 1996, p. 54-55.

³⁵ E' emblematico a tale proposito l'esempio del *Poor Law Amendment Act* varato in Inghilterra nel 1834, che consentiva l'accesso a misure assistenziali e all'integrazione del reddito solo a condizioni fortemente restrittive; i poveri abili al lavoro avrebbero potuto usufruire di assistenza pubblica solo sottoponendosi volontariamente all'internamento coatto in apposite *working houses*, rinunciando così alla propria libertà personale e ai diritti civili ad essa correlati. Cfr. F. Girotti, *op. cit.*, pp. 128-129.

³⁶ Si riprenderà in questa parte l'analisi effettuata da P. Flora e J. Albers nel saggio *Sviluppo dei "welfare states" e processi di modernizzazione e democratizzazione nell'Europa occidentale*, in *Lo sviluppo del welfare state in Europa e in America*, Il Mulino, 1983, in part. pp. 60-64

³⁷ V. *retro*, nota 20.

vita delle masse lavoratrici. La regolamentazione delle condizioni di lavoro, la sicurezza di un minimo salariale garantito, l'estensione anche ai ceti più deboli dell'erogazione di alcuni servizi di base quali in primo luogo l'assistenza sanitaria di base e l'istruzione, sono i principali terreni sui quali si svolgono le contrapposizioni politiche degli ultimi decenni dell'Ottocento. Se in un primo momento, lo Stato si era ritagliato un ruolo meramente residuale, promuovendo l'associazionismo mutualistico e talvolta intervenendo tramite un cofinanziamento delle assicurazioni volontarie gestite proprio dalle diverse tipologie di società di mutuo soccorso, ora decide di intraprendere la via dell'intervento diretto.

Nel solco dell'analisi intrapresa e nella prospettiva dell'evoluzione del rapporto fra Stato e cittadino con riferimento alla definizione del contenuto dei diritti fondamentali, una delle ragioni che contribuiscono a spiegare un simile mutamento di rotta può essere identificata ancora una volta nella marcata connotazione statualistica che lo Stato liberale assume verso la fine del secolo, ed in particolare nella centralità che progressivamente acquista una delle sue principali manifestazioni esterne³⁸, l'apparato burocratico. La costruzione della macchina statale, iniziata nell'età napoleonica e proseguita seppur in modo frammentario nel corso del secolo, giunge alla fine dell'Ottocento ad un punto di non ritorno. Infatti, sebbene si sia ancora molto lontani dalla configurazione di un'amministrazione capillarmente presente sul territorio e organizzata secondo funzioni specializzate, essa è tuttavia sufficientemente strutturata per poter iniziare ad esercitare funzioni regolatrici e assistenziali del tutto inedite. I tempi sono ormai maturi:

“[...] a fine Ottocento l'universo amministrativo non può più essere circoscritto alla sola *puissance publique*, alle tradizionali manifestazioni imperative della sovranità; si è irreversibilmente aperto a una nuova dimensione prestazionale, al *service public*, a quei servizi pubblici regolarmente funzionanti nei quali la statualità sempre più si rendeva visibile e si materializzava [...]”³⁹

D'altra parte, sarà proprio la progressiva assunzione di responsabilità *latu sensu* “sociali” da parte dello Stato, e soprattutto di sempre più penetranti compiti di natura economica, ad alimentare lo sviluppo della pubblica amministrazione. Come si avrà modo di verificare in seguito, quasi un secolo più tardi, gli esiti di questo processo

³⁸ M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, op. cit., p. 115: “[...] la stessa amministrazione rappresenta al più alto grado la *potestà originaria sovrana dello Stato*” (corsivo dell'autore).

³⁹ L. Mannori, B. Sordi, *Giustizia e amministrazione*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, op. cit., p. 90.

continuo porterà a riflettere sulle necessità di un (talvolta drastico) ridimensionamento, dettate in buona misura dalle pressanti preoccupazioni di bilancio che il mantenimento di un apparato così articolato comporta.

Ad ogni modo, prima nei Paesi con un più elevato livello di industrializzazione, come Regno Unito⁴⁰ e Germania, ma anche Svizzera e Austria, e successivamente nel resto d'Europa, si assiste all'introduzione dei primi esempi di *legislazione sociale*. Questa, destinata in un primo momento esclusivamente alla tutela dei lavoratori contro i principali rischi connessi con l'attività professionale da essi svolta, va ad affiancare le forme di assistenza mutualistica esistenti, dando l'avvio ad una prima intensa stagione di "interventismo" da parte dei pubblici poteri.

1.4.2.3. Bismarck e la nascita del "wohlfahrtsstaat": tentativo estremo di difesa o prima breccia nelle certezze liberali?

La pietra miliare del nuovo corso che si inaugura alla fine del secolo è rappresentata dal sistema di *assicurazione sociale* introdotto gradualmente dal cancelliere tedesco Otto Von Bismarck tra il 1883 e il 1889. Inizialmente finalizzato alla copertura dei rischi derivanti dagli infortuni sul lavoro, esso si estenderà nell'arco di pochi anni alla malattia, alla vecchiaia e, da ultimo, anche alla disoccupazione. In contrapposizione alla volontarietà che caratterizzava l'associazionismo mutualistico, il sistema prevede per la prima volta l'*obbligo* per il lavoratore di sottoscrivere un contratto assicurazione, al quale sono connesse, a seconda dell'estensione della copertura da esso previsto, alcune prestazioni assistenziali, la cui erogazione è cofinanziata attraverso i contributi versati dai lavoratori, dai datori di lavoro e, in misura solo residuale, dallo Stato stesso⁴¹. La gestione del sistema assicurativo è demandata ad appositi apparati statali, specificamente istituiti con l'obiettivo di ottenere uno *standard* uniforme, impossibile da realizzare attraverso una delega alle varie associazioni mutualistiche esistenti, e di

⁴⁰ Sebbene P. Flora e A. J. Heideneimer, in *Il nucleo storico e il cambiamento dei confini del «welfare state»*, in *Lo sviluppo del welfare state in Europa e in America*, op. cit., p. 32, avvertano che "lo studio intensivo del caso britannico non sia la maniera ottimale per cominciare a comprendere le caratteristiche generali dello sviluppo del *welfare state*", poiché "l'esperienza britannica non è rappresentativa dell'Europa occidentale nel suo complesso", non si può non ricordare che proprio qui si sono avuti i primi esempi di legislazione sociale; cfr. anche G. A. Ritter, op. cit., pp. 57 ss..

⁴¹ Per gli esempi della legge sull'assicurazione di malattia (1883) e della legge sugli infortuni dei lavori industriali a basso reddito (1889), si veda F. Conti, G. Silei, *Breve storia dello stato sociale*, op. cit., pp. 39-40.

svolgere un'attività di controllo sul sistema stesso e sui lavoratori, con lo scopo di individuare e scongiurare attività rivendicatorie⁴².

Il sistema bismarckiano, all'inizio quasi esclusivamente incentrato sulla protezione dei soli lavoratori di sesso maschile e solo in seguito anche dei soggetti da essi economicamente dipendenti, come i familiari, si evolverà nell'arco di pochi decenni in un sistema di assicurazione sociale sempre più esteso⁴³ e conoscerà una diffusione senza pari in tutta Europa, Gran Bretagna inclusa⁴⁴.

Per comprendere appieno le caratteristiche del modello bismarckiano, è tuttavia necessario indagarne le motivazioni recondite, che si inseriscono a pieno titolo nel già avviato discorso relativo allo statualismo liberale. In una fase di crescente contrapposizione sociale, la concessione di misure a tutela delle classi sociali più deboli sembra sostanzialmente una via compromissoria per evitare l'inasprirsi della conflittualità mantenendo al tempo stesso immutato l'assetto istituzionale preesistente. L'assunzione di responsabilità da parte dello Stato, sebbene non sempre considerata favorevolmente dalle élites e dalla borghesia industriale, risulta infatti finalizzata a contenere il consenso espresso dai lavoratori a favore delle idee socialiste che andavano diffondendosi in quel periodo. Dalla fusione fra gli intenti contenitivi di Bismarck e l'anima statualistica profondamente radicata nell'impianto istituzionale dell'Impero prussiano, a cui si somma una concezione paternalistica dei compiti dello Stato, di stampo tardo-illuministico⁴⁵, nasce dunque il *wohlfahrtsstaat*, lo *stato sociale*.

Con l'intervento bismarckiano e con la sua successiva diffusione, emerge così il primo modello europeo di stato sociale, destinato a rimanere dominante fino alla Seconda Guerra Mondiale, pur con le varianti e le peculiarità tipiche di ciascun Paese. Il modello sarà successivamente definito *occupazionale*: esso individua infatti tanti "bacini di rischio" quante sono le categorie di lavoratori occupati, coperte da specifici meccanismi assicurativi, finanziati tramite i contributi versati dai lavoratori stessi⁴⁶. Al modello occupazionale si contrapporrà nel corso del Novecento il modello

⁴² L'obiettivo del controllo politico è in realtà in secondo piano rispetto alle finalità di standardizzazione delle prestazioni; F. Girotti, *Welfare state, op. cit.*, p. 153.

⁴³ Y. Kazepov, D. Carbone, *Che cos'è il welfare state*, Carocci, 2007, pp. 42-43.

⁴⁴ Si veda in proposito la panoramica storica contenuta in P. Flora, J. Alber, *Sviluppo dei «welfare states» e processi di modernizzazione e democratizzazione nell'Europa occidentale, op. cit.*, pp. 72-80.

⁴⁵ Non potendoci in questa sede addentrare nella disamina delle motivazioni (culturali, etico-filosofiche ed anche religiose), che legano profondamente al pensiero di area germanica la nascita dello stato sociale, si rimanda a G. A. Ritter, *Storia dello stato sociale, op. cit.*, pp. 64 ss..

⁴⁶ Si veda la classificazione di M. Ferrera riportata in F. Girotti, *Welfare state, op. cit.*, p. 42.

universalistico di matrice anglosassone, del quale si avrà modo di parlare nel prosieguo della trattazione.

Da un punto di vista strettamente giuridico, occorre ricordare che in questa fase gli interventi legislativi menzionati sono svincolati da qualsiasi legame con un livello normativo superiore ed in particolare da qualsiasi obbligo di natura costituzionale. L'attenzione delle costituzioni ottocentesche continua infatti ad essere stabilmente incentrata più sulla regolamentazione della forma di governo che sulla garanzia dei diritti fondamentali o sulla definizione di un indirizzo da perseguire attraverso l'attività degli organi di governo. In esse si riscontra la totale assenza di riferimenti a posizioni giuridiche soggettive anche lontanamente riferibili alla categoria dei diritti sociali. Tuttavia, si può notare che, con l'avvio della legislazione sociale iniziano ad incrinarsi alcune delle certezze incrollabili dello Stato liberale.

Innanzitutto, l'eccessiva rigidità dello strumentario giuridico relativo ai diritti di libertà, intesi come garanzia di astensione dall'intervento statale nella sfera privata. Come fa notare G. Ritter, l'introduzione delle assicurazioni sociali creò un vero e proprio *diritto soggettivo individuale* del singolo lavoratore a ricevere dallo Stato una determinata prestazione assistenziale in corrispondenza del verificarsi di specifici presupposti espressamente indicati dalla legge⁴⁷, ovvero di quello strumento generale ed astratto in grado di dettare norme ugualmente efficaci nei confronti di tutti i destinatari contemplati. Il diritto soggettivo derivava dunque da uno strumento privatistico, il contratto di assicurazione, la cui stipulazione era resa obbligatoria per mezzo della legge.

Dunque, i confini delimitati dalla pretesa onnicomprensività del codice civile sono pronti per essere valicati: si scopre così il ruolo sempre più penetrante della "legge speciale", di cui la legislazione sociale di fine Ottocento costituisce uno dei più evidenti esempi: essa interviene infatti a correggere le disposizioni codicistiche, pensate per l'archetipo del *citoyen*, iniettandovi elementi di differenziazione funzionali ad una disciplina mirata dei rapporti tra lavoratore e datore di lavoro⁴⁸.

Infine, segnando un netto cambio di rotta rispetto alla tradizione del liberalismo classico, con l'istituzione delle assicurazioni sociali lo Stato si assume l'obbligo di erogare una prestazione assistenziale in corrispondenza del verificarsi di un rischio conseguente ad attività svolte da altri soggetti, quali i lavoratori e i datori di lavoro. Il

⁴⁷ G. A Ritter, *Storia dello stato sociale*, op. cit., p. 63.

⁴⁸ Si vedano le considerazioni di P. Grossi in *L'Europa del diritto*, Laterza, 2009, pp. 191-193.

nesso intercorrente tra attività e responsabilità individuale si attenua dunque molto nel caso delle assicurazioni contro gli infortuni sul lavoro, fino a scomparire del tutto nel caso delle assicurazioni per eventi indipendenti da qualunque responsabilità, come malattia o vecchiaia⁴⁹.

2. Il Novecento: i diritti sociali in cammino.

Se l'Ottocento europeo si chiude con il tentativo di arginare le spinte al rinnovamento tramite schemi interpretativi della realtà sociale e giuridica che da tempo mostrano ormai le proprie inadeguatezze, il Novecento si apre con eventi sconvolgenti, che minano alle fondamenta le residue ma tenaci certezze ereditate dal secolo precedente. Mentre l'ordine internazionale è sconvolto dal primo conflitto mondiale, gli Stati liberali del continente sono impegnati a difendersi dalla minaccia rappresentata dall'ideologia sovietica, che per contro affascina i partiti socialisti nazionali. La Chiesa cattolica, che già ha mostrato segni di apertura alla nuova realtà sociale con l'enciclica *Rerum Novarum* (1891), è percorsa dalle prime controverse correnti moderniste che la spingono ad uscire dall'isolamento nella quale si era per troppo tempo ritirata. I mutamenti economici innescatisi alla fine del XIX secolo segnano l'emersione delle diseguaglianze, favoriscono la rapida diffusione di fenomeni associativi, di cui i partiti politici di massa rappresentano solo una delle tante manifestazioni. Lo *Stato moderno*, la costruzione della scienza giuridica dell'età liberale che si presupponeva fotografia istantanea ed eterna di un assetto politico e sociale ritenuto immutabile, mostra segni evidenti di un prossimo cedimento. E' quanto avverte, già nel 1909, Santi Romano:

“Il principio [...] che lo Stato, rispetto agli individui che lo compongono e alle comunità che vi si comprendono, è un ente a sé che riduce ad unità gli svariati elementi di cui consta, [...] di fronte ai quali si erge con una personalità propria [...], questa luminosa concezione dello Stato [...] sembra che da qualche tempo in qua subisca un'eclissi [...]”⁵⁰. [...] [L]'ordinamento politico che seguì alla rivoluzione francese [porta] ancora con sé il suo peccato di origine: quello cioè di essere eccessivamente semplice. [...] [L]'organizzazione dello Stato moderno [...] si palesò presto del tutto deficiente, nel regolare, anzi spesso nel non riconoscere gli aggruppamenti di individui, pur così necessari in ogni società pervenuta ad un alto grado di sviluppo. Si capisce, che la vita sociale, [...] ha continuato ad evolversi per suo conto e si è posta in contraddizione con un sistema non consono ad essa,

⁴⁹ Cfr. P. Flora, J. Alber, *Sviluppo dei «welfare states» e processi di modernizzazione e democratizzazione nell'Europa occidentale*, op. cit., p. 73.

⁵⁰ S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, 1969, pp. 6 e 9.

magari accentuando oltre il necessario, come suole avvenire, la contraddizione e la lotta che ne è la conseguenza⁵¹”.

2.1. *L'atto di nascita dei diritti sociali: la Costituzione della “Repubblica di Weimar” (1919).*

2.1.1. *Promesse...*

Eccettuate rare previsioni contenute in alcuni documenti costituzionali dei secoli XVIII e XIX⁵², il primo vero e proprio tentativo di costituzionalizzazione di un catalogo ampio di diritti, comprensivo anche dei diritti sociali, è quello effettuato nel 1919 con la Costituzione repubblicana tedesca, la cd. “Costituzione di Weimar”. La sua seconda parte, dedicata appunto ai *Diritti e doveri fondamentali dei tedeschi*, rappresenta infatti uno snodo fondamentale nella vicenda di affermazione dei diritti sociali e l'avvio del loro percorso attraverso il XX secolo.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 13 e 14.

⁵² Cfr. quanto espresso nel *Titolo I* della Costituzione francese del 1791 in relazione alla creazione di un “istituto generale di *Soccorsi pubblici*, per allevare i bambini abbandonati, dare assistenza ai poveri infermi e fornire lavoro ai poveri validi che non abbiano potuto procurarsene” e di una “*Istruzione pubblica*, comune a tutti i cittadini”; il testo integrale è consultabile alla pagina web <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/francia179.htm>. Celeberrima è poi l'affermazione contenuta nell'art. 21 della *Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino* del 1793 (<http://www.dircost.unito.it/cs/docs/francia180.htm>), per il quale “I soccorsi pubblici sono un debito sacro. La società deve la sussistenza ai cittadini disgraziati, sia procurando loro del lavoro, sia assicurando i mezzi di esistenza a quelli che non sono in età di poter lavorare.”. Per l'analisi del dibattito riguardante l'inserimento dei diritti sociali nei documenti rivoluzionari e dei differenti progetti di leggi relative all'assistenza, alla previdenza e al lavoro avanzati nel medesimo periodo, si veda M. Mazziotti, *Lo spirito del diritto sociale nelle costituzioni e nelle leggi della Francia rivoluzionaria*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, Vol. CXLVII (1954), pp. 50 ss.. L'Autore, che segue il percorso dello “spirito del diritto sociale” in circa un cinquantennio di storia francese, evidenzia anche alcuni punti di continuità fra l'approccio del periodo rivoluzionario e la Costituzione della II Repubblica (1848). Anche in essa infatti sono presenti, sebbene ridimensionati rispetto ai progetti discussi, alcuni spunti di carattere sociale. Ne è un esempio l'art. VIII del Preambolo, che sancisce il dovere della Repubblica di proteggere, fra l'altro, il lavoro, di garantire “l'istruzione indispensabile”, di assicurare “assistenza fraterna” ai cittadini bisognosi, offrendo loro un lavoro o erogando appositi sussidi. Sulla stessa scia, si veda anche l'art. 13. Mazziotti sottolinea le origini “individualiste e soggettiviste” del diritto sociale rivoluzionario ed evidenzia che alla dichiarazione dei diritti non seguì tuttavia una approfondita riflessione sulle modalità concrete della loro attuazione.

Riprendendo la riflessione di Mazziotti, M. Luciani nota che l'inserimento di simili previsioni all'interno della Dichiarazione (e quindi della Costituzione) del 1793 non è stato sufficiente a garantire ai diritti sociali la parità di *status* rispetto ai diritti di libertà, già consacrati nella *Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino* del 1789 quali “veri” diritti fondamentali, da garantirsi obbligatoriamente ad opera di una Costituzione che intendesse davvero essere tale (cfr. art. 16 della *Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino* del 1789: “*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*”; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, vol. II, Cedam, 1995, pp. 103-104.

Il diritto ad un'istruzione di base pubblica e gratuita è enunciato anche nella Costituzione di Francoforte (1849) all'art. VI parr. 155 e 157.

Una rapida lettura⁵³ degli articoli 109 e ss. consente di individuare i principali elementi di continuità e ma anche i più evidenti punti di rottura con la tradizione precedente. Accanto ai “classici” diritti di libertà contenuti nel Capo I (*Le persone singole*), come il diritto alla libertà personale (art. 114) e di circolazione (art. 111), all’inviolabilità del domicilio (art. 115) e alla riservatezza delle comunicazioni (art. 117), la libertà di espressione e di stampa (art. 118), troviamo infatti una varietà di statuizioni completamente nuove, relative alle differenti manifestazioni sociali della soggettività individuale. La libertà di culto, oggetto di mera enunciazione da parte delle costituzioni liberali, è ora oggetto di approfondite disposizioni (*Capo III*) che estendono la tutela costituzionale anche alle sue principali espressioni, come l’associazionismo religioso o l’osservanza delle festività.

Sul fronte dei diritti politici, l’art. 22 introduce il suffragio universale maschile e femminile, attribuendo il diritto di voto a tutti i cittadini che abbiano compiuto il ventesimo anno d’età e costituzionalizza il principio della rappresentanza proporzionale.

Apposite disposizioni riconoscono e tutelano il matrimonio, basato “sull’uguaglianza tra i due sessi”, quale “fondamento della vita di famiglia e del mantenimento e potenziamento della nazione” (art. 119), l’educazione dei fanciulli e la protezione della gioventù, a presidio delle quali sono collocate le autorità statali (artt. 120 e 122). Il ruolo dello Stato è inoltre centrale nella predisposizione e gestione di un sistema scolastico pubblico, gratuito per il periodo obbligatorio (art. 145) e fruibile da parte delle classi sociali più disagiate nel periodo di istruzione superiore tramite l’erogazione di appositi sussidi (art. 146). Ad esso si affianca (ma non si sostituisce!) un sistema scolastico privato, nel rispetto dei principi costituzionali enunciati (art. 147).

La vera cesura con il passato è però rappresentata dal *Capo V*, dedicato alla *Vita economica*. Per la prima volta, accanto ad una piena garanzia costituzionale della proprietà privata, che può essere espropriata solo dietro pagamento di un congruo indennizzo, si afferma la necessità di un suo utilizzo *obbligatoriamente* “rivolto al bene comune” (art. 153); un analogo impostazione sorregge la disciplina della proprietà fondiaria, non più dominio individuale intangibile, ma soggetto ad espropriazione per la soddisfazione di esigenze primarie della popolazione, quali il “bisogno di abitazione”, o lo sviluppo dell’agricoltura (art. 155). Lo Stato fa per la prima volta il suo ingresso ufficiale nei meccanismi della produzione industriale, potendo (dietro indennizzo)

⁵³ La traduzione italiana della Costituzione della Repubblica di Weimar è consultabile in C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, Sansoni, 1946.

“trasferire in proprietà collettiva [...] le imprese economiche private suscettibili di socializzazione”, e potendo “partecipare all’amministrazione di imprese ed associazioni economiche”, disporre “la compartecipazione all’amministrazione di datori e prestatori di lavoro”, nonché disciplinare la produzione “secondo i principi di un’economia socializzata” (art. 156). Una tutela particolare è inoltre offerta al lavoro (fra gli altri, artt. 157 e 159). Infine, in continuità con la tradizione, ma elevando il diritto ad una prestazione assistenziale da posizione soggettiva di natura intrinsecamente privatistica al rango di disposizione costituzionale, l’art. 161 afferma che sarà organizzato,

“con la congrua partecipazione degli assicurati, un unitario sistema assicurativo, allo scopo di tutelare la salute e la capacità di lavoro, di proteggere la maternità e di prevenire le conseguenze economiche della vecchiaia, delle malattie e degli incidenti della vita”.

2.1.2. ...mancate.

Sebbene il “catalogo dei diritti” contenuto nella Costituzione del 1919 appaia essere fortemente innovativo rispetto a qualunque suo predecessore, per varietà delle situazioni considerate, specificità delle disposizioni in esso contenute ed enunciazione degli obiettivi ad esse sottostanti, la sua concreta attuazione fu estremamente difficoltosa e, in ultima analisi, largamente incompiuta. Oltre alle complessità inerenti alla forma di governo delineata dalla Costituzione e alle gravi contingenze politiche ed economiche che spesso paralizzarono la breve e tormentata esistenza della Repubblica (1919-1933), anche fattori prettamente giuridici contribuirono in buona misura a determinare la mancata attuazione delle promesse weimariane.

Innanzitutto, la formulazione delle norme relative ai diritti, così come l’oggetto di esse, fu l’esito compromissorio (ma non superficiale⁵⁴) dei lavori di un’assemblea costituente nella quale erano rappresentati progetti ed ideologie difficilmente riducibili ad unità. Proprio gli articoli relativi ai diritti sociali rappresentavano infatti il terreno sul quale si era tentato di mediare fra le posizioni delle Sinistre, indubbiamente influenzate nelle loro rivendicazioni più radicali da quell’evento dirompente che fu la Rivoluzione Russa del 1917, le posizioni liberali democratiche e quelle di impronta cristiana proprie dei partiti di Centro⁵⁵. Inoltre, l’interpretazione che fu data delle disposizioni contenenti

⁵⁴ P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 4. L’età dei totalitarismi e della democrazia*, Laterza, 2001, pp. 6-7.

⁵⁵ Proprio questa “indecisione cronica” rappresenterebbe il peccato originale della Costituzione di Weimar secondo uno dei suoi massimi detrattori, Carl Schmitt, che tenterà in ogni modo di ricondurre al modello dello Stato liberale borghese, tramite una valorizzazione esasperata degli elementi di continuità

diritti sociali, non sempre redatte in modo tale da poterne inferire una immediata vincolatività, portò sostanzialmente alla neutralizzazione della loro portata innovativa. La dottrina e la giurisprudenza tedesche dell'epoca, lungi dal considerare le affermazioni contenute nella Costituzione del 1919 quali veri e propri diritti soggettivi, le interpretarono infatti alla luce dell'impostazione statualistica ottocentesca ora come mere direttive che solo un successivo intervento legislativo avrebbe potuto riempire di contenuto (*diritti legali*), ora come norme di principio vincolanti per il solo legislatore. In entrambi i casi, l'effetto fu quello di depotenziare i diritti sociali rispetto ai ben più solidi e conosciuti diritti di libertà⁵⁶. La nuova Carta Fondamentale, del resto, non prevedeva alcun meccanismo di controllo sull'attività del legislatore, specificità che invece caratterizzerà tutte le costituzioni promulgate all'indomani della Seconda Guerra Mondiale.

Nella pratica inoltre, come fa notare Costantino Mortati, le istituzioni repubblicane non riuscirono a tradurre in fatti le affermazioni costituzionali a causa tanto dell'inadeguatezza dell'assetto liberale comunque conferito alla Repubblica, quanto del persistere di una concezione di libertà individuale come *status* negativo ormai inadeguata⁵⁷.

Non a caso dunque, uno dei meriti della Costituzione di Weimar e l'eredità che essa lascia alle esperienze del secondo dopoguerra è proprio l'aver avviato il ripensamento del concetto di uguaglianza, spostando il dibattito dal piano formale⁵⁸ a quello sostanziale. Antecedente logico necessario per un simile cambio di prospettiva è una innovativa e non più rimandabile "concretizzazione" dell'individuo, fino ad allora idealtipo immutabile ed ora per la prima volta delineato da una costituzione come "persona sociale⁵⁹", che esplica la propria individualità nelle differenti manifestazioni a cui e di cui partecipa. A ciò si aggiunga un'ulteriore considerazione.

La Costituzione tedesca del 1919, elaborata da un'assemblea costituente per la prima volta veramente rappresentativa delle istanze espresse dalla società, sceglie di porsi non

con la tradizione precedente e la correlativa svalutazione dei diritti sociali, inefficace aggiunta posticcia accanto al nucleo dei classici diritti di libertà e proprietà. *Ibidem*, pp. 61-66.

⁵⁶ A. Baldassarre, *Diritti sociali*, cit., p. 4.

⁵⁷ C. Mortati, *op. cit.*, p. 82.

⁵⁸ Pure - naturalmente - affermato; cfr. art. 109 Cost. Weimar.

⁵⁹ Per usare l'espressione di M. Luciani, *Sui diritti sociali*, cit., p. 118. Era questa del resto la posizione di F. Naumann, uno dei maggiori sostenitori della necessità di superare il tradizionale catalogo dei diritti liberali con l'inserimento dei diritti sociali nella Costituzione tedesca del 1919, tenendo conto dell'uomo inteso come essere immerso nella società ed impegnato nei processi produttivi che essa avvengono; P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 4. L'età dei totalitarismi e della democrazia*, op. cit., p. 11.

solo come mero contenitore delle regole che disciplinano il funzionamento della macchina delle istituzioni, ma recupera piuttosto quella funzione di indirizzo troppo a lungo trascurata dall'orizzonte giuridico europeo. Una costituzione

“tendente a creare le condizioni atte a far beneficiare tutti di [un] ugual trattamento, [...] a far sì cioè che tutti i cittadini siano messi in grado di godere dei diritti loro riconosciuti⁶⁰”,

una costituzione che proponga dunque un concetto *sostanziale* di uguaglianza, non può più contemplare uno Stato non-interventista, spettatore passivo di un agone economico e sociale che si presume in grado di autoregolamentarsi.

Si apre così, con il laboratorio di Weimar, la stagione di una “statualità nuova⁶¹”, nella quale emerge, in funzione riequilibratrice, un ruolo attivo e positivo dello Stato, non più mero garante di un'astratta libertà individuale, ma attore fondamentale del processo redistributivo volto ad assicurare ai propri cittadini quella “libertà uguale” che sarà al centro del dibattito filosofico, politico e giuridico della seconda metà del Novecento.

2.2. *I diritti sociali alla metà del Novecento fra vecchi timori e nuove prospettive interpretative.*

2.2.1. *Individuo, libertà e uguaglianza all'indomani della Seconda Guerra Mondiale.*

L'impatto della Costituzione della Repubblica di Weimar sui documenti costituzionali emanati nel ventennio che separa le due guerre mondiali risulta particolarmente evidente proprio con riferimento al crescente spazio che esse riservano alla proclamazione dei diritti fondamentali ed in particolare dei diritti sociali⁶². E'

⁶⁰ C. Mortati, *op. cit.*, p. 62.

⁶¹ S. Gambino, *Dai diritti naturali ai diritti sociali. Un approccio storico-costituzionale nella prospettiva comparata*, cit., p. 114.

⁶² Come segnalato in A. Baldassarre, *Diritti sociali*, cit., p. 3, l'esperienza della Costituzione tedesca del 1919 viene ripresa in particolare dalla Costituzione repubblicana spagnola del 1931 e dalla Costituzione irlandese del 1937. In estrema sintesi, si evidenzia in entrambe le carte costituzionali la presenza di disposizioni relative: all'assistenza e protezione da parte dello Stato degli appartenenti a categorie socialmente fragili; alla tutela dei lavoratori; alla legittima subordinazione dell'esercizio del diritto di proprietà a fini sociali (cfr. artt. 44 della Cost. spagnola del 1931 e 43 della Cost. irlandese); al diritto all'istruzione primaria garantita dallo Stato (cfr. artt. 48 della Cost. spagnola del 1931 e 42 della Cost. irlandese). In ordine al dibattito sulla precettività immediata o meno delle norme concernenti i diritti sociali, è interessante menzionare l'art. 45 della Costituzione irlandese, intitolato *Directive principles of social policy* e appunto contenente alcune linee generali di indirizzo in materia economica e sociale: per espressa previsione del comma 1 di detto articolo, queste ultime hanno tuttavia come unico ed esclusivo

tuttavia nella seconda metà degli anni '40 che si assiste al pieno sviluppo dei presupposti politici e giuridici che fonderanno il successivo trentennio di espansione di questa categoria.

La profonda revisione concettuale che anima il dibattito di quegli anni ruota intorno al ribaltamento concatenato delle concezioni liberali classiche relative a tre pilastri fondamentali.

Innanzitutto, si riscopre la centralità dell'individuo. Tuttavia, in radicale contrapposizione ai risultati del processo di astrazione dal particolarismo iniziato con il crollo dell'*Ancien Régime* e svoltosi lungo tutto il secolo XIX, l'individuo non è più un'entità slegata dal contesto nel quale è immerso. La reazione all'impostazione statualistica emerge nettamente nell'intento, da un lato, di portare allo scoperto le differenze tra gli individui e i condizionamenti socioeconomici che ne caratterizzano l'agire, e dall'altro, di valorizzare le "formazioni sociali"⁶³, i contesti concreti in cui esso si esplica. Si evidenzia così la netta antitesi con l'appena conclusa stagione dei totalitarismi e con la sistematica negazione da parte di essi di ogni spazio di autonomia e libera espressione individuale. In un simile contesto, i costituenti che nei vari Paesi europei appena usciti dalla Seconda Guerra Mondiale si apprestano a redigere le nuove Carte Fondamentali, non possono ignorare l'insufficienza delle costruzioni dogmatiche ad esso funzionali, ormai chiaramente superate. Le costituzioni promulgate all'indomani della seconda Guerra Mondiale, necessariamente, devono rivalutare il ruolo della *persona* come fulcro delle nuove democrazie pluralistiche, che si aprono ora, per il tramite del suffragio ormai veramente universale, ad accogliere il confronto delle ideologie e dei programmi di cui i partiti di massa si fanno portatori. La piena costituzionalizzazione dei diritti fondamentali risulta a questo punto irrinunciabile e non può escludere quelle posizioni soggettive che con maggior evidenza si ricollegano alla dimensione "concreta" dell'individuo, ovvero i diritti sociali⁶⁴.

Il loro inserimento nelle costituzioni del secondo dopoguerra rappresenta il risultato della riflessione, già avviata nel ventennio che separa i due conflitti mondiali, avente ad oggetto una nuova concezione di libertà. Come visto in precedenza, al centro del sistema ottocentesco dei diritti era posta la libertà negativa, la libertà da incisioni

destinatario il Parlamento e non possono in alcun modo essere azionabili giudizialmente. Mentre sulla Costituzione spagnola del 1931 si tornerà in seguito, per una sintesi della (cauta) evoluzione dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 45 Cost. irlandese, v. il commento in G. W. Hogan, G. F. Whyte, *J. M. Kelly: The Irish Constitution*, 4th ed., LexisNexis Butterworths, 2003, pp. 2077-2086.

⁶³ Per usare l'espressione contenuta nell'art. 2 della Costituzione italiana.

⁶⁴ P. Costa, *Diritti*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, op.cit., p. 57.

illegittime di quella sfera di autonomia nella quale si collocavano l'individuo e le sue pertinenze. Proprio questo cambio di prospettiva operato dal nascente Stato costituzionale democratico in relazione al concetto di individuo e all'attenzione riservata alla sua dimensione "contestualizzata" comporta invece l'emersione prepotente, accanto alla prima, dell'altra faccia della libertà, quella *positiva*, intesa come autodeterminazione⁶⁵, come libertà di autorealizzazione dell'individuo⁶⁶ nella rete delle relazioni sociali, ancora una volta, *concrete*, che esso intrattiene, e di cui la libertà *negativa* costituisce una condizione necessaria. Una realizzazione di sé che sia pienamente libera può darsi dunque solo in assenza di condizionamenti, ed in primo luogo di condizionamenti di ordine materiale, derivanti proprio da quel contesto di relazioni sociali ed economiche nelle quali ciascuno è immerso, e che rischiano invece di eterodirigere l'individuo che non ne sia sufficientemente protetto. Le costituzioni del secondo dopoguerra evidenziano così una fondamentale discontinuità rispetto alla tradizione precedente: incorporando i diritti sociali ed elevandoli (o tentando di elevarli) al livello dei diritti di libertà, esse si propongono di assicurare a tutti i cittadini l'assenza di impedimenti all'autodeterminazione e dunque alla fruizione degli altri diritti fondamentali, tenendo conto delle differenze che fra di essi intercorrono e che rendono alcuni individui o gruppi maggiormente vulnerabili rispetto ad altri. L'indirizzo da perseguire si preannuncia ambizioso: assicurare, anche a coloro che per differenti ragioni non sono in grado di provvedervi autonomamente, una nuova forma di libertà, la "libertà dal bisogno⁶⁷", così da consentire a tutti una *uguale possibilità di autodeterminarsi*.

⁶⁵ N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, op. cit., p. 48.

⁶⁶ A. Baldassarre, *Libertà, I) Problemi generali*, cit., p. 17.

⁶⁷ E' indubbio che una forte influenza sulla discussione relativa ai diritti sociali sia stata esercitata in Europa dal discorso sullo stato dell'Unione che il Presidente degli Stati Uniti F. D. Roosevelt pronunciò il 6 gennaio 1941 (consultabile alla pagina web <http://www.fdrlibrary.marist.edu/pdfs/fftext.pdf>). Nell'enumerare le libertà fondamentali sulle quali edificare il futuro dell'umanità, oltre alla libertà di parola e di espressione, alla libertà religiosa e alla libertà dalla paura che la corsa agli armamenti rendeva sempre maggiore, Roosevelt menzionava infatti quella libertà dal bisogno (*freedom from want*) che avrebbe giocato un ruolo essenziale nel dibattito costituente europeo successivo al 1945; cfr. N. Bobbio, *Sui diritti sociali*, in G. Neppi Modona (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Einaudi, 1996, pp. 121-122. Lo stesso Roosevelt riprenderà queste considerazioni in un successivo discorso sullo stato dell'Unione dell'11 gennaio 1944 (consultabile alla pagina web http://www.fdrlibrary.marist.edu/archives/address_text.html), constatando l'inadeguatezza dei soli diritti civili e politici per il pieno "perseguimento della felicità" e sottolineando come "*true individual freedom cannot exist without economic security and independence*". A questo scopo, egli indicherà un vero e proprio "secondo Bill of Rights" comprendente, fra gli altri, il diritto ad un lavoro adeguatamente remunerato, ad un salario sufficiente a provvedere alle necessità fondamentali, ad una abitazione, a cure mediche e ad un'assistenza adeguate. Per una sintetico ma illuminante confronto dell'approccio statunitense al tema della costituzionalizzazione dei diritti sociali, si veda M. A. Glendon, *Rights in Twentieth Century Constitutions*, in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 59, No. 1, *The Bill of*

Anche il concetto di uguaglianza, terzo perno attorno al quale si svolge la riflessione attorno alla metà degli anni '40, finisce quindi per essere oggetto di una necessaria revisione. Il ripensamento sull'individuo, sulla sua rinnovata centralità all'interno di un impianto costituzionale che ne riconosce la dimensione tangibile e reale piuttosto che una concezione astratta quanto evanescente ed inadeguata, porta con sé la nuova dimensione dell'uguaglianza *sostanziale*. Proclamare l'uguaglianza formale dei cittadini di fronte alla legge senza che ad essi siano forniti i mezzi concreti per poterne beneficiare è operazione priva di senso, che rischia di pregiudicare il progetto complessivo del nuovo corso costituzionale. L'uguaglianza sostanziale non deve però essere intesa come egualitarismo (questo sì potenzialmente confligente con la libertà individuale), ma piuttosto come *uguaglianza delle opportunità*⁶⁸, che

“mira a mettere tutti membri di quella determinata società nella condizione di partecipare alla gara della vita, o per la conquista di ciò che è vitalmente più significativo, partendo da posizioni eguali⁶⁹”.

Su questa nuova accezione del principio di uguaglianza, è lo Stato a ritagliarsi un ruolo da protagonista. Le norme costituzionali che riconoscono ed affermano i diritti sociali affidano spesso e volentieri a quest'ultimo e alle sue articolazioni territoriali o funzionali il perseguimento dell'obiettivo di garantire a tutti i cittadini l'uguaglianza delle *chances* attraverso l'imposizione di obblighi di protezione e promozione nei confronti delle fasce più deboli della popolazione. Il legislatore dello Stato costituzionale di diritto, democraticamente scelto a seguito di una libera e rappresentativa competizione elettorale, sarà quindi tenuto a dare attuazione ai precetti della Carta Fondamentale attraverso la propria attività, “autorizzato” (per così dire) ad incidere nella sfera privata di ciascun individuo proprio dal fine di raggiungere detto obiettivo e con il limite rappresentato dalla libertà -questa volta - *positiva*. Sarà questo il fulcro di quell'operazione di continuo *bilanciamento fra interessi* che caratterizzerà il confronto nella nuova democrazia pluralistica.

Rights in the Welfare State: a Bicentennial Symposium (Winter, 1992), pp. 519-538. Occorre inoltre ricordare che il proclama rooseveltiano era stato preceduto da una serie di misure legislative finalizzate all'istituzione di sistemi di assistenza sociale e previdenziale, approvati nel corso degli anni '30 quale parte del *New Deal*; tra questi si ricorda in particolare il *Social security Act* del 1935, che avviava uno schema di copertura assicurativa obbligatoria per invalidità e vecchiaia, nonché, tramite la collaborazione con i singoli Stati dell'Unione, per la disoccupazione. Tale sistema, sostanzialmente improntato al tradizionale impianto bismarckiano, fu tuttavia avvertito come rimedio estemporaneo alla situazione di emergenza creatasi a seguito della crisi del '29, contribuendo così a quella percezione di “residualità” tipica nordamericana dell'assistenza pubblica rispetto all'iniziativa privata; F. Conti, G. Silei, *Breve storia dello Stato sociale*, op. cit., pp. 80-82.

⁶⁸ Cfr. A. Baldassarre, *Diritti sociali*, cit., p. 6; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, cit., p. 109.

⁶⁹ N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, op. cit., p. 26.

Il quadro è poi completato se si considera che le costituzioni del secondo dopoguerra si distaccano dalle costituzioni liberali che le precedono per la loro rigidità e per l'introduzione di meccanismi di controllo di costituzionalità delle leggi (quasi esclusivamente accentrati). Solo collocando il patto stipulato nell'organo costituente tra le forze sociali in posizione sovraordinata rispetto a quella riservata alla legge ordinaria e sottoponendo quest'ultima ad un controllo di conformità con la prima sarà possibile garantire in modo efficace i diritti fondamentali dagli abusi riscontrati nell'epoca precedente ed assicurare che l'indirizzo⁷⁰ impresso dalla Carta Fondamentale sia davvero perseguito.

2.2.2. *Sir William Beveridge e il modello di welfare universalistico.*

Attorno alla metà degli anni '40, i riflessi del dibattito filosofico-giuridico sui nuovi significati di libertà e di uguaglianza si riverberano anche sulle evoluzioni in atto nella costruzione dello stato sociale, alle quali, contemporaneamente, apportano nuova linfa.

Fondamentale a questo proposito è il rapporto *Social Insurance and Allied Services*⁷¹ presentato nel 1942 da Sir William Beveridge al Governo di Winston Churchill e contenente un'articolata serie di proposte finalizzate ad una complessiva ristrutturazione del frammentato, inefficiente ed ormai inadeguato sistema di assistenza sociale inglese.

In netto contrasto rispetto alle diverse misure che in modo disorganico si erano andate sovrapponendo le une alle altre nel corso dei cento anni precedenti, il *Rapporto Beveridge* propone una radicale riorganizzazione, da attuarsi nel corso dei vent'anni successivi e basata sulla necessità di ricomporre il sistema attorno ad un pilastro essenziale: la garanzia di un reddito minimo fisso che lo Stato si impegna a corrispondere a *ciascun* cittadino al verificarsi dei principali rischi sociali, connessi o meno all'attività lavorativa (malattia, infortunio, disoccupazione, vecchiaia; inattività dovuta a maternità, ecc...), indipendentemente dalle condizioni economiche nelle quali egli versa, da finanziarsi per mezzo di un contributo che ogni cittadino è tenuto a

⁷⁰ Le costituzioni del Novecento accettano dunque l'originale scommessa di riassumere in un unico strumento giuridico tanto la funzione di garanzia che quella di indirizzo; cfr. M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, op. cit., p. 137.

⁷¹ La traduzione ufficiale italiana del Compendio del Rapporto si può leggere in W. Beveridge, *Alle origini del welfare state. Il Rapporto su Assicurazioni sociali e servizi assistenziali*, Franco Angeli, 2010, pp. 41-135. Per un ampio commento, anche storico, al *Rapporto Beveridge*, si veda, nel medesimo volume, il saggio di D. Benassi, *William Beveridge e il Piano del 1942: alle origini del welfare state*, pp. 7-38, le osservazioni di G. A. Ritter, op. cit., pp. 142-145, nonché quelle di F. Girotti, op. cit., pp. 229 ss., che contribuiscono anche ad una sua contestualizzazione storica e culturale.

versare in misura prestabilita, non calibrata sul proprio reddito, ed erogato tramite l'estensione dell'assicurazione obbligatoria alla generalità della popolazione.

Il modello di *welfare state* proposto da Beveridge verrà definito *universalistico*⁷² in ragione della vasta copertura che esso assicura in termini di prestazioni (e dunque di rischio) nonché in virtù della tecnica di finanziamento adottata, fondata sulla contribuzione di tutti i cittadini al finanziamento del sistema. Soprattutto però, esso identifica il presupposto per l'erogazione dell'intervento di assistenza (principalmente di tipo economico) nella sola *cittadinanza*⁷³, a differenza del sistema bismarckiano, che riconduceva il diritto alla copertura dal rischio alla specifica attività lavorativa svolta dall'assicurato.

L'intento redistributivo che il *Rapporto* si prefigge può tuttavia essere più efficacemente perseguito soltanto affiancando alla garanzia del reddito minimo anche altri importanti interventi. In primo luogo, occorrerà pianificare una solida politica occupazionale, strettamente connessa con le modalità di erogazione del sussidio di disoccupazione; inoltre, si renderanno necessarie misure specifiche di supporto alle famiglie, come detrazioni o assegni integrativi, da ritagliarsi sulle esigenze di ciascun nucleo familiare; infine, la progettazione di un sistema sanitario nazionale per l'erogazione generalizzata di cure gratuite⁷⁴. Alle misure da adottare nei quattro settori indicati, si aggiunge altresì la necessità di una loro gestione unitaria, finalizzata ad evitare sprechi di risorse e incongruenze operative: Beveridge propone quindi l'attribuzione delle funzioni amministrative ad essi relative al Ministero della Protezione Sociale (da crearsi appositamente) e al Ministero della Salute Pubblica⁷⁵.

⁷² Si è soliti individuare nell'esperienza dei Paesi scandinavi, ed in particolare in quella svedese, i primi esempi di legislazione sociale di stampo universalistico; si ricorda a tale proposito l'introduzione in Svezia nel 1913 di uno schema di assicurazione obbligatoria che si proponeva di assicurare a tutti i cittadini di età superiore ai 67 anni una pensione minima, erogabile anche in assenza di contributi poiché finanziata tramite il prelievo fiscale generale (ed integrabile allo stesso modo fino al raggiungimento del minimo garantito, in caso di contributi non sufficienti). Questo schema previdenziale fu successivamente riformato a più riprese, nel 1937 e nel 1946, nel solco della cd. *Folkhempolitik* ("politica del focolare) socialdemocratica in una direzione ancor più marcatamente universalistica, giungendo all'introduzione di una pensione popolare finanziata quasi interamente attraverso il prelievo fiscale. F. Conti, G. Silei, *op. cit.*, pp. 63-64 e 95.

⁷³ Si compie in tal modo il percorso di evoluzione delineato da T. H. Marshall in *Cittadinanza e classe sociale*, *op. cit.*, con specifico riferimento al contesto inglese, che vede il riconoscimento dei diritti sociali (cd. diritti "di terza generazione") quale massima espressione del contenuto dello *status* di cittadinanza e come naturale evoluzione conseguente all'estensione alla totalità della popolazione dei diritti politici.

⁷⁴ I pilastri del piano, esplicitati con dovizia di particolari e precisione di analisi, soprattutto con riferimento ai costi attuativi, sono già espressi al par. 14 del *Rapporto*; cfr. W. Beveridge, *Alle origini del welfare state. Il Rapporto su Assicurazioni sociali e servizi assistenziali*, *op. cit.*, pag. 50.

⁷⁵ Cfr. il *Rapporto* al par. 30, punti 2 e 5; *ibidem*, pp. 61-62.

Memore della lezione appresa con la prima crisi economica mondiale del 1929, il piano delineato da Beveridge nella sua Relazione risulta fortemente innovativo, tanto con riferimento ai contenuti del medesimo, quanto in relazione alle modalità organizzative e all'ampio respiro temporale che esso intende assumere. Anche ad una prima lettura, è infatti agevole notare come il suo Autore proponga una serie di interventi finalizzati non ad ovviare in modo puntuale ed isolato agli "inconvenienti" economici della società moderna industrializzata⁷⁶, né tantomeno ad elargire limitate concessioni alle classi meno abbienti.

Qui si identifica un importante punto di rottura con la tradizione precedente degli interventi in materia sociale: individuati nella miseria, nella malattia, nell'ignoranza, nello squallore e nell'ozio i principali ostacoli "sul cammino della ricostruzione"⁷⁷, il disegno complessivo assume per la prima volta una connotazione programmatica di lungo periodo, assestandosi sull'ambizioso proposito di

"abolire il bisogno, assicurando a qualsiasi momento della vita ad ogni cittadino che voglia lavorare in misura della propria capacità un reddito sufficiente per far fronte alle responsabilità che gli incombono"⁷⁸

Una simile enunciazione può essere affrontata da un duplice punto di osservazione. Innanzitutto, è agevole comprendere come da essa emerga con chiarezza la nuova prospettiva nella quale si colloca il concetto di libertà. Ormai consapevole dell'insufficienza di una definizione meramente negativa di libertà, Beveridge le attribuisce il significato dinamico di vero e proprio "processo di liberazione"⁷⁹ che coinvolge tutte le categorie sociali, al quale lo Stato è tenuto a contribuire, guidandolo e favorendolo. Per questo la pianificazione degli interventi non deve in alcun modo essere assimilata ad una illegittima compressione della libertà individuale: anzi, talvolta, questa compressione risulta necessaria proprio in funzione del perseguimento di quel "benessere collettivo"⁸⁰ per il quale lo Stato *coopera*.

Proprio questo ruolo cooperativo dello Stato mette in luce l'ulteriore chiave di lettura del proposito beveridgeano. Recuperando la (mai abbandonata) tradizione individualista del *self help* e quell'intento *latu sensu* "educativo" proprio della tradizione assistenziale britannica, l'Autore identifica nella libertà individuale non tanto un attributo da eliminare, seppure in vista del raggiungimento di uno scopo superiore, quanto piuttosto

⁷⁶ F. Conti, G. Silei, *op. cit.*, p. 105.

⁷⁷ Par. 8 del *Rapporto*, *op. cit.*, p. 49.

⁷⁸ Par. 444 del *Rapporto*, *op. cit.*, p. 125.

⁷⁹ P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 4. L'età dei totalitarismi e della democrazia*, *op. cit.*, p. 426.

⁸⁰ Par. 9 del *Rapporto*, *op. cit.*, p. 49.

una sfera imprescindibile di autodeterminazione alla quale si ricollega la responsabilità del singolo per le scelte effettuate, nonché l'obbligo di provvedere personalmente ai propri bisogni. La "stretta cooperazione" tra Stato e individuo delinea i compiti spettanti a ciascuno di essi:

"lo Stato deve offrire protezione in cambio di servizi e contribuzioni, e nell'organizzazione di tale protezione lo Stato non deve soffocare né le ambizioni, né le occasioni, né le responsabilità; stabilendo pertanto un minimo di attività nazionale non deve però paralizzare le iniziative che portano l'individuo a provvedere più di quel dato minimo, per se stesso e per la propria famiglia⁸¹".

Per questo il piano Beveridge consente di affiancare all'assicurazione obbligatoria anche assicurazioni integrative che consentano di ottenere prestazioni e coperture supplementari, non previste dal sistema di erogazione pubblica. La lotta intrapresa dallo Stato per estirpare i mali che impediscono un pieno sviluppo della personalità di ciascun individuo non deve tradursi in egualitarismo, né nella spersonalizzazione dirigitica propria dei totalitarismi, dalla cui impostazione si intende con vigore prendere le debite distanze. Al tempo stesso, lo stato sociale non deve rischiare di scivolare nello "stato assistenziale", ma piuttosto porsi come vero e proprio *social service state*.

Il programma beveridgeano sarà concretizzato dal governo laburista, guidato dal Primo Ministro Clement Atlee, fra il 1945 e il 1949, con l'attuazione della riforma del sistema scolastico approvata dal precedente governo conservatore (*Education Act*), l'introduzione degli assegni familiari (*Family Allowances Act*), delle assicurazioni sociali (*National Insurance Act*) e della nuova legislazione sugli infortuni sul lavoro (*National Insurance Industrial Injuries Act*), con la costruzione del Sistema Sanitario Nazionale⁸² (*National Health Act*) e con ulteriore legislazione in materia assistenziale e di edilizia popolare. Il modello di *welfare universalistico* influenzerà fortemente la costruzione dello stato sociale, non solo europeo, ponendosi come solida alternativa in grado di competere con il modello di *welfare contributivo-corporativo* di impronta bismarckiana allora dominante.

⁸¹ *Ivi.*

⁸² Si ricorda in proposito che la costruzione del sistema sanitario nazionale inglese (NHS) fu ispirata essenzialmente all'esperienza della Nuova Zelanda, che con il *Social Security Act* del 1938 istituì il primo sistema sanitario nazionale di stampo universalistico finanziato sulla fiscalità generale, al quale potevano avere accesso tutti i cittadini.

2.2.3. Tre esempi dal panorama costituzionale europeo del secondo dopoguerra.

La metà del secolo rappresenta quindi un vero e proprio “punto di non ritorno” nel percorso di elaborazione dei diritti sociali. Da questo momento in poi, tutte le esperienze costituenti contemporanee, anche geograficamente lontane da quelle europee, si troveranno ad affrontare le complessità di questo tema ed in particolare ad interrogarsi sull’opportunità della costituzionalizzazione di tale categoria di diritti. Le risposte saranno fra loro molto diverse, talvolta volutamente vaghe, spesso, comunque, non definitive.

Così, ad esempio, il Preambolo alla Costituzione francese del 1946, oltre a richiamare i diritti di libertà e i diritti politici già consacrati nella Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789, *proclama* anche il diritto al lavoro (par. 5) ed alcuni diritti connessi, come il diritto ad aderire a rappresentanze sindacali (par. 6) o il diritto di sciopero (par. 7); si impegna a tutelare la salute, specialmente degli appartenenti a quei settori della popolazione soggetti a maggiori rischi e a erogare ad essi la necessaria assistenza (par. 11); garantisce a bambini e adulti “formazione professionale e cultura” e un’istruzione “pubblica, gratuita e laica” (par. 13). Con una evidente presa di posizione in merito alla loro effettiva vincolatività, essi sono tuttavia definiti semplici “principi politici, economici e sociali”, sebbene “particolarmente necessari nell’epoca attuale⁸³”. La giustiziabilità dei “principi” appena citati è inoltre esclusa dalla previsione dell’art. 92 della Costituzione del 1946, che proibisce ogni controllo di conformità della legge alle statuizioni del Preambolo⁸⁴.

⁸³ M. Calamo Specchia, *Costituzione della Repubblica Francese* (trad. it.), in G. Cerrina Feroni, T. E. Frosini, A. Torre (a cura di), *Codice delle Costituzioni, Vol. I*, Giappichelli, 2009, pp. 80 ss..

⁸⁴ Esso sarà successivamente incluso nella Costituzione della V Repubblica (1958), che, com’è noto, istituirà anche il Conseil Constitutionnel e il primo - diffidente - meccanismo di *judicial review of legislation* della storia costituzionale francese. La vera e propria costituzionalizzazione dei diritti sociali in Francia avverrà soltanto con la fondamentale sentenza del Conseil Constitutionnel n. 44 del 16 luglio 1971, attraverso la quale anche il Preambolo alla Costituzione del 1946 viene incluso all’interno di quel *bloc de constitutionnalité* destinato a fungere da parametro per il controllo di costituzionalità delle leggi. Dopo tale data e pur a seguito di molte sentenze che hanno consolidato un orientamento inclusivo dei diritti sociali all’interno del *bloc de constitutionnalité*, il dibattito sull’efficacia giuridica dei “principi politici, economici e sociali” è comunque proseguito, relativamente alla possibilità di stabilire una gerarchia fondata sull’intensità della forza vincolante delle proposizioni che li affermano. Si veda a riguardo L. Imarisio, *Norme costituzionali programmatiche e tutela dei diritti sociali: alcune riflessioni sulle esperienze italiana e francese*, in Associazione Italiana di Diritto Comparato, *I diritti fondamentali in Europa. XV colloquio biennale, Messina-Taormina, 31 maggio-2 giugno 2002*, Giuffrè, 2002, pp. 573 ss.. Oggi, a seguito della riforma costituzionale del 2008, il dibattito pare essersi rinnovato, alla luce dell’art. 61-1 Cost., che ha introdotto la questione prioritaria di costituzionalità. Mancando alla dottrina francese un’elaborazione del concetto di libertà *positiva*, ed essendo quindi la libertà concepita unicamente come *negativa* (in senso classico), il riferimento a “droits e libertés” in esso inserito è stato dunque finalizzato ad inserire definitivamente fra i parametri del giudizio (e quindi all’interno del blocco

Il Costituente italiano affronta invece il tema con maggior dettaglio, delineando un quadro complesso e variegato di diritti sociali che si snodano a partire dalle premesse fondamentali degli artt. 2 e 3 Cost., lungo un'ampia serie di articoli, distribuiti in tutta la Parte Prima della Carta Fondamentale, ed in particolare nei Titoli II e III, dedicati ai *Rapporti etico-sociali* e ai *Rapporti economici*. Intendendo riservare ampio spazio alla trattazione dell'esperienza italiana nel prosieguo di questo lavoro, si ritiene però opportuno evidenziare sin da adesso che, rispetto alle costituzioni sue coeve, e anche a paragone di alcune delle costituzioni successive, quella italiana propone una classificazione dei diritti sociali incentrata sulla *persona* e sul criterio del *legame sociale* che essa intrattiene ed attraverso il quale si esprime: famiglia, scuola, lavoro, ambiente di vita personale e collettivo⁸⁵.

Una scelta ancora diversa è operata dalla Costituzione tedesca (1949) che, memore del precedente weimariano e in controtendenza rispetto alla coeva scelta italiana, si occupa solo indirettamente dei diritti sociali, definendo la Repubblica Federale di Germania, all'art. 20 del *Grundgesetz*, “uno Stato federale, democratico e sociale (*Sozialstaat*)⁸⁶”. Sebbene le Costituzioni dei Länder già garantiscano alcuni diritti sociali, il *Grundgesetz* (GG) preferisce una enunciazione di principio, ampiamente compromissoria⁸⁷, in buona parte dovuta anche alle complessità di una ricostruzione teorica dei diritti sociali, con le quali la scienza giuridica tedesca si è costantemente confrontata. Oltre alla complessità del dibattito sull'argomento, contribuì ad una simile soluzione anche la convinzione che il GG fosse destinato ad essere sostituito al momento della riunificazione della Repubblica Federale con la Repubblica Democratica e che dunque la discussione sull'inserimento o meno in Costituzione di un catalogo di

di costituzionalità) anche i diritti sociali. Tale impostazione si scontra però con una lettura, ormai consolidata, che vorrebbe i diritti sociali meri “obiettivi di valore costituzionale”, dai connotati essenzialmente programmatici. A riguardo, si veda M. Cavino, *L'eccezione di incostituzionalità delle leggi*, in M. Cavino, A. Di Giovine, E. Grosso (a cura di), *La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, Giappichelli, 2010, pp. 131-133.

⁸⁵ A. Baldassarre, *Diritti sociali*, cit., p.14.

⁸⁶ Cfr. G. Cerrina Feroni, *Legge fondamentale della Repubblica Federale di Germania* (trad. it.), in *Costituzione della Repubblica Francese*, in G. Cerrina Feroni, T. E. Frosini, A. Torre (a cura di), *Codice delle Costituzioni*, Vol. I, op. cit., pp. 123 ss.. Parte della dottrina tedesca ha inoltre annoverato, fra i veri e propri diritti sociali, anche il diritto di ogni madre alla protezione e all'assistenza della comunità (art. 6 par. IV GG), il diritto dei figli naturali alle stesse possibilità di sviluppo e lo stesso status sociale dei figli legittimi (art. 6 par. V GG), e i diritti di uguaglianza di cui all'art. 3 GG; cfr. W. Schmidt, *I diritti fondamentali sociali nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 1981, p. 786 (nota 1).

⁸⁷ S. G. Koutnatzis, *Social rights as a constitutional compromise: lessons from comparative experience*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 44, no. 75, (2005-2006), pp.113-116.

diritti sociali dovesse essere rimandata a quel futuro momento⁸⁸. L'individuazione della reale portata dell'art. 20 GG è stata quindi sostanzialmente demandata alla dottrina e, in particolar modo, alla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*. Il tribunale costituzionale tedesco si è dunque a più riprese impegnato a favore di un'interpretazione estensiva della norma, al cui contenuto ha attribuito nel tempo varie gradazioni di vincolatività e diverse qualificazioni giuridiche. Tale risultato è stato raggiunto in particolar modo sfruttando la "funzione procedurale di collettore" dell'art. 2 par. 1 GG (diritto al libero sviluppo della propria personalità), soprattutto con riferimento al ricorso costituzionale individuale, ed ancorando alcuni "classici" diritti di libertà al principio sociale⁸⁹, derivando così un'ampia serie di obblighi per lo Stato e di diritti a specifiche prestazioni a favore dei cittadini⁹⁰.

2.2.4. *Gioco di specchi: il dibattito internazionale sui diritti sociali.*

Per completare il quadro fin qui delineato, occorre ricordare che attorno alla metà degli anni '40, in contemporanea con i dibattiti costituenti nazionali, si assiste altresì allo svolgimento dei negoziati internazionali incentrati innanzitutto sulla costruzione dell'organismo che andrà a sostituire la defunta Società delle Nazioni e, successivamente, sulla redazione di un nuovo documento che consacri il valore ultranazionale dei diritti fondamentali. La nascita delle Nazioni Unite e la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani rappresentano i frutti tangibili, sebbene non privi di aspetti controversi, di un simile processo. Di esso, saranno analizzati in questa sede punti di maggior rilevanza con specifico riguardo al percorso dei diritti sociali nel XX secolo.

In primo luogo, è appena il caso di segnalare che, al momento dell'approvazione della Carta delle Nazioni Unite, si preferì non incorporarvi una dichiarazione che enunciasse i diritti fondamentali, ma piuttosto rimandarne la stesura ad un momento successivo al fine di meglio valutarne contenuto ed efficacia. Con ciò, si dava seguito alla posizione ormai condivisa dalle principali potenze vincitrici della Seconda Guerra Mondiale. Gran Bretagna e Unione Sovietica si erano infatti fin da subito schierate contro l'inclusione di tale documento nella Carta, la prima temendo le possibili rivendicazioni che sarebbero potute nascere all'interno del suo impero coloniale, la

⁸⁸ G. Ritter, *op. cit.*, pp. 155-156.

⁸⁹ W. Schmidt, *cit.*, p. 799.

⁹⁰ S. G. Koutnatzis, *cit.*, pp. 117 ss.

seconda non riuscendo a superare la contraddizione fra il riconoscimento internazionale dei diritti umani e le evidenti violazioni perpetrate a riguardo dalle pratiche del governo stalinista. D'altro canto, l'idea di incorporare una dichiarazione dei diritti all'interno della Carta delle Nazioni Unite, se da un lato aveva incontrato il favore di molti Paesi, fra cui in primo luogo quelli dell'area latinoamericana, era stata abbandonata da tempo anche dagli Stati Uniti, che, complice l'affievolimento della spinta rooseveltiana⁹¹, si erano ormai risolti a difendere la necessità che essa seguisse l'approvazione della *Charter*, come il Bill of Rights aveva seguito nel 1791 l'approvazione della Costituzione del 1787⁹². La maggior resistenza all'introduzione della dichiarazione dei diritti era comunque da ricercarsi nella riluttanza delle potenze considerate ad instaurare meccanismi di controllo che potessero in qualsiasi modo erodere la sovranità nazionale in relazione al rapporto intercorrente tra ciascuno Stato e i suoi cittadini⁹³.

Su queste premesse, all'indomani dell'approvazione della Carta ONU⁹⁴, prendono dunque avvio le consultazioni per la stesura del nuovo documento; a testimonianza di quanto appena detto, esse paiono immediatamente arenarsi sul punto del grado di vincolatività che questo dovrebbe avere. Scartate quasi per inerzia le possibilità di redigere una vera e propria convenzione internazionale o di dar vita ad un'istituzione finalizzata alla protezione e all'attuazione dei diritti umani, si procede così all'elaborazione di una semplice *dichiarazione*, quantomeno moralmente vincolante per gli Stati membri dell'Assemblea Generale.

E' ben presto chiaro che la presunzione di un consenso unanime sull'individuazione di quali siano i diritti umani è destinata a cadere. Nel corso della sua stesura, tra il 1946 e il 1948, proprio l'inclusione dei diritti economici e sociali in quella che diventerà la *Dichiarazione Universale dei diritti umani* è uno dei punti di maggior attrito fra i due blocchi contrapposti, rappresentati dai Paesi occidentali e dai Paesi socialisti. E' facile riconoscere nel dibattito alcuni tratti emersi anche nei diversi confronti nazionali. Mentre infatti i Paesi occidentali propongono un'impostazione di classica matrice giusnaturalistica (seppur temperata dal riconoscimento dell'esistenza di gruppi sociali

⁹¹ Cfr. *retro*, nota 68.

⁹² S. Waltz, *Reclaiming and rebuilding the history of the Universal Declaration of Human Rights*, in *Third World Quarterly*, Vol. 23, n. 3 (Jun., 2002), p. 440; M. G. Johnson, J. Symondes, *The Universal Declaration of Human Rights. A history of its creation and implementation, 1948-1998*, Unesco Publishing, 1998, p. 29.

⁹³ A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Laterza, 2009, p. 31.

⁹⁴ Che contiene comunque sette riferimenti ai "diritti umani", senza però che di essi si specifichi il contenuto, né che si imponga agli Stati il dovere di proteggerli e garantirli, ma piuttosto il ben più flebile (e *programmatico*!) compito di promuoverli ed incoraggiarli; M. G. Johnson, J. Symondes, *op. cit.*, p. 31.

intermedi fra l'individuo e lo Stato), i secondi insistono per il necessario inserimento nel documento internazionale anche dei diritti economici e sociali, che ritengono sistematicamente negati o comunque non sufficientemente attuati dai Paesi del blocco occidentale⁹⁵. Un forte sostegno all'introduzione dei diritti economici e sociali nella Dichiarazione viene inoltre dai Paesi dell'America Latina e da alcuni Paesi del Medio Oriente⁹⁶. La posizione dei Paesi dello schieramento socialista è in un certo qual modo viziata da un'ostentata convinzione che tutti i diritti contenuti nella Dichiarazione siano già ampiamente attuati nei sistemi appartenenti a tale blocco e che la vera precondizione per il godimento dei diritti civili e politici sia l'uguaglianza effettiva nell'accesso alle risorse economiche. I Paesi occidentali, forse a causa del maggior peso politico esercitato dagli Stati Uniti, relegano in posizione decisamente subordinata quella concezione di libertà *positiva*⁹⁷ che era invece in discussione all'epoca in molte esperienze costituenti europee.

Comunque sia, nella versione definitiva della Dichiarazione saranno inclusi alla fine anche i principali diritti economici e sociali, quali quelli all'assistenza sociale, al lavoro, alla salute, all'istruzione, nonché alla libera partecipazione alla vita culturale del proprio Paese⁹⁸, sebbene la formulazione vaga dei relativi articoli risenta dei difficili compromessi raggiunti e della delicatezza delle singole questioni affrontate⁹⁹. Tuttavia, aver rinunciato a conferire al documento l'efficacia giuridicamente vincolante propria di un trattato internazionale comporta automaticamente, senza per questo sminuirne la portata innovativa e il valore morale e politico, un "declassamento" della Dichiarazione a mera statuizione solenne dai connotati programmatici.

Le divergenze segnalate e la difficoltà di mediare sulle opposte visioni analizzate, giustificheranno in seguito l'adozione di *due* distinte Convenzioni internazionali a maggior specificazione della Dichiarazione Universale del 1948, la *Convenzione internazionale sui diritti civili e politici* e la *Convenzione internazionale sui diritti*

⁹⁵ A. Cassese, *op. cit.*, pp. 38-39. La Costituzione dell'URSS del 1936 fu la prima delle costituzioni sovietiche a riconoscere (almeno formalmente) una serie di diritti economici e sociali (ad es., diritto all'istruzione, diritto all'assistenza in caso di vecchiaia, malattia, inabilità al lavoro) che andavano ad affiancarsi alla proclamazione di alcune libertà tradizionali, come quella di manifestazione del pensiero, di culto e di coscienza, e alla garanzie individuali; cfr. Cap. X, Cost. URSS 1936, consultabile in traduzione italiana alla pagina web http://www.dircost.unito.it/cs/pdf/19361205_urssCostituzione_ita.pdf.

⁹⁶ S. Waltz, *cit.*, p. 444.

⁹⁷ A. Cassese, *op. cit.*, pp. 34-35; M. G. Johnson, J. Symondes, *op. cit.*, pp. 43-44.

⁹⁸ Artt. 23-27 Dichiarazione Universale dei Diritti Umani. Testo consultabile alla pagina web <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>.

⁹⁹ M. G. Johnson, J. Symondes, *op. cit.*, pp. 54-55 per una sintetica analisi delle difficoltà relative alla formulazione degli artt. relativi ai diritti sindacali e ad una retribuzione adeguata.

economici, sociali e culturali, entrambe approvate nel 1966 e successivamente aperte alla ratifica, per alcuni Stati (significativamente) anche disgiunta¹⁰⁰. Secondo A. Cassese¹⁰¹, proprio la ritenuta diversità strutturale fra diritti civili e politici e diritti sociali ed economici può contribuire a spiegare l'assenza di meccanismi di controllo e tutela a favore di questi ultimi, per i quali è prevista la sola procedura di *reporting* periodico da parte degli Stati che abbiano ratificato la convenzione¹⁰² e non anche la possibilità di un ricorso individuale ad un apposito *Committee* come nel caso di violazione dei primi¹⁰³.

Sebbene frutto di ampi compromessi ideologici, i tre documenti internazionali qui ricordati continueranno ad esercitare una notevole influenza sull'elaborazione delle carte costituzionali nel corso di tutta la seconda metà del '900, in Europa come nel resto del mondo, contribuendo ad ampliare il novero dei diritti da esse protetti. E' infatti indubbio che essi abbiano contribuito ad accelerare su scala mondiale quella moderna "moltiplicazione per specificazione" dei diritti fondamentali di cui parla diffusamente Norberto Bobbio¹⁰⁴, conseguente al processo di "concretizzazione" dell'individuo iniziato all'indomani della Prima Guerra Mondiale e proseguito, con alterne vicende, per tutto il XX secolo.

2.2.5. Interpretare una nuova categoria.

Le soluzioni che le costituzioni nazionali adottano in materia di diritti sociali sono dunque estremamente diversificate, rappresentando ciascuna di esse il risultato del clima politico e delle premesse storiche propri di ciascuna esperienza costituente. Se pur con diversa intensità, i vari documenti costituzionali sembrano comunque orientarsi verso un certo grado di riconoscimento di tali diritti, almeno *proclamando* le finalità che il nuovo Stato costituzionale di diritto intende perseguire. Le aperture del Costituente,

¹⁰⁰ Gli Stati Uniti, ad es., hanno ratificato la ICCPR, ma non la ICESCR, solo firmata nel 1977 sotto l'amministrazione del Presidente Carter.

http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en

¹⁰¹ *Op. cit.*, p. 43.

¹⁰² Artt. 16-25 ICESCR; testo consultabile alla pagina web <http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm>

¹⁰³ Artt. 41-42 ICCPR; testo consultabile alla pagina web <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>

¹⁰⁴ Cfr. N. Bobbio, *Diritti dell'uomo e società*, in *Id., L'età dei diritti*, Einaudi, 2009, pp. 66 ss.. L'Autore sottolinea come essa prenda avvio dal momento in cui "[...] l'uomo stesso non è più stato considerato come ente generico, o uomo in astratto, ma è stato visto nella specificità o nella concretezza delle sue diverse maniere di essere nella società" (p. 67). Non è un caso che la valorizzazione delle differenze, connessa alla sempre più rapida evoluzione della società, abbia come sua prima tappa fondamentale proprio il riconoscimento dei diritti sociali (pp. 69-72).

sebbene in molti casi piuttosto prudenti, non incontrano tuttavia elaborazioni sufficientemente coraggiose da parte della dottrina, che anzi spesso, con la propria cautela interpretativa finisce per condizionare sotto molteplici aspetti il dibattito successivo in materia di diritti sociali.

Infatti, se da un lato il confronto politico parlamentare contribuisce talvolta alla formulazione di enunciazioni dotate di una forte spinta progressista¹⁰⁵, proprio la dottrina appare invece estremamente restia a sovvertire i propri collaudatissimi canoni ermeneutici fondati sullo strumentario liberale, proponendo a lungo interpretazioni notevolmente restrittive anche di quelle disposizioni costituzionali che potrebbero prestarsi a soluzioni più innovative.

In primo luogo, si ripropongono, solo leggermente aggiornate, le teorie già avanzate in epoca weimariana e, sull'antico postulato di una irrisolvibile antinomia fra libertà ed uguaglianza, si nega qualunque valore normativo alle disposizioni relative ai diritti sociali. Alcune ricostruzioni rimangono ancorate alla tradizione jellinekiana dei diritti pubblici soggettivi: i diritti sociali sarebbero dunque pretese "autorizzate" del cittadino a determinate prestazioni, che lo Stato *concede* mediante una propria autolimitazione, e che trovano il loro fondamento in un rapporto di dipendenza del primo rispetto al secondo¹⁰⁶.

Secondo altre interpretazioni, ai diritti sociali dev'esse invece applicato il vecchio schema dei diritti legali: essi sono così relegati al ruolo di meri *principi programmatici*, che spetta al legislatore tradurre in previsioni *concretamente* applicabili¹⁰⁷. Come già aveva affermato Carl Schmitt in riferimento alle previsioni contenute nella Costituzione di Weimar¹⁰⁸, i diritti sociali sono infatti diritti non assoluti, bensì *condizionati*. Diversamente dai diritti di libertà, che si "autorealizzano" per il solo fatto di sostanzarsi in un limite all'attività dei pubblici poteri, essi dipenderebbero innanzitutto dall'iniziativa del legislatore, tenuto a darvi attuazione secondo la propria discrezionalità e comunque senza che da enunciazioni prive di una reale precettività derivino per lui vincoli di qualsivoglia natura. Inoltre, proprio il fatto che i diritti sociali sono comunemente ritenuti soltanto diritti "a prestazioni" (assistenziali, previdenziali, mediche, ecc...), mette in luce ben presto un possibile ulteriore condizionamento alla

¹⁰⁵ Si pensi qui al caso italiano, del quale si tratterà diffusamente nel par. 2.1 del presente capitolo.

¹⁰⁶ P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 3. La civiltà liberale*, op. cit., p. 187; A. Baldassarre, *Diritti sociali*, cit., p. 5; A. Baldassarre, *Diritti pubblici soggettivi*, cit., p. 12.

¹⁰⁷ A. Baldassarre, *Diritti sociali*, cit., p. 4.

¹⁰⁸ P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 4. L'età dei totalitarismi e della democrazia*, op. cit., p. 60.

loro attuazione, che sarebbe subordinata alla effettività disponibilità delle risorse esistenti e concretamente destinabili all'erogazione delle prestazioni in questione.

Un'elaborazione dottrinale, di matrice tutta italiana, tenterà ben presto di superare l'ostacolo della presunta programmaticità delle cosiddette "disposizioni di principio" contenute nella Costituzione. Vezio Crisafulli affermerà infatti che esse sono in realtà non mere enunciazioni rivolte ad un ipotetico o lontano futuro, ma piuttosto vere e proprie norme giuridiche dotate di *immediata precettività*, dirette non a tutti i soggetti dell'ordinamento, quanto piuttosto

“[...] agli organi dello Stato, ed anzitutto, con certezza, *almeno* agli organi legislativi¹⁰⁹”.

La piena ed immediata normatività delle disposizioni costituzionali relative ai diritti sociali fatica ad essere accettata anche in ambito tedesco.

Scettico in merito alla possibilità di fondere stato di diritto e stato sociale è innanzitutto Ernst Forsthoff, che nega con decisione la possibilità di raggiungere un compromesso tra due manifestazioni costituzionali irrimediabilmente antitetiche. Ritenendo chiara l'opzione del GG a favore dello stato di diritto (art. 20 par. 3), egli sostiene infatti che introdurre all'interno di una costituzione direttive di natura sociale, storicamente determinate e per loro intrinseca natura mutevoli, sottoforma di norme generali ed astratte immediatamente vigenti, non considerando la gradualità necessaria alla loro attuazione né la differenziazione che la accompagna, comporta una vera e propria "perturbazione nello stato di diritto". La natura dei diritti sociali è infatti ben diversa da quella dei diritti di libertà: non senza echi jellinekiani, Forsthoff afferma infatti che

[a] differenza dei diritti di libertà, i diritti di partecipazione [quali appunto i diritti sociali] non hanno una dimensione fissa, regolabile a priori. [...]. La determinazione di questi limiti deve essere riservata alla legislazione e all'amministrazione che esegue la legge. Perciò diritti sociali come il diritto al lavoro, all'assistenza, alla istruzione, alla formazione professionale e all'insegnamento, alla tutela della famiglia, della maternità e della gioventù non possono essere contenuti in una norma astratta pronta per l'esecuzione¹¹⁰”.

E' dunque la legge ordinaria, cardine dello stato di diritto, la fonte più adeguata per scendere nel dettaglio ed occuparsi concretamente della dimensione sociale, che è (e deve rimanere) estranea alla costituzione.

¹⁰⁹ Corsivo dell'Autore; V. Crisafulli, *Efficacia delle norme costituzionali «programmatiche»*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I (1951), n. 2, p. 358. Sulle ricostruzioni dottrinali italiane si avrà modo di tornare ampiamente nel Capitolo 2.

¹¹⁰ E. Forsthoff, *Concetto e natura dello stato sociale di diritto*, in Id., *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, 1973, p. 47.

Ricorda invece, per certi versi, il tentativo di mediazione compiuto da Crisafulli l'interpretazione di Böckenförde, secondo il quale i diritti sociali, pur essendo perfettamente compatibili con i principi dello Stato democratico di diritto,

“non possono assumere il carattere di diritti fondamentali in senso proprio [poiché essi] si rivolgono, con validità immediata, agli organi statali preposti alla legislazione e all'amministrazione obbligandoli all'adempimento del compito [altrove definito “costituzionale”] che contengono¹¹¹”.

La forte diffidenza espressa da altra parte della dottrina muove invece dal timore, per così dire “classico”, e per certi versi giustificato dagli esiti delle recenti esperienze totalitarie, che il riconoscimento in Costituzione dei diritti sociali rappresenti le premesse di un livellamento egualitario e di un assorbimento della sfera personale all'interno delle strutture totalizzanti dello Stato.

Le reazioni descritte mostrano come la dottrina prevalente riscontri un duplice profilo di incompatibilità relativo alla nuova categoria di diritti. La costituzionalizzazione di una pretesa diretta ad ottenere specifiche prestazioni da parte dei pubblici poteri, in funzione del raggiungimento della “libertà dal bisogno” e di una più piena partecipazione sociale e capacità di autorealizzazione, non può che confliggere con i classici diritti di libertà intesa nella sua più tradizionale accezione “negativa”. Non solo: proprio l'attribuzione allo Stato di un ruolo attivo all'interno della rete dei rapporti economici e sociali e di compiti “positivi” che vadano per loro stessa natura ad incidere sulla sacra sfera delle libertà individuali genera il sospetto di una pericolosa virata nella direzione di una progressiva spersonalizzazione dei cittadini.

Mantenendo l'impostazione radicata dello statualismo ottocentesco, la dottrina dell'epoca contrappone ai diritti *individuali* di libertà i diritti sociali, e li costruisce come posizioni giuridiche *dis-individualizzanti*, pertanto non coniugabili con l'impianto di garanzie proprio di uno Stato democratico.

Riprendendo però il filo del discorso intrapreso nel paragrafo 2.2.1, si può in realtà affermare che i diritti sociali, proprio perché elaborati e *calibrati* in relazione ai bisogni individuali¹¹², sono coesenziali alle nozioni di libertà ed uguaglianza che sorreggono lo

¹¹¹ E. W. Böckenförde, *I diritti sociali fondamentali nella struttura della Costituzione*, in *Stato, Costituzione, Democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, a cura di M. Nicoletti e O. Brino, Giuffrè, 2006, pp. 199 e 203.

¹¹² E' emblematica a riguardo la risposta di Mazziotti all'obiezione secondo la quale i diritti sociali sarebbero “diritti di gruppo” collegati con l'appartenenza dei singoli a particolari “collettività”: “Ora non si vede perché un diritto che considera l'individuo in concreto debba essere ritenuto meno individualista di un diritto che lo considera in astratto e perché non debba essere ritenuto invece come manifestazione caratteristica della presente evoluzione sociale, che ha per fondamento «l'idea della vita dell'individuo come valore centrale del mondo pratico»; M. Mazziotti, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol.

Stato costituzionale. E' questo il cambio di prospettiva che gli interpreti a lungo hanno tardato a compiere. Se infatti la libertà è ormai intesa nell'accezione positiva di piena espressione delle potenzialità proprie di ciascun individuo, e la nozione di uguaglianza meramente formale è affiancata da un'uguaglianza sostanziale che postula inevitabilmente l'intervento pubblico finalizzato alla sua realizzazione¹¹³, ben si comprende come i diritti sociali siano perfettamente coerenti con l'ordinamento costituzionale democratico e con i suoi scopi, e come anzi essi siano per quest'ultimo persino necessari. Una mera "uguaglianza come equiparazione" costituirebbe "un criterio ingiusto in quanto conferma della disuguaglianza reale"¹¹⁴.

Come si vedrà nel prossimo paragrafo, il ruolo *naturalmente attivo* che a questo punto assumono i pubblici poteri nella promozione e protezione di *tutti* i diritti fondamentali ("di libertà" o "sociali" che siano) in funzione della garanzia della libertà positiva dell'individuo, finisce per minare alla radice anche l'ulteriore obiezione secondo la quale i (soli) diritti sociali sarebbero diritti condizionati tanto dall'effettivo intervento statale quanto dalle risorse economiche esistenti¹¹⁵.

Naturalmente, rimane poi da affrontare l'ulteriore rilievo critico rappresentato dal controllo di costituzionalità sull'effettiva attuazione dei diritti sociali da parte del legislatore, al quale proprio la concezione di essi come diritti economicamente condizionati apporta un significativo contributo. Oltre a mettere in luce la limitata

XII, Giuffrè, 1964, p. 805. In tal senso anche N. Bobbio, quando afferma che un diritto sociale "è riconosciuto e protetto non solo nell'interesse primario dell'individuo, ma anche nell'interesse generale della società di cui l'individuo fa parte"; cfr. N. Bobbio, *Sui diritti sociali*, cit., p. 123. Lo stesso punto di vista è adottato, con specifico riferimento al diritto alla salute, in L. Carlassare, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. L'ordinamento sanitario. I. L'amministrazione sanitaria* (a cura di R. Alessi), Neri Pozza Editore, 1967, pp. 105-118. L'argomento sarà approfondito nel successivo cap. 2.

¹¹³ Cfr. qui la felice espressione di G. Peces-Barba Martínez, secondo il quale lo "scopo" dei diritti sociali è stato proprio il raggiungimento "dell'uguaglianza attraverso il soddisfacimento dei bisogni"; G. Peces-Barba Martínez, *Diritti sociali: origini e concetto* (trad. it. di A. Greppi), in *Sociologia del diritto*, 27, 2000, p. 42.

¹¹⁴ *Ibidem*, p.48.

¹¹⁵ M. Mazziotti, *Diritti sociali*, cit., p. 806; R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, n. 14, 2000, pp. 15-24, in particolare pp. 20-21; è proprio a partire dall'identificazione delle molte caratteristiche sostanzialmente comuni tanto ai diritti di libertà quanto a quelli sociali, che l'Autore ritiene non giustificata la tradizionale classificazione dei diritti in "generazioni". Con specifico riferimento alla natura esclusivamente pubblica dell'intervento necessario alla piena realizzazione dei diritti sociali, si veda, ancora una volta, M. Luciani, *Sui diritti sociali*, cit., pp. 122 ss., che sottolinea la necessaria compartecipazione di pubblico e privato nell'erogazione delle prestazioni inerenti ai diritti sociali, in forza della convivenza (almeno nel sistema italiano) del principio sociale con quello di libera iniziativa economica; I. Trujillo Pérez, *La questione dei diritti sociali*, in *Ragion Pratica*, n. 14, 2000, pp. 43-63, in cui si nota la differenza tra *Stato assistenziale*, in cui l'erogazione delle prestazioni connesse ai diritti sociali è rimessa esclusivamente allo Stato, e *Stato sociale*, che postula la presenza dei diritti sociali tra i principi fondamentali sui quali uno stato si regge, ma non affida l'attuazione di essi ai soli pubblici poteri (p. 50).

giustiziabilità dei diritti sociali, nella maggior parte dei casi motivata con l'assenza di meccanismi atti a sanzionare l'omissione del legislatore, parte della dottrina ha fin da subito evidenziato le problematiche connesse al possibile intervento di un organo privo di legittimazione popolare diretta¹¹⁶, come una corte *ad hoc* o una corte di vertice incaricate di svolgere il controllo di costituzionalità delle leggi, in merito alla decisione del legislatore relativa alla allocazione concreta delle risorse disponibili.

Si vedrà in seguito con specifico riferimento al contesto italiano e spagnolo che proprio queste ultime sono le critiche mosse con maggior forza e tenacia nei confronti dei diritti sociali da parte della dottrina, della giurisprudenza, ma anche dai legislatori che si troveranno a dare concreta esecuzione alle previsioni costituzionali, a costruire, e di volta in volta modificare, l'apparato amministrativo necessario alla loro piena realizzazione.

Per adesso, ciò che qui preme sottolineare è che i diritti sociali, pur con le difficoltà di formulazione e di interpretazione appena viste, sono ormai entrati a far parte a tutti gli effetti del patrimonio e del dibattito costituzionale contemporaneo. A quasi cento anni dal controverso esperimento weimariano, è particolarmente significativo infatti che in Europa come altrove pressoché ogni esperienza costituente, a partire dal secondo dopoguerra, si sia confrontata con l'opportunità dell'inserimento di tali diritti nelle nuove Carte Fondamentali e abbia optato a favore di tale scelta, anche per marcare una netta contrapposizione con il proprio passato.

Per quanto riguarda il contesto europeo, l'esempio più significativo di ciò è rappresentato dalle costituzioni di Portogallo (1976) e Spagna (1978). Entrambe affermano, seppure con formule differenti¹¹⁷, la natura "sociale" del nuovo Stato democratico, provvedendo poi ad elencare numerosi diritti sociali, economici e culturali; così facendo, esprimono, fra l'altro, un'attenzione crescente a nuove categorie di soggetti deboli (ad es., i consumatori o gli anziani), nel solco di quel processo di

¹¹⁶ In questo aspetto, l'obiezione appena descritta è riconducibile al più classico degli argomenti contro la giustizia costituzionale *per se*, definito appunto *countermajoritarian difficulty*; cfr. A. M. Bickel, *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*, The Bobbs-Merrill Company, 1962.

¹¹⁷ Cfr. art. 1 Cost. spagnola ("España se constituye en un Estado social y democrático de derecho [...]") e art. 2 ("A República Portuguesa é um Estado de direito democrático [...] visando a realização da democracia económica, social e cultural [...]") e 9 lett. d ("São tarefas fundamentais do Estado: [...] d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais") Cost. portoghese. Il caso spagnolo sarà approfondito al par. 2 del presente capitolo. Per il caso portoghese, J. J. Gomes Canotilho, *Il diritto costituzionale portoghese*, Giappichelli, 2006, pp. 49-51. La Costituzione portoghese è consultabile alla pagina web <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>.

concretizzazione dell'individuo più volte ricordato. Tuttavia, a testimonianza delle specificità che ancora si attribuiscono ai diritti sociali, in entrambe le carte costituzionali essi sono oggetto di un regime giuridico di protezione e di giustiziabilità differenziato rispetto ai diritti di libertà¹¹⁸.

Tuttavia, è altresì significativo che anche esperienze caratterizzate da un forte impianto liberale abbiano provveduto ad aggiornare la propria Costituzione, inserendovi disposizioni che riconoscono e garantiscono i diritti sociali. A tale proposito, si ricorda da ultimo la riforma costituzionale belga del 1994, che ha introdotto nella Carta Fondamentale del 1831 (a suo tempo principale fonte di ispirazione per lo Statuto Albertino) il diritto al lavoro, ad un'equa retribuzione, alla consultazione sindacale e alla contrattazione collettiva, il diritto alla sicurezza e all'assistenza sociale, alla tutela della salute, ad un ambiente salubre e all'assistenza medica, allo sviluppo culturale e sociale¹¹⁹, nonché il diritto all'istruzione gratuita fino al termine dell'obbligo scolastico¹²⁰.

2.3. *Contenuto e caratteristiche dei diritti sociali: tentativo di una definizione in positivo.*

Ripercorso brevemente il processo storico di inserimento ed affermazione dei diritti sociali nelle vicende del costituzionalismo moderno e contemporaneo, ed evidenziate le principali difficoltà da essi incontrate nel confronto costante con i diritti di libertà, può essere utile spendere alcune considerazioni di sintesi in merito al loro contenuto tipico e ai tratti essenziali che li caratterizzano.

L'approccio più risalente al tema identifica il *contenuto specifico* delle eterogenee posizioni soggettive riconducibili alla categoria in oggetto nella *pretesa ad una*

¹¹⁸ Cfr. art. 53.3 Cost. spagnola (“El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero [ovvero i “principi direttivi della politica sociale ed economica”, tra cui, ad es., il diritto alla salute e all'assistenza sociale] informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”) e art. art. 17 Cost. portoghese (“O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II [ovvero ai “diritti, libertà e garanzie” in esso contenuti, e non ai “diritti e doveri economici, sociali e culturali” del Titolo III] e aos direitos fundamentais de natureza análoga”). Il regime giuridico a protezione dei “diritti, libertà e garanzie” è dettato dagli artt. 18-23.

¹¹⁹ Cfr. l'attuale art. 23 Cost. Belga, consultabile, in trad. it. a cura di V. Cardinale, in G. Cerrina Feroni, T. E. Frosini, A. Torre (a cura di), *Codice delle Costituzioni, Vol. I, cit.*, pp. 8 ss..

¹²⁰ Attuale art. 24 par. 3 Cost. belga.

determinata prestazione. Secondo un tipico schema trilaterale, il soggetto al quale la norma impone l'erogazione della prestazione è lo Stato, o comunque un potere pubblico, mentre il titolare del diritto è il singolo individuo (in quanto tale, oppure, secondo una già esaminata dottrina, in quanto appartenente ad uno dei gruppi a cui tali diritti si riferiscono). Tale posizione, sebbene con diverse sfumature ed evoluzioni, risulta a tutt'oggi fortemente radicata¹²¹.

Oltre a dare adito al rischio di considerare l'attuazione dei diritti sociali dipendente dall'esclusivo operato "positivo" del legislatore, con effetti ancor più svalutativi se unita ad una visione programmatica delle norme che li enunciano, tale definizione dei diritti sociali come diritti a prestazioni pubbliche risulta inoltre pienamente funzionale ad una netta distinzione dei primi rispetto ai diritti di libertà. Come già accennato nel paragrafo precedente, il contenuto di questi ultimi consisterebbe nella pretesa dell'individuo alla mera astensione da parte dello Stato (e degli altri individui) da qualunque turbativa al loro pieno godimento. Conseguenza automatica di questa impostazione è la assoluta *autoapplicabilità* dei diritti di libertà.

Una lettura più approfondita della varietà di norme che nelle diverse costituzioni enunciano e garantiscono i diritti sociali consente però di superare questa impostazione e la portata riduttiva delle sue affermazioni. Come emerge dalle analisi della dottrina più attenta, la varietà di oggetti e di ambiti a cui le singole prescrizioni si riferiscono non consentono generalizzazioni né in relazione al *contenuto* né con riferimento alla *struttura* dei vari diritti sociali.

In primo luogo infatti, non tutte le norme costituzionali che garantiscono i diritti sociali comportano automaticamente in capo allo Stato o ad un potere pubblico il dovere di erogare una specifica prestazione ai titolari del diritto in questione. Anzi, si può al contrario notare che molti, se non addirittura la maggioranza dei diritti sociali, presentano un contenuto molto simile a quello tradizionale dei diritti di libertà. In altre parole, molti diritti sociali si sostanziano nella pretesa all'astensione da qualunque turbativa nell'esercizio di *facoltà*. Di fatto, essi si manifestano in concreto nel momento

¹²¹ A. Baldassarre, *Diritti sociali*, cit., p. 29. Per una versione più recente e sfumata di tale interpretazione, cfr. G. Peces-Barba Martínez, *Diritti sociali: origini e concetto*, cit., pp. 44-46, in cui l'Autore riferisce la propria riflessione alla complessiva categoria dei *diritti economici, sociali e culturali*, riconoscendo che la prestazione oggetto del diritto non sempre è di tipo economico e che, al tempo stesso, non tutti i diritti economici sono diritti di prestazione.

in cui i titolari mettono in atto la condotta corrispondente al contenuto del diritto¹²²: è quanto accade ad esempio nell'esercizio della libertà sindacale o di quella all'insegnamento, finendo per qualificarsi anch'essi come diritti autoapplicabili.

Inoltre, non tutti i diritti "a prestazione" sono diritti sociali. A meno infatti di non persistere in una visione superata dei diritti di libertà, è innegabile che anche questi ultimi necessitino di interventi statali positivi, affinché i titolari possano dirsi realmente garantiti nella fruizione di essi, non fosse altro che nel momento repressivo, al fine di ottenere tutela adeguata contro le violazioni delle libertà costituzionalmente protette. Che per i diritti sociali il profilo della prestazione sia molto spesso più *evidente* che per altri diritti, è tuttavia innegabile ed è dovuto principalmente al fatto che l'attuazione di alcuni fondamentali diritti sociali (ad es., diritto all'istruzione, all'assistenza e alle cure sanitarie) richiede strutture ed apparati organizzativi pubblici (sistema scolastico, previdenziale, sanitario...).

E' qui che interviene un'ulteriore distinzione interna alla categoria dei diritti fondamentali¹²³, quella tra diritti *incondizionati* e diritti *condizionati*. I primi sarebbero infatti quei

“rapporti giuridici che si istituiscono [...] su libera iniziativa delle parti”

e i secondi, invece,

“diritti il cui godimento dipende dall'esistenza di un presupposto di fatto, vale a dire la presenza di un'organizzazione erogatrice delle prestazioni oggetto dei diritti stessi o, comunque, necessaria per render possibili i comportamenti o le condotte formanti il contenuto di quei diritti¹²⁴”.

Come accennato nel paragrafo precedente, la piena attuazione e garanzia dei diritti sociali sarebbe inoltre essenzialmente soggetta all'ulteriore condizionamento costituito dal fattore economico, essendo la realizzazione dei suddetti “presupposti di fatto” strettamente dipendente dalle risorse disponibili.

Tuttavia, occorre ricordare che la distinzione qui descritta sposta il dibattito dal piano del contenuto a quello delle modalità di realizzazione dei diritti, e non solo di quelli sociali. Ciò significa che essa in nessun modo consente di sminuire la portata innovativa delle disposizioni costituzionali che li garantiscono, a meno di non voler capziosamente

¹²² A. Giorgis, *Diritti sociali*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. III, pp. 1905-1906; in particolare, quest'ultimo Autore definisce i diritti afferenti a tale categoria come *diritti sociali di partecipazione o di libertà*, che si vanno ad affiancare ai diritti sociali *di prestazione*.

¹²³ Alla quale i diritti sociali indubbiamente appartengono, stante la riferibilità ad essi dei caratteri di assolutezza, universalità e inalienabilità; cfr. *ex multis*, l'efficace saggio di A. Ruiz-Miguel, *Derechos liberales y derechos sociales*, in *Doxa*, 15-16 (1994), pp. 651-674.

¹²⁴ A. Baldassarre, *Diritti sociali*, *cit.*, p. 30.

considerare sotto la luce della programmaticità il contenuto del diritto, sostituendolo con il percorso necessario alla sua attuazione.

Che esso si sostanzi spesso in un processo graduale, soggetto anche alla effettiva disponibilità di risorse, è indubbio. Ciò è del resto riconosciuto anche in uno dei principali documenti esplicativi della Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (ICESCR), il *General Comment n. 3* emesso nel 1990 dal Comitato delle Nazioni Unite per il diritti economici, sociali e culturali. Gli obblighi principali che sorgono in capo agli Stati che hanno ratificato la ICESCR sono infatti identificati nella garanzia del rispetto dei diritti in questione senza discriminazioni di sorta e nell'adozione di misure appropriate (legislative, ma non solo) per la loro "realizzazione progressiva":

"The concept of progressive realization constitutes a recognition of the fact that full realization of all economic, social and cultural rights will generally not be able to be achieved in a short period of time¹²⁵"

Tuttavia, il *General Comment n. 3*, pur ricordando l'esistenza pratica di vincoli economici alla piena realizzazione dei diritti sociali ed economici, ricorda che ciascuno Stato ha tuttavia una *minum core obligation* consistente nell'assicurare un livello minimo essenziale di garanzia di tali diritti, avendo cura però di specificare che esso andrà poi commisurato in concreto alla situazione di ciascun Paese. Il condizionamento economico, talvolta inevitabile, non dovrà quindi impedire l'impegno per assicurare il maggior godimento possibile dei diritti in esame, pur con riferimento alle circostanze concrete¹²⁶.

Con le debite cautele, quest'ultima considerazione può in realtà avere un risvolto anche sul piano "costituzionale" interno ai singoli Stati: il problema del condizionamento economico è necessariamente riconosciuto come questione di rilievo imprescindibile, ma non può diventare un paravento per giustificare scelte politiche che contrastino con il dettato di una Carta Fondamentale che garantisca *anche* i diritti sociali e ne promuova la loro realizzazione.

Dopo queste osservazioni, tornare ad analizzare la definizione tradizionale di diritti sociali come diritti "a prestazione", significa innanzitutto riconoscere ad essa un punto

¹²⁵ *CESCR General Comment n. 3*, 14/12/1990, punto 9; testo consultabile in [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument). Il Commento prosegue indicando la differenza "classica" con i diritti civili e politici, dei quali invece gli Stati parte della ICCPR sono tenuti a garantire *immediatamente* il rispetto: "In this sense the obligation differs significantly from that contained in article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights which embodies an immediate obligation to respect and ensure all of the relevant rights".

¹²⁶ *Ibidem*, punti 10 e 11.

di vista parziale, che deve essere affiancato da quello del diritto come pretesa all'astensione. Successivamente, sarà necessario ampliare il significato del termine "prestazione" e al tempo stesso estendere la definizione a tutti i diritti fondamentali. Infatti, per poter essere garantito e non rimanere confinato ad una mera affermazione di principio, "ogni diritto comporta un'azione positiva dello Stato", indipendentemente dal fatto che essa provenga "dall'attività legislativa, amministrativa o organizzativa dello Stato"¹²⁷.

Simili conclusioni consentono dunque di ritrovare una complessità precedentemente sacrificata nel nome di una sterile semplificazione; solo un'indagine attenta del contenuto e della struttura di ciascuno dei diritti sociali potrà consentire di cogliere in essi le sfaccettature e le diverse componenti in essi racchiuse, di volta in volta individuando la prevalenza del profilo relativo all'astensione o di quello ricollegabile all'erogazione di una prestazione¹²⁸.

Infine, muovendosi lungo il terzo lato della definizione tradizionale, relativo al soggetto passivo dei diritti sociali, è possibile spendere qualche considerazione conclusiva in merito alla esclusiva identificazione di questo con lo Stato. Un approccio più approfondito consente infatti di affermare che i doveri di astensione che, come si è visto, rappresentano in molti casi il contenuto dei diritti sociali, gravano non soltanto sui pubblici poteri, ma anche sui privati, come si può agevolmente notare con riferimento ai diritti che si esplicano nel rapporto tra datore di lavoro e lavoratori. Accogliendone la definizione ampia sopra precisata, si possono inoltre attribuire ai privati anche doveri di prestazione¹²⁹. Tra questi si annovera, ad es., anche il dovere di pagare le tasse¹³⁰ per contribuire alla formazione di quelle risorse necessarie alla predisposizione dei "presupposti di fatto" per l'erogazione pubblica delle prestazioni.

¹²⁷ I. Trujillo Pérez, *cit.*, pp. 53-54.

¹²⁸ M. Luciani, *Sui diritti sociali*, *cit.*, pp. 120-121. L'Autore evidenzia come tutti i diritti siano classificabili sotto uno dei quattro gruppi seguenti: diritti di difesa, diritti a prestazione, diritti di partecipazione e diritti a percepire parte di un utile sociale. Queste quattro diverse "anime" dei diritti fondamentali convivono poi all'interno di ciascuno di essi in proporzioni di volta in volta differenti, come nel caso scelto dall'A. come emblematico, quello del diritto alla salute. Conseguentemente, il fatto che "un diritto sia considerato «sociale» ovvero «di libertà» dipende dunque dalla sua storia, o tutt'al più dal prevalere dell'uno o dell'altro dei quattro aspetti che sono tipici di tutti i diritti fondamentali [...]". Con ciò, Luciani mostra fra l'altro di ricollegarsi alla tesi, già esposta da Mazziotti, della "minorità storica" dei diritti sociali rispetto ai diritti di libertà (v. *retro*).

¹²⁹ J. L. Rey Pérez, *La naturaleza de los derechos sociales*, in *Derechos y Libertades*, n. 16, época II, enero 2007, p. 146. Anche A. Baldassarre, in *Diritti sociali*, *cit.*, p. 32, ricorda come la Corte Costituzionale italiana abbia più volte avuto occasione di pronunciarsi in merito alla vincolatività tanto per lo Stato quanto per i privati degli obblighi nascenti dai diritti sociali garantiti dalla Costituzione, indipendentemente da qualunque previsione legislativa a ciò specificamente diretta.

¹³⁰ T. H. Marshall, *op. cit.*, p. 81, ricordato anche da J. L. Rey Pérez, *cit.*.

Queste dunque, alcune osservazioni con riferimento al contenuto e alla struttura dei diritti sociali. Tuttavia, come si vedrà in seguito, esse sono ancora oggi tutt'altro che unanimemente condivise. Ciclicamente, e spesso in corrispondenza di particolari contingenze storiche ed economiche, le conclusioni appena delineate risultano infatti oggetto di un rinnovato dibattito, politico prima ancora che dottrinale, che ha più volte portato a rimetterne in discussione i tratti essenziali ed apparentemente consolidati.

2.4. *Ascesa e declino del welfare state: ripensare anche i diritti sociali?*

Pur dovendo fare i conti con forti dubbi, aperte ostilità e contraddizioni ancora irrisolte e forse irrisolvibili, i diritti sociali, emersi nel corso del trentennio 1919-1949 e guadagnatisi un posto in molte delle costituzioni del secondo dopoguerra, conferiscono una rinnovata spinta propulsiva a molti degli interventi di politica sociale intrapresi dai governi europei all'indomani dei tragici eventi appena conclusi. Ha così inizio la lunga fase di consolidamento ed espansione del moderno stato sociale¹³¹, che si snoda a partire dalla metà degli anni Quaranta fino ai primi anni Settanta, muovendo dall'urgenza di una ristrutturazione complessiva e ormai non più rimandabile dell'intero sistema di protezione ed assicurazione sociale alla luce di mutati presupposti politici, ideologici e, adesso, anche giuridici. Abbandonato l'approccio caritatevole e paternalistico che aveva guidato le iniziative intraprese fino agli anni Quaranta, i governi europei tentarono di rispondere alle trasformazioni sociali in atto con soluzioni che nel lungo periodo si riveleranno fortemente diversificate a seconda dei Paesi¹³²,

¹³¹ Hugh Heclò, nel saggio *Verso un nuovo "welfare state"?*, in P. Flora, A. J. Heidenheimer, *cit.*, pp. 465 ss., distingue quattro fasi essenziali nello sviluppo dello stato sociale, partendo dalla *sperimentazione* avvenuta tra il 1870 e gli anni Venti, proseguendo per il *consolidamento* degli anni Trenta-Quaranta e l'*espansione* degli anni Cinquanta, per poi giungere ad individuare negli anni Settanta l'avvio della fase di *ri-sperimentazione* delle politiche economico-sociali dei Paesi occidentali industrializzati. In questo paragrafo sarà seguita la periodizzazione appena sintetizzata.

¹³² Senza alcuna pretesa di esaustività sul punto, pare opportuno qui ricordare una delle più note proposte di classificazione relativa ai differenti modelli di welfare che si sono fino ad oggi affermati ed evoluti nel mondo occidentale, avanzata da G. Esping-Andersen (*The three worlds of welfare capitalism*, Polity Press, 1990). Adottando come criterio-guida il ruolo attivo svolto dallo Stato nel garantire il benessere sociale, in rapporto ad altri attori quali mercato e famiglia, l'Autore individua tre principali *regimi di welfare*. Nel regime *liberale* di stampo anglosassone, lo Stato dedica il proprio intervento unicamente ai gruppi sociali più a rischio, rivestendo così un ruolo sostanzialmente residuale nella predisposizione di servizi assistenziali e previdenziali, lasciati invece in gran parte al mercato. Il regime *conservatore* o *corporativo* di matrice europea continentale conferisce invece maggiore importanza alle associazioni intermedie e alla famiglia nella gestione di un rischio sociale che si presume fortemente diversificato in ragione dell'appartenenza a determinati gruppi piuttosto che ad altri. Il modello che ne deriva è dunque di tipo assicurativo-contributivo, con un intervento dello Stato finalizzato in primo luogo a definire quali

convergenza tuttavia verso alcune tendenze espansive che caratterizzeranno l'epoca successiva.

Potendo contare su una inaspettata ma rapida e costante crescita economica e sul correlato aumento tanto della popolazione attiva quanto degli introiti derivanti dal prelievo fiscale generale, la spesa destinata al finanziamento di politiche ed interventi *latu sensu* sociali inizia a rivestire un ruolo sempre più importante all'interno del bilancio dello Stato, che contemporaneamente assume l'impegno di erogare "in prima persona" un ventaglio sempre crescente di servizi connessi con lo stato sociale. In modo significativo, tale processo si intreccia - quasi immediatamente e pressoché ovunque - con una vera e propria moltiplicazione delle richieste avanzate dai diversi gruppi sociali, animati dall'obiettivo di ottenere una più ampia protezione nei confronti di rischi ancora non coperti dai programmi previdenziali e di assistenza fin ad allora vigenti.

Le nuove aspettative e pretese assistenziali, rilevanti all'inizio solo sotto un profilo strettamente politico, si trasformano però ben presto in una legittima rivendicazione di prestazioni fondata su diritti, ed in particolare, su diritti costituzionalmente garantiti. Tale fenomeno, giuridicamente inquadrabile alla luce del già ricordato¹³³ processo di *moltiplicazione dei diritti* per via di una loro progressiva *specificazione*, caratterizza l'intero trentennio 1945-1975. Le tipologie di prestazioni sociali e l'estensione dell'ambito dei servizi di *welfare* forniti dallo Stato sono oggetto di continui aggiustamenti ed aggiornamenti, univocamente rivolti nella direzione di una espansione apparentemente inarrestabile. Del resto, il volume delle risorse disponibili rende piuttosto agevole supportare scelte di tale genere, non solo in termini di costi economici, ma anche e soprattutto politici¹³⁴.

Si attiva così una vera e propria spirale in cui, ad ogni ampliamento della copertura contro specifici rischi, corrisponde un'ulteriore richiesta in tal senso, immediatamente

rischi devono essere coperti e con quali meccanismi, e poi ad offrire copertura per le ipotesi in cui i soggetti a rischio non siano in grado di provvedere autonomamente. Il terzo ed ultimo regime individuato è quello *socialdemocratico* scandinavo, di marcata impronta universalistica, che mira a realizzare la protezione più ampia possibile, erogando prestazioni sulla base del solo requisito della cittadinanza. Sottoposta a molteplici critiche, la classificazione di Esping-Andersen è stata successivamente rivista dall'Autore ed infine affiancata da ulteriori proposte di altri studiosi; tra di esse, ricordiamo la quadripartizione dei sistemi di welfare nelle categorie *liberale*, *socialdemocratico*, *conservatore-corporativo* e *familiistico*, fondata essenzialmente sull'individuazione di caratteristiche storiche che sono alla radice della differenziazione dei modelli nelle fasi del loro sviluppo e consolidamento. Y. Kazepov, D. Carbone, *cit.*, pp. 87-96.

¹³³ V. *retro*, e, più specificamente, N. Bobbio, *Diritti dell'uomo e società*, *cit.*.

¹³⁴ H. Hecló, *cit.*, p. 482. Si noterà nelle pagine che seguono la differenza rispetto al successivo periodo di congiuntura economica, nel quale al contrario, sarà necessario imporre scelte improntate al *restraint* e al contenimento di una spesa sociale quasi incontrollabile, che i governi pagheranno a caro prezzo, quantomeno in termini di popolarità.

accontentata. In questa fase dunque, al progressivo aumento della spesa sociale fa seguito una costante espansione del novero delle prestazioni offerte dal *welfare state*, indice di una convergenza verso l'universalismo perseguita dai sistemi di *welfare* europei¹³⁵. Ma non è tutto: in un contesto del genere, è il contenuto stesso dei diritti sociali, in primo luogo di quelli a prestazione, ad essere, per così dire, rivisto ed aggiornato. Ritenendo di poter contare su un flusso di risorse che si presume costante nel tempo, tanto le rivendicazioni dei gruppi sociali quanto le risposte fornite ad essi dai governi oltrepassano presto la già controversa soglia costituita da quel complesso di garanzie minime che consentano di condurre una vita dignitosa, per impegnarsi invece in un rischioso gioco al rialzo finalizzato piuttosto al raggiungimento e al mantenimento di uno *standard of living* sempre più elevato. Quella dei diritti sociali diventa così la categoria *omnibus* sotto la quale ricondurre richieste ed elargizioni dei generi più vari. Parallelamente, il *welfare state*, da meccanismo *redistributivo*, pensato e creato per far fronte alle gravi diseguaglianze sociali causate dalle congiunture economiche ed aggravate dall'assenza di "valvole di sicurezza" che consentissero di arginare le conseguenze di esse, diventa un sistema che piuttosto *distribuisce* redditi da una categoria all'altra e che individua la maggioranza della popolazione come destinataria dei suoi servizi¹³⁶.

L'espansione incontrollata della spesa sociale e il sempre più intenso ricorso all'indebitamento pubblico sono tra le principali cause della crisi che si verifica alla metà degli anni '70 e che segnerà definitivamente il tramonto della cd. *età d'oro* del *welfare state*. Gli studiosi del fenomeno individuano il vero spartiacque nel periodo segnato dalle due crisi petrolifere del 1973 e del 1979: sebbene la loro origine sia da collocarsi all'esterno delle dinamiche nazionali, i due *shock* influiscono direttamente su di esse, spingendo politici e studiosi ad una nuova riflessione che si rivolga anche alle cause strutturali interne ai singoli Stati¹³⁷. Venuto meno il vero pilastro fondativo dell'intero sistema consolidatosi nei trent'anni precedenti, ovvero il presupposto di una crescita economica costante, non sono però scomparse le disuguaglianze sociali che si mirava ad eliminare o comunque ad alleviare; al contrario, esse rischiano adesso di riproporsi ed acuirsi in ragione di una improvvisa crisi economica che il *welfare state*,

¹³⁵ G. A. Ritter, *cit.*, p. 187.

¹³⁶ Si vedano a supporto le considerazioni di A. Briggs, *The welfare state in historical perspective*, in *Archives Européennes de Sociologie*, vol. II, 1961, p. 257; H. Heclo, *cit.*, p. 483; G. A. Ritter, *cit.*, p. 207; Y. Kazepov, D. Carbone, *cit.*, pp. 51-52; M. Ferrera, *Le trappole del welfare*, Il Mulino, 1998, pp. 63-67.

¹³⁷ M. Ferrera, *The European welfare state. Golden achievements, silver prospects*, in *West European Politics*, Vol. 31, n. 1-2, Jan-Mar. 2008, pp. 85-87.

per come strutturato, potrebbe non riuscire a gestire. Il meccanismo creato per affrontare le conseguenze delle discontinuità economiche riscontrate in passato si è in realtà evoluto nel senso quasi opposto, sulla scia di un ottimismo alla prova dei fatti rivelatosi miope.

Spostandoci dal versante delle politiche a quello della riflessione concernente i diritti sociali, non si può non notare che proprio in questa fase di congiuntura economica si riscoprono, in una versione per così dire “riveduta e corretta” alcune obiezioni classiche nei confronti di tale categoria. Esse sono ben riassunte da S. Holmes e C. R. Sunstein¹³⁸, quale premessa di un’analisi svolta con specifico riferimento al contesto statunitense, ma che può essere estesa –con le debite distinzioni¹³⁹ - anche al contesto europeo.

Secondo gli Autori, il fulcro della rinnovata opposizione ai diritti sociali muoverebbe dalla comune e ormai quasi retorica affermazione in base alla quale, a partire dalla metà del secolo scorso, sarebbe iniziata una proliferazione inarrestabile dei diritti, a sua volta generatrice di un generalizzato crollo del senso di responsabilità dell’individuo nei confronti della società. Tale assunto di partenza, per certi versi tipico di un approccio anglosassone che vede nell’iniziativa individuale il primo innesco del proprio percorso di emancipazione dal bisogno, sarebbe fondato sulla convinzione di poter trovare nell’intervento “riparatore” dello Stato un “rimedio” alle proprie mancanze. Specularmente, l’intervento pubblico, sempre più penetrante, comporterebbe l’ovvia conseguenza di una erosione costante ed ormai eccessiva delle “vere” libertà fondamentali, quelle negative: soltanto facendo leva su di esse, sarebbe possibile per lo Stato soddisfare le diverse esigenze di assistenza. Gli effetti di tale “esagerata” proliferazione di diritti e modalità pubbliche di assistenza¹⁴⁰ si rifletterebbero quindi sul *costo* del mantenimento delle garanzie dei diritti, ed in particolare dei diritti sociali, il

¹³⁸ S. Holmes, C. R. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Il Mulino, 2000.

¹³⁹ Innanzitutto, la presenza nel secondo e non nel primo di norme costituzionali che riconoscono, garantiscono e promuovono i diritti sociali.

¹⁴⁰ S. Holmes, C. R. Sunstein, *op. cit.*, in particolare pp. 141-152. Gli Autori rispondono a questa osservazione, che ben riassume il complesso delle obiezioni (irrisolte?) nei confronti dei diritti sociali, argomentando che il tema del costo dei diritti funge in realtà da *trait d’union* con quello della responsabilità: “La dicotomia tra diritti e responsabilità è particolarmente mistificante perché molti diritti sono creati apposta per rendere lo stato più responsabile. [...] Il solo fatto che i diritti comportano dei costi, quindi, dimostra di per sé che i diritti implicano sempre assunzione di responsabilità. [...] Portare l’attenzione sul costo dei diritti, in altri termini, accresce la nostra comprensione del rapporto di reciproco sostegno che c’è fra diritti e responsabilità, e lo stesso vale quando si passa dai diritti classici ai diritti tipici del moderno stato regolatore”; *ibidem*, pp. 151-152.

cui “effetto collaterale” più evidente sarebbe, secondo i detrattori, un gigantesco e invadente apparato burocratico¹⁴¹.

Non stupisce quindi che la fase di *ri-sperimentazione*, avviata negli anni Settanta e destinata a confluire nelle odierne politiche di riorganizzazione dello stato sociale, muova dall’esigenza primaria di contenere la spesa sociale. Ciò diviene ancor più evidente in tempi recenti (si pensi ad esempio al decennio a cavallo fra anni Ottanta e Novanta), quando le trasformazioni demografiche e i mutamenti relativi al sistema produttivo e al mercato del lavoro portano alla ribalta la necessità di riorientare le politiche sociali al perseguimento di una maggiore efficienza.

Tra le soluzioni prospettate, è interessante notare come molte di esse tendano a valorizzare il principio di sussidiarietà, tanto nella sua accezione orizzontale che in quella verticale.

Da un lato, infatti, l’esclusività della gestione statale dei servizi di *welfare* sembra pressoché ovunque arretrare e coinvolgere sempre più i privati operanti nel mercato e le organizzazioni *non profit* appartenenti al cd. “terzo settore”. In altri casi, lo Stato si ritaglia invece il compito di supportare con appositi sussidi il contributo assistenziale della componente familiare. In un simile contesto, la definizione delle politiche sociali non sarà più affidata esclusivamente agli attori pubblici, ma sarà piuttosto il risultato di una “regolazione negoziata tra una pluralità di attori”, secondo modalità organizzative che differiscono da sistema a sistema.

Sull’altro versante del principio di sussidiarietà, si è fatta progressivamente strada l’esigenza (in parte anche complementare) di ricollocare i centri decisionali delle politiche sociali spostandoli dal centro alla periferia (cd. *rescaling*), così da attribuire agli enti pubblici più vicini alle concrete esigenze della popolazione il compito di negoziare con gli attori appena ricordati indirizzi specifici di amministrazione e sviluppo dei servizi di *welfare*; l’obiettivo è affrontare ad un maggior livello di dettaglio rischi che politiche centralizzate possono non essere in grado di percepire e gestire in modo efficiente ed efficace¹⁴². Riservando ulteriori approfondimenti ai capitoli seguenti, si può fin da adesso anticipare che, nei Paesi con forma di Stato federale o regionale avanzata, una simile tendenza al decentramento delle politiche rappresenta spesso una logica conseguenza del decentramento istituzionale, previsto *ab origine* in costituzione oppure inserito in essa a seguito di processi di riforma. In tali ipotesi, secondo modalità

¹⁴¹ Cfr. anche H. Hecl, *cit.*, p. 487, che parla infatti di “eccesso di regolazione”.

¹⁴² Y. Kazepov, D. Carbone, *op. cit.*, p. 103 e pp. 125-128.

ed equilibri variabili, agli enti decentrati sarà rimessa non soltanto la definizione delle politiche sociali territoriali, ma anche la definizione di una parte del *contenuto* dei diritti fondamentali, anche sociali, attraverso l'individuazione delle *prestazioni* ad essi collegati, ferme restando clausole costituzionali di uniformità finalizzate a garantire l'uguaglianza di tutti i cittadini tramite l'enucleazione di un *minimum core* uniforme, pur in un contesto di inevitabile, anzi, per ragioni diverse, voluta, differenziazione¹⁴³.

¹⁴³ Naturalmente, una garanzia effettiva dei diritti sociali in un sistema decentrato ispirato ai criteri appena enunciati comporta conseguenze rilevanti anche sul punto del finanziamento dei servizi erogati: non si potrà infatti prescindere da una adeguata allocazione delle risorse, indipendentemente dal fatto che si scelga la tecnica dei trasferimenti dal centro alla periferia oppure si opti per il conferimento di un'autonoma potestà impositiva agli enti territoriali incaricati della gestione e dell'erogazione dei servizi di *welfare*. Cfr. F. Conti, G. Silei, *op. cit.*, p. 211.

CAPITOLO II

“CAMERA CON VISTA”: LA “COSTITUZIONALIZZAZIONE” DEI DIRITTI SOCIALI IN PROSPETTIVA EUROPEA.

SOMMARIO: **1. Il Consiglio d’Europa e la protezione dei diritti sociali.** - 1.1. Persistenza di una dicotomia: la Carta sociale europea - 1.2. I riflessi della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo sulla protezione dei diritti sociali. - 1.3. Sviluppi recenti e prospettive future. - **2. Lavori in corso: Unione Europea e diritti sociali (cenni).** - 2.1. I diritti sociali nei trattati dell’Unione Europea da Roma ad Amsterdam. - 2.2. La Carta di Nizza e il Trattato di Lisbona: quale posto per i diritti sociali?

Completata una panoramica sul processo quasi secolare di costituzionalizzazione dei diritti sociali nell’Europa continentale, pare a questo punto opportuno abbandonare la prospettiva diacronica seguita nel capitolo precedente per affrontare la tematica prescelta da un punto di vista sovranazionale ed internazionale. Con la consapevolezza della vastità degli argomenti che essa abbraccia, la breve analisi svolta in questa sede sarà incentrata sulle principali fonti del Consiglio d’Europa e dell’Unione Europea finalizzate alla protezione e alla promozione dei diritti sociali, con particolare attenzione alle difficoltà emerse nell’inserimento di essi all’interno dei documenti fondamentali e all’effettivo grado di protezione che questa inclusione garantisce. Tale approccio permetterà di evidenziare in primo luogo la persistenza, anche a livello sovranazionale, della cd. *minorità* dei diritti sociali¹ rispetto ai diritti di libertà e ai diritti politici. Inoltre, consentirà di mostrare i riflessi delle obiezioni generalmente avanzate nei confronti di tale categoria di diritti in una dimensione in cui la tangibile diffidenza rispetto a vincoli sovranazionali eccessivamente penetranti può comportare un affievolimento della tutela ad essi riconosciuta.

1. Il Consiglio d’Europa e la protezione dei diritti sociali.

1.1. Persistenza di una dicotomia: la Carta sociale europea.

Sebbene il primo e fondamentale trattato promosso dal Consiglio d’Europa, la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo* del 1950 (CEDU), includesse nel *corpus* dei diritti protetti anche un numero estremamente limitato di

¹ Cfr. M. Mazziotti, *Lo spirito del diritto sociale nelle costituzioni e nelle leggi della Francia rivoluzionaria*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, Vol. CXLVII (1954), pp. 50-104.

posizioni giuridiche soggettive riconducibili all'alveo dei diritti sociali², il loro primo esplicito riconoscimento pattizio si deve alla *Carta sociale europea* (CSE), firmata a Torino il 18 ottobre del 1961 da tredici degli allora sedici membri del Consiglio d'Europa ed entrata in vigore il 25 febbraio 1965 al raggiungimento delle cinque ratifiche previste.

Scorrendo rapidamente la *Parte II* della CSE, è possibile notare come buona parte dei diritti in essa menzionati siano essenzialmente diritti dei lavoratori³. I restanti sono invece complessivamente riferibili alla generalità degli individui⁴, o a specifiche categorie alle quali, con intento anche promozionale, si ritiene necessario accordare una protezione particolarmente rafforzata⁵. Nonostante il catalogo di diritti in essa contenuto sia per molti versi più ampio e dettagliato rispetto a quanto previsto da molti documenti costituzionali dell'epoca, a detta dei suoi primi commentatori come di quelli successivi, la CSE non pare tuttavia brillare per intraprendenza, tanto nella selezione e formulazione dei diritti che intende proteggere⁶, quanto nei meccanismi delineati a protezione di essi. Sia le affermazioni iniziali contenute nella *Parte I* che le modalità di adesione alla Carta e i meccanismi di controllo da essa apprestati, sono infatti indice evidente della diffidenza espressa dalle Parti Contraenti in riferimento alla configurazione dei diritti sociali come vere e proprie posizioni giuridiche soggettive e della ritrosia a considerarne immediata ed assoluta la vincolatività.

E' innanzitutto particolarmente significativo che, facendo eco alle aspirazioni espresse nel *Preambolo* alla Carta, l'effettiva realizzazione dell'elenco di "diritti e principi" menzionati nella *Parte I* sia considerata un risultato da perseguire, con tutti i

² Il riferimento è qui all'art. 4 della CEDU nella sua formulazione originaria, che al par. 2 proibisce il lavoro forzato, e più nello specifico all'art. 11, che nel garantire la libertà di riunione e di associazione, vi include espressamente il diritto di dar vita ad associazioni sindacali (e di unirsi ad esse) con l'obiettivo di proteggere i propri interessi.

³ I principali sono, oltre al diritto al lavoro enunciato nell'art. 1 e i connessi diritti all'orientamento (art. 9) e alla formazione professionale (art. 10), il diritto ad eque (art. 2), salubri e sicure (art. 3) condizioni di lavoro, il diritto ad un'equa retribuzione (art. 4), alla formazione di associazioni sindacali, nonché all'esercizio della contrattazione collettiva (artt. 5 e 6). Il testo originale della CSE è consultabile alla pagina web <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/035.htm>

⁴ V. ad es., il diritto alla protezione della salute (art. 11), alla sicurezza sociale (art. 12), all'assistenza sociale e medica (art. 13) nonché alla fruizione di servizi di welfare (art. 14).

⁵ V. ad es., il diritto alla protezione economica delle donne e dei bambini (art. 17), alla protezione delle donne lavoratrici (art. 8) o al diritto delle persone con disabilità fisiche o psichiche all'orientamento professionale, alla riabilitazione e al reinserimento sociale (art. 15).

⁶ I diritti dei lavoratori sono di fatto modellati in conformità agli standard fissati all'epoca dalle raccomandazioni dell'ILO; D. J. Harris, *The European Social Charter*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 13, No. 3, (Jul., 1964), pp. 1078-1079; J. P. Costa, *Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe?*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, p. 149.

mezzi ritenuti adeguati, tramite il raggiungimento di condizioni a ciò idonee. Esse sono a loro volta individuate come l'obiettivo verso il quale le parti contraenti si impegnano ad indirizzare la propria politica: coerentemente, ciascun articolo contenuto nella *Parte II* indica gli obblighi che ciascuno Stato contraente assume con l'intento di assicurare l'effettivo esercizio di ognuno dei diritti elencati. La CSE dunque non garantisce veri e propri diritti sociali individuali né collettivi, ma si rivolge esclusivamente alle Parti Contraenti, vincolandole ad orientare la propria azione verso il raggiungimento di determinati effetti. La vincolatività della Carta non è tuttavia assoluta: *ex art. 20 par. 1 lett. a*, gli Stati che la ratificano sono infatti obbligati a dar seguito soltanto ad alcuni degli articoli della *Parte II* e conseguentemente a perseguire le condizioni per rendere effettivo l'esercizio solo di alcuni dei diritti ivi contenuti. Essi dovranno però obbligatoriamente sceglierne almeno cinque fra i sette relativi al diritto al lavoro, alla formazione di associazioni sindacali, alla contrattazione collettiva, alla sicurezza sociale, all'assistenza sociale e medica, alla protezione sociale, giuridica ed economica della famiglia e alla protezione e all'assistenza dei lavoratori migranti e delle loro famiglie. Questa flessibilità⁷, connotata persino alle modalità di sottoscrizione del *minimum core* dei diritti sociali che la Carta intende proteggere, è poi completata dalla previsione della lett. b del medesimo articolo, secondo la quale le Parti Contraenti sono altresì obbligate dagli ulteriori articoli (o persino singoli paragrafi) che esse stesse selezioneranno, in modo da essere alla fine vincolati da non meno di dieci articoli (o quarantacinque paragrafi) totali.

Anche i meccanismi di verifica sull'attuazione della Carta e sul rispetto degli obblighi assunti dagli Stati membri paiono finalizzati ad evitare un'eccessiva invadenza delle procedure di controllo. Il Comitato europeo dei diritti sociali ha infatti il compito di esaminare i *reports*, inviati dagli Stati con cadenza annuale oppure a richiesta del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, a seconda che essi riguardino le misure adottate in relazione agli articoli sottoscritti oppure gli articoli non espressamente accettati, formulando conseguentemente le proprie *Conclusioni* all'indirizzo di ciascun Paese membro. L'assenza di sanzioni per eventuali violazioni o omissioni nel perseguimento degli obiettivi imposti dalla Carta è solo marginalmente compensata dal

⁷ I. Gómez Fernández, *El sistema de protección de los derechos sociales en el marco del Consejo de Europa*, in F. Facury Scaff, R. Romboli, M. Revenga (a cura di), *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali: prima giornata internazionale di diritto costituzionale: Brasile, Spagna, Italia*, Giuffrè, 2009, p. 75.

potere del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa di rivolgere *Raccomandazioni* alle parti contraenti.

Sebbene nell'intento originario dei suoi redattori la CSE fosse stata concepita per completare⁸ il sistema di protezione dei diritti umani già incardinato nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU) del 1950, un confronto anche superficiale mostra con evidenza il differente approccio impiegato nella costruzione dei due trattati. Innanzitutto, la tecnica utilizzata per la formulazione degli articoli dedicati ai singoli diritti protetti (o per la cui protezione si auspica l'instaurazione di adeguate condizioni) nell'uno e nell'altro trattato segnala tutte le difficoltà nell'affrontare in modo unitario la categoria dei diritti fondamentali. Se infatti nella CEDU l'individuo è espressamente indicato quale titolare di posizioni giuridiche che le parti contraenti si impegnano ad assicurare, la CSE, stante la ritenuta natura condizionata dei diritti sociali, si rivolge unicamente agli Stati imponendo loro una serie di obblighi finalizzati a creare condizioni adeguate per il loro "effettivo esercizio"⁹. La differenza più evidente è tuttavia inerente al meccanismo di protezione predisposto per le due categorie di diritti: esso è infatti giurisdizionale, e dunque, tramite le pronunce di condanna emesse dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, estremamente penetrante, nel caso dei diritti civili e politici; ha invece natura più "persuasiva" e rilevanza principalmente politica, più che strettamente giuridica, quello basato su procedure di *reporting* periodico previsto dalla CSE per i diritti sociali.

Se dunque da un lato è vero che i due trattati si inseriscono in un comune disegno di protezione dei diritti fondamentali, dall'altro non si può tuttavia non notare come lo sdoppiamento degli strumenti giuridici di promozione e tutela delle due categorie di diritti (civili-politici e sociali) sia frutto del profondo radicamento delle due opposte e apparentemente inconciliabili ricostruzioni che di esse sono state offerte.

Anticipando di poco l'opzione confermata nel 1966 sul piano internazionale con l'approvazione dei patti internazionali sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali promossi dalle Nazioni Unite, l'originaria scelta "dualista" del

⁸ J.-F. Akandji-Kombé, *Charte sociale européenne et Convention européenne des droits de l'homme: quelles perspectives pour les 10 prochaines années?*, intervento al *Seminar to mark the 10th anniversary of the Revised Charter*, Consiglio d'Europa, 3 maggio 2006, consultabile alla pagina web http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/presentation/10Anniversary/AkandjeKombe10Anniv_fr.asp

⁹ D. J. Harris, *cit.*, p. 1080. L'Autore inoltre motiva le differenti modalità di adesione degli Stati ai due trattati e la (seppur contenuta) discrezionalità accordata ad essi nella scelta degli articoli ai quali saranno vincolati con il particolare contesto storico nel quale la Carta è stata redatta ed in particolare con i diversi livelli di sviluppo economico raggiunti dalle Parti Contraenti; *ibidem*, p. 1082.

Consiglio d'Europa pare dunque in questa fase consolidare la separazione fra le due categorie di diritti, contribuendo così ad offuscare l'indivisibilità e l'interdipendenza almeno in linea di principio riconosciute ai diritti fondamentali¹⁰.

1.2. *I riflessi della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo sulla protezione dei diritti sociali.*

Se dunque i trattati promossi dal Consiglio d'Europa si limitano a fotografare una dicotomia ancora una volta apparentemente irrisolvibile, è tramite l'attività della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che essa inizia ad essere affrontata con l'intento di ricondurre *ad unum* i diritti civili e politici e quelli sociali ed economici.

La prima affermazione di tale atteggiamento pretorio è contenuta nella sentenza *Airey v. Ireland* (9 ottobre 1979), vero e proprio *landmark case* relativo al ricorso di una cittadina irlandese titolare di sussidio di disoccupazione alla quale gli elevati costi della procedura e delle tariffe professionali e la conseguente impossibilità di procurarsi un avvocato che la assistesse, avevano impedito di adire il tribunale competente per ottenere la separazione giudiziale dal marito violento. La Corte di Strasburgo, ritenendo che l'assenza di programmi di assistenza legale per i non abbienti in relazione alle cause di separazione violasse il diritto di accesso alla giustizia previsto dall'art. 6 par. 1 CEDU, respinge le difese del Governo irlandese volte ad evidenziare l'impossibilità di pretendere l'istituzione di un programma di *legal aid* gratuito omnicomprensivo e la scorrettezza di una interpretazione della CEDU dalla quale derivino oneri socio-economici in capo alle Parti Contraenti. La Corte afferma infatti che

“[w]hilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature. The Court therefore considers [...] that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention¹¹”.

¹⁰ J. A. Carrillo Salcedo, *Protección de derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales*, in *Revista de instituciones europeas*, 1991, n. 2 (mayo-agosto), pp. 433-434.

¹¹ *Ibidem*, par. 26. E' inoltre particolarmente significativo che poche righe più tardi la Corte pur sottolineando come non compito suo indicare le misure che ciascuno Stato deve adottare per garantire il rispetto dei diritti affermati nella CEDU, non rinunci a dare tuttavia qualche suggerimento, a mero titolo di esempio: “[i]n addition, whilst Article 6 para. 1 [...] guarantees to litigants an effective right of access to the courts for the determination of their "civil rights and obligations", it leaves to the State a free choice of the means to be used towards this end. The institution of a legal aid scheme [...] constitutes one of those means but there are others such as, for example, a simplification of procedure. In any event, it is not

Inizia dunque con *Airey* un percorso tutto giurisprudenziale che, con alterne vicende, offrirà svariati spunti per un progressivo riavvicinamento tra le due categorie (o generazioni) di diritti.

In primo luogo, si assiste ad una estensione della protezione offerta dalla CEDU anche ad alcuni diritti ascrivibili al novero dei diritti sociali, tramite l'elaborazione di peculiari tecniche interpretative. Così ad esempio, si ritiene che la violazione del diritto ad un equo processo, previsto dal già citato art. 6 CEDU, pregiudichi il godimento del diritto sociale che sia oggetto del contenzioso¹². Tale tecnica, utilizzata in relazione a diritti a prestazioni rivendicate dai ricorrenti in un processo di fronte all'autorità giudiziaria nazionale, consente nell'*inserire* la "materia sociale" all'interno del diritto ad un equo processo, proteggendo così, seppure in via riflessa, una situazione soggettiva che comunque possiede una spiccata connotazione patrimoniale¹³ e dunque collocabile sotto l'etichetta di *civil right* ai sensi dell'art. 6 CEDU. In altri casi, invece, un diritto sociale è stato riconosciuto in quanto effetto della legittima compressione di uno dei diritti fondamentali protetti dalla CEDU. E' quanto la Corte afferma con riferimento al diritto di proprietà sancito dall'art. 1 del Protocollo 1 CEDU, del quale con la sentenza *James and Others v. United Kingdom* (1986) si è per la prima volta affermata la legittima limitazione per ragioni di utilità pubblica finalizzate a garantire il diritto all'abitazione¹⁴. Altre ipotesi configurano infine il divieto di discriminazione nel

the Court's function to indicate, let alone dictate, which measures should be taken; all that the Convention requires is that an individual should enjoy his effective right of access to the courts in conditions not at variance with Article 6 para. 1 [...]". Con la medesima pronuncia, l'Irlanda è altresì ritenuta responsabile della violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), avendo indirettamente impedito alla ricorrente di ottenere il provvedimento di separazione giudiziale: "As regards marriage, husband and wife [...] are entitled, in certain cases, to petition for a decree of judicial separation; [...] the protection of their private or family life may sometimes necessitate their being relieved from the duty to live together. Effective respect for private or family life obliges Ireland to make this means of protection effectively accessible [...]. However, it was not effectively accessible to the applicant: not having been put in a position in which she could apply to the High Court [...], she was unable to seek recognition in law of her de facto separation from her husband. She has therefore been the victim of a violation of Article 8"; *ibidem*, par. 33. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è consultabile *on line* a partire dal database ufficiale HUDOC (<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>).

¹² F. Sudre, *La «permeabilité» de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux*, in *Pouvoir et liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 469.

¹³ F. Sudre, *La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Unione Avvocati Europei, Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, Bruylant, 1999, p. 113.

¹⁴ "The Court agrees with the applicants that a deprivation of property effected for no reason other than to confer a private benefit on a private party cannot be "in the public interest". Nonetheless, the compulsory transfer of property from one individual to another may, depending upon the circumstances, constitute a legitimate means for promoting the public interest. [...] The taking of property in pursuance of a policy calculated to enhance social justice within the community can properly be described as being "in the public interest". In particular, the fairness of a system of law governing the contractual or property rights of private parties is a matter of public concern and therefore legislative measures intended to bring about

godimento dei diritti sanciti dalla Convenzione (art. 14) come norma dotata di una potenziale *vis expansiva* in grado di attrarre all'alveo della CEDU anche diritti *latu sensu* sociali. La natura accessoria dell'art. 14 e la sua applicabilità ai soli diritti garantiti dalla CEDU e dai suoi protocolli aggiuntivi, rende tuttavia necessario ancorare la violazione del diritto sociale al mancato rispetto di uno dei diritti contenuti in tali fonti¹⁵. E' questo il percorso seguito dalla Corte in *Gaygusuz v. Austria*, nel quale la Corte di Strasburgo ritiene violato il combinato disposto degli artt. 14 CEDU e 1 Protocollo 1 dalla normativa austriaca in materia di sussidi di disoccupazione, in base alla quale il ricorrente, cittadino turco residente in Austria, si era visto negare tale forma di assistenza per mancanza del requisito della cittadinanza, pur essendo in regola con i versamenti contributivi¹⁶.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha inoltre ampliato il raggio della propria giurisdizione, arrivando in taluni casi a tutelare i diritti sociali attraverso la teoria giurisprudenziale delle obbligazioni positive. Ritenendo infatti che la protezione offerta ad alcuni singoli diritti contenuti nella CEDU non fosse adeguata, la Corte non ha esitato a suggerire agli Stati responsabili di violazioni l'adozione di ulteriori specifiche misure positive volte a garantire in modo pieno ed effettivo i diritti protetti dalla Convenzione. Da un lato, questa tecnica ha fornito l'occasione per rivedere alcune obiezioni classiche ad una considerazione unitaria dei diritti fondamentali ed in

such fairness are capable of being "in the public interest", even if they involve the compulsory transfer of property from one individual to another"; *James and Others v. United Kingdom*, 21 febbraio 1986, parr. 40-41. F. Sudre, in *La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 116, ricorda che la Corte di Strasburgo ha dichiarato legittima, in funzione della tutela del diritto all'abitazione, anche la compressione del diritto al rispetto della vita familiare (art. 8 CEDU), nella sentenza *Velosa Barreto v. Portugal*, 21 novembre 1995. Al tempo stesso, tuttavia, il diritto all'abitazione non può essere automaticamente attratto nella sfera dell'art. 8 CEDU ed in particolare non può essere indicato quale conseguenza diretta del diritto al rispetto della vita privata: come fa notare S. Sonelli, in *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 58, n. 2, 2004, p. 1450, nella sentenza *Marzari v. Italy*, 4 maggio 1999, la Corte rigetta le richieste del ricorrente affermando (par. 179) che "although Article 8 does not guarantee the right to have one's housing problem solved by the authorities, a refusal of the authorities to provide assistance in this respect to an individual suffering from a severe disease might in certain circumstances raise an issue under Article 8 of the Convention because of the impact of such refusal on the private life of the individual".

¹⁵ C. Tomuschat, *Social Rights under the European Convention on Human Rights*, in *Human rights, democracy and the rule of law. Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Dike-Nomos, 2007, p. 861.

¹⁶ *Gaygusuz v. Austria*, 23 maggio 1996. Poiché la Corte ritiene che "the right to emergency assistance - in so far as provided for in the applicable legislation - is a pecuniary right for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1" e che l'unico legame di reciprocità esistente con il diritto a percepire il sussidio sia quello con il pagamento dei contributi previdenziali, "as the applicant was denied emergency assistance on a ground of distinction covered by Article 14 (art. 14), namely his nationality, that provision (art. 14) is also applicable" (par. 41). Non essendo quindi il trattamento discriminatorio fondato su giustificazioni obiettive e ragionevoli, lo Stato resistente è considerato responsabile della violazione dell'art. 14 CEDU in correlazione con l'art. 1 del Protocollo 1 (parr. 50 e 52).

particolare per interrogarsi sull'adeguatezza della mera astensione da interferenze quale garanzia di godimento dei diritti di libertà¹⁷. Dall'altro lato, tuttavia, la Corte di Strasburgo ne ha fortemente contenuto le potenzialità espansive, sfruttando le aperture da esse consentite con estrema parsimonia¹⁸, forse temendo che alcuni articoli in particolare possano essere utilizzati come grimaldelli per scardinare il sistema di protezione offerto dalla CEDU e favorire così l'ingresso nel circuito di diritti da essa non contemplati¹⁹.

Sebbene quindi sia individuabile un filone giurisprudenziale tendente ad riportare i diritti sociali sotto l'ombrello protettivo della giurisdizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, la dottrina maggioritaria ha più volte espresso le proprie perplessità riguardo alla riluttanza della stessa a riconoscere i diritti sociali "in quanto tali" e non quali mere "implications" (o, nella versione francese, "prolongements") dei diritti civili e politici²⁰. Pur auspicando una maggiore intraprendenza della Corte nello sfruttare meccanismi interpretativi già in parte impiegati²¹, non si è tuttavia mancato di mettere in luce i limiti di una protezione accordata ai diritti sociali essenzialmente in modo

¹⁷ Nel caso *Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria*, in materia di diritto di riunione pacifica, la Corte, pur avvertendo che non è suo compito sviluppare una teoria generale delle obbligazioni positive, sottolinea come un mero dovere di non interferenza da parte dello Stato non sia sufficiente a garantire il godimento del diritto in esame, dovendo altresì quest'ultimo adottare misure positive affinché i manifestanti possano esercitarlo in modo pieno ed effettivo; *Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria*, 21 giugno 1988, par. 31-32.

¹⁸ Ne è un esempio il noto caso *Botta v. Italy*, nel quale il ricorrente, disabile, sosteneva che l'impossibilità di accedere alle strutture balneari in una località di villeggiatura fosse da imputarsi alla mancata vigilanza sull'adempimento degli obblighi imposti ai concessionari degli stabilimenti da parte delle autorità comunali, responsabili quindi di violazione del diritto al rispetto della vita privata (in particolare del diritto allo sviluppo dei rapporti intersoggettivi) garantito dall'art. 8 CEDU. La Corte, verificando se il diritto asserito dal ricorrente fosse o meno riconducibile a detto articolo, sottolinea che il dovere dello Stato di garantire il rispetto di tale diritto consiste anche nell'adozione di misure positive, nella determinazione delle quali, tuttavia, lo Stato mantiene sempre un margine insindacabile di apprezzamento relativo al bilanciamento degli interessi individuali con quelli della comunità. Affermando dunque che "a State has obligations of this type where it has found a direct and immediate link between the measures sought by an applicant and the latter's private and/or family life", la Corte conclude che il diritto vantato dal ricorrente (ovvero "the right to gain access to the beach and the sea at a place distant from his normal place of residence during his holidays") riguarda "interpersonal relations of such broad and indeterminate scope that there can be no conceivable direct link between the measures the State was urged to take in order to make good the omissions of the private bathing establishments and the applicant's private life", rigettando di conseguenza il ricorso. Cfr. *Botta v. Italy*, 24 febbraio 1998, par. 33-34. È inoltre significativo che la Commissione per i diritti umani (all'epoca ancora esistente), nella propria decisione sull'ammissibilità del ricorso, abbia richiamato le ben note argomentazioni relative alla non giustiziabilità dei diritti sociali, la cui realizzazione si ritiene condizionata ad un insieme di più fattori, di natura essenzialmente finanziaria, così come all'ampio margine di apprezzamento lasciato alla discrezionalità del legislatore; così riporta S. Sonelli, *cit.*, p. 1449.

¹⁹ *Ibidem*, p. 1448.

²⁰ Il riferimento qui è sempre alla sentenza *Airey v. Ireland*, *cit.*, par. 26.

²¹ Si veda in proposito F. Sudre, *La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme: un exercice de «jurisprudence fiction»?*, in *Revue trimestrelle des droits de l'homme*, 55, 2003, in particolare le pp. 755-768.

riflesso. Per quanto la Corte di Strasburgo abbia (cautamente) tentato di ampliare i confini del proprio mandato, si evidenzia in ogni caso come essa fino ad oggi abbia tutelato i diritti sociali principalmente attraverso la valorizzazione degli aspetti patrimoniali delle situazioni giuridiche violate, oppure tramite un'interpretazione estensiva del contenuto di un particolare articolo della CEDU, tanto da attrarre nell'orbita di esso un diritto sociale quale sua peculiare sfaccettatura o condizione per il suo pieno godimento²².

1.3. Sviluppi recenti e prospettive future.

Ad ogni modo, gli sviluppi intervenuti e le proposte avanzate negli ultimi quindici anni in seno al Consiglio d'Europa hanno aperto nuove prospettive per una protezione finalmente piena dei diritti sociali e, più in generale, per una tutela integrale dei diritti fondamentali. Due sono le principali direttrici individuabili all'interno di tale processo: la prima mira al rafforzamento dei meccanismi offerti dalla Carta Sociale Europea; la seconda prospetta invece la possibilità di un ingresso "ufficiale" dei diritti sociali nella CEDU (e dunque nella giurisdizione della Corte di Strasburgo), mediante l'adozione di appositi protocolli o l'elaborazione di dispositivi di raccordo fra CEDU e CSE.

Sul primo fronte, occorre innanzitutto segnalare l'adozione nel 1996 della Carta Sociale Europea Riveduta, entrata in vigore nel 1999. Attualmente²³ ratificata da trentadue (e firmata da altri dodici) dei quarantasette Stati membri del Consiglio d'Europa, essa amplia la tutela offerta ad alcuni dei diritti già contenuti nel trattato del 1961 e ne introduce di nuovi, fra i quali, oltre ad alcuni riconducibili al novero dei diritti dei lavoratori, spiccano il diritto alla protezione contro l'esclusione sociale e la povertà (art. 30), il diritto alla casa (art. 31) e il diritto degli anziani alla protezione sociale (art. 23)²⁴.

Sul versante dei meccanismi apprestati a tutela dei diritti contenuti nella CSE, occorre menzionare l'introduzione di un sistema di ricorsi collettivi, avvenuta con il

²² Anche in riferimento a tali scorciatoie ermeneutiche, non mancano in dottrina inviti ad una maggior cautela, avvertendo che interpretazioni eccessivamente ardite potrebbero finire per snaturare la fisionomia della CEDU; C. Tomuschat, *cit.*, p. 845.

²³ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=163&CM=&DF=&CL=ITA> (situazione al 6 aprile 2012).

²⁴ Rimane fermo, pur con piccole modifiche, il meccanismo di adesione "flessibile" già visto con la prima versione del Trattato; cfr. art. A, CSE Riveduta (1996), consultabile alla pagina web <http://conventions.coe.int/Treaty/ita/Treaties/Html/163.htm>.

protocollo aggiuntivo del 9 novembre 1995²⁵. Preceduto dal protocollo del 1991²⁶, che interveniva sul sistema di *reporting* periodico in funzione di un maggior coinvolgimento delle organizzazioni internazionali dei lavoratori e dei datori di lavoro e garantiva al Comitato degli Esperti il potere di chiedere agli Stati membri precisazioni ed informazioni ulteriori, il protocollo del 1995 rappresenta un primo strutturato tentativo di rafforzare la tutela offerta ai diritti sociali contenuti nella CSE tramite l'introduzione di una procedura "quasi-giurisdizionale"²⁷. Esso infatti conferisce alle organizzazioni internazionali dei lavoratori, alle organizzazioni non governative dotate di *status* consultivo presso il Consiglio d'Europa, nonché alle organizzazioni rappresentative dei lavoratori a livello nazionale, la legittimazione a ricorrere di fronte al Comitato degli esperti nell'ipotesi di "insoddisfacente applicazione" dei diritti previsti dalla CSE da parte di uno Stato membro, prevedendo, in caso di ammissibilità del ricorso, l'attivazione di una procedura in contraddittorio con la Parte Contraente interessata. Questa si concluderà con l'invio al Comitato dei Ministri di un rapporto concernente le attività svolte per accertare l'eventuale violazione, ed eventualmente con l'invio di una raccomandazione allo Stato interessato, che dovrà poi nel suo successivo rapporto periodico riferire le misure adottate per dar seguito ad essa.

E' tuttavia sul fronte CEDU che si registrano gli interventi di maggior rilievo e le proposte più significative in vista della predisposizione di una tutela pienamente giurisdizionale dei diritti sociali da parte degli organi del Consiglio d'Europa. Una tappa fondamentale di tale processo è rappresentata dall'entrata in vigore del Protocollo n. 12 recante un divieto generale di discriminazione fondata "sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione" nel godimento di "ogni diritto garantito dalla legge"²⁸, avvenuta il 1 aprile 2005. Come la dottrina ha da tempo avuto modo di sottolineare, tale avvenimento potrebbe aprire la strada ad un ingresso "ufficiale" dei diritti sociali nei meccanismi protettivi della CEDU. Se infatti ad essere coperti dal divieto in oggetto sono tutti i diritti garantiti *dalla legge*, i ricorrenti potranno rivolgersi alla Corte di Strasburgo per chiedere protezione contro trattamenti discriminatori che si riflettano non solo sul

²⁵ Testo consultabile alla pagina web <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/158.htm>.

²⁶ Testo consultabile alla pagina web <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/142.htm>.

²⁷ J. P. Costa, *cit.*, p. 150.

²⁸ Cfr. art. 1 Protocollo 12 CEDU, del 4 novembre 2000, ad oggi ratificato da diciotto Stati membri del Consiglio d'Europa; l'Italia ha solo firmato il protocollo senza però ratificarlo. Il testo italiano qui citato è consultabile alla pagina web <http://conventions.coe.int/Treaty/ita/Treaties/Html/177.htm>.

godimento dei diritti garantiti dalla CEDU, ma anche sulla fruizione di diritti garantiti dalla legislazione interna a ciascuno Stato, nonché dai trattati internazionali che siano stati da esso ratificati. Ecco dunque che, seppure dalla “porta di servizio” del diritto alla non-discriminazione, i diritti sociali, tanto quelli riconosciuti dal diritto nazionale, quanto in particolare quelli contenuti nella CSE, potrebbero diventare oggetto della tutela giurisdizionale offerta dalla Corte europea dei diritti dell’uomo²⁹.

Anche la dottrina più ottimista non manca però di avanzare a riguardo alcune perplessità, sottolineando innanzitutto che la protezione accordata ai diritti sociali dalla CEDU sarebbe comunque indiretta: ciò che si intenderebbe proteggere sarebbe infatti il diritto a non subire discriminazioni nel godimento di un altro diritto, eventualmente *anche* sociale³⁰. Occorrerà inoltre verificare l’intraprendenza della Corte di Strasburgo nel trattare i ricorsi per violazione dell’art. 1 Protocollo 12: ci si limiterà a ripercorrere con minime variazioni la strada già intrapresa in relazione al divieto di discriminazione imposto dall’art. 14 CEDU con riferimento ai diritti garantiti dalla Convenzione, oppure si assisterà ad una nuova fase di dinamismo interpretativo³¹? E inoltre: quale spazio di manovra potrebbe avere la Corte di Strasburgo nell’imporre, o quantomeno suggerire, l’adozione di misure positive agli Stati responsabili di aver violato il divieto generale di non discriminazione, affinché essi possano effettivamente garantire il pieno godimento di un determinato diritto? Se infatti la tutela offerta dalla CEDU è, com’è noto, eminentemente risarcitoria, e il Protocollo 12 non menziona alcun tipo di obbligo positivo che le Parti Contraenti sono tenute ad assolvere³², potrà la Corte spingersi a tanto? Queste domande sembrano per adesso destinate a rimanere prive di risposta.

La soluzione fin qui prospettata pare tuttavia non essere l’unica percorribile al fine di raggiungere una tutela completa dei diritti fondamentali.

Con la Raccomandazione 1415 (1999)³³, l’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa, riconoscendo l’indivisibilità dei diritti sociali dai diritti civili e politici, ha

²⁹ J.-F. Akandji-Kombe, *Le droit à la non-discrimination vecteur de la garantie des droits sociaux*, in F. Sudre, H. Surrél (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention Européenne des droits de l’homme*, Bruylant, 2008, p. 192. L’Autore riprende in questa sede alcune considerazioni già svolte da F. Sudre, *La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l’homme: un exercice de «jurisprudence fiction»?*, cit., pp. 770 ss..

³⁰ A. De Salas, *Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l’homme*, in *Liberté, justice, tolerance. Mélanges Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 585.

³¹ J.-F. Akandji-Kombe, *Le droit à la non-discrimination vecteur de la garantie des droits sociaux*, cit., p. 184.

³² *Ibidem*, p. 190.

³³ 23 giugno 1999; tutte le Raccomandazioni, Risoluzioni e Working Documents dell’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa sono consultabili a partire dal sito web <http://assembly.coe.int>. La

auspicato infatti l'inserimento a pieno titolo dei diritti sociali all'interno della CEDU, mediante la predisposizione di un protocollo aggiuntivo da sottoporre alla firma delle Parti Contraenti. Ciò comporterebbe l'estensione della giurisdizione della Corte di Strasburgo e la conseguente possibilità di indirizzare ad essa ricorsi *individuali* aventi ad oggetto violazioni di tali diritti³⁴. L'introduzione di un ricorso individuale a tutela dei diritti sociali non è del resto un'idea nuova: essa era stata già proposta con la Raccomandazione 1354 (1998), quale meccanismo aggiuntivo da predisporre nell'ambito della Carta Sociale Europea, eventualmente in vista della creazione di una vera e propria corte europea per i diritti sociali. Sebbene tali idee siano rimaste ad oggi senza esito, la possibilità di introdurre un ricorso individuale tramite un protocollo aggiuntivo alla CSE è stata ripresa dalla Raccomandazione 1795 (2007), mentre le più recenti Raccomandazione 1958 (2011) e Risoluzione 1792 (2011) suggeriscono ai competenti organi del Consiglio d'Europa di studiare una revisione del Protocollo del 1995 alla CSE al fine di consentire l'intervento di terzi nella procedura di ricorso collettivo.

Nel medesimo solco si inseriscono altresì alcune proposte della dottrina. In particolare esse sottolineano la necessità di creare meccanismi di raccordo, anzi, vere e proprie "passerelle istituzionali" tra la CSE e la CEDU, che consentano una sorta di *traslatio iudicii* dalla Corte di Strasburgo al Comitato europeo dei diritti sociali (a questo punto, pienamente giurisdizionalizzato?). Ciò permetterebbe innanzitutto di evitare la dispersione dei ricorsi eventualmente dichiarati irricevibili poiché aventi ad oggetto diritti non compresi nella CEDU ed inoltre di ridurre al minimo le possibili divergenze interpretative intercorrenti fra Corte di Strasburgo e Comitato europeo dei diritti sociali³⁵.

Queste dunque le carte in tavola oggi. Occorrerà attendere gli ulteriori sviluppi del dibattito giuridico e istituzionale (ed esplorare le volontà politiche dei Paesi membri del

proposta non è affatto nuova: era già stata avanzata alla fine degli anni Settanta (Raccomandazione 838 (1978)), sfociando nel 1984 nella redazione di un progetto di protocollo aggiuntivo (mai approvato) che prevedeva l'introduzione nella CEDU del diritto alla parità retributiva tra uomo e donna, all'uguaglianza tra i sessi in materia di impiego e di formazione, nonché ad un'istruzione primaria obbligatoria e gratuita. Cfr. A. de Salas, *cit.*, pp. 581-582.

³⁴ La dottrina si è espressa favorevolmente nei confronti di tale proposta, sostenendone l'utilità in ragione della indivisibilità dei diritti fondamentali; cfr. J.-F. Akandji-Kombe, *Avant-propos sur l'inscription des droits sociaux dans la Convention européenne des droits de l'homme. Préables méthodologiques sur la justiciabilité des droits sociaux*, in *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, n. 3, 2004, pp. 83-92.

³⁵ J.-F. Akandji-Kombe, *Charte sociale européenne et Convention européenne des droits de l'homme: quelles perspectives pour les 10 prochaines années?*, *cit.*.

Consiglio d'Europa) per verificare in quali termini le proposte fin qui avanzate potranno trovare effettiva realizzazione, tenendo a mente che, come si avrà modo di approfondire in seguito, la CSE potrebbe essere oggetto di rinnovata attenzione in virtù del richiamo ad essa contenuto nell'art. 151 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

2. Lavori in corso: Unione Europea e diritti sociali (cenni).

2.1. I diritti sociali nei trattati dell'Unione Europea da Roma ad Amsterdam.

Com'è noto, il trattato fondativo della Comunità Economica Europea, non reca al proprio interno alcun esplicito riferimento ai diritti fondamentali e, conseguentemente, neppure ai diritti sociali. Sebbene incentrato sull'istituzione di un mercato comune governato dalle quattro libertà fondamentali di circolazione necessarie per sostenerlo, il trattato siglato a Roma il 25 marzo 1957 non sembra tuttavia completamente indifferente di fronte all'esigenza, espressa all'art. 117, di “promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera³⁶”. Con una “buona dose di ottimismo liberale³⁷” si ritiene infatti che la “parificazione nel progresso” avverrà per merito dello stesso funzionamento del mercato comune. Sarà infatti il miglioramento delle condizioni economiche generali all'interno dei Paesi membri a consentire ad essi di poter più efficacemente garantire quei diritti sociali

³⁶ Il testo originale del Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea può essere consultato dalla pagina web <http://eur-lex.europa.eu/it/treaties/dat/11957E/tif/11957E.html>. Inoltre, secondo l'art. 118, muovendosi unicamente nel perimetro degli obiettivi generali del trattato, la Commissione potrà eventualmente promuovere la cooperazione fra gli Stati membri in materie quali diritto al lavoro (ed istanze connesse) e sicurezza sociale. Tuttavia, con maggiore incisività rispetto alle altre norme collocate nel medesimo Titolo del trattato, l'art. 119 impone agli Stati membri di garantire la parità retributiva tra uomo e donna. Come precisato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Defrenne* (8 aprile 1976, causa 43-75), tale principio non opera unicamente in senso verticale, nelle relazioni intercorrenti fra cittadino e autorità pubbliche, imponendo solo a queste ultime un obbligo di non discriminazione; ma anche in senso orizzontale, andando così ad incidere sull'autonomia contrattuale individuale e collettiva. Si legge infatti al par. 39: “Neppure può essere accolta l'obiezione tratta dal fatto che l'applicazione, da parte dei giudici nazionali, del principio della parità di retribuzione, avrebbe la conseguenza di modificare quanto le parti hanno convenuto con atti rientranti nell'autonomia privata o professionale, quali i contratti individuali e i contratti collettivi di lavoro. Dato che l'art. 119 è di natura imperativa, il divieto di discriminazione tra lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile riguarda infatti non solo le pubbliche autorità, ma vale del pari per tutte le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato, come pure per i contratti fra singoli”.

Tutte le sentenze della Corte di Giustizia qui di seguito citate sono consultabili a partire dal database alla pagina web <http://eur-lex.europa.eu/JURISIndex.do?ihmlang=it>.

³⁷ S. Giubboni, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione Europea*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 27, 2004, p. 11.

riconosciuti dalle costituzioni appena promulgate. I riflessi di questa impostazione iniziale, dovuta in parte anche all'intento di limitare al minimo le ingerenze delle nuove istituzioni comunitarie in settori delicati come quelli delle politiche sociali, si sarebbero riverberati a lungo sull'assetto della CEE prima e della UE in seguito, comportando una evidente discrepanza tra il livello di protezione accordato ai diritti sociali dalle istituzioni comunitarie e quello, più elevato, garantito invece all'interno degli Stati membri³⁸. Nel disegno comunitario delle origini, dunque, la tutela dei diritti sociali rimane di esclusiva competenza dei singoli Stati, che provvedono ad assicurarla attraverso sistemi di *welfare* sempre più estesi ed articolati (cfr. *retro*, in particolare, parr. 2.2 e 2.4), modellati sulle esigenze e caratteristiche sociali ed economiche nazionali. Se i primi organici interventi delle istituzioni comunitarie in materia sociale si inseriscono proprio nella fase di declino della *golden age* dello stato sociale novecentesco³⁹, per un (timido) allargamento in tale direzione delle competenze occorrerà tuttavia attendere fino al 1986, quando, con l'Atto Unico Europeo, saranno inseriti nel Trattato CEE gli artt. 130 A e 130 B. Essi tuttavia, pur menzionando per la prima volta la "coesione economica e sociale" quale obiettivo di un'azione volta ad uno sviluppo armonioso della Comunità, non inseriscono nei trattati posizioni soggettive riconducibili alla categoria dei diritti sociali⁴⁰, limitandosi quindi ad indicare agli Stati

³⁸ S. Giubboni, *I diritti sociali tra Costituzione italiana e ordinamento dell'Unione Europea*, in *Rivista critica di diritto del lavoro pubblico e privato*, n. 4, 2008, in particolare, pp. 1119-1124 per un'analisi del fenomeno alla luce del paradigma interpretativo fornito dalla teoria ordoliberal tedesca.

³⁹ Il riferimento è qui al Regolamento 1408/71 relativo al coordinamento dei regimi di sicurezza sociale per i lavoratori che si spostano all'interno della Comunità. Maurizio Ferrera individua in questo regolamento il primo atto comunitario attraverso il quale la nozione di *cittadinanza sociale*, tradizionalmente inscritta all'interno dei confini nazionali e comprendente i diritti a specifici trattamenti di natura in primo luogo previdenziale, assistenziale e sanitaria, si affievolisce per assumere connotati sovranazionali e rafforzare il proprio collegamento con requisiti diversi, quali in particolare lo *status* di "lavoratore" o di "residente"; M. Ferrera, *Verso una cittadinanza sociale "aperta". I nuovi confini del welfare nell'Unione Europea*, in *Working papers del Dipartimento di studi sociali e politici dell'Università di Milano*, n. 8, 2004, in part. p. 11, consultabile in http://www.sociol.unimi.it/papers/2004-4-21_Maurizio%20Ferrera.pdf.

⁴⁰ S. Giubboni, *Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione Europea*, cit., p. 15. Il testo dell'Atto Unico Europeo è consultabile in http://eur-lex.europa.eu/it/treaties/dat/11986U/tif/JOL_1987_169_1_IT_0002.tif. Non potendo qui ulteriormente approfondire, basti in questa sede ricordare che il superamento della iniziale estraneità dei diritti fondamentali (prima ancora che dei soli diritti sociali) ai trattati istitutivi era stato nel frattempo avviato dalla Corte di Giustizia con la sentenza *Stauder* (12 novembre 1969, causa 29-69). Vi si afferma infatti, con espressione sintetica quanto significativa, che essi fanno parte dei "principi generali del diritto comunitario" e che di essi è la Corte stessa a "garantire l'osservanza". Ad ulteriore approfondimento della direzione intrapresa, dieci anni più tardi, la Corte afferma altresì che "i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto, di cui essa [stessa] garantisce l'osservanza; nel garantire la tutela di tali diritti, essa è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni di tali Stati; i trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo, cui

membri le *finalità* che avrebbero dovuto guidare la loro azione comune. Come si legge infatti nel Preambolo, le alte Parti Contraenti firmatarie dell'Atto Unico intendono "promuovere la democrazia" basata sui diritti affermati tanto dalle costituzioni e dalle leggi nazionali quanto dagli strumenti internazionali come CEDU e CSE, conferendo particolare rilievo a "libertà, uguaglianza e giustizia sociale".

Sebbene esso non promani direttamente dalle istituzioni comunitarie, ma si sostanzia semplicemente in un patto di diritto internazionale pubblico fra gli Stati membri della CEE⁴¹, è proprio l'Atto Unico Europeo a conferire un rinnovato impulso all'espansione comunitaria nei settori dei diritti e delle politiche sociali. Alla fine degli anni Ottanta si registrano in merito due proposte. La prima, proveniente dal Comitato Economico e Sociale, è diretta alla redazione di una direttiva quadro il cui contenuto, ispirato alle principali convenzioni dell'ILO, alla CEDU e alla CSE, possa garantire un nucleo di diritti sociali fondamentali immuni alle pressioni della concorrenza. La seconda proposta, avanzata dalla Commissione, auspica invece l'adozione di una carta sociale comunitaria, che garantisca i diritti sociali fondamentali a tutti i *cittadini* europei, indipendentemente dalla propria condizione lavorativa. Ma i tempi non sono ancora sufficientemente maturi: l'assenza nei trattati di qualsiasi base giuridica che possa giustificare l'intervento delle istituzioni comunitarie in settori "socialmente sensibili" come salute, istruzione e assistenza sociale comporterà un drastico ridimensionamento degli obiettivi perseguiti dal documento, significativamente intitolato *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori*⁴². Preceduta da un'ulteriore sollecitazione proveniente dal Parlamento europeo ed approvata dal Consiglio Europeo di Strasburgo del 1989, la Carta si pone in sostanziale continuità con gli obiettivi di coesione sociale recentemente inseriti nel Trattato CEE, ma non abbandona neppure l'impostazione liberista che aveva animato i trattativi istitutivi. Nel Preambolo, inoltre, essa non manca di menzionare espressamente tutti gli articoli del Trattato dai quali trae la propria legittimazione e, al tempo stesso, di ricordare che in nessun caso da essa deriveranno

gli Stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario" (sentenza *Hauer*; 13 novembre 1979, causa 44-79).

⁴¹ S. Gambino, *Les droits sociaux dans le constitutionnalisme contemporain et dans l'Union Européenne*, intervento al *Troisième forum Nord-Sud des droits humains: la discrimination*, Seminario organizzato dall'Unione Internazionale degli Avvocati e dall'Ordine degli Avvocati di Bologna (Bologna, 9-10 settembre 2011), in www.federalismi.it, 31 ottobre 2011, consultabile alla pagina web <http://www.federalismi.it/document/31102011170327.pdf?CFID=37999594&CFTOKEN=65178807>

⁴² J. Kenner, *Economic and social rights in the EU legal order: the mirage of indivisibility*, in T. Hervey, J. Kenner (a cura di), *Economic and social rights under the Eu Charter of fundamental rights. A legal perspective*, Oxford Portland, 2006, pp. 8-10.

ampliamenti delle competenze delle istituzioni comunitarie⁴³. Nonostante che le posizioni soggettive contenute nella Carta siano tutelate essenzialmente attraverso la lente della condizione di lavoratore⁴⁴ e che il suo grado di vincolatività sia quello di una semplice “dichiarazione”, il documento in esame avrà un ruolo importante per il successivo sviluppo delle politiche sociali comunitarie ed avvierà una riflessione di più ampio respiro sull’opportunità di inserire nei trattati un catalogo di diritti sociali fondamentali⁴⁵.

Dal fermento dei primi anni Novanta emergono tuttavia segnali contraddittori. Da un lato infatti, il Trattato sull’Unione Europea⁴⁶ siglato a Maastricht nel 1992 afferma, tra le finalità enunciate nell’art. B, la volontà di “promuovere un progresso sociale equilibrato e sostenibile” anche mediante “il rafforzamento della coesione economica e sociale”; inoltre, all’art. F(2), incorpora nel diritto primario dell’Unione il riferimento – fino ad allora esclusivamente giurisprudenziale - al rispetto dei “diritti fondamentali” contenuti nella CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Dall’altro lato, però, esclude tale “materia” dall’ambito delle competenze della Corte di Giustizia (art. 46 TUE). Inoltre apporta alcune modifiche al Titolo del TCE relativo alla politica sociale (ex *Titolo III*, con Maastricht *Titolo VIII*), introducendovi un nuovo *Capo 3* dedicato a *Istruzione, formazione professionale e gioventù*, nonché aggiungendo al TCE i *Titoli IX (Cultura)*, *X (Sanità pubblica)* e *XI (Protezione dei consumatori)*. Con Maastricht le competenze delle istituzioni comunitarie nell’ambito

⁴³ In questo senso, sono particolarmente significative le affermazioni per cui “the completion of the internal market must favour the approximation of improvements in living and working conditions, as well as economic and social cohesion within the European Community, while avoiding distortions of competition” e “the implementation of the Charter must not entail an extension of the Community’s powers as defined by the Treaties”. Nonostante le modifiche apportate ai Trattati non sottraggano sovranità agli Stati membri, la Carta sottolinea altresì che le politiche sociali rimarranno prerogativa dei singoli Stati: “by virtue of the principle of subsidiarity, responsibility for the initiatives to be taken with regard to the implementation of these social rights lies with the Member States or their constituent parts and, within the limits of its powers, with the European Community”.

Il testo integrale della Carta può essere consultato alla pagina web http://www.aedh.eu/plugins/fckeditor/userfiles/file/Conventions%20internationales/Community_Charter_of_the_Fundamental_Social_Rights_of_Workers.pdf.

⁴⁴ Si veda ad es. l’art. 19, relativo al diritto alla salute e alla sicurezza *sul luogo di lavoro*, oppure l’art. 26 che tutela le persone disabili presta particolare attenzione al loro inserimento nel mondo del lavoro o alla loro formazione professionale; si distacca da questa impostazione l’art. 25, in base al quale ad ogni persona che abbia raggiunto l’età della pensione, senza tuttavia avere alcun diritto a percepire trattamenti previdenziali, devono essere garantite risorse sufficienti per provvedere alle proprie necessità, nonché cure mediche e assistenza adeguate

⁴⁵ J. Kenner, *cit.*, pp. 11-12; B. de Witte, *The trajectory of fundamental social rights in the European Union*, in G. de Búrca, B. de Witte (a cura di), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, p. 157.

⁴⁶ Il testo originale del Trattato di Maastricht, comprensivo di Trattato sull’Unione Europea e della versione consolidata del Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea, può essere consultato in http://eur-lex.europa.eu/it/treaties/dat/11992E/tif/JOC_1992_224_1_IT_0001.pdf.

della politica sociale risultano nel complesso sensibilmente estese. Tuttavia, molte delle modifiche originariamente progettate per confluire nel TCE sono relegate nell'*Accordo sulla politica sociale*, accluso al Protocollo 14 e sottoscritto da tutti gli Stati membri dell'Unione ad eccezione del Regno Unito. Nelle materie elencate dall'art. 2 dell'Accordo⁴⁷, il Consiglio delibererà a maggioranza qualificata secondo la procedura di cooperazione di cui all'art. 189C TCE, potendo, ai sensi dell'art. 2.2, adottare mediante direttive quelle "prescrizioni minime applicabili progressivamente" che terranno conto delle condizioni di ciascuno Stato membro senza comunque imporre alcun tipo di vincolo amministrativo, giuridico o finanziario che possa ostacolare "la creazione o lo sviluppo di piccole e medie imprese". Tuttavia, il Consiglio è chiamato a deliberare all'unanimità con riferimento ad un secondo (delicatissimo) elenco di materie contenute nel medesimo art. 2.3. Anche il ruolo delle parti sociali risulta rivalutato e potenziato dall'Accordo (artt. 2.4, 3 e 4), che, come sottolinea lo stesso preambolo del Protocollo 14, si qualifica quale ideale prosecuzione della strada già tracciata dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori. La mancata partecipazione del Regno Unito segnala tuttavia, oltre alla mancanza di accordo politico tra gli allora dodici Stati membri dell'Unione, anche la difficoltà (se non l'impossibilità) di agire in modo realmente uniforme mediante gli strumenti giuridici posti a disposizione delle istituzioni comunitarie.

L'inserimento dell'Accordo sulla politica sociale nel TCE, di cui andrà a costituire i nuovi artt. 137-145, rappresenta una delle più evidenti modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam (1997) alle competenze delle istituzioni comunitarie in materia di politica sociale. Particolare rilevanza è inoltre attribuita al nuovo testo dell'art. 117 TCE (art. 136, secondo la numerazione rinnovata): esso infatti, per la prima volta, menziona espressamente i *diritti sociali fondamentali* "definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989" come diritti dei quali gli Stati membri e la CEE devono *tener conto* nel perseguire gli obiettivi di promozione, protezione e progresso sociale indicati nel medesimo articolo⁴⁸.

⁴⁷ Miglioramento dell'ambiente e delle condizioni di lavoro, informazione e consultazione dei lavoratori, parità di trattamento e opportunità fra uomini e donne in ambito lavorativo, integrazione nel mercato del lavoro di coloro che ne sono esclusi.

⁴⁸ Cfr. art. 136 TCE, nella versione consolidata a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam del 1997, consultabile in versione integrale alla pagina web <http://eur-lex.europa.eu/it/treaties/dat/11997E/htm/11997E.html#0173010078>. La promozione del progresso sociale e dello sviluppo sostenibile è del resto menzionata anche nel nuovo Preambolo al TCE come una delle

Nonostante l'indubbia importanza delle modifiche segnalate, esse non rappresentano ancora un vero e proprio *turning point* in materia di tutela dei diritti sociali. In primo luogo, l'APS è sì inserito nel TCE, ma senza alcun significativo potenziamento delle capacità decisorie del Consiglio; le istituzioni comunitarie non sono ancora "emancipate" da compiti meramente promozionali o di coordinamento delle politiche dei singoli Stati membri⁴⁹, che, gelosi delle proprie prerogative, rimangono restii a cedere sovranità negli ambiti indicati. Inoltre, al di là dei richiami effettuati nell'art. 136 TCE ai principali documenti "europei" che riconoscono e tutelano diritti sociali, nessuna modifica è apportata all'ex art. F(2) del TUE (con Amsterdam, art. 6.2): l'assenza di ogni riferimento ai diritti sociali ne conferma sostanzialmente la "minorità comunitaria"⁵⁰ rispetto ai diritti civili e di libertà. Infine, ciò che si riconosce e si tutela con i Trattati non è, a ben vedere, un insieme di veri e propri *diritti* sociali, quanto piuttosto una serie di *obiettivi* (promozione dell'occupazione, del progresso e della coesione sociale...); in tal modo,

“[i] diritti restano [...] sullo sfondo e l'opportunità del loro soddisfacimento è collegata alla necessità di realizzazione degli obiettivi sociali⁵¹”.

Ciò non toglie però che le istituzioni comunitarie, a partire dalla fine degli anni Novanta, incrementino notevolmente i propri interventi in materia sociale e che, forti della nuova base giuridica costituita dalle disposizioni qui ricordate, impongano obblighi sempre più penetranti agli Stati membri⁵², rendendo la costruzione di una vera e propria *cittadinanza sociale europea* un fatto ormai irreversibile. Anche le competenze dell'Unione Europea relative al funzionamento del mercato comune, ai settori della politica economica (e in prospettiva, anche monetaria) escono ulteriormente rafforzate dalle modifiche del 1997, incidendo inevitabilmente sulle scelte nazionali relative alla allocazione delle risorse disponibili per l'erogazione delle prestazioni correlate ai diritti sociali riconosciuti dai singoli Stati membri. Se la costruzione di politiche sociali comuni contribuisce a razionalizzare ed uniformare il quadro europeo⁵³,

attività che le istituzioni comunitarie si impegnano a svolgere; a tale scopo, l'art. 2 TCE ricorda altresì la necessità di rafforzare la "coesione economica e sociale".

⁴⁹ M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, XXXI, n. 3, settembre 2000, pp. 372-373.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 378.

⁵¹ *Ibidem*, p. 379.

⁵² S. O'Leary, *Solidarity and citizenship rights in the Charter of fundamental rights of the European Union*, in G. de Búrca, B. de Witte (a cura di), *EU law and the Welfare State. In search of solidarity*, Oxford University Press, 2005, pp. 57 ss..

⁵³ M. Ferrera, *Verso una cittadinanza sociale "aperta". I nuovi confini del welfare nell'Unione Europea*, cit., pp. 21-22.

i vincoli imposti dal processo di integrazione economica alle politiche sociali nazionali non sono però compensati da adeguate politiche sociali comunitarie, spesso innervate dalla preoccupazione di mantenere intatti i principi della concorrenza e le quattro libertà fondamentali di circolazione, adottate da istituzioni solo in parte espresse dai cittadini dell'Unione⁵⁴. In questo quadro, si inserisce il tentativo di dotare l'Unione Europea di un catalogo di diritti fondamentali, all'interno del quale inserire anche i diritti sociali.

2.2. *La Carta di Nizza e il Trattato di Lisbona: quale posto per i diritti sociali?*

E' il Consiglio europeo di Colonia (3-4 giugno 1999) ad avviare il processo di redazione di una “*Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*”, che possa sancire “in modo visibile l'importanza capitale” di tali diritti per i cittadini dell'Unione⁵⁵. Contestualmente, si enuncia la necessità di *comprendere* nel nuovo documento i diritti di libertà e uguaglianza, i diritti procedurali fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri (quali principi generali del diritto comunitario), e i diritti fondamentali riservati ai cittadini dell'Unione. Con una formula destinata a perdurare, il Consiglio europeo specifica inoltre che i diritti sociali, come enunciati dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori e dalla CSE, dovranno invece essere semplicemente *presi in considerazione*, nella misura in cui essi non siano unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione. Redatta da una *Convenzione* appositamente istituita⁵⁶, la Carta

⁵⁴ Si genera così il *deficit sociale* di cui parla S. Giubboni, *I diritti sociali tra Costituzione italiana e ordinamento dell'Unione Europea*, cit., pp. 1124-1125.

⁵⁵ Consiglio Europeo di Colonia, 3-4 giugno 1999, Conclusioni della Presidenza, Allegato IV, consultabile alla pagina web http://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_it.htm#an4.

⁵⁶ Questa era composta, secondo le istruzioni contenute nell'Allegato alle Conclusioni della Presidenza per il Consiglio europeo di Tampere (15-16 ottobre 1999, consultabile alla pagina web http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm#annexe), da quindici rappresentanti dei Capi di Stato o di Governo degli Stati membri, da un rappresentante del Presidente della Commissione Europea, da sedici membri del Parlamento europeo, che esso stesso avrebbe dovuto designare, e da trenta membri dei Parlamenti nazionali (due per ogni Parlamento nazionale). Per una analisi dei risvolti politici ma anche giuridici dell'innovativo metodo di lavoro della Convenzione, si veda M. Poiarés Maduro, *The double constitutional life of the Charter of fundamental rights of the European Union*, in T. Harvey, J. Kenner, op. cit., pp. 272-276, nelle quali il processo di elaborazione della Carta è definito “a kind of constitution-making experiment for the EU” (p. 272), in considerazione della composizione dell'organo ad esso preposto e dei riflessi della composizione e degli interessi rappresentati sulle modalità deliberative. Parzialmente concordi sono R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto, che nell'*Introduzione a L'Europa dei diritti*, Il Mulino, 2001, da loro curato, sottolineano che il grande nodo irrisolto del processo deliberativo che ha condotto all'approvazione della Carta di Nizza è proprio quello della “legittimazione democratica del momento decisionale” (p. 31). Per un giudizio decisamente meno ottimistico sul processo di redazione della Carta di Nizza, si rimanda a M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., pp. 386-389,

dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è solennemente proclamata a Nizza dal Parlamento, dal Consiglio e dalla Commissione il 7 dicembre 2000.

Ancora sprovvista di efficacia vincolante, ma secondo le intenzioni della convenzione pensata fin dall'inizio "come se" potesse in prospettiva acquisirla, la "Carta di Nizza" pare innanzitutto colmare una lacuna ancora non superata: incentrando l'intera tematica dei diritti fondamentali attorno alla persona, ed affermando nel Preambolo che l'Unione Europea si fonda sui valori *indivisibili* e universali di dignità umana, libertà, uguaglianza e solidarietà, essa sembra superare la dicotomia classica tra diritti di libertà e di sociali⁵⁷. Proprio i quattro "valori indivisibili" servono da coordinate per organizzare i diritti all'interno del catalogo. Le situazioni giuridiche riconducibili alla categoria dei diritti sociali sono dunque collocate principalmente, ma non in modo esclusivo, sotto l'ombrello della *solidarietà* (Capo IV)⁵⁸. Ad esso afferiscono tipici diritti ricollegabili alla posizione di lavoratore (occupato o disoccupato, artt. 27-32), ma anche diritti che prescindono da tale condizione, tra i quali spiccano il diritto alla protezione giuridica, economica e sociale della famiglia (art. 33.1), all'assistenza e alla protezione sociale (art. 34), alla prevenzione sanitaria e alle cure mediche (art. 35). Nel Capo III (*Uguaglianza*) sono inoltre collocati, oltre al principio di uguaglianza (formale, art. 20) e di non discriminazione (art. 21), anche i diritti degli anziani e dei disabili (artt. 25 e 26). In molti casi, tuttavia, i contorni dei diritti enunciati non sono stabiliti una volta per tutte, ma dovranno essere delineati alla luce del diritto comunitario e delle "legislazioni e prassi nazionali"⁵⁹.

Non si può tuttavia non notare che la Carta si esprime in termini ben diversi a seconda che tratti dei diritti civili e di libertà oppure dei diritti sociali ed economici, in particolare di quelli generali e non specificamente del lavoro: questi ultimi sono infatti più spesso "riconosciuti e rispettati" anziché solidamente affermati come posizioni

che, fra l'altro, evidenzia come "l'idea che la scrittura della Carta dei diritti fondamentali possa essere semplicemente un'opera di neutrale registrazione del minimo comun denominatore dei vari ordinamenti statali è illusoria. [...] Le Carte dei diritti non sono esercizi per specialisti ma terreni di scontro politico" (p. 387).

⁵⁷ Cfr. *ex multis*, B. de Witte, *cit.*, p. 159 e P. Costanzo, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione Europea*, in F. Facury Scaff, R. Romboli, M. Revenga (a cura di), *op. cit.*, p. 101.

⁵⁸ A tale proposito, si sottolinea che la raccomandazione espressa al termine del Consiglio europeo di Colonia è qui parzialmente disattesa: nel catalogo si rinvengono infatti anche alcune enunciazioni relative ad obiettivi di politica sociale redatti in termini ampi e generali. Cfr. B. de Witte, *cit.*, p. 160, che ricorda come esempio l'art. 38: "Nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori".

⁵⁹ Perciò essi sono stati definiti "diritti sociali senza volto" da C. Salazar, *I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: un "viaggio al termine della notte"?*, in G. F. Ferrari (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, 2001, p. 246.

giuridiche assolute di cui ogni individuo è titolare, come invece accade con i diritti di prima generazione. Come molti hanno inoltre messo in luce, brillano per assenza dalla Carta alcuni dei diritti sociali più comunemente riconosciuti dalle costituzioni europee, come il diritto al lavoro o all'abitazione⁶⁰. Inoltre, con una formulazione che non ha mancato di suscitare nei commentatori critiche e perplessità, l'art. 51.1 della Carta di Nizza afferma la controversa distinzione tra *diritti* e *principi*, precisando che le istituzioni europee sono tenute a *rispettare* i primi e ad *osservare* i secondi. Come è stato evidenziato, tale modalità di redazione, che sembra riprodurre la ben nota ripartizione fra norme costituzionali programmatiche ed immediatamente precettive, è stata adottata su richiesta di alcuni Stati membri, per timore, fra l'altro, che alcuni dei "diritti sociali" contenuti in particolare nel Capo IV potessero dare origine a diritti soggettivi direttamente invocabili dai cittadini europei, quando invece avrebbero dovuto essere considerate come obiettivi fondamentali da perseguire tramite politiche adeguate⁶¹. Ad ulteriore conferma della ritrosia dei singoli Stati ad ammettere cessioni di sovranità nei confronti delle istituzioni comunitarie, l'art. 51.2 specifica altresì che la Carta non introduce competenze nuove né nuovi compiti per le istituzioni dell'Unione⁶².

A seguito della mancata approvazione del *Trattato che adotta una costituzione per l'Europa*, la Carta di Nizza trova infine la propria collocazione all'interno del *Trattato che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea*, firmato a Lisbona il 13 luglio 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009⁶³.

⁶⁰ Cfr. J. Kenner, *cit.*, p. 17 e R. Greco, *Il modello sociale della Carta di Nizza*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, LVII, n. 3, 2006, pp. 25 ss., nelle quali l'Autore mette in luce, in particolare, come l'assenza del diritto al lavoro dalla Carta di Nizza prefigurerebbe un modello di *welfare* (ed una concezione di cittadinanza sociale) diversi da quello "lavorocentrico" sviluppatosi nell'Europa continentale dalla fine del Novecento ad oggi.

⁶¹ S. O'Leary, *cit.*, in G. de Búrca, B. de Witte (a cura di), *EU law and the Welfare State. In search of solidarity*, pp. 50-51.

⁶² Come fa notare B. de Witte, *cit.*, p. 163, l'affermazione rischia di rivelarsi una contraddizione in termini. Per quanto la Carta sia stata, fino alla sua incorporazione nei Trattati, un tipico strumento di *soft law* dalla forte *vis* persuasiva ed espansiva, la sua stessa approvazione presupponeva che, nello svolgimento delle loro funzioni, le istituzioni europee dessero seguito alle affermazioni in essa contenute, come dimostra il fatto che lo stesso art. 51 ricordi loro di "promuovere l'applicazione" dei diritti elencati. Questo dunque, se da un lato non implica alcuna estensione delle competenze di Parlamento, Consiglio e Commissione è tuttavia già un *compito* che le istituzioni interessate sono tenute a rispettare nello sviluppare la loro azione attraverso il diritto comunitario derivato.

⁶³ Si realizzano in tal modo gli auspici espressi a ridosso dell'approvazione della *Carta* dal Parlamento, dalla Commissione e dalla stessa Convenzione che l'ha redatta. Si veda in proposito quanto affermato dalla Commissione nella sua *Comunicazione sulla natura della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, COM (2000) 644 definitivo, in particolare i punti 5 (che richiama la posizione fortemente favorevole all'integrazione della Carta dei diritti nei Trattati espressa dal Parlamento europeo, dal Comitato economico e sociale nonché dal Comitato delle Regioni), 11 (nel quale si arriva a prefigurare l'ineluttabile integrazione della Carta nei Trattati).

Il nuovo art. 6 TUE⁶⁴ sancisce oggi che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, così come adattata nel Consiglio europeo di Strasburgo del 12 dicembre 2007, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati. Tuttavia, a conferma delle difficoltà che ostano ad un riconoscimento pacifico dei diritti sociali in ambito (non solo) comunitario proprio la loro presenza all'interno del *bill of rights* europeo ha fatto sì che punto più alto del processo di “costituzionalizzazione” dei diritti fondamentali all'interno dei Trattati sia stato controbilanciato dal Protocollo 30, che a sua volta esclude l'applicabilità della Carta a Polonia e Regno Unito.

Anche l'articolato dei Trattati contiene oggi importanti riferimenti a nuove e più penetranti aspirazioni sociali dell'Unione. Già l'art. 2 infatti, inserito *ex novo* nel TUE, proclama valori fondanti dell'Unione la dignità umana, la libertà, la democrazia e l'uguaglianza, menzionando inoltre esplicitamente la solidarietà quale tratto specifico della società europea. L'art. 3 poi sembra abbandonare la forte impronta liberistica che aveva caratterizzato i Trattati fino ad Amsterdam introducendo fra gli obiettivi dell'Unione lo sviluppo sostenibile fondato su “un'economia sociale di mercato fortemente competitiva” e, fra gli altri, la lotta all'esclusione sociale, la promozione della protezione sociale. Parrebbero dunque maturi i tempi per avviare un significativo riorientamento dell'operato delle istituzioni europee in una direzione non più univocamente improntata alle sole esigenze del mercato comune⁶⁵.

Nonostante le aperture consentite in linea teorica dai nuovi strumenti a disposizione degli interpreti, anche prima della incorporazione nei Trattati della Carta dei diritti fondamentali, la dottrina ha spesso evidenziato le oscillazioni della Corte di Giustizia nel contemperare libertà economiche e diritti sociali. Fra le molte sentenze recenti, ci si

⁶⁴ La stessa Commissione, nella *Comunicazione* sopra citata, aveva suggerito di riconsiderare la formulazione dell'art. 6 TUE ai fini dell'integrazione della Carta nei Trattati; cfr. COM (2000) 644 definitivo, par. 12. L'art. 6 non manca tuttavia (pleonasticamente, ma non per caso; si veda in proposito M. Cartabia, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2010, p. 222) di avvertire che l'equiparazione della Carta ai Trattati non estende le competenze delle istituzioni dell'Unione, né di ricordare che l'interpretazione della Carta e dunque la sua applicazione dovranno rigidamente attenersi alle disposizioni contenute nei suoi artt. 51-53 e alle *spiegazioni* che la accompagnano. Le versioni consolidate del Trattato sull'Unione Europea e del Trattato sul Funzionamento dell'Unione sono consultabili alla pagina web <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2010:083:SOM:IT:HTML>.

⁶⁵ S. Giubboni, *I diritti sociali nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità*, relazione presentata al Convegno *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani* (Perugia, 25-26 marzo 2011) consultabile alla pagina web http://principi-ue.unipg.it/Documenti/Giubboni_relazione_perugina.pdf, pp. 4-5. L'Autore ricorda inoltre (p. 3 in particolare) le innovazioni più strettamente giuslavoristiche apportate dal TFUE.

limita qui a menzionare le notissime *Viking* e *Laval*⁶⁶. Nell'affermare che l'esercizio del diritto ad intraprendere azioni collettive da parte delle organizzazioni sindacali (art. 28 della Carta) non può giungere a pregiudicare le libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi di cui agli artt. 43 e 49 TFUE, esse si distaccano notevolmente da altre pronunce, come *Poucet et Pistre* o *Inail*⁶⁷. Queste ultime avevano invece sostenuto la legittimità dei sistemi previdenziali organizzati in regime di monopolio pubblico, poiché funzionali a svolgere attività non imprenditoriali con finalità esclusivamente sociali dettate da esigenze di solidarietà nazionale, e pertanto non soggette alla disciplina della concorrenza di cui agli artt. 85 e 86 dell'allora TCE.

Alla luce delle considerazioni svolte sopra, la piena equiparazione della Carta ai Trattati, unitamente alle modifiche ad essi apportate, potrebbero aprire nuove prospettive per la tutela dei diritti fondamentali⁶⁸, e dei diritti sociali in particolare. Non

⁶⁶ *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, sentenza 11 dicembre 2007, C-438/2005; *Laval un Partneri contro Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet*, sentenza 18 dicembre 2007, C-341/2005. Per un'analisi approfondita delle sentenze, si veda, fra i molti, M. V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia bilancia il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, XII, n. 2, primavera 2008, pp. 371-392.

⁶⁷ *Christian Poucet contro Assurances générales de France (AGF) e Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon (Camulrac) e Daniel Pistre contro Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans (Cancava)*, sentenza 17 febbraio 1993, cause riunite C-153/1991 e C-160/1991; *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas contro Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, sentenza 22 gennaio 2002, C-218/2000. Si vedano in particolare i percorsi argomentativi seguiti dalla Corte in *Poucet et Pistre* nei par. 16-20 e in *Inail* nei par. 34-45, incentrati sulla riconducibilità degli enti previdenziali in oggetto alla categoria di "imprese" e sulla conseguente applicabilità o meno ad esse del regime concorrenziale scaturente dagli artt. 85 e 86 TCE.

⁶⁸ Anche in questo caso, non si registrano atteggiamenti ermeneutici costanti: nonostante la Carta dei diritti fondamentali fosse stata presa in considerazione dai giudici nazionali come strumento interpretativo persino prima della sua approvazione e in numerose occasioni prima del suo inserimento nei Trattati, la Corte di Giustizia ne aveva negato qualsiasi efficacia vincolante con la sentenza *Parlamento contro Consiglio*, 27 giugno 2006, C-540/03 (v. par. 34). C. Salazar evidenzia poi come nella sentenza *Seda Küküdeveci contro Swedex GmbH & Co. KG* (19 gennaio 2010, C-555/2007), emanata all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Corte si sia astenuta dal conferire alla Carta dei diritti fondamentali il ruolo prominente di parametro a fronte del quale verificare la compatibilità della legislazione nazionale, preferendo piuttosto affidare tale ruolo a fonti secondarie (nella fattispecie, la direttiva 2000/78/CE in materia di discriminazione, anziché all'art. 21 della Carta); C. Salazar, *'A Lisbon story': la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea da un tormentato passato...ad un incerto presente?*, relazione al Convegno "I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema" (Reggio Calabria, 5 novembre 2011), consultabile alla pagina web <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2011/12/SALAZAR-diritti-sociali-2011.pdf>, pp. 23-24. E' infine con la sentenza *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL contro Consiglio dei ministri* (1° marzo 2011, C-236/09) che la Corte annulla una norma contenuta nella direttiva 2004/113/CE (l'art. 5.2, che consentiva agli Stati membri, in sede di recepimento, di differenziare la prestazione di servizi assicurativi in base al sesso quando esso comportasse oggettive differenziazioni di rischio), per conflitto con gli artt. 21 e 23 della Carta dei diritti fondamentali, avviando così, a parere di alcuni, "l'intero lavoro della Corte di giustizia in quanto giudice costituzionale" (C. Pinelli, *Il discorso sui diritti sociali fra Costituzione e diritto europeo*, relazione al Convegno *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani* (Perugia, 25-26 marzo 2011), consultabile alla pagina web http://www.europeanrights.eu/public/comments/Pinelli_relazione_convegno1.pdf, p. 10.

si dimentichi del resto che l'attuale art. 151 TFUE riprende alla lettera l'ex art. 136 TCE, mantenendo intatti i riferimenti alla CSE e alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori. Lo stesso art. 151, e con maggior decisione l'art. 153 TFUE, si preoccupano però subito dopo di preservare l'autonomia degli Stati membri in riferimento alla definizione dei propri principi fondamentali di sicurezza sociale, nonché di escludere qualsiasi significativa incidenza sul loro equilibrio finanziario delle misure adottate dalle istituzioni europee nel perseguimento degli obiettivi politica sociale⁶⁹.

Inediti scenari potrebbero infine dischiudersi qualora trovassero un esito positivo le trattative avviate per l'adesione dell'Unione alla CEDU. Tale prospettiva, da tempo in discussione, ma solo oggi provvista di una base giuridica all'interno dei Trattati⁷⁰, potrebbe comportare nuove modalità di interazione fra le due carte dei diritti, già fortemente legate dal punto di vista ermeneutico dall'art. 53.3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione⁷¹. Anche in questo caso, tuttavia, la dottrina più attenta, pur plaudente al percorso intrapreso dalle due istituzioni europee sovranazionali, non ha potuto non evidenziare come a tutt'oggi manchi il progetto di un analogo cammino finalizzato all'adesione dell'Unione Europea alla CSE. Il mancato (e comunque difficile) coordinamento fra gli strumenti di tutela previsti dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla CSE in materia di diritti sociali, nonché la diversa ampiezza della protezione assicurata ad essi dai due strumenti, che solo parzialmente si sovrappongono, rischiano infatti di fare emergere forti disomogeneità nella concreta salvaguardia dei diritti in oggetto⁷². Per il momento, occorrerà dunque attendere gli sviluppi dell'iter relativo all'adesione della UE alla CEDU, ed accontentarsi di verificare se, ed eventualmente in che modo, le tecniche interpretative sviluppate dai due organi giurisdizionali in materia di diritti sociali (v. *retro*) possano influenzarsi a vicenda, in un esempio auspicabile di dialogo fra corti.

⁶⁹ La dottrina ha inoltre sottolineato come sul punto, al testo del TFUE, faccia eco la cd. *Lissabon Urteil* (BVerfG, 30 giugno 2009), nell'affermare, pur ammendo la possibilità di un coordinamento sovranazionale, che la realizzazione dei compiti connessi alle esigenze di protezione e sicurezza sociale rimane a tutti gli effetti una prerogativa strettamente nazionale; C. Salazar, 'A Lisbon story', *cit.*, p. 16.

⁷⁰ Cfr. art. 6.2 TUE e Protocollo n. 8 ai Trattati; anche la CEDU prevede oggi all'art. 59 n. 2 la possibilità di adesione per l'Unione Europea.

⁷¹ Si vedano in proposito le riflessioni svolte da V. Zagrebelsky, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 19 dicembre 2007, in <http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&id=64&op=5>, in particolare pp. 6-7.

⁷² Per ampie riflessioni in materia, cfr. G. Guiglia, *Le prospettive della Carta Sociale Europea*, consultabile alla pagina web www.forumcostituzionale.it/.../0234_guiglia.pdf.

PARTE II

TUTELA E PROMOZIONE DEI DIRITTI SOCIALI IN ITALIA E IN SPAGNA.

DUE MODELLI COSTITUZIONALI A CONFRONTO.

CAPITOLO I

IL “CONTENUTO SOCIALE” DELLA COSTITUZIONE ITALIANA

SOMMARIO: 1. **L’elaborazione dei diritti sociali nell’Assemblea Costituente: spunti di riflessione.** – 1.1. Premessa. - 1.2. I diritti sociali nei lavori dell’Assemblea Costituente. - 1.2.1. *Il dibattito e i suoi protagonisti.* – 1.2.2. *Qualche anticipazione e prime conclusioni.* – 1.3. La collocazione dei diritti sociali nella Costituzione italiana. – **2. Le principali tappe del percorso interpretativo italiano.** – 2.1. La diffidenza iniziale e il tentativo di superarla. – 2.2. Il rovescio della medaglia: la scoperta della dimensione soggettiva dei diritti sociali. – 2.2.1. *Dimensione soggettiva e preoccupazioni finanziarie. La sentenza Corte Cost. 1 febbraio 1967, n. 7: una sentenza esemplificativa.* - 2.3. L’omissione del legislatore e il carattere condizionato dei diritti sociali. – 2.3.1. *Le sentenze “additive di prestazione” e il giudizio di ragionevolezza sulla corretta applicazione del principio di uguaglianza ai diritti sociali a prestazioni.* – 2.3.2. *Il (relativo) declino delle additive di prestazione e la ricerca di nuovi equilibri... - a) ...attraverso nuove tipologie di pronunce... - b)...e attraverso l’approfondimento della dimensione soggettiva dei diritti sociali: l’individuazione di un “nucleo minimo essenziale”.* – 2.4. La consapevolezza della complessità. Tentativi di classificazione alla ricerca del fondamento costituzionale dei diritti sociali. – **3. La dinamica Stato-Regioni e la garanzia dei diritti sociali.** - 3.1. La clausola sui “livelli essenziali delle prestazioni”. – 3.1.1. *Alla ricerca dell’equilibrio tra uguaglianza e differenziazione. Considerazioni preliminari.* - 3.1.2. *L’“essenzialità” dei “livelli”. L’art. 117.2 lett. m come “materia-non materia”.*– 3.1.3. *L’esercizio della competenza sui livelli essenziali delle prestazioni: fonti, contenuti e procedura.* – 3.1.4. *Livelli essenziali delle prestazioni e ulteriori spazi di intervento statale.* – 3.1.5. *Considerazioni conclusive.* – 3.2. Diritti sociali e Statuti regionali. Digressione breve. – 3.2.1. *Principi, diritti e statuti regionali: una difficile convivenza.* – 3.2.2. *Per i diritti sociali, un’occasione persa?*

Fin dall’entrata in vigore della Costituzione repubblicana, il dibattito dottrinale in ordine all’efficacia e alla portata applicativa della nuova Carta Fondamentale, ha avuto come banco di prova privilegiato proprio l’eterogenea categoria dei diritti sociali: terreno d’elezione dello scontro politico, oggetto di iniziale diffidenza e di successivo, crescente interesse da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità come di quella costituzionale, essi rappresentano uno dei temi sui quali il confronto giuridico è stato e continua ad essere più acceso.

L’obiettivo del presente capitolo è pertanto quello di esaminare la disciplina costituzionale italiana relativa ai diritti sociali, muovendo in primo luogo da un’analisi del dettato costituzionale che tenga conto anche delle posizioni emerse in sede costituente. In alcuni casi infatti, esse risultano pienamente coerenti con il nucleo argomentativo emerso nel dibattito europeo successivo alla Seconda Guerra Mondiale, in altri dimostrano una propria specificità più marcatamente riconducibile al contesto nazionale. Ad ogni modo, esse eserciteranno una indubbia influenza sulle autorevolissime interpretazioni della categoria in oggetto, che risultano pertanto un vero e proprio punto di partenza obbligato nello svolgimento di ogni ulteriore approfondimento. Vari saranno successivamente i tentativi di comporre le apparentemente insormontabili differenze tra i diritti civili e politici riconosciuti e disciplinati dalla Costituzione e i diritti sociali che proprio nel 1948 avevano trovato per la prima volta nella storia costituzionale italiana una collocazione nella fonte gerarchicamente (ed ora anche qualitativamente) più elevata. L’esito non è però del

tutto soddisfacente: l'eredità del passato, unita alle difficoltà di elaborare nuove categorie ermeneutiche, impedisce di cogliere appieno tutte le sfumature che la categoria dei diritti sociali porta con sé. Solo in tempi più recenti, grazie ad innovativi interventi giurisprudenziali e a una dottrina più aperta a nuove impostazioni, si è giunti a formulare ricostruzioni che mostrino con maggior consapevolezza la complessità dei diritti sociali e le difficoltà del tentativo di una loro *reductio ad unum*.

Il quadro fin qui delineato si è negli ultimi anni ulteriormente arricchito a seguito del ruolo assunto dagli organi di governo regionali nella determinazione concreta del contenuto dei diritti sociali costituzionalmente garantiti. Oggi infatti, a seguito della riforma operata dalla l. cost. 3/2001, anche le Regioni concorrono alla configurazione dei diritti civili e sociali, essendo ormai riservata alla competenza esclusiva statale la “sola” determinazione dei *livelli essenziali delle prestazioni* ad essi relative, da garantirsi su tutto il territorio nazionale. Con il nuovo art. 117.2 lett. m Cost., si inaugura quindi una nuova importante fase della riflessione costituzionalistica sui diritti sociali, questa volta incentrata sul difficile equilibrio tra irrinunciabili garanzie di unitarietà ed esigenze di differenziazione ormai ineludibili, anche alla luce del mutato criterio di riparto di competenze tra “centro” e “periferia” della Repubblica¹. Di ciò si intende rendere conto nella seconda parte del capitolo, tenendo a mente l'intento comparatistico che guida la presente analisi. Proprio in quest'ottica, si svolgeranno alcuni cenni conclusivi sull'introduzione, all'interno dei nuovi Statuti regionali approvati dopo il 2001, di riferimenti più o meno dettagliati ai diritti fondamentali, ed in particolare ai diritti sociali.

1. L'elaborazione dei diritti sociali nell'Assemblea Costituente: spunti di riflessione.

1.1. Premessa.

E' ben noto che l'introduzione dei diritti sociali rappresenta una delle innovazioni di maggior rilievo fra quelle presenti all'interno della Costituzione italiana del 1948. Essa

¹ Secondo il quale, come si sa, qualunque materia non espressamente riservata alla competenza statale esclusiva ai sensi dell'art. 117.2 Cost., o che esuli dall'ambito riservato allo Stato nell'esercizio di una sua potestà legislativa concorrente con quella regionale, ai sensi del comma 3 del medesimo articolo, risulta di piena ed esclusiva competenza regionale (art. 117.4 Cost.).

rivela infatti con chiarezza l'intento di marcare una duplice discontinuità: innanzitutto, nei confronti della storia costituzionale nazionale e di uno Statuto Albertino che ospitava un ristretto catalogo di diritti civili e politici, concretizzati successivamente da una legislazione ordinaria svincolata da qualunque controllo di legittimità costituzionale; in secondo luogo, con riferimento al costituzionalismo europeo continentale di stampo liberale, nel quale lo Statuto del 1848 era perfettamente inserito, e al quale le Carte Fondamentali elaborate tra le due guerre mondiali avevano invano tentato di dare l'assalto.

Come si vedrà nelle pagine che seguono, l'opzione del Costituente italiano a favore dei diritti sociali fu il risultato di un processo non facile, nel quale spesso e volentieri (com'era naturale che fosse, del resto) le argomentazioni di natura politica presero il sopravvento su quelle rigorosamente giuridiche, che pure non mancarono². Prima di addentrarci in una breve analisi di tale processo, che si intende svolgere quanto più possibile attingendo alla viva voce degli stessi costituenti, occorre tuttavia segnalare che le posizioni giuridiche ascrivibili alla categoria in esame risultano tutt'altro che sconosciute al panorama legislativo italiano. A partire dalla fine del XIX secolo, si è infatti assistito all'emanazione di importanti esempi di legislazione sociale, che trovano il loro nucleo fondamentale nel campo delle relazioni industriali e del diritto del lavoro e sono riconducibili essenzialmente, ma non senza alcune originalità, alla scia delle grandi riforme di stampo soprattutto bismarckiano³. Come anticipato, anche i regimi totalitari che si affermano nella prima metà del Novecento guarderanno con interesse alla disciplina delle relazioni sociali; lo stesso regime fascista, nel corso del ventennio che lo vedrà al potere, adotterà numerose misure in materia di assistenza, previdenza, legislazione del lavoro, protezione e promozione di particolari categorie della popolazione. L'intento è però ben diverso da quello che animerà i costituenti. Basti solo menzionare lo snodo chiave rappresentato dalla Carta del Lavoro che nel 1927 istituiva l'ordinamento corporativo ed enunciava alcuni dei diritti sociali comunemente riconosciuti da molte delle costituzioni vigenti: il riconoscimento di diritti come quelli al riposo festivo ed annuale, ad una retribuzione congrua, o a prestazioni di natura previdenziale, unito alla proclamazione di una falsa libertà sindacale, in un contesto nel quale solo il sindacato "legalmente riconosciuto e sottoposto al controllo dello Stato"

² B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, Giuffrè, 2001, p. 106.

³ Per un quadro relativo alla legislazione sociale italiana della prima metà del XX secolo, si veda L. Gaeta, A. Visconti, *L'Italia e lo Stato sociale*, in G. A. Ritter, *Storia dello Stato sociale*, Laterza, 1996, pp. 229-254.

potrà farsi interlocutore con le strutture di quest'ultimo (art. III), sono strumenti attraverso i quali ottenere una “pace sociale” definitiva, che riconduca ogni comportamento individuale o collettivo alla vocazione totalizzante - e dunque totalitaria – propria del regime fascista⁴. L'Italia uscita da “tre eventi formidabili” quali l’“incubo profondo della tirannide”, “una disfatta militare” ed “una crisi istituzionale⁵” si trova quindi di fronte ad una netta alternativa: i diritti sociali andranno o no costituzionalizzati? Ed in caso di risposta affermativa, quale saranno le fondamenta sulle quali andrà edificata la nuova fisionomia repubblicana?

1.2. I diritti sociali nei lavori dell'Assemblea Costituente.

1.2.1. Il dibattito e i suoi protagonisti.

Le posizioni fondamentali che si confronteranno in Assemblea Costituente emergono già dai lavori svolti all'interno della I Sottocommissione alla Commissione dei Settantacinque, incaricata di occuparsi del tema “Diritti e doveri dei cittadini”, che consentono di individuare in modo piuttosto netto, fin dall'autunno del 1946, le posizioni delle principali correnti politiche che animeranno il dibattito costituente.

La corrente cattolica si schiera subito apertamente a favore di un ampliamento del tradizionale catalogo dei diritti, ritenendo che i classici diritti “indicati nella dichiarazione del 1789, di tipo cosiddetto individualistico” debbano essere integrati dai “cosiddetti diritti sociali”, di cui “ci offrono documentazione le Costituzioni più recenti”; solo così, secondo La Pira, sarà possibile tagliare i ponti con “l'esperienza fascista” e “consacrare nella dichiarazione iniziale della Costituzione, la natura spirituale della persona umana” e i “suoi diritti naturali imprescrittibili⁶”. Alla componente cattolica di ispirazione giusnaturalista se ne associa un'altra, che considera l'uomo, anzi, la *persona*, e dunque i suoi diritti, storicamente e logicamente precedenti a

⁴ P. Scoppola, *La Costituzione italiana tra democrazia e diritti sociali*, in G. Neppi Modona (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Einaudi, 1996, p. 127; ma anche la riflessione di L. Gaeta, A. Visconti, *L'Italia e lo Stato sociale*, cit., p. 239.

⁵ Secondo la descrizione dell'On. Bozzi nella seduta dell'Assemblea Costituente del 4 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. I*, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, p. 147.

⁶ Intervento On. La Pira, 9 settembre 1946, I Sottocommissione, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. VI*, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, p. 316.

qualunque organizzazione statale e quindi assolutamente inviolabile da parte di essa: per Dossetti, fondare il nuovo catalogo costituzionale dei diritti su questo presupposto significherà prendere le distanze dal principio fascista della “dipendenza del cittadino dallo Stato” e al tempo stesso trovare “un terreno d’intesa⁷” con le forze della sinistra, a partire dal “concetto fondamentale della anteriorità della persona, della sua visione integrale e della integrazione che subisce in un pluralismo sociale⁸”.

Dal canto loro, com’è ovvio, le differenti anime della sinistra presenti non possono rinunciare all’inserimento dei diritti sociali nella nuova Costituzione, avendo fatto di ciò un punto fondamentale della propria partecipazione al confronto politico di quegli anni: si ritiene infatti necessaria l’approvazione di una Carta Fondamentale che non sia indifferente rispetto ai gravi problemi sociali che affliggono l’Italia del dopoguerra, ma che al contrario contenga in sé anche programmi in grado di indirizzare l’attività futura del legislatore alla trasformazione della realtà economico-produttiva e sociale italiana e al perseguimento di una uguaglianza reale ed effettiva, che non si limiti alla mera uguaglianza formale. Ecco perché la prima scelta da effettuare, secondo Togliatti, è quella di “decidere cosa si vuol fare con la nuova Costituzione”, che deve avere “un carattere programmatico [...], particolarmente in quelle parti in cui si afferma la necessità di dare un nuovo contenuto ai diritti dei cittadini, un contenuto, come è stato detto, sociale”; i diritti sociali devono quindi essere “affermati in concreto in articoli della Costituzione, i quali avranno un carattere normativo, ma in pari tempo un carattere programmatico⁹”.

E’ interessante notare che le affermazioni appena riportate costituiscono la risposta ad un articolato intervento con il quale Piero Calamandrei, eletto per il Partito d’Azione, espone tutti i dubbi e le perplessità che animavano parte della cultura laica liberale non conservatrice con riferimento ai diritti sociali. Per Calamandrei, si tratta di appurare se le norme riguardanti i diritti individuali siano “affermazioni generiche, desideri, programmi politici” e verificare se siffatti propositi possano trovar posto in una Costituzione che, essendo norma giuridica, deve contenere “affermazioni non generiche, ma norme precise di condotta e stabilire mezzi pratici per il raggiungimento di certi scopi, nonché le sanzioni che saranno applicate a chi non osserverà quelle precise norme di condotta”. Proprio questo sarebbe il peccato originale dei diritti

⁷ Come lo definirà immediatamente dopo Togliatti, accogliendo l’intento di mediazione proposto da Dossetti; intervento On. Togliatti, 9 settembre 1949, I Sottocommissione, in *ibidem*, p. 323.

⁸ Intervento On. Dossetti, 9 settembre 1946, I Sottocommissione, *ivi*.

⁹ Intervento On. Togliatti, 2 ottobre 1946, I Sottocommissione, *ibidem*, pp. 47-48.

sociali: le norme che pretenderebbero di consacrarli, e che a differenza di quelle relative ai diritti di libertà, richiedono un *facere* da parte dello Stato, in molti casi non prevedono quale sia il soggetto obbligato, e mai i mezzi pratici per far fronte agli impegni presi, né indicano la sanzione per eventuali inadempimenti. Ecco perché, proprio per non ingenerare “speranze illusorie” nel popolo italiano, occorrerà sistemare in un apposito *preambolo* tutti i “desideri” che alcuni vorrebbero elevati al rango di vere norme giuridiche¹⁰.

Il rischio evidente che la collocazione nel preambolo dei diritti fondamentali, e in particolare dei diritti sociali, è ben espresso da Fanfani, secondo il quale esso “fatalmente diverrà un testo retorico”, privo di importanza¹¹ per quel legislatore che si intende adesso sottoporre a vincoli di diversa natura rispetto a quelli esistenti nella vigenza dello Statuto albertino e in epoca fascista. A Calamandrei, la cui preoccupazione pare concentrarsi sulla tecnica legislativa e redazionale delle norme che contengono diritti sociali con l’obiettivo di evitare formule equivoche che possano aprire la strada a lesioni del principio di legalità (in questo caso, costituzionale)¹², avrà occasione di rispondere Costantino Mortati. Secondo l’insigne giurista, la formulazione “per principi” è tipica di una carta costituzionale destinata a durare nel tempo e pertanto a doversi adattare ai mutamenti di contesto che inevitabilmente seguiranno alla sua approvazione; poco importa che tali principi non siano immediatamente azionabili: essi sono comunque normativi a tutti gli effetti “se non altro, perché vincolano quanti debbono applicare le leggi, sia nell’attività interpretativa, che in quella di complemento

¹⁰ Intervento On. Calamandrei, 25 ottobre 1946, Adunanza plenaria, *ibidem*, pp. 45-46. E’ interessante notare che in alcuni scritti precedenti alla sua partecipazione all’Assemblea Costituente, Calamandrei si fosse espresso in favore di un arricchimento del catalogo costituzionale dei diritti individuali, fino ad includervi anche i diritti sociali, così da garantire quella liberazione dal bisogno che permettesse a ciascuno di fruire pienamente e consapevolmente di quelle libertà che sono solitamente definite uguali per tutti; non manca però, neppure in queste prime aperture, la diffidenza nei confronti della mancata indicazione dei mezzi con i quali tali diritti dovrebbero essere soddisfatti, sebbene si sottolinei come queste dichiarazioni abbiano comunque un innegabile valore politico e rappresentino il punto di partenza per una evoluzione giuridica e sociale nel senso di una democrazia non solo politica, ma anche e soprattutto economica. Si veda in particolare P. Calamandrei, *L’avvenire dei diritti di libertà*, introduzione a F. Ruffini, *Diritti di libertà*, 2^a ed., La Nuova Italia, 1946 (rist. anast. 1975), pp. VII-LVI, ma anche P. Calamandrei, *Costituzione e questione sociale*, articolo originariamente pubblicato nel 1946 su *Il Ponte*, oggi in P. Calamandrei, *Lo Stato siamo noi*, Chiarelettere, 2011, pp. 47-54, nel quale già emergono i timori per l’inserimento nella nuova Costituzione italiana di dichiarazioni illusorie concernenti i diritti sociali.

¹¹ Intervento On. Fanfani, 25 ottobre 1946, Adunanza plenaria, *ibidem*, p. 49.

¹² A. Pace, *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Politica del diritto*, a. XIX, n. 4, dicembre 1988, p. 699.

delle lacune”, e di abilitare l’azione diretta ad impedire l’attuazione di leggi che siano in netto contrasto” con essi, suscitando l’intervento della istituenda Corte Costituzionale¹³.

Licenziato il progetto di Costituzione da parte della Commissione dei Settantacinque, il dibattito sul suo contenuto sociale riprenderà nel *plenum* dell’Assemblea, a partire dal 4 marzo 1947. Nuovamente, fra i costituenti che con maggior vigore ribadiscono l’inopportunità e l’erroneità di una consacrazione costituzionale dei diritti sociali, emerge Calamandrei:

“Voi sapete che nella nostra Costituzione, ad articoli che consacrano veri e propri diritti, azionabili, coercibili, accompagnati da sanzioni [...], si trova commista una quantità di altre disposizioni vaghe, che si annidano specialmente fra l’art. 23 e l’art. 44 (rapporti etico-sociali e rapporti economici), le quali non sono vere e proprie norme giuridiche [...] sono [...] camuffati da norme giuridiche, ma norme giuridiche non sono”.

Poi, riferendosi all’obiezione che gli aveva mosso a suo tempo Mortati, ribatte:

“Ammettiamo [...] che in una Costituzione si possano utilmente inserire principi precisi per la legislazione futura [...]. Ma se io leggo nel progetto di Costituzione il testo di queste norme che dovrebbero avere una siffatta efficacia illuminante mi accorgo che in molte di esse è assai difficile rendersi conto esattamente della direzione verso la quale esse tendono [...]”¹⁴.

Risponderà Laconi (PCI), al quale farà eco Saragat¹⁵, che a realizzare questi principi e a rendere effettivi i diritti sociali provvederà il patto tra forze politiche e sociali che animano il Paese¹⁶, e dunque in sostanza, il legislatore. Si percepisce così la centralità del momento legislativo per la concretizzazione del dettato costituzionale e per la sua realizzazione progressiva¹⁷.

All’intento di svalutare i diritti sociali, liquidandoli come semplici promesse e speranze, o ai timori di uno svuotamento dei diritti di libertà ad opera dei diritti sociali¹⁸, fanno da contrappunto affermazioni come quelle di Ghidini (PSIUP), che invita a rivedere la definizione tradizionale di “diritto”, ampliandola rispetto al consueto binomio “esigibilità-azionabilità”¹⁹, mentre non manca chi avvisa in merito al rischio di un possibile scivolamento nell’assistenzialismo che conseguirebbe al riconoscimento dei diritti sociali da parte della Costituzione²⁰. Riassume in breve le diffidenze del

¹³ Intervento On. Mortati, 28 novembre 1946, Adunanza plenaria, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente. Vol. VI, op. cit.*, pp. 72-73.

¹⁴ Intervento On. Calamandrei, 4 marzo 1947, Assemblea, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente. Vol. I, op. cit.*, p. 156-157.

¹⁵ Intervento On. Saragat, 5 marzo 1947, Assemblea, *ibidem*, p. 227.

¹⁶ Intervento On. Laconi, 5 marzo 1947, Assemblea, *ibidem*, p. 192.

¹⁷ B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali, op. cit.*, p. 107.

¹⁸ Intervento On. Benvenuti, 17 marzo 1947, Assemblea, *ibidem*, p. 456.

¹⁹ Intervento On. Ghidini, 8 marzo 1947, Assemblea, *ibidem*, pp. 264-265.

²⁰ Intervento On. Mastrojanni, 5 marzo 1947, Assemblea, *ibidem*, p. 185.

pensiero liberale classico nei confronti dei diritti sociali un passo dell'intervento di Vittorio Emanuele Orlando, secondo il quale nella Costituzione

“insieme alle definizioni abbondano pure le promesse. Si promettono cose che non si sa se potranno essere mantenute: il che, da un lato, non fa parte dei comandi e dei divieti e, dall'altro lato dipende dalle disponibilità finanziarie. [...] Ed un'altra osservazione occorre fare: [...], anche da un punto di vista democratico. [...] in virtù di quale titolo, noi cui è affidata la elaborazione della Costituzione, possiamo pretendere di invadere sin da ora quello che dovrà essere il campo della legislazione da venire?²¹”.

Le discussioni sui singoli articoli e la votazione di ciascuno di essi consentiranno poi l'emersione del disegno complessivo che sorregge l'impianto della parte I della Costituzione italiana. La questione del preambolo sarà accantonata e tutti i diritti, civili, politici e sociali, troveranno pari collocazione all'interno del corpo della Carta Fondamentale.

1.2.2. Qualche anticipazione e prime conclusioni.

Come anticipato, a questo stadio della discussione, le argomentazioni propriamente giuridiche sono state ormai sorpassate da quelle schiettamente politiche; tuttavia, gli interventi qui riportati consentono una prima analisi articolata su un duplice livello.

Nelle profondità del dibattito, sono ben individuabili le due matrici fondamentali che, confluendo in quel “terreno d'intesa” cercato e trovato da Dossetti e Togliatti, consentiranno di costruire l'opzione costituzionale per i diritti sociali. Emblematico in proposito l'ordine del giorno proposto dallo stesso Dossetti nella seduta della I Sottocommissione del 9 settembre 1946:

“La Sottocommissione, esaminate le possibili impostazioni sistematiche di una dichiarazione dei diritti dell'uomo; esclusa quella che si ispiri a una visione soltanto individualistica; esclusa quella che si ispiri a una visione totalitaria, la quale faccia risalire allo Stato l'attribuzione dei diritti dei singoli e delle comunità fondamentali; ritiene che la sola impostazione veramente conforme alle esigenze storiche, cui il nuovo statuto dell'Italia democratica deve soddisfare, è quella che: *a*) riconosca la precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo a servizio di quella; *b*) riconosca ad un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e perfezionarsi a vicenda mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale: anzitutto in varie comunità intermedie disposte secondo una naturale gradualità (comunità familiari, territoriali, professionali, religiose, ecc.), e quindi, per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino, nello Stato; *c*) che per ciò

²¹ Intervento On. Orlando, 23 aprile 1947, Assemblea, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. II, op. cit.*, p. 1157. Alla p. 1166 si può leggere la risposta dell'allievo Mortati al maestro Orlando.

afferma l'esistenza sia dei diritti fondamentali delle persone, sia dei diritti delle comunità anteriormente ad ogni concessione da parte dello Stato".

Si assiste così all'incontro e alla compenetrazione fra le impostazioni *personalista* e *pluralista* di cui si facevano portatrici le formazioni politiche più apertamente schierate a favore dell'introduzione dei diritti sociali in Costituzione. Qui avviene la trasformazione dell'individuo, astratto dal contesto nel quale vive ed opera, e pertanto astrattamente (*formalmente*) uguale a tutti i suoi simili, in *persona*, "l'uomo guardato nella molteplicità delle sue espressioni [...], che è nella società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato"²². Il principio personalista sovverte l'antica concezione liberale di uno Stato che si autolimita per concedere, di riflesso, i diritti individuali ai suoi cittadini: la persona, titolare per la sua stessa essenza di diritti inviolabili (art. 2 Cost.), è anteriore rispetto ad uno Stato²³ che a sua volta non è più l'unica entità ultraindividuale pensabile. La pluralità di formazioni sociali non è più semplicemente riconosciuta come un dato di fatto, dal quale eventualmente guardarsi in quanto fattore di potenziale disgregazione della monoliticità statale, ma diviene, come una recente dottrina ha attentamente sottolineato, una vera e propria scelta di valore che permea l'intera Costituzione, trovando la sua espressione più evidente nel catalogo di diritti che essa contiene²⁴. Questi, nati come diritti "dei gruppi"²⁵, divengono così diritti di *ciascuna* delle persone che, proprio nella naturale e necessaria interazione all'interno di tali gruppi, esplica ed arricchisce la propria personalità. E' questo "pieno sviluppo della persona umana" (nei termini dell'art. 3.2 Cost.) che il nuovo ordinamento costituzionale repubblicano si prefigge di promuovere e tutelare. Per fare ciò, interverrà, ove necessario, a riequilibrare le situazioni di svantaggio delle quali si riconosce l'esistenza, rimuovendo eventuali "ostacoli di ordine economico e sociale"²⁶. Solo così potrà essere garantita e protetta la dignità di quella *persona* che precede qualsiasi formazione statale. E' qui appena il caso di notare come quanto detto fin'ora si saldi

²² E che trascende il semplice "cittadino"; intervento On. Moro, 24 marzo 1947, Assemblea, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. II, op. cit.*, p. 594, con il quale il futuro Presidente della DC spiega e difende la formulazione dell'art. 2 Cost. che sarà poi definitivamente approvata.

²³ A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XII, Treccani, 1989, p. 10.

²⁴ D. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, 2003, p. 87.

²⁵ *Ibidem*, p. 59. Si veda nuovamente anche l'*iter* argomentativo sviluppato da M. Mazziotti, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XII, Giuffrè, 1964, pp. 802 ss., già analizzato nel Capitolo I della Parte I del presente lavoro.

²⁶ D. Bifulco, *op. cit.*, pp. 130-132.

inscindibilmente con la forma democratica di una Repubblica²⁷ alla cui “organizzazione politica, economica e sociale” (sempre art. 3.2 Cost.) tutti devono poter essere messi in condizione di partecipare consapevolmente, nell’esercizio della propria *libertà positiva*²⁸, senza altri meriti o titoli che non siano quelli che derivano dal proprio lavoro (artt. 1 e 4 Cost.).

Se questa è l’impalcatura assiologica che sorregge l’impianto dei diritti sociali nella nostra Costituzione, salendo alla superficie del dibattito costituyente, non è difficile notare come emergano anche, con maggiore o minor chiarezza a seconda dei casi, tutte le difficoltà e le diffidenze legate all’accettazione senza riserve del principio di uguaglianza sostanziale, delle sue interazioni con il principio personalistico e dei riflessi che il sovvertimento delle categorie classiche comporta sul catalogo dei diritti contenuto in Costituzione. Natura precettiva o programmatica delle norme relative ai diritti sociali; corretta individuazione dei destinatari a cui esse si rivolgono (e dunque, in definitiva, titolarità attiva e passiva delle posizioni soggettive attive e passive che esse configurano), e conseguentemente sanzionabilità di eventuali inadempimenti; esistenza ed incisività del condizionamento finanziario, saranno i cardini attorno ai quali ruoterà ogni attività interpretativa successiva all’approvazione della Costituzione.

1.3. Descrizione dei diritti sociali nella Costituzione italiana.

Astenendoci per il momento da qualunque pretesa classificatoria e passando rapidamente in rassegna l’articolato della prima parte della Costituzione italiana, si nota come le norme che contengono enunciati variamente riconducibili alla categoria dei diritti sociali (o comunque relative alle finalità di protezione e promozione sociale che l’ordinamento costituzionale repubblicano si propone, nei termini sopra accennati), si trovino collocate essenzialmente all’interno dei Titoli II e III, rispettivamente dedicati ai *rapporti etico-sociali* e ai *rapporti economici*.

Nel primo sono agevolmente individuabili innanzitutto i diritti che scaturiscono dalla correlazione della persona con la prima e più immediata delle “società naturali”, la famiglia fondata sul matrimonio. Così all’art. 29 si riconosce l’uguaglianza morale e

²⁷ *Ibidem*, pp. 142-145; F. Politi, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Giappichelli, 2011, pp. 53-54.

²⁸ A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, cit., p. 15.

giuridica dei coniugi e all'art. 30 il dovere-diritto dei genitori di mantenere ed istruire i figli, legittimi come naturali; a questi ultimi, saranno assicurata piena tutela giuridica e morale, mentre si rinvia alla legge ordinaria per la fissazione delle modalità attraverso le quali sarà possibile sopperire ai compiti assegnati ai genitori nel caso di loro incapacità. L'intento più propriamente promozionale traspare dall'art. 31, nel quale la Repubblica si fa carico di agevolare, con misure anche economiche, la formazione della famiglia e la tutela delle famiglie numerose. Valorizzandone lo stretto collegamento con l'istituzione familiare attraverso l'inclusione di esse nel medesimo articolo, la Repubblica protegge altresì la maternità, l'infanzia e la gioventù, non limitandosi ad indicare meramente le categorie deboli ad esse riconducibili (le madri, i fanciulli, i giovani), ma accogliendo una nozione che indichi piuttosto una determinata fase della vita umana, alla quale si riconducono specifiche esigenze di tutela.

L'art. 32 tutela la salute, nella sua duplice accezione di un interesse individuale e di interesse della collettività, tanto garantendo cure gratuite agli indigenti quanto, spostandosi su di un versante più tipico dei diritti di libertà, istituendo il divieto di trattamenti sanitari coattivi, salvo nei casi previsti dalla legge (nei quali l'interesse collettivo evidentemente prevalga su quello individuale).

Il diritto all'istruzione è poi oggetto degli artt. 33 e 34. In essi emerge il ruolo preminente (anche se non esclusivo: art. 33.4) della Repubblica nella organizzazione di scuole pubbliche di ogni ordine e grado (art. 33.2), attraverso le quali garantire un'istruzione gratuita ed obbligatoria, aperta a tutti, per almeno otto anni (art. 34 commi 1 e 2); sarà favorito l'accesso dei capaci e dei meritevoli ai più alti livelli degli studi, anche attraverso appositi contributi economici per coloro che non abbiano sufficienti disponibilità (art. 34 commi 3 e 4).

Il Titolo III ruota intorno al lavoro, tutelato in tutte le sue forme dalla Repubblica (art. 35). L'art. 4 del resto ha già riconosciuto il diritto al lavoro, collocandolo fra i *Principi Fondamentali* ed impegnando la Repubblica a "promuovere le condizioni che ne rendano effettivo l'esercizio"; ma ha enunciato anche il correlativo dovere, che ciascun cittadino ha, di svolgere un'attività lavorativa a lui adeguata, "con lo scopo di concorrere al progresso materiale o spirituale della società". Il Titolo in esame scende poi nel dettaglio, con un'ampia serie di norme collocate tanto sul versante prettamente prestazionale (per chi lavora: diritto ad una congrua retribuzione, ad un orario lavorativo massimo stabilito per legge, al riposo festivo e alle ferie annuali, secondo quanto stabilito dall'art. 36; per chi, per diverse ragioni, non è in grado di lavorare: assistenza

sociale e prestazioni previdenziali per gli inabili indigenti, per gli invalidi temporanei o permanenti, per i disoccupati: art. 38), quanto su quello delle relazioni industriali (libertà di associazione sindacale: art. 39; diritto di sciopero: art. 40; partecipazione dei lavoratori alla gestione delle aziende: art. 46). L'art. 37 si preoccupa poi di salvaguardare categorie particolarmente deboli di lavoratori, come le donne e i minori (art. 37). Ancora una volta, il ruolo dello Stato nella garanzia delle prestazioni connesse ai diritti dei lavoratori è di primo piano, ma non impedisce l'autonoma organizzazione di servizi di assistenza o di altro genere che integrino (o perfino sostituiscano) quelli forniti dalle strutture pubbliche (è quanto emerge dall'art. 38 commi 4 e 5).

Di particolare rilievo inoltre il rinvio alla legge per la determinazione dei limiti da imporre alla proprietà privata, pure riconosciuta e garantita, allo scopo di assicurare la sua "funzione sociale" (art. 42.2) e le limitazioni imposte dall'art. 41.1 alla libera iniziativa economica, che non dovrà svolgersi in contrasto con l'utilità sociale né in modo tale da danneggiare libertà, sicurezza e dignità umana, potendo altresì essere oggetto di interventi pubblici di programmazione, controllo e coordinamento²⁹.

Collocato infine al di fuori della sistematica descritta, troviamo l'art. 24.3, che assicura ai non abbienti adeguati mezzi per agire e difendersi di fronte ad ogni giurisdizione.

Già da una prima sintetica panoramica delle norme qui riportate emerge con evidenza la molteplicità delle tecniche di redazione impiegate per il catalogo dei diritti sociali. In alcuni casi infatti, la Costituzione individua esplicitamente la Repubblica quale destinatario specifico dell'obbligo di promuovere particolari condizioni che consentano l'accesso in condizioni di parità a determinati diritti: è il caso ad esempio degli artt. 4.2 e 34.4, che impegnano la Repubblica a promuovere le condizioni che rendano effettivo il diritto al lavoro o il diritto all'istruzione; in quest'ultimo caso, si indica altresì l'istituzione di apposite borse di studio come mezzo per garantire l'effettività del diritto in esame. In altri casi, invece, si opta per una compatta costituzionalizzazione del riconoscimento di alcuni diritti, che evidentemente si ritengono già esistenti: così, ad esempio, l'art. 29 riconosce i diritti della famiglia fondata sul matrimonio. Altre ipotesi, prevedono infine l'esplicito rinvio alla legge per

²⁹ L'art. 43 abilita inoltre lo Stato allo svolgimento di penetranti compiti di natura economica, consentendo alla legge di disporre il trasferimento ad esso di determinate imprese o categorie di imprese concernenti servizi pubblici essenziali o fonti di energia di preminente interesse generale. L'art. 44 affida invece alla legislazione ordinaria la regolamentazione delle zone agrarie e montane, al fine di garantire "il razionale sfruttamento del suolo" ed "equi rapporti sociali".

la determinazione concreta del contenuto particolari aspetti di alcuni diritti (come nel caso dell'art. 36.2, che rinvia alla legge la determinazione della durata massima della giornata lavorativa), o l'individuazione diretta dei titolari di un particolare diritto (classico è in tal senso l'esempio dell'art. 36.1 che sancisce in capo al lavoratore il diritto ad una retribuzione proporzionata al suo lavoro, che garantisca altresì un'esistenza libera e dignitosa a lui e alla sua famiglia). Come si noterà nelle pagine che seguono, se da un lato la varietà delle formulazioni complessivamente relative alla categoria dei diritti sociali è indubbiamente uno dei fattori ai quali attribuire alcune delle difficoltà iniziali riscontrate dalla dottrina nell'approccio ai diritti in esame, dall'altro essa ha costituito e continua a rappresentare ancora oggi una importante risorsa interpretativa.

2. Le principali tappe del percorso interpretativo italiano.

2.1. La diffidenza iniziale e il tentativo di superarla.

Com'era prevedibile, all'indomani dell'approvazione della carta costituzionale, le norme dotate di contenuto sociale furono oggetto di numerose interpretazioni apertamente ostili. La peculiare collocazione delle norme in esame su quel confine tra politica e diritto, che contribuisce a spiegare alcuni profili di indeterminatezza del loro contenuto, spiega infatti come illustri giuristi di impostazione liberale faticassero a conferire ad esse la natura non solo di norme costituzionali, ma persino di norme pienamente giuridiche³⁰. Troppo numerose, troppo vaghe, troppo ed illegittimamente vincolanti per il futuro legislatore ordinario, le disposizioni *programmatiche* della Costituzione appena entrata in vigore promettono più di quanto possano mantenere³¹. Diversamente dai diritti di libertà, formulati con la chiarezza e la precisione che la loro natura di vere e proprie norme giuridiche richiede, i "cosiddetti diritti sociali" non sono ascrivibili al novero dei diritti pubblici soggettivi, come i primi continuano ad essere definiti secondo un'impostazione ancora fortemente radicata. Espressione di un

³⁰ M. Gregorio, *Quale Costituzione? Le interpretazioni della giuspubblicistica nell'immediato dopoguerra*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXV, 2006, pp. 889-890.

³¹ P. Virga, *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, originariamente in *Rassegna di diritto pubblico*, I, 1948, pp. 255-256, ora in F. Gentile, P. G. Grasso (a cura di), *La Costituzione criticata*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, pp. 74-75.

“principio socialistoide” emerso in Assemblea Costituente, essi sarebbero stati inseriti solo seguendo una moda costituzionale emersa con Weimar e con la Costituzione repubblicana spagnola, ma servono solo a “gettar fumo negli occhi del popolo” e, con la loro falsa fisionomia di norme giuridiche, ad imbrigliare indebitamente l’opera futura del legislatore³².

Destinata in ragione della sua stessa formazione (o proprio a causa di essa consapevolmente decisi) a non cogliere la funzione di indirizzo che la Costituzione italiana del 1948 reca con sé, la giuspubblicistica più conservatrice dell’epoca mirava, con la sua interpretazione svalutativa, a ridimensionare la portata normativa della Carta³³. In ciò essa fu a lungo affiancata dalla giurisprudenza ordinaria di merito, ma soprattutto di legittimità.

Occorre infatti ricordare che la annosa polemica incentrata sulla qualificazione di alcune norme costituzionali come programmatiche o precettive, nella quale finirono per essere coinvolte anche le norme concernenti diritti sociali, fu avviata proprio dalla Corte di Cassazione con la celebre sentenza delle SS.UU. penali del 7 febbraio 1948³⁴. In essa, la Suprema Corte rigettava l’istanza avanzata da alcuni ricorrenti che, condannati in forza del d.lgs. luogotenenziale 27 luglio 1944 per alcuni atti di collaborazionismo con le forze tedesche di occupazione compiuti prima dell’entrata in vigore di tale norma incriminatrice, sostenevano la sua abrogazione ad opera dell’art. 25.2 Cost., in base al quale nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso. Le SS.UU. motivavano la propria decisione in primo luogo tralasciando completamente ogni profilo inerente al controllo di costituzionalità, che pure avrebbero potuto svolgere, nelle more dell’attivazione della Corte Costituzionale, in forza della VII disp. trans. Cost., a sua volta contenente un richiamo al d.lgs.lgt. 16 marzo 1944, n. 98³⁵. Inoltre, operava la distinzione fra norme costituzionali *precettive* (quasi tutte, e quasi tutte quelle concernenti i diritti di libertà) e *direttive o programmatiche*, alle quali l’art. 25.2 sarebbe stato ascrivibile, data la sua “manifesta

³² M. T. Zanzucchi, *Formazione, struttura estrinseca e caratteri della nuova Costituzione*, originariamente in *Istituzioni di diritto pubblico secondo la nuova Costituzione*, Giuffrè, 1948, ora in F. Gentile, P. G. Grasso (a cura di), *La Costituzione criticata*, op. cit., pp. 82 e 88.

³³ M. Gregorio, *cit.*, p. 892.

³⁴ SS.UU. penali, sentenza 7 febbraio 1948, in *Il Foro italiano*, Vol. LXXI, Parte II-5, cc. 57-63.

³⁵ Per un giudizio complessivo su questo breve periodo di vigenza del sindacato diffuso di costituzionalità in Italia, R. Romboli, *I rapporti tra giudici comuni e Corte Costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia: l’esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale*, consultabile alla pagina web <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/16.pdf>, p. 325.; rivendicò invece un ruolo attivo della magistratura ordinaria nello svolgimento di tale compito nelle more dell’istituzione della Corte Costituzionale E. Eula, *Magistratura e Costituzione*, in *Rivista penale*, 1956, I, pp. 337-356.

incompiutezza” e la necessità di ulteriori specificazioni da parte del legislatore in ordine al tema della successione di leggi più favorevoli.

Nella fase immediatamente successiva all’entrata in vigore della Costituzione, i giuristi, dotti o pratici che fossero, dimostravano quindi di utilizzare canoni interpretativi ormai inadeguati, nell’intento di perseguire quella “certezza del diritto” che era stata una delle parole d’ordine dell’epoca liberale³⁶.

Tra le voci che più autorevolmente si levarono contro questa impostazione, che rischiava sostanzialmente di disattivare alcuni degli istituti più profondamente trasformativi della nuova Costituzione, si può senza dubbio citare quella di Vezio Crisafulli, che nei primi anni Cinquanta tenta una emblematica mediazione tra categorie vecchie e nuove, proponendo un’interpretazione differente. Egli sostiene infatti che le disposizioni costituzionali programmatiche, fra cui eminentemente quelle che in modo più marcato esprimono l’esigenza di interventi economico-sociali da parte dello Stato, siano annoverabili tra i principi generali del diritto, dei quali la dottrina liberale già aveva riconosciuto la piena giuridicità, descrivendoli come norme in grado di determinare il modo di essere e le modalità di ulteriore sviluppo di un gruppo di altre norme ad essi subordinate³⁷. Conseguentemente, la normatività di una specifica norma costituzionale non viene meno per il solo fatto che essa abbia natura programmatica: anzi, la sua efficacia vincolante esce particolarmente rafforzata dal fatto di trovarsi enunciata in una *lex superior* (e non meramente *posterior*!) quale appunto è la Costituzione stessa. Il problema della precettività o meno delle norme programmatiche si rivela così un falso problema³⁸, sebbene occorra precisare che esse possiedono una configurazione del tutto particolare, in quanto indirizzate ad un destinatario privilegiato, il legislatore, prescrivendo a quest’ultimo scopi specifici e mezzi determinati per il loro raggiungimento³⁹. Il programma relativo ai rapporti sociali che la Costituzione contiene è quindi destinato ad essere realizzato nel corso di un processo dinamico⁴⁰ che coinvolge in prima persona l’organo legislativo e i partiti politici che, al suo interno,

³⁶ M. Gregorio, *cit.*, p. 894.

³⁷ V. Crisafulli, *Costituzione e protezione sociale*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1950, I, p. 16.

³⁸ *Ibidem*, p. 22.

³⁹ *Ibidem*, p. 22.

⁴⁰ E’ quanto si deduce dalle riflessioni svolte da V. Crisafulli, *Sull’efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, in *Idem, La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, ne *I quaderni della Costituzione*, Giuffrè, 1952, pp. 32-36.

rappresentano quell'elettorato che democraticamente li legittima⁴¹. Individuato quindi nel legislatore il "destinatario eccellente" delle norme programmatiche, anche ed in particolare concernenti diritti sociali, occorre individuare la sanzione alla quale egli sarà sottoposto in caso di inadempimento o di inerzia: essa sarà in primo luogo una sanzione politica, del Governo (quale responsabile principale dell'attuazione dell'indirizzo politico) di fronte al Parlamento e del Parlamento di fronte al corpo elettorale; ma proprio per quella sovraordinazione della norma costituzionale rispetto alla legge ordinaria, la sanzione potrà esser data anche dalla dichiarazione di incostituzionalità, nella quale potrà incorrere il legislatore contravvenendo all'obbligo di provvedere su di una determinata materia⁴².

Se da un lato l'interpretazione offerta da Crisafulli ha l'indubbio pregio di affermare la piena giuridicità delle disposizioni costituzionali programmatiche, e dunque anche di quelle che contengono diritti sociali, e di anticipare le conclusioni alle quali giungerà la celebre sentenza della Corte Costituzionale 1/1956⁴³, dall'altro essa mostra ancora tutte le difficoltà del passaggio ad un nuovo approccio ermeneutico.

Innanzitutto, in essa prevale indubbiamente la dimensione oggettiva dei diritti sociali costituzionalmente riconosciuti e garantiti: dirigendosi esclusivamente al legislatore, le norme che li contengono collocano sullo sfondo l'aspetto soggettivo dei medesimi. Infatti, avverte Crisafulli,

"Non devono trarre in inganno, al riguardo, le espressioni usate («ogni cittadino ecc. *ha diritto*» ecc.; oppure «i lavoratori ecc. *hanno diritto*» ecc.) le quali stanno infatti ad indicare, non l'attribuzione diretta ed immediata del

⁴¹ Forse non è azzardato ipotizzare anche l'esistenza di un ruolo attivo, sebbene mediato e filtrato, del popolo stesso anche per quanto riguarda il processo di attuazione delle norme programmatiche della Costituzione: i cittadini si associano "accomunati da certi ideali e programmi politici"; i cittadini esprimono poi nel momento elettorale il proprio favore per l'una o per l'altra di queste associazioni (i partiti) sulla base della corrispondenza di tali "ideali e programmi" alle proprie inclinazioni ed aspirazioni, proiettando così le associazioni/partiti in Parlamento, luogo nel quale esse si confrontano (V. Crisafulli, *Partiti, Parlamento, Governo*, Relazione al I Congresso Nazionale di Dottrina dello Stato: "La funzionalità dei partiti nello Stato democratico" (Trieste, 1966), pubblicata nei relativi *Atti*, Milano 1967; ora in *Stato, Popolo, Governo*, Giuffrè, 1985, pp. 211-212).

⁴² V. Crisafulli, *Efficacia delle norme costituzionali «programmatiche»*, cit, p. 370.

⁴³ "[...] la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche, tanto più che in questa categoria vogliono essere comprese norme costituzionali di contenuto diverso: da quelle che si limitano a tracciare programmi generici di futura ed incerta attuazione, perché subordinata al verificarsi di situazioni che la consentano, a norme dove il programma, se così si voglia denominarlo, ha concretezza che non può non vincolare immediatamente il legislatore, ripercuotersi sulla interpretazione della legislazione precedente e sulla perdurante efficacia di alcune parti di questa; vi sono pure norme le quali fissano principi fondamentali, che anche essi si riverberano sull'intera legislazione". Tutte le pronunce della Corte Costituzionale italiana sono reperibili a partire dalla pagina web <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

diritto soggettivo a coloro che si trovano nelle condizioni ipotizzate, ma piuttosto il fine specifico cui deve rivolgersi la legislazione dello Stato in materia assistenziale e previdenziale⁴⁴».

Il singolo individuo sarebbe pertanto solo titolare di una *pretesa* (diversa sotto rilevanti aspetti dal semplice *interesse legittimo*) alla soddisfazione di una situazione di vantaggio nascente dalla stessa norma costituzionale⁴⁵ che sull'individuo si riflette. Secondo l'impostazione di una recente dottrina, la ricerca operata in quegli anni non solo da Crisafulli ma anche da altri studiosi, incentrata sulla soluzione dell'antinomia programmaticità-precettività, finisce per far prevalere una visione dei diritti sociali come *lex* piuttosto che come *iura*, tralasciando completamente ogni maggior approfondimento sul problema della titolarità di posizioni soggettive propriamente enucleate e contribuendo così ad acuire la percezione di una diversità strutturale ed irriducibile fra diritti di libertà e diritti sociali⁴⁶. Il rischio naturalmente connesso a una simile impostazione è evidente: così ragionando, si corre il pericolo di scivolare nuovamente in una teoria dei *diritti legali*, emersa nel contesto weimariano, che depotenzia i diritti sociali, subordinando la determinazione del loro contenuto e la loro azionabilità al necessario intervento del legislatore⁴⁷.

Per il recupero della dimensione soggettiva dei diritti sociali, occorrerà attendere ancora qualche anno.

2.2. *Il rovescio della medaglia: la scoperta della dimensione soggettiva dei diritti sociali.*

Nel corso degli anni Sessanta, parte della dottrina avvia un processo di superamento dell'impostazione tratteggiata sopra, partendo proprio dalla valorizzazione di quella componente soggettiva dei diritti sociali che, nell'intento di affermare la piena normatività delle disposizioni costituzionali che li contengono, era stata lasciata in ombra dalle ricostruzioni precedenti. La loro inadeguatezza interpretativa inizia ad essere avvertita con maggior consapevolezza attorno alla metà degli anni Sessanta, tanto ad opera della dottrina quanto della giurisprudenza di una Corte Costituzionale che, istituita con colpevole ritardo solo nove anni dopo l'entrata in vigore della Carta

⁴⁴ V. Crisafulli, *Costituzione e protezione sociale*, cit., p. 21.

⁴⁵ V. Crisafulli, *Efficacia delle norme costituzionali «programmatiche»*, cit., pp. 384-385.

⁴⁶ B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, op. cit., p. 3 e più nello specifico, pp. 22-24.

⁴⁷ A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica*, Vol. XII, Treccani, p. 5.

Fondamentale, si trova a svolgere in buona misura un ruolo fortemente “promozionale” di molti degli istituti più innovativi da quest’ultima introdotti.

In quest’ottica, acquisiscono grande rilievo le osservazioni svolte da Mazziotti, che affrontano, nelle poche ma dense pagine redatte per l’*Enciclopedia del diritto*, almeno due delle “antinomie irrisolvibili” particolarmente sentite nel dibattito costituzionalistico dell’epoca (e non solo). Ancorando il catalogo costituzionale italiano dei diritti sociali al principio di uguaglianza sostanziale espresso dall’art. 3.2 ed in particolare nei compiti che esso attribuisce alla Repubblica, ed identificando lo scopo di questa “azione sociale dello Stato” nella

“uguale possibilità per tutti i consociati di godere di quei diritti fondamentali che la costituzione considera connessi con il pieno sviluppo della personalità umana”,

egli giunge ad individuarne i due profili complementari: il diritto sociale sarà dunque in senso oggettivo

“l’insieme delle norme attraverso cui lo Stato attua la sua funzione equilibratrice e moderatrice delle disparità sociali”,

mentre, nel suo risvolto soggettivo, sarà

“il diritto generale di ciascun cittadino a partecipare ai benefici della vita associata, il quale si rifrange in specifici diritti a determinate prestazioni, dirette o indirette, da parte dei pubblici poteri⁴⁸”.

Nella logica di un’interazione serrata fra art. 3.2 e art. 2 Cost., il godimento dei diritti sociali è inoltre ritenuto condizione essenziale per il pieno esercizio da parte di ciascun individuo delle libertà civili e politiche⁴⁹. Queste ultime, del resto, mantengono sì le proprie specificità strutturali, ma non possono certo prescindere dall’intervento organizzativo statale, generalmente ritenuto essenziale per i soli diritti “condizionati”, ovvero i diritti sociali.

L’essenzialità del risvolto soggettivo insito nei diritti sociali emerge anche dall’attività giurisprudenziale svolta nel medesimo periodo dalla Corte Costituzionale.

Particolarmente importanti per questa analisi risultano ad esempio le pronunce relative al di diritto al lavoro enunciato nell’art. 4 e ad altri diritti connessi con la posizione di lavoratore. Senza poter qui analizzare la copiosa giurisprudenza costituzionale in materia, basti qui ricordare nel solco della presente analisi come la Corte fin dalle sue primissime sentenze (sent. 3/1957) si fosse trovata ad escludere l’esistenza di un obbligo per i pubblici poteri di garantire un posto di lavoro per tutti i

⁴⁸ M. Mazziotti, *Diritti sociali*, cit., p. 804.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 805.

cittadini: quanto affermato nell'art. 4 è infatti un "invito al legislatore" affinché questi predisponga le migliori condizioni in vista dell'obiettivo del "massimo impiego delle attività libere nei rapporti economici" e determini e mantenga "situazioni economiche, sociali e giuridiche tali da aprire concretamente alla generalità dei cittadini la possibilità di procurarsi un posto di lavoro" (sent. 105/1963). Purtuttavia, non ha neppure negato l'esistenza di ulteriori sfaccettature che completino, da un punto di vista soggettivo, la norma programmatica (nel senso proprio di programma che indirizza l'attività dei poteri pubblici) rivolta al legislatore. Nella sentenza 61/1965, ad esempio, la Corte Costituzionale dichiara infondata la questione di costituzionalità sollevata nei confronti di una norma del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza (cd. T.U.L.P.S., r.d. 18 giugno 1931, n. 773) che richiedeva un'apposita licenza del prefetto per svolgere attività di custodia o vigilanza di immobili, in quanto non lesiva del diritto alla libera scelta della propria attività lavorativa; il diritto in esame, del quale si riconosce la sussistenza, non appare irragionevolmente limitato, ma *bilanciato*⁵⁰ con l'obiettivo di tutelare altri interessi ed esigenze sociali ritenute costituzionalmente meritevoli di protezione (come, nella fattispecie, l'esigenza di accertare, per ragioni di sicurezza, la sussistenza di alcune condizioni di idoneità per lo svolgimento della specifica attività lavorativa). Il versante soggettivo del "diritto al lavoro" è quindi valorizzato in quanto espressione dell'esercizio di un diritto di libertà; esso assume tuttavia una rinnovata caratterizzazione alla luce del principio personalistico e della prospettiva, aperta proprio dal secondo comma dell'art. 4, relativa al contributo di ciascun lavoratore al progresso materiale o spirituale della società⁵¹.

Ben più nette, e forse facilitate dalla lettera della Costituzione, sono invece quelle pronunce che affermano l'esistenza di veri e propri diritti sociali immediatamente azionabili in capo a particolari categorie di soggetti. Così, ad esempio la sentenza Corte Cost. 129/1963, che così qualifica il diritto del lavoratore ad una retribuzione che rispetti i requisiti enunciati dal comma primo dell'art. 36 Cost., a tutela del quale si ritiene direttamente invocabile l'intervento del giudice ordinario; come specificherà una successiva pronuncia, la Costituzione ha del resto

"stabilito per il diritto alla retribuzione sufficiente una disciplina particolareggiata che ne rende possibile una diretta tutela per opera del

⁵⁰ Ovvero, secondo la definizione di B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, cit., p. 204, "espanso" fino al suo massimo possibile, senza tuttavia consentire il totale sacrificio di altri diritti.

⁵¹ Per un quadro più esaustivo e l'ulteriore ma sintetico approfondimento delle differenti angolazioni del diritto al lavoro, si vedano le osservazioni svolte da A. Baldassarre, *Diritti sociali*, cit., p. 15.

giudice, anche all'infuori di apposite norme di legge applicative" (sent. Corte Cost. 156/1971, c. *in diritto* n. 3).

Il giudice ordinario è dunque ritenuto legittimato ad applicare i principi di proporzionalità e sufficienza alla concreta determinazione della retribuzione in applicazione del dettato costituzionale enunciato dall'art. 36⁵².

2.2.1. Dimensione soggettiva e preoccupazioni finanziarie. La sentenza Corte Cost. 1 febbraio 1967, n. 7: una sentenza esemplificativa.

Particolarmente rappresentativa del dibattito in corso in quegli anni è inoltre la sentenza Corte Cost. 7/1967, relativa al diritto all'istruzione, affermato dall'art. 34. La pronuncia della Corte interviene su una questione di legittimità costituzionale sollevata nel corso di un processo penale nel quale due genitori erano imputati per non aver provveduto all'adempimento dell'obbligo di far frequentare al figlio la scuola media inferiore, peraltro da poco istituita ad opera della l. 30 dicembre 1962, n. 1859. Nell'ordinanza di rimessione, il pretore aveva sostenuto che la contravvenzione all'obbligo in questione era dovuta alla impossibilità degli imputati di far fronte agli oneri finanziari relativi all'acquisto dei libri scolastici e alla distanza dell'edificio scolastico dall'abitazione della famiglia. Per questo, egli aveva ritenuto di dover rimettere alla Corte la questione di legittimità relativa a quelle norme della legge citata che sancivano l'esonero dal pagamento dei soli contributi e tasse scolastici, ritenendone eccessivamente ristretta – e pertanto incostituzionale – la portata rispetto all'ampiezza del concetto di gratuità dell'istruzione obbligatoria affermata dall'art. 34 nonché rispetto al principio di uguaglianza di cui all'art. 3. Dai vizi di costituzionalità riscontrati, il giudice *a quo* deduceva inoltre che la pena prevista dall'art. 731 c.p. (richiamato dalla l. 1859/1962) per l'inosservanza dell'obbligo di istruzione elementare del minore, non dovesse applicarsi, integrando l'onere finanziario eccessivamente gravoso per i due imputati quel "giusto motivo" che la norma penale pone quale causa di esclusione del reato.

La Corte si trova così a dover verificare uno di quei casi di ritenuta *incostituzionalità per omissione* nell'attuazione di un diritto sociale, il cui verificarsi era stato prospettato

⁵² P. Caretti, *I diritti sociali nella Costituzione italiana e gli strumenti di garanzia*, in R. Romboli, M. Revenga Sánchez, F. Facury Scaff, *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali: prima giornata internazionale di diritto costituzionale: Brasile, Spagna, Italia*, Giuffrè, 2009, pp. 62-63.

come possibile tanto in Assemblea Costituente, quanto in alcuni scritti dottrinali degli anni Cinquanta, nonché ad affrontare alcuni profili classici della ricostruzione tradizionale dei diritti sociali, in un momento in cui si assiste, come anticipato, ad importanti tentativi dottrinali e giurisprudenziali di valorizzazione dell'aspetto soggettivo di essi.

Il cuore del *reasoning* della Corte è espresso nei *considerato in diritto* nn. 3 e 4. In esso, si sottolinea in primo luogo che l'articolo in esame non è da considerarsi una mera norma programmatica recante un disegno per il futuro, da realizzare solo se ed in quanto possibile, bensì un "principio immanente", dalla formulazione "chiara ed incisiva", dotato di piena precettività. Tuttavia, pur individuando nell'*insegnamento*, nell'*istruzione* e nell'*educazione* i diversi profili coinvolti dalla norma, la Corte ritiene che solamente il primo, inteso come "attività del docente diretta ad impartire cognizioni ai discenti nei vari rami del sapere", debba avere carattere di gratuità ed essere organizzato da e in strutture statali, in quanto

"interesse pubblico al soddisfacimento di bisogni individuali di interesse collettivo".

Il diritto all'istruzione viene quindi qualificato dalla Corte come

"diritto a prestazione in cui è predominante e caratteristica la prestazione di attività".

La Corte esclude tuttavia che la gratuità del diritto all'istruzione, per come inteso sopra, comprenda tutta una serie di prestazioni accessorie allo svolgimento del servizio, quali la predisposizione, anch'essa gratuita, di materiali didattici, cancelleria e trasporti, che resterebbe dunque a carico dei genitori. Ciò anche in considerazione dell'art. 30 Cost., che al comma primo impone a questi ultimi il dovere di istruire ed educare i figli, agevolati in questo dalle "provvidenze" che lo Stato predispone ai sensi dell'art. 31 Cost. e poi della stessa legge 1859/1962; in tal senso, la Corte non manca di ricordare i principali istituti creati nel solco di un "graduato sviluppo in senso concreto" del diritto in oggetto. Pur rigettando dunque la questione di costituzionalità sollevata, la Corte conclude però che, laddove essi non riescano a sopperire a tutte le necessità finanziarie che consentano l'adempimento dell'obbligo di istruzione dei figli, sarà da considerarsi integrato quel "giusto motivo" che esclude la sussistenza del reato di cui all'art. 731.c.p..

Varie sono le preoccupazioni che sembrano trasparire dalla sentenza in esame. Innanzitutto, la Corte si preoccupa di dissipare ogni dubbio relativo alla possibile mancanza di precettività dell'art. 34; tuttavia, non giunge ancora a riconoscere la natura

di diritto soggettivo immediatamente azionabile al diritto all'istruzione: ne intravede sì la complessità, ma finisce poi per assestarsi sulla sua accezione più ristretta, evidenziandone i profili prestazionali legati alla predisposizione di una organizzazione statale che, comprendente tanto apposite strutture scolastiche quanto un sistema di sussidi economici ed esenzioni, non può che essere apprestata con *gradualità*. L'accezione limitata del diritto all'istruzione adottata dalla Corte Costituzionale in questa emblematica sentenza è forse anche quella in un certo senso meno "rischiosa". Come fu efficacemente notato da Mortati, peraltro membro della Corte che pronunciò la sentenza in esame, al riconoscimento di un significato più ampio del diritto sancito dall'art. 34 si opposero probabilmente i timori legati alle conseguenze finanziarie che sarebbero sicuramente derivate da una sentenza di accoglimento per il bilancio dello Stato. Ciò spiegherebbe il carattere fortemente contraddittorio della pronuncia, che, pur rigettando la questione di costituzionalità, esclude comunque la punibilità per il mancato adempimento dell'obbligo di istruzione dei minori qualora esso sia imputabile ad un "giusto motivo", finendo con l'ammettere implicitamente l'insufficienza di quegli interventi statali dei quali pure con molta convinzione sostiene la consistenza⁵³.

Al termine di questa breve digressione e ricollegandosi a quanto detto nel paragrafo precedente, possiamo trarre almeno tre ordini di conclusioni: *a)* si nota innanzitutto in questa fase l'emersione di importanti tentativi dottrinali di evidenziare la vertente soggettiva dei diritti sociali e, almeno da parte della giurisprudenza costituzionale, di valorizzare la complessità dei rapporti e delle posizioni che essi coinvolgono; *b)* tuttavia, forse per ragioni di continuità del ragionamento giuridico, forse perché esso si svolge durante gli anni di sviluppo e consolidamento del sistema di *welfare* italiano⁵⁴, la veste prestazionale dei diritti sociali è considerata, in dottrina come in giurisprudenza, nettamente prevalente. Non è stato ancora compiuto il distacco (né vi riesce, come si è visto sopra, lo stesso Mazziotti) da quella rigida alternativa data dall'abbinamento dei diritti di libertà con una pretesa all'astensione dei pubblici poteri dalla sfera di individualità propria di ciascuno, e dei diritti sociali con la pretesa ad una determinata prestazione a cui i medesimi devono provvedere; *c)* si intravedono invece, anche nella giurisprudenza costituzionale, tutti i dubbi e le incertezze legate al carattere

⁵³ C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, originariamente in *Il Foro italiano*, 1970, V, cc. 153-191, ora in Id., *Raccolta di scritti. Vol. III*, Giuffé, 1972, pp. 964-965.

⁵⁴ Per il quale si rimanda ancora a L. Gaeta, A. Visconti, *L'Italia e lo Stato sociale*, cit., pp. 254 ss..

finanziariamente condizionato dei diritti sociali, in particolare visti dalla loro angolatura soggettiva.

Come si avrà modo di vedere tra breve, il dibattito dei decenni che seguiranno sarà incentrato proprio sulla multiformità dei diritti sociali, dei quali fa l'altro si approfondirà ulteriormente la dimensione soggettiva, e sull'elaborazione di tecniche giurisprudenziali finalizzate ad affrontare il problema del condizionamento derivante dalle risorse finanziarie disponibili.

2.3. L'omissione del legislatore e il carattere condizionato dei diritti sociali.

2.3.1. Le sentenze "additive di prestazione" e il giudizio di ragionevolezza sulla corretta applicazione del principio di uguaglianza ai diritti sociali a prestazioni.

La sentenza appena ricordata riporta l'attenzione su una delle obiezioni principali tradizionalmente mosse nei confronti dei diritti sociali, ovvero sul loro carattere di diritti "che costano": come tali, essi sarebbero diritti condizionati dalla concreta disponibilità delle risorse finanziarie necessarie alla loro attuazione. Proprio alla luce di ciò, in sentenze come quella appena ricordata, la Corte Costituzionale sceglie di adottare un'interpretazione restrittiva del diritto all'istruzione che eviti una espansione delle pretese soggettive ricollegabili ad esso, finendo in buona sostanza per salvare le scelte strettamente *politiche*, e pertanto insindacabili, compiute dal legislatore in merito alla allocazione delle risorse. Ben presto tuttavia la Corte muterà radicalmente, anche se in modo non definitivo, il proprio atteggiamento interpretativo, sulla scia del percorso, già da tempo intrapreso, che ha visto progressivamente trasformato il suo ruolo da quello di mero "legislatore negativo" di kelseniana memoria, ad uno ben più penetrante, e dunque controverso, di legislatore anche "positivo".

Strumento decisivo emblematico di una nuova fase di attività della Corte sarà la sentenza "*additiva di prestazione*", della quale il giudice delle leggi italiano si troverà a fare ampio (ma non esclusivo) uso in particolare a partire dalla seconda metà degli anni Settanta. Occorre tuttavia segnalare che l'utilizzo di pronunce additive da parte della Corte Costituzionale è un fenomeno il cui esordio può farsi risalire, secondo alcuni

commentatori, ai primi anni Sessanta⁵⁵, giungendo in breve tempo ad acquisire una notevole importanza ai fini tanto di un adeguamento della legislazione già esistente al dettato costituzionale, quanto di una più pronta e completa attuazione di quest'ultimo, spesso rallentata dai ritardi di un legislatore spesso non particolarmente solerte⁵⁶. Le sentenze additive, dunque, dichiarando

“la illegittimità di una norma, *nella parte in cui omette e quindi esclude qualcosa*⁵⁷”

si propongono di rimediare ad un vuoto di disciplina (quindi, in definitiva, ad una omissione legislativa totale o, nella stragrande maggioranza dei casi, parziale⁵⁸) dettando essa stessa la norma integrativa. Per effetto di tale pronuncia, nella disciplina così integrata dovrà intendersi compreso anche ciò che originariamente non vi era previsto⁵⁹. Le principali critiche mosse ad una soluzione del genere vedevano in esso uno strumento giurisprudenziale attraverso il quale si consentiva ad un organo privo di legittimazione democratica di sconfinare indebitamente nella sfera di potere propria del potere legislativo, giungendo con il proprio intervento a pretendere di sostituirsi al legislatore, o quantomeno a limitarne la successiva attività finalizzata a colmare il vuoto individuato: accertata l'omissione, la Corte avrebbe dovuto astenersi dal dettare la norma integrativa⁶⁰, dovendo piuttosto limitarsi a dichiarare inammissibile la questione, rimandando la sua soluzione al successivo intervento del legislatore⁶¹. A tali obiezioni, valga per tutte la risposta di Mortati, secondo il quale un “giudizio sull'omissione” non

⁵⁵ L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale (ottobre 81 – luglio 82)*, in *In onore di Vezio Crisafulli, Vol. I: La giustizia costituzionale*, CEDAM, 1985, p. 301 nota 7, indica come prima sentenza “con dispositivo sicuramente additivo”, la 168/1963, nella quale si dichiara l'illegittimità dell'art. 11 comma 1 della legge istitutiva del Consiglio Superiore della Magistratura (l. 24 marzo 1958, n. 195) in quanto non prevede il potere del CSM formulare richieste nelle materie concernenti lo stato dei magistrati ex art. 10 n. 1 della medesima legge, potere che tuttavia attribuisce esclusivamente al Ministro della Giustizia, in tal modo violando gli art. 104, 105 e 110 Cost..

⁵⁶ Così, ad es., con riferimento all'intera categoria delle sentenze manipolative, a cui le additive senza dubbio appartengono, V. Crisafulli, *La Corte Costituzionale ha vent'anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, p. 1704; ma anche lo stesso L. Elia, *cit.*, pp. 305-306 e 316 ss., che ricorda come lo stesso Parlamento abbia in varie occasioni riconosciuto il proprio immobilismo, o quantomeno, la propria scarsa intraprendenza; per una cronologia sintetica della “dilatazione” degli strumenti decisori di natura *latu sensu* normativa, con i quali la Corte Costituzionale si progressivamente distaccata dal ruolo e dagli schemi delineati nell'impostazione originaria del modello di controllo di costituzionalità italiano, si veda F. Modugno, *Ancora sui controversi rapporti tra Corte Costituzionale e potere legislativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, II-I, in particolare pp. 16-18.

⁵⁷ V. Crisafulli, *La Corte Costituzionale ha vent'anni*, *loc. ult. cit.*, corsivo dell'Autore.

⁵⁸ Secondo la distinzione ripresa come guida da Mortati in *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, *cit.*

⁵⁹ V. Crisafulli, *La Corte Costituzionale ha vent'anni*, *loc. ult. cit.*

⁶⁰ In tal senso è chiarissimo già C. Lavagna, *Sulle sentenze “additive” della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, CXXI, 1969, IV, cc. 151-152 in particolare.

⁶¹ Tali conclusioni saranno approfondite da G. Zagrebelsky, *La Corte Costituzionale e il legislatore*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, 1982, pp. 108-113.

potrebbe mai avere il carattere di dichiarazione meramente negativa: esso deve per forza di cose indicare almeno le esigenze che avrebbero dovuto essere soddisfatte e i criteri ai quali la norma omessa avrebbe dovuto conformarsi, non potendo essere lasciata ad un momento successivo l'individuazione della regola da applicare per sopperire alla mancanza riscontrata⁶². Inoltre, secondo la celeberrima affermazione di Vezio Crisafulli, la legislazione creata dalla Corte sarebbe nient'altro che una "legislazione a *rime obbligate*"⁶³: la Corte Costituzionale non inventa nuovo diritto, bensì, nell'ottica dell'operazione di completamento delle lacune dell'ordinamento secondo lo schema già proposto da Mortati, *estende, esplicita o specifica* qualcosa che nell'ordinamento stesso è latente e già compreso nel sistema normativo complessivamente inteso.

E' questo lo scenario nel quale fanno il loro ingresso, alla metà degli anni Settanta circa, le sentenze additive di prestazione, ovvero quelle pronunce "creative" con le quali la Corte Costituzionale estende un diritto a contenuto patrimoniale o a prestazioni di servizi a determinate categorie di soggetti, dal godimento del quale essi sono ritenuti illegittimamente esclusi⁶⁴. Uno dei terreni più fertili per lo sviluppo di una simile tecnica giurisprudenziale è rappresentato dai giudizi, spesso e volentieri attivati in via incidentale, relativi alla mancata o insufficiente attuazione dei diritti sociali costituzionalmente garantiti. Il perno attorno al quale essi ruotano è rappresentato dal principio di uguaglianza formale⁶⁵ (art. 3 comma 1 Cost.), che assurge dunque al ruolo di parametro del giudizio di costituzionalità. La Corte infatti, sottopone allo *scrutinio di ragionevolezza* un determinato trattamento normativo stabilito per legge con riferimento ad una specifica categoria di soggetti, ma che non si estende ad un'altra, verificando in primo luogo la sussistenza di profili che valgano ad assimilare le due categorie considerate, ed in secondo luogo, in caso di esito favorevole del primo passaggio, a comparare il trattamento normativo previsto per ciascuna categoria coinvolta se la disparità di trattamento sia giustificabile o meno⁶⁶. Se le *rationes* che animano i due

⁶² C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, p. 950-951.

⁶³ V. Crisafulli, *La Corte Costituzionale ha vent'anni*, cit., p. 1707.

⁶⁴ L. Elia, cit., p. 313, che riprende (n. 51) la definizione dall'intervento di A. De Stefano alla Terza conferenza delle Corti Costituzionali europee (Roma, 20-22 ottobre 1976).

⁶⁵ A riguardo, si veda *retro* la definizione data da N. Bobbio, in *Eguaglianza e libertà*, così come riportata nel Capitolo I della Parte I del presente lavoro.

⁶⁶ Si legge nella sentenza 22/1967: "la Corte ha costantemente ritenuto che il contrasto con il principio di eguaglianza è rilevabile dal giudice della legittimità costituzionale, cui è precluso ogni apprezzamento di merito, solo quando la disparità di trattamento risultante dal confronto fra le discipline adottate dal legislatore in ordine a più fattispecie relativamente omogenee sia tale da non trovare alcun ragionevole fondamento nella diversità delle situazioni alle quali ognuna di esse ha inteso provvedere.

trattamenti normativi considerati risulteranno irragionevolmente differenziati, la Corte accoglierà la questione di costituzionalità⁶⁷. Nel caso in cui l'esito negativo dello scrutinio di ragionevolezza coinvolga la normativa che disciplina in concreto un diritto sociale a prestazione, la tipologia di sentenze che qui si esamina "aggiunge" un *quid novi* alla normativa esaminata estendendo il trattamento che essa prevede anche alla categoria inizialmente esclusa. Il soggetto obbligato, eminentemente lo Stato o altro soggetto pubblico, sarà dunque tenuto ad erogare la prestazione coinvolta anche agli appartenenti a quest'ultima.

Non potendo qui ripercorrere l'intera giurisprudenza costituzionale relativa alle additive di prestazione qui schematicamente delineate, basti in questa sede ricordare il noto caso delle sentenze tramite le quali, a partire dalla sent. 230/1974, la Corte è giunta alla completa abolizione della normativa che vietava l'integrazione al minimo delle pensioni, quando un medesimo soggetto fosse titolare di più trattamenti pensionistici il cui cumulo consentisse il superamento di tale soglia minima. La necessità di eliminare progressivamente ogni ipotesi di disparità di trattamento fra le diverse categorie di titolari di trattamenti pensionistici (indipendentemente dall'ente previdenziale erogatore) ha di fatto generato una lunghissima sequenza di pronunce protrattasi per oltre un quindicennio, fino alla fine degli anni Ottanta⁶⁸.

In un momento storico in cui i sistemi di *welfare* europei vivono la loro prima grande stagione di crisi e in un dibattito italiano nel quale voci autorevolissime come quella di Massimo Severo Giannini esprimono profondi dubbi sull'utilità della costituzionalizzazione dei diritti sociali⁶⁹, le additive di prestazione divengono ben presto oggetto di una riflessione destinata a protrarsi per decenni. L'obiezione che ben presto viene mossa a tale categoria di sentenze muove dalla constatazione, ormai indiscutibile, della funzione anche normativa della Corte Costituzionale: se la Corte crea norme al pari del legislatore, perché non dovrebbe ritenersi vincolata dall'obbligo di copertura finanziaria gravante sul parlamento ai sensi dell'art. 81 comma 4 Cost., che

⁶⁷ F. Polacchini, *Il principio di eguaglianza*, in L. Mezzetti (a cura di), *Principi costituzionali*, Giappichelli, 2011, p. 325; B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, *op. cit.*, p. 203. Entrambe le fonti ricordano che le prime pronunce con le quali la Corte Costituzionale dà applicazione allo scrutinio di ragionevolezza sono generalmente ritenute le sentenze 46/1959 e 15/1960, a seguito delle quali esso divenne rapidamente una tecnica di giudizio ampiamente utilizzata.

⁶⁸ L'iter giurisprudenziale è ripercorso in sintesi da E. Grosso, *Sentenze di spesa "che non costino"*, Giappichelli, 1991, pp. 18 ss.; l'Autore analizza le sentenze in esame ricordando come esse si pronuncino su episodi di omissione cd. "di secondo grado", ovvero di attuazione di un precetto costituzionale che ometta di attuare anche il principio di uguaglianza e dunque l'art. 3 Cost. (p. 23).

⁶⁹ M. S. Giannini, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Vol. I*, in particolare le osservazioni svolte alle pp. 160-165.

pure essa può utilizzare come parametro per invalidare quelle leggi che tale obbligo non rispettino⁷⁰? Questa particolare versione della *countermajoritarian difficulty* avvia immediatamente un ampio dibattito dottrinale, che si svilupperà con particolare vivacità attorno alla metà degli anni Ottanta. A coloro che ricordano come la Corte sia priva di mezzi per poter valutare la sostenibilità finanziaria delle proprie pronunce additive, dalle quali pertanto essa dovrebbe astenersi, si oppone altra parte della dottrina, che ritiene prevalente l'irrinunciabile cogenza caratterizzante l'intero dettato costituzionale e pertanto considera non applicabile alle sentenze della Corte il principio di cui all'art. 81 comma 4 Cost.: la maggior spesa risulta giustificata in quanto obbligatoriamente richiesta al fine di assicurare l'“osservanza di un imperativo costituzionale⁷¹”. Spetterà poi al Parlamento e al Governo provvedere alla sua effettiva copertura⁷². Del resto, anche nel caso di pronunce additive di prestazione, la Corte non farebbe altro che integrare la disciplina normativa impugnata “completando la rima” deducendola dall'applicazione dell'art. 3 Cost.⁷³.

2.3.2. *Il (relativo) declino delle additive di prestazione e la ricerca di nuovi equilibri...*

a) *...attraverso nuove tipologie di pronunce...*

Nonostante l'utilizzo prolungato e frequente delle sentenze additive di prestazione, la Corte non si dimostra però insensibile alle esigenze della finanza pubblica: queste sono anzi in molti casi poste a fondamento di decisioni di rigetto, nelle quali si ricorda come la disponibilità limitata di risorse renda necessaria un'estensione graduale⁷⁴ delle tutele

⁷⁰ La questione fu per la prima volta avanzata in questi termini da M. Nigro, *Le giurisdizioni sui pubblici poteri fra sistema normativo e spinte fattuali*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1984, pp. 445-462, ed in particolare pp. 455 ss..

⁷¹ L'espressione è ancora una volta di C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, p. 964.

⁷² Le principali posizioni che si confrontarono nel dibattito sull'ammissibilità delle additive di prestazione sono felicemente sintetizzate in C. Colapietro, *Le pronunce «erogatorie» della Corte costituzionale ed il vincolo costituzionale della copertura finanziaria: le «additive di prestazione» sono per loro natura esenti dai vincoli e limiti dell'art. 81 Cost.*, in *Giurisprudenza italiana*, Vol. CXLI, I-I, 1989, cc. 1249 ss.; L. Elia, *cit.*, p. 311; F. Politi, *Il «costo» delle sentenze della Corte Costituzionale nella recente riflessione dottrinale*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin. Vol. IV*, Jovene, 2004, pp. 1759 ss..

⁷³ L. Elia, *cit.*, p. 313.

⁷⁴ Emblematica in tal senso già la sent. 128/1973, che rigetta una questione di costituzionalità in materia di pensionistico: “La gradualità si presenta come modo di essere necessario e internamente coerente del fenomeno visto nel suo pratico atteggiarsi, e appare come caratteristica del pari necessaria e comunque compatibile del fenomeno stesso nella sua rilevanza costituzionale. È del tutto evidente come la modifica del sistema pensionistico non avrebbe potuto essere compiuta né *uno actu* né in un solo momento, e che

e delle prestazioni connesse con l'attuazione dei diritti sociali⁷⁵, oppure indicate come criterio fondamentale da seguire nell'organizzazione dei servizi pubblici⁷⁶, oppure ancora come terreno riservato alla discrezionalità del legislatore, insindacabile se non nei casi di "manifesta irrazionalità"⁷⁷. Se ciò non darà luogo all'inversione di tendenza riscontrabile secondo alcuni commentatori⁷⁸, è pur vero che nel corso degli anni Ottanta e dei primi anni Novanta sono individuabili maggiori sforzi nella ricerca di nuovi meccanismi giurisprudenziali⁷⁹ che possano consentire di rispettare tanto gli equilibri di finanza pubblica quanto quelli, ancor più delicati, intercorrenti fra legislatore e giudice delle leggi. Fra le ragioni della ricerca, spiccano quelle delineate nel 1985 da Leopoldo Elia, che le attribuisce alla crisi non tanto dello strumento "additive di prestazione" in sé, quanto piuttosto

"dello Stato sociale o di benessere come è stato inteso negli anni '70; [...] quando si ha a che fare [...] con leggi che riguardano intere categorie di soggetti, non si può mistificare il pubblico redistribuendo con le sentenze mezzi finanziari di cui l'erario non dispone"⁸⁰.

Il controllo sulla costituzionalità dell'attuazione dei diritti sociali sarà quindi affrontato con nuovi strumenti, fra i quali si ritiene opportuno menzionare almeno i principali. Una prima tecnica decisoria prevede l'utilizzo da parte della Corte Costituzionale delle cd. "*sentenze-monito*", ovvero sentenze di inammissibilità attraverso le quali il giudice delle leggi indirizza le proprie direttive al legislatore, esplicitando in forma più o meno dettagliata, gli interventi opportuni per non incorrere in future sanzioni di incostituzionalità. Tali pronunce rappresentano dunque un utile

essa invece richiede e comporta, siccome nella specie è avvenuto, una pluralità di atti ed una successione di tempi".

⁷⁵ Ad es., sentenze Corte Cost. 57/1975, 33/1975, 187/1976, 126/1977, commentate da E. Grosso, *op. cit.*, pp. 45-47.

⁷⁶ Si veda ad esempio la sent. Corte Cost. 303/1988: "Solo una discrezionalità organizzativa responsabilizzata secondo criteri di economicità può assicurare, tra l'altro, una seria politica delle assunzioni improntata esclusivamente a rigorosi requisiti di professionalità".

⁷⁷ Nella sent. 180/1982, la Corte ricorda la completa discrezionalità del legislatore nello stabilire "l'ammontare delle prestazioni sociali e delle variazioni delle stesse", a seguito di un razionale "contemperamento delle esigenze" in gioco, che la Corte potrà sindacare solo ove esso appaia svolto in modo "manifestamente irrazionale"; verrebbe da aggiungere, come nei casi in cui lo scrutinio di ragionevolezza sull'esclusione di una determinata categoria di soggetti da uno specifico trattamento prestazionale dia esito negativo ed evidenzi l'ingiustificata applicazione di una disparità di trattamento fra due categorie sostanzialmente omogenee.

⁷⁸ G. Zagrebelsky, *cit.*, pp. 127-133.

⁷⁹ F. Modugno, *cit.*, pp. 23 ss..

⁸⁰ L. Elia, *cit.*, p. 320-321. Si veda per alcuni spunti anche il contributo di B. Caravita di Toritto, *Art. 81 Cost., stato sociale e intervento della Corte Costituzionale*, in *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81, u.c. della Costituzione*, Giuffrè, 1993, pp. 225-230. Fra le monografie in materia, si ricorda C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, CEDAM, 1996, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti e analisi giurisprudenziali.

canale per attivare una “forma di collaborazione informale tra Corte e Parlamento”⁸¹, specialmente in materia di attuazione dei diritti sociali, stimolando il legislatore ad intervenire con le proprie valutazioni e nella piena libertà di disattendere eventuali indicazioni fornite dalla Corte ed evitando inoltre contemporaneamente la componente additiva che tante polemiche suscita in una parte almeno della dottrina.

Non sempre però la Corte si trattiene dal conferire ai propri moniti una particolare forza persuasiva e pur “salvando” temporaneamente le norme impugnate, avvisa il legislatore dell’urgenza di eliminare l’incostituzionalità che rileva e che provvederà a sanzionare con un’additiva di prestazione qualora il monito resti inascoltato. Ne costituisce un esempio classico l’insieme di pronunce in materia di integrazione al minimo delle pensioni intervenuta lungo tutto l’arco degli anni Ottanta e definita dalla dottrina una vera e propria “sequenza monitorio-additiva”⁸².

L’“invasività” della procedura descritta spinge però la Corte a percorrere anche nuove strade: pur non abbandonando né le additive di prestazione né i moniti al legislatore, il giudice delle leggi concentra così la propria attenzione sull’elaborazione di nuovi meccanismi per ritardare l’efficacia immediata delle proprie sentenze di incostituzionalità e consentire un tempestivo intervento correttivo del legislatore, ad esempio fissando nel dispositivo la data fino alla quale retroagiscono gli effetti della pronuncia⁸³. La dottrina tuttavia accoglie in modo estremamente negativo quest’ultima

⁸¹ V. Crisafulli, *La Corte Costituzionale ha vent’anni, cit.*, p. 1703, che segnala come esempio della tipologia di sentenze in esame la 27/1975, sul reato di aborto. In questo caso, lo strumento monitorio si rivelò particolarmente adeguato all’esigenza di stimolare il Parlamento ad intraprendere un ampio confronto su di un tema tanto delicato, che tuttavia non poteva rimanere privo di disciplina, avendo a tale scopo la Corte sottolineato come fosse necessario sottoporre ad attente valutazioni le ipotesi in cui il trattamento abortivo avrebbe potuto considerarsi giustificato dalla sussistenza di particolari ragioni di pericolo o necessità. L’esito del confronto politico, com’è noto, sfociò nella l. 22 maggio 1978, n. 194.

⁸² F. Modugno, *cit.*, p. 24 e C. Colapietro, *La giurisprudenza della Corte costituzionale nella crisi dello Stato sociale, op. cit.*, pp. 231 ss.. Emblematiche in proposito le parole della sent. 314/1985. Essa ricorda come l’ennesima pronuncia di incostituzionalità relativa a norme che non prevedano l’integrazione al minimo della pensione di reversibilità INPS per coloro che siano titolari di altro trattamento previdenziale interviene a seguito di numerose altre con le quali la Corte, oltre ad eliminare progressivamente (per violazione dell’art. 3 Cost.) svariate ipotesi in cui l’integrazione della pensione non era dovuta in ragione di un cumulo con altri trattamenti previdenziali, aveva più volte sollecitato “un intervento legislativo che ridisciplinasse «sul piano generale, ispirandosi ai principi contenuti negli artt. 3 e 38 Cost., la materia relativa al diritto alla integrazione al minimo delle pensioni INPS»”. Tuttavia, la mancata retroattività della nuova disciplina dell’integrazione al minimo delineata dall’art. del d.l. 12 settembre 1983, n. 463, convertito poi nella l. 11 novembre 1983, n. 638 “basta ad escludere [...] che sia venuta meno l’originaria rilevanza della questione in esame [...]”. Residuano, dunque, le disparità di trattamento denunciate dalle ordinanze di rimessione [...]”, che anzi si sono aggravate per effetto della lunga (ed inevitabile) serie di sentenze enumerate. Alla Corte “s’impone, pertanto, un’ulteriore dichiarazione d’illegittimità costituzionale”.

⁸³ Così ad esempio, ancora nella controversa materia pensionistica, le sentenze 501/1988 e 1/1991 dichiarano, *con decorrenza* (retroattiva ma circoscritta) rispettivamente *dalle date del 1° gennaio 1988 e del 1 marzo 1990*, l’illegittimità costituzionale, la prima degli artt. 1, 3, primo comma, e 6 della legge 17

soluzione, considerandola essenzialmente foriera di diseguaglianze nonché di inaccettabili alterazioni della struttura e delle conseguenze dell'accesso in via incidentale al sindacato di costituzionalità⁸⁴. Inoltre, non si elimina il problema del "costo" delle sentenze, semplicemente limitandolo a situazioni circoscritte nel passato o che si verificheranno solo in futuro⁸⁵.

Tra la fine degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta emerge così una nuova tipologia di pronunce che tenta di fondere gli elementi propri delle sentenze additive con quelli caratterizzanti le sentenze-monito, facendo attenzione nel contempo alle critiche mosse alle additive di prestazione. La Corte Costituzionale, trovandosi ad accertare che il legislatore non ha dato seguito ai moniti indirzzatigli da precedenti sentenze, non si astiene dalla dichiarazione d'incostituzionalità delle norme sottoposte al suo scrutinio; tuttavia, anziché "sanzionare" il comportamento ulteriormente omissivo del Parlamento estendendo la disciplina prevista per una determinata categoria anche ad altre irragionevolmente escluse, indica semplicemente il *meccanismo* mancante e dunque il punto specifico sul quale il legislatore dovrà intervenire. In tal modo, il giudice delle leggi riesce a dare ancora più incisività al monito già lanciato (e disatteso), ma al tempo stesso ad evitare di assumersi la responsabilità per gli incrementi di spesa pubblica che lascerà invece alla determinazione concreta del legislatore nell'esercizio della sua funzione. Come notato dalla dottrina, le sentenze "additive di meccanismo" (o di principio)⁸⁶ consentono altresì un maggior coinvolgimento del giudice ordinario, il quale, in attesa dell'intervento "riparatore" del legislatore, sarebbe chiamato a determinare la regola concreta provvisoriamente applicabile al caso concreto dal quale è scaturita la questione di costituzionalità⁸⁷.

Attraverso l'elaborazione di nuovi strumenti decisori, talvolta anche estremamente penetranti e comunque mai utilizzati in maniera rigidamente alternativa, la Corte Costituzionale mostra dunque di rafforzare il proprio ruolo di supervisore del processo di attuazione dei diritti sociali. Ma se da un lato le difficoltà incontrate dalla finanza

aprile 1985, n. 141 e la seconda dell'art. 3, primo comma, del decreto-legge 16 settembre 1987, n. 379, nella parte in cui non dispongono la riliquidazione della pensione a favore di alcune categorie irragionevolmente escluse dalle menzionate normative.

⁸⁴ Per una rassegna dei principali argomenti a riguardo, F. Politi, *Il «costo» delle sentenze della Corte Costituzionale nella recente riflessione dottrinale*, cit., pp. 1781-1788.

⁸⁵ E. Grosso, *La sent. n. 88 del 1992: un'alternativa alle «additive di prestazione»?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, pp. 2382-2383.

⁸⁶ Fra le quali si ricordano le sentt. 497/1988, 295/1991 e, ancora in materia previdenziale, la 88/1992.

⁸⁷ E. Grosso, *La sent. n. 88 del 1992: un'alternativa alle «additive di prestazione»?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 2390.

pubblica e la crisi di uno Stato sociale che appare sempre meno *redistribuire* e sempre più *elargire* le risorse esistenti⁸⁸ non possono essere utilizzate come scusa per giustificare regimi prestazionali irragionevolmente differenziati, dall'altro saranno tuttavia queste stesse esigenze, in concreto ineludibili, a spingere il giudice delle leggi a percorrere parallelamente un'ulteriore direzione di indagine.

b) *...e attraverso l'approfondimento della dimensione soggettiva dei diritti sociali: l'individuazione di un "nucleo minimo essenziale".*

Le differenti strategie giurisprudenziali intraprese dalla Corte Costituzionale non valgono ad escludere il rischio connesso con la riemersione di nuove ragioni in grado di giustificare, sebbene sotto altra forma, una visione meramente programmatica delle norme costituzionali concernenti i diritti sociali⁸⁹. Sebbene infatti il giudice delle leggi italiano abbia più volte sanzionato le omissioni, o le irragionevoli disparità di trattamento, verificatesi nell'attuazione del dettato costituzionale in materia di diritti sociali, egli non ha neppure escluso in assoluto che, in un processo di bilanciamento riservato eminentemente al legislatore, questi ultimi debbano sempre e comunque prevalere su qualsiasi altra esigenza, pure meritevole di tutela, con la quale si vengano a scontrare. E' dunque perfettamente ammissibile che l'esigenza di una immediata attuazione di un diritto sociale costituzionalmente garantito debba almeno in parte soccombere di fronte alle necessità, pure costituzionalmente tutelate, dell'equilibrio finanziario. E' questa la logica sottesa a pronunce come la sentenza 455/1990 (ripresa poi dalla successiva 304/1994), che in materia di diritto alla salute, evidenzia:

“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”.

⁸⁸ Si vedano in proposito le osservazioni di G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, II, 1981, p. 781-782, in cui si sottolinea come “i diritti sociali, nati come diritti dei pochi e dei molti, ma non come diritti di tutti, sono diventati diritti di tutti”, con il rischio che ciò “avvantaggi i ceti relativamente agiati più di quelli per i quali le misure erano state originariamente concepite [...]”.

⁸⁹ Parla di “nuova ratio della programmaticità” L. Principato, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 46-I, 2001, in particolare pp. 887-895.

Questo regime di tutela “bilanciato” tuttavia, non degrada un diritto costituzionale a mero diritto legale; comporta però che

“l’attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute) avvenga gradualmente”.

Ma se è ammissibile che un diritto sociale costituzionalmente garantito possa essere limitato in ragione delle disponibilità finanziarie dello Stato, ciò tuttavia non esclude che l’operazione di bilanciamento attraverso la quale la limitazione è effettuata possa essere oggetto del sindacato della Corte “nelle forme e nei modi propri all’uso della discrezionalità legislativa”.

Non si può del resto dimenticare che la Corte, nel perseguire quell’intento di approfondimento della dimensione soggettiva dei diritti sociali a cui ci si è più volte riferiti, è giunta, nel corso degli anni Ottanta, a ricollegare specifiche sfaccettature di alcuni di essi con il valore cardinale della dignità umana e pertanto a riconoscere a queste i caratteri di immediata e diretta azionabilità propri dei diritti soggettivi. Per citare uno solo degli esempi possibili, è questo il caso del diritto di cui all’art. 38 Cost., con riferimento al quale la Corte ha definito “la posizione del lavoratore malato” come “diritto al trattamento assicurativo insuscettibile di limitazioni obiettive e subiettive” (sent. 103/1981). Conseguentemente, in presenza di veri e propri diritti soggettivi, costituzionalmente garantiti, la necessaria gradualità della loro attuazione, intesa quale risultato del bilanciamento fra esigenze finanziarie e valore costituzionalmente protetto dal singolo diritto sociale considerato, non può essere invocata in modo automatico⁹⁰ per giustificare tutele incomplete o insufficienti, dovendo necessariamente fare i conti con un *quid*, per così dire, non negoziabile. Anche il principio dell’equilibrio finanziario dev’essere quindi modulato di fronte a quei valori costituzionali primari che devono essere soddisfatti in via necessariamente prioritaria, dovendo la gestione delle risorse esistenti essere effettuata in funzione dell’effettività dei diritti⁹¹. Di fronte al peso crescente che le condizioni finanziarie generali rischierebbero di assumere nell’esercizio del controllo di costituzionalità sull’attuazione dei diritti sociali, la Corte intraprende la

⁹⁰ Considera l’argomento dell’attuazione necessariamente graduale dei diritti a prestazione una “giustificazione stereotipata” R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992, che ricorda come esso si riferisca alle modalità di regolazione dei mezzi con i quali far fronte alle prestazioni connesse con un determinato diritto e come ciò non debba esser confuso con il contenuto del diritto stesso (pp. 110-111).

⁹¹ C. Colapietro, *La giurisprudenza della Corte costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, op. cit., pp. 376-377.

via della delimitazione di un loro *contenuto* intangibile⁹², definito variamente come *essenziale, minimo, uniforme*, precluso al legislatore in quanto nucleo fondamentale costituzionalmente necessario affinché il diritto risulti concretamente fruibile.

E' significativo in tal senso l'esempio offerto dalla sent. 134/1994, che dichiara l'illegittimità dell'abrogazione integrale dell'esonero dal pagamento degli oneri processuali dovuti in caso di soccombenza dal lavoratore, *abbiente e non abbiente*, che abbia intentato una causa non temeraria in materia di previdenza sociale. Il giudice delle leggi italiano motiva la propria decisione affermando il "carattere strumentale" che l'esonero dalle spese di soccombenza riveste "ai fini della effettiva tutelabilità" del diritto sancito dall'art. 38 Cost. e l'incostituzionalità dell'abrogazione *in toto* effettuata dal legislatore, invitato in precedenza dalla stessa Corte a provvedere al riordino della normativa in materia eventualmente *restringendo* il novero dei beneficiari dall'esonero. Se infatti l'indiscriminata applicazione del beneficio a tutti i lavoratori rischia di provocare disparità di trattamento fra abbienti e non abbienti (annullando l'effetto redistributivo teoricamente proprio delle misure di *welfare*), anche l'abrogazione *tout court* dell'esenzione conduce ad una disparità di trattamento, forse anche più grave in quanto limita di fatto le possibilità di tutela del proprio diritto costituzionalmente garantito almeno per la categoria dei lavoratori non abbienti. Dal combinato disposto degli artt. 24 e 38 Cost. si deduce quindi l'essenzialità dell'esonero dalle spese di soccombenza *quantomeno* per coloro che siano sprovvisti dei mezzi per farvi fronte. Il nucleo essenziale così delimitato potrà sì essere soggetto ad interventi del legislatore che tengano conto dei mutamenti economico sociali storicamente determinatisi, ben potendo quest'ultimo eliminare il beneficio per quelle categorie che non lo necessitano; tuttavia, si potrà procedere alla eliminazione di una prestazione attuativa di un diritto sociale costituzionalmente garantito solo nella misura in cui (e per quelle categorie nei confronti delle quali) esso non risulti più essenziale per la tutela e la concreta soddisfazione del diritto stesso⁹³.

⁹² G. Razzano, *Lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali*, relazione al convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" "I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza" (Trapani, 8-9 giugno 2012), consultabile in versione provvisoria alla pagina web <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/05/trapanirazzano.pdf>, p. 19.

⁹³ A. Giorgis, *La sent. n. 134 del 1994: una conferma dell'esistenza di limiti costituzionali alla riduzione dello Stato sociale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, in particolare pp. 3164-3165.

Non solo in relazione ai diritti di libertà, ma anche con riferimento ai diritti sociali, la Corte Costituzionale individua un contenuto essenziale⁹⁴, che essa si prefigge di salvaguardare da quegli interventi legislativi che, nell'esercizio di una legittima discrezionalità politica, giungano a “vanificare, riducendolo ad un nome privo di contenuto” (sent. 27/1998) il diritto sociale oggetto dell'intervento legislativo.

Anche la riorganizzazione e perfino l'arretramento dello Stato sociale⁹⁵ sono dunque soggetti a limiti ben precisi, non necessariamente immutabili, ma tuttavia esistenti, che la Corte si assume il compito di salvaguardare. Il legislatore avrà quindi ampia facoltà di riconfigurare la normativa attuativa di un diritto sociale, anche in ragione di esigenze economiche sopraggiunte o di mutamenti sociali⁹⁶, ma non potrà mai arrivare a “scarnificare” il nucleo essenziale del diritto sul quale interviene⁹⁷.

2.4. La consapevolezza della complessità. Tentativi di classificazione alla ricerca del fondamento costituzionale dei diritti sociali.

Il percorso fin qui tratteggiato ci restituisce un'immagine della categoria dei diritti sociali ben più variegata di quella delineata dalle ricostruzioni dottrinali più tradizionali⁹⁸, che nell'ultimo trentennio sono state profondamente riviste in ragione di una ritrovata complessità. Particolarmente significativa risulta a riguardo la proposta di G. Corso, che fra i primi pare rendersi conto di come

⁹⁴ Come osservato da O. Chessa, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 1180.

⁹⁵ C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, *op. cit.*, pp. 385 ss..

⁹⁶ Come del resto già affermato dalla più risalente sent. 134/1982, nella quale si legge che “il punto di incontro e di contemperamento di tali esigenze varia a secondo dell'evoluzione economica, finanziaria e sociale del Paese” e che “spetta al legislatore ordinario di determinarlo, tenendo conto di tutti i dati del problema”. Che il contenuto essenziale di un diritto inviolabile sia “un concetto «relativo» e non «assoluto»” si deduce anche dai particolari test ai quali la Corte Costituzionale sottopone l'intervento legislativo sulla sua configurazione e regolamentazione concreta al fine di verificarne la legittimità: lo scrutinio si incentra in primo luogo sulla *ratio* ispiratrice della norma, per valutarne la rispondenza a fini costituzionalmente rilevanti, indagando successivamente l'idoneità della norma in esame al raggiungimento dell'obiettivo individuato nonché la sua proporzionalità e adeguatezza rispetto al fine perseguito, per valutare infine l'eccessiva indeterminazione della compressione imposta al diritto stesso; così O. Chessa, *cit.*, pp. 1174-1175.

⁹⁷ L'espressione è di D. Bifulco, *op. cit.*, p. 206, che ricorda in proposito la sent. 211/1997 a tutela del diritto previdenziale già maturato dagli spedizionieri doganali ed illegittimamente “cancellato” dall'intervento di riordino della materia resosi necessario a seguito dell'abolizione delle dogane fra Paesi appartenenti all'Unione Europea.

⁹⁸ Non solo italiane, cfr. *retro*, Parte I, Cap. I.

“la categoria del “diritto sociale” sia inadeguata ad esprimere la ricchezza delle indicazioni fornite dai due titoli citati della Costituzione (il II e il III)⁹⁹”,

proponendo all’inizio degli anni Ottanta una classificazione imperniata su categorie giuridiche formali quali i soggetti (attivi e passivi) coinvolti, le situazioni giuridiche delineate e i mezzi di tutela approntati dall’ordinamento. Così, nel novero dei soggetti attivi rientrerebbero tutti quegli individui che appartengono ad un gruppo sociale o umano, più o meno ristretto, collocato in una posizione di svantaggio o disuguaglianza, che l’ordinamento costituzionale si prefigge di superare. L’art. 3.2 Cost. è dunque il ceppo comune dal quale si ramificano tutti i diritti sociali¹⁰⁰. Differenti soggetti passivi, separatamente, ma talvolta anche congiuntamente, sono di volta in volta tenuti ad adempiere gli obblighi correlati con i diritti che sorgono in capo ai titolari: lo Stato-legislatore predispone l’apposita legislazione attuativa del dettato costituzionale, lo Stato-amministratore (insieme a quello legislatore) organizza e mantiene un apparato in grado di erogare le prestazioni costituzionalmente dovute; nel caso in cui obbligati siano soggetti privati, ci si allontana invece dallo schema tradizionale del diritto sociale, poiché la Costituzione interviene direttamente nei rapporti fra i privati, sempre nell’intento di dare attuazione al principio di uguaglianza sostanziale¹⁰¹. Con riferimento alle tipologie di tutela approntate dall’ordinamento, sarà possibile rivolgersi direttamente al giudice ordinario in tutti quei casi in cui le norme costituzionali configurino diritti soggettivi immediatamente azionabili (come nel caso delle norme che intervengono direttamente nei rapporti fra privati) oppure nelle ipotesi in cui si facciano valere pretese derivanti dalla legislazione ordinaria attuativa del dettato costituzionale, anche per mezzo dell’azione risarcitoria per danni ex art. art. 2043 c.c.; nel caso di norme dirette (anche) allo Stato-amministratore si potrà cercare adeguata tutela per i propri interessi legittimi presso il giudice amministrativo; infine, il rango costituzionale delle norme concernenti i diritti sociali, indipendentemente dalla tecnica con le quali esse sono state redatte, consente poi al giudice delle leggi di dichiarare l’incostituzionalità delle norme di legge che con esse contrastino.¹⁰² La proposta di Corso, che interviene in un momento storico particolarmente delicato, rifiuta l’assunto in base al quale tutte le norme concernenti i diritti sociali possono dare luogo sempre e comunque a diritti soggettivi immediatamente azionabili. Una simile interpretazione

⁹⁹ G. Corso, *cit.*, p. 757.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 757.

¹⁰¹ *Ibidem*, pp. 762 ss..

¹⁰² *Ibidem*, pp. 776-777.

finirebbe col radicalizzare il conflitto in ordine alla ripartizione delle risorse e dei beni esistenti, rischiando di annullare ogni intento redistributivo. Esso potrebbe essere invece meglio perseguito inquadrando i diritti sociali in uno schema di contemperamento di interessi, tutti parimenti meritevoli, che spetta al legislatore bilanciare¹⁰³.

Secondo Baldassarre, invece, il motore della complessità è rappresentato dalle formazioni sociali nelle quali si esplica la personalità di ciascun individuo, *ex art. 2 Cost.*. L'Autore procede così ad una classificazione tematica dei diritti sociali imperniata sul criterio dei legami sociali che essi riflettono, individuando così il diritto al lavoro e i diritti dei lavoratori, i diritti connessi con l'istituzione familiare, con l'istituzione scolastica, con l'ambiente di vita personale e collettiva. L'eterogeneità delle posizioni soggettive assegnate a ciascuna delle quattro grandi categorie ricordate fa emergere "la necessità di una definizione articolata" che pure conservi "fondamentali momenti di unitarietà"¹⁰⁴. Rigettando infine l'impostazione tradizionale che considerava i soli diritti di libertà come diritti costituzionali autoapplicabili, si introduce una "più produttiva" distinzione fra diritti sociali incondizionati, attivabili dietro l'esercizio della libera iniziativa di soggetti privati (fra i quali ad esempio, i diritti sociali che incidono direttamente sulla configurazione del rapporto di lavoro), e diritti sociali condizionati, che necessitano di un'organizzazione in grado di erogare la prestazione in cui il diritto si sostanzia (come il diritto alla salute o all'istruzione)¹⁰⁵.

Alla metà degli anni Novanta, Luciani propone invece una sistematizzazione che comprenda tanto i diritti di libertà quanto i diritti sociali, riconducendo entrambi i gruppi alle quattro categorie dei diritti di difesa, a prestazione, di partecipazione e di percepire un utile sociale¹⁰⁶. Ciò consentirebbe di evidenziare le differenti sfaccettature dei diritti sociali, mettendone in luce anche gli eventuali punti di sovrapposizione con i diritti di libertà. Anch'egli individua inoltre nel principio di uguaglianza il "collante" delle differenti posizioni connesse con i diritti sociali, sottolineando come esso consenta l'emersione della *persona quale titolare di situazioni giuridiche attive*, a differenza invece di quanto accade con le ricostruzioni che ricollegano i diritti sociali alla

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 774-775 e 783.

¹⁰⁴ A. Baldassarre, *Diritti sociali*, *cit.*, p. 29.

¹⁰⁵ A. Baldassarre, *Diritti sociali*, *cit.*, p. 30.

¹⁰⁶ M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Vol. II, CEDAM, 1995, p. 120

solidarietà, che invece metterebbero l'accento prevalentemente su quei *doveri* il cui adempimento è finalizzato alla garanzia di un minimo indispensabile di *omogeneità*¹⁰⁷.

Sull'uguaglianza sostanziale è incentrata poi l'originale proposta classificatoria di Giorgis, che, alla fine degli anni Novanta, ritiene fuorviante l'utilizzo dell'etichetta "diritti sociali" per posizioni giuridiche tanto eterogenee come quelle contenute nei Titoli II e III della Costituzione italiana¹⁰⁸ e decide pertanto di percorrere una strada analoga per certi versi a quella di Corso, privilegiando una classificazione fondata su categorie formali. Egli individuerà così, in sintesi: i *diritti all'uguaglianza commutativa*, che intervengono su relazioni giuridiche dirette istituite per spontanea iniziativa delle parti, e che possono manifestarsi tanto con una struttura paragonabile a quella dei diritti di libertà (sostanzandosi in una *facultas agendi*, come nel caso del diritto di sciopero) quanto nella forma di pretesa ad un comportamento positivo (come nel caso del diritto ad una equa retribuzione *ex art. 36 Cost.*)¹⁰⁹; i *diritti ad un intervento regolativo da parte del legislatore*, dei quali le pretese soggettive dei soggetti deboli rappresentano soltanto l'oggetto mediato, destinato a concretizzarsi con l'intervento del destinatario delle norme che li contengono¹¹⁰; i *diritti all'uguaglianza distributiva*, che mirano a riequilibrare una situazione di disuguaglianza nella quale una persona versi in considerazione della sua concreta posizione economica¹¹¹. Dall'individuazione dei soggetti attivi e passivi coinvolti nella realizzazione dei diritti all'uguaglianza e dell'oggetto delle pretese che da questi ultimi derivano¹¹², nonché dalla combinazione di tali categorie con le tre precedenti, deriva com'è ovvio una amplissima varietà di posizioni soggettive attive e passive, riconducibili agli ambiti appena descritti.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 129-130.

¹⁰⁸ In particolare, sia perché esso sottolineerebbe la contrapposizione tipica ottocentesca fra Stato e società, sia perché ogni "diritto soggettivo pubblico" possiede sempre e comunque una dimensione sociale, in quanto esprime un rapporto tra Stato e società; A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, 1999, pp. 50-55.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 12-14.

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 14-16.

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 16 ss..

¹¹² L'Autore individua in proposito cinque tipologie di pretese classificabili a seconda dei soggetti coinvolti (pretese del lavoratore nei confronti del proprio datore di lavoro, pretese del lavoratore nei confronti dello Stato-legislatore, pretese del lavoratore nei confronti dello Stato-legislatore e dello Stato-amministratore; pretese dell'individuo contributivamente capace (ma per altre ragioni più "debole") nei confronti (oltre che dello Stato legislatore anche) dello Stato-amministratore; pretese dell'individuo indigente nei confronti (oltre che dello Stato legislatore anche) dello Stato-amministratore) e tre tipologie di pretese classificabili per oggetto (pretese ad una somma di denaro, ad uno specifico bene o servizio realizzato anche dall'iniziativa privata, ad un bene o servizio che nessun privato produce o che per ragioni di opportunità si ritiene necessario che sia realizzato dalla pubblica amministrazione); *Ibidem*, pp. 7-8.

Anche nell'analisi di Pezzini l'art. 3 comma 2 rappresenta il fondamento costituzionale dei diritti sociali, che l'Autrice ritiene protetti quando una Costituzione formuli norme che individuano beni essenziali per l'esistenza individuale e li assuma come oggetto di una doverosa tutela¹¹³, quale specifico aspetto di un oggetto complessivamente identificabile con il pieno sviluppo della personalità individuale. Su questa base comune si innestano dunque tanto i diritti sociali *primari* (o *essenziali*), ovvero quei diritti attribuiti universalisticamente, a prescindere da qualificazioni specifiche del titolare, e diritti sociali *secondari* (o *derivati*), di cui sono invece titolari soggetti che possiedono una particolare qualificazione, solitamente determinata dai rapporti di produzione, identificandoli così essenzialmente con i diritti del lavoratore¹¹⁴.

Fra le varie distinzioni interne alla categoria dei diritti sociali prospettate dalla dottrina, almeno due sembrano essere relativamente consolidate: quella fondata su un criterio soggettivo, che individua diritti sociali "dei lavoratori" e diritti sociali "di tutti", e quella incentrata sull'oggetto (o contenuto) del diritto, che distingue fra diritti sociali *a prestazioni* e diritti sociali che si sostanziano in una libertà di agire paragonabile a quella dei diritti di prima generazione, e definiti diritti "*di partecipazione*"¹¹⁵. Proprio questa natura *bifronte* costituisce il fulcro dell'approccio al problema offerto da D. Bifulco, che facendo risalire i diritti sociali di prestazione al principio personalista e i diritti sociali di partecipazione alla matrice pluralista, riconduce ciascuna delle due sottocategorie indicate ad una delle due accezioni possibili di "forma di Stato"¹¹⁶: così i diritti sociali di partecipazione attengono al rapporto fra l'autorità dello Stato e la libertà di coloro che ad essa sono assoggettati, mentre i diritti sociali a prestazioni sono associati con le finalità che una forma di Stato come quella delineata dalla Costituzione repubblicana italiana assume come proprie: essa pertanto non può che qualificarsi come *democratica e sociale*¹¹⁷.

Pur nelle inevitabili differenze di approccio al tema, le soluzioni sistematiche offerte dalla dottrina negli ultimi anni sembrano tuttavia tendere ad individuare il fulcro attorno al quale ruotano i diritti sociali nel principio di uguaglianza sostanziale, indicando in esso la leva in grado di condurre ad una piena tutela e promozione della dignità umana

¹¹³ B. Pezzini, *op. cit.*, pp. 2-3 e 123-124.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 126-127.

¹¹⁵ V. *ex multis*, A. Giorgis, *Diritti sociali*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. III, 2006, pp. 1903 ss..

¹¹⁶ D. Bifulco, *op. cit.*, p. 127; le due accezioni della forma di Stato che l'Autrice riprende sono ascrivibili a Mortati e De Vergottini (cfr. *ivi*, note 7 e 8).

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 140-146.

in tutte le sue molteplici accezioni. Fondati sulla compenetrazione delle due coesenziali matrici personalista e pluralista, progressivamente valorizzati nella loro dimensione soggettiva dalla giurisprudenza, che è giunta ad individuarne progressivamente un nucleo essenziale intangibile, i diritti sociali sono dunque inscindibilmente legati alla *persona* (art. 2 Cost.) e alla centralità che essa assume all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano, nonché componenti fondamentali per il perseguimento di quel *pieno sviluppo* di essa che la Carta Fondamentale repubblicana si propone. La riconosciuta preesistenza rispetto allo Stato non solo dell'individuo, ma anche delle formazioni sociali che lo rendono persona, consente così di qualificare i diritti sociali come *inviolabili*¹¹⁸ al pari dei diritti di libertà, ovvero di identificarli

“con i valori originari, assolutamente primari e perciò intangibili nel loro nucleo assiologico sia da parte di qualsiasi soggetto privato (incluso il titolare) sia da parte di qualsiasi soggetto potere costituito (pubblico o privato), compreso quello di revisione costituzionale¹¹⁹”.

Si apre così una nuova prospettiva unitaria per l'analisi del sistema dei diritti garantiti nella prima parte della Costituzione italiana: proprio la comune e paritaria pertinenza alla persona consente di riunire sotto la caratteristica dell'inviolabilità diritti di libertà e diritti sociali, nella consapevolezza delle rispettive peculiarità strutturali come della necessità delle loro reciproche interazioni.

¹¹⁸ A. Giorgis, *Diritti sociali, cit.*, p. 1910; A. Baldassarre, *Diritti sociali, cit.*, p. 13. Quest'ultimo Autore ricollega questa interpretazione al contributo fornito in Assemblea Costituente dalla componente cattolica, portatrice di una visione personalista che nessun'altra forza politica avrebbe fornito con tanta completezza. Tale impostazione è contestata da B. Pezzini, *op. cit.*, p. 34.

¹¹⁹ A. Baldassarre, *Diritti inviolabili, cit.*, p. 29. E' interessante notare come una simile conclusione riecheggi il punto 2.1 del “considerato in diritto” della sentenza Corte Cost. 1146/1988, che ammette il possibile controllo di costituzionalità delle leggi di revisione costituzionale a fronte del parametro rappresentato dai principi supremi dell'ordinamento costituzionale, fra i quali sono indubbiamente ascrivibili i diritti inviolabili. Relatore della sentenza in esame fu proprio Baldassarre.

3. La dinamica Stato-Regioni e la garanzia dei diritti sociali: la clausola sui “livelli essenziali delle prestazioni”.

3.1. La clausola sui “livelli essenziali delle prestazioni”.

3.1.1. Alla ricerca dell’equilibrio tra uguaglianza e differenziazione. Considerazioni preliminari.

Com’è noto, la riforma costituzionale operata all’inizio degli anni Duemila sul Titolo V della Parte II della Costituzione ha arricchito il dibattito italiano relativo ai diritti sociali di una ulteriore dimensione: invertendo il criterio di riparto di competenze fra potestà legislativa statale e regionale (art. 117), attribuendo in via generale lo svolgimento delle funzioni amministrative ai Comuni quali enti territoriali più prossimi ai cittadini (art. 118), ponendo le basi costituzionali per una profonda revisione dei meccanismi territoriali di finanza pubblica (art. 119), la l. cost. 3/2001 incide fortemente sulla riflessione giuridica italiana, mettendo in discussione il legame, fin a quel momento considerato per lo più inscindibile, tra Stato centrale e tutela dei diritti fondamentali, sociali in particolare. Un esame anche sommario del vigente art. 117 mette in luce infatti come molte delle competenze direttamente o indirettamente ricollegabili con i diritti sociali contenuti nei Titoli II e III della Parte I della Costituzione prevedano un forte coinvolgimento delle Regioni nella determinazione concreta dei contenuti e delle modalità di esercizio delle posizioni giuridiche soggettive nelle quali tali diritti si sostanziano. Se si considera infatti che, nel rispetto dei principi generali posti da leggi statali, la potestà legislativa regionale concorrente *ex art. 117 comma 3 Cost.* si estende a materie quali tutela e sicurezza del lavoro, istruzione (salva l’autonomia delle istituzioni scolastiche e l’istruzione e la formazione professionale), tutela della salute, previdenza complementare e integrativa, mentre quella residuale esclusiva (art. 117 comma 4 Cost.) copre ambiti cardinali quali istruzione e formazione professionale, organizzazione sanitaria, assistenza e beneficenza, si comprende come l’attuale sistema italiano di regolamentazione e tutela diritti sociali si presti ad assumere configurazioni differenziate su base territoriale, non solo per quanto riguarda lo svolgimento delle relative funzioni amministrative e l’erogazione del servizio (già in gran parte regionalizzate sotto il previgente dettato costituzionale grazie al trasferimento

delle funzioni¹²⁰), ma anche con riferimento ad importanti aspetti sostanziali. La concezione personalista che pervade l'ordinamento costituzionale italiano mostra così di arricchirsi di un nuovo legame identitario "geografico", trasversale alle categorie o formazioni sociali di appartenenza, sulla base del quale plasmare il contenuto specifico del diritto effettivamente fruibile da parte del singolo cittadino, differenziando, eventualmente anche in modo marcato l'una esperienza dalle altre¹²¹. Ciò, del resto, non appare in contrasto con il principio unitario espresso dall'art. 5 Cost., che sancendo l'indivisibilità della Repubblica, ne "riconosce e promuove" le articolazioni territoriali. Piuttosto, l'art. 5, letto in uno con il novellato art. 114, in base al quale la Repubblica è costituita - non a caso, in ordine discendente di prossimità - dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato, contribuisce a gettare una nuova luce anche sull'art. 3.2 Cost. e sul principio di uguaglianza sostanziale: la rimozione di quegli "ostacoli di ordine economico e sociale che [...] impediscono il pieno sviluppo della persona umana" è oggi compito di una Repubblica esplicitamente declinata al plurale *anche* in senso territoriale¹²², ed auspicabilmente più capace di cogliere e soddisfare bisogni specifici e "collocati nello spazio", grazie anche al coinvolgimento primario dei Comuni nello svolgimento delle funzioni amministrative.

La necessità di evitare che la legittima (e per certi versi inevitabile) differenziazione favorita dal nuovo assetto dei rapporti tra Stato ed autonomie territoriali si traduca in trattamenti discriminatori su base territoriale¹²³ contrari al principio di uguaglianza

¹²⁰ Com'è noto, il trasferimento delle funzioni amministrative, spettanti alle Regioni in nome del previgente art. 118 Cost., è avvenuto in più tappe, nel corso di oltre un ventennio, inizialmente con i d.p.R. 616, 617 e 618 del 1977, il primo dei quali ha trasferito alle Regioni le funzioni amministrative relative alle materie contenute nel previgente art. 117 Cost. ed all'epoca ancora trattenute dall'amministrazione statale, mentre il secondo e il terzo hanno provveduto ad eliminare gli uffici periferici statali fino a qual momento esistenti e a riorganizzare i ruoli del personale; il trasferimento della totalità delle funzioni amministrative è stato successivamente completato con il dlgs. 112/1998, attuativo della l. delega 59/1997, che riservava tuttavia allo Stato alcune funzioni espressamente indicate. Con la riforma costituzionale e l'attribuzione in via generale della potestà legislativa alle Regioni, salvo che nelle materie espressamente riservate alla competenza statale), si completa quel percorso di costruzione "a ritroso" dell'autonomia regionale menzionato da E. Griglio, *Principio unitario e neo-policentrismo. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, CEDAM, 2008, p. 339.

¹²¹ Si vedano in proposito le considerazioni di L. Torchia, *Sistemi di welfare e federalismo*, in *Quaderni costituzionali*, anno XXII, n. 4, dicembre 2002, pp. 720-723 in particolare, nonché A. D'Aloia, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, anno XXXI, n. 6, dicembre 2003, p. 1065-1066

¹²² Si esprime in tal senso, fra i contributi più recenti, C. Panzera, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali*, in G. Campanelli, M. Carducci, N. Grasso, V. Tondi della Mura (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Giappichelli, 2010, p. 101.

¹²³ Come nota M. Belletti, *Diritti costituzionali e Regioni*, in R. Nania, P. Ridola, *I diritti costituzionali. Vol. III*, Giappichelli, 2006, p. 1057, il divieto di discriminazione su base territoriale non è esplicitamente sancito in Costituzione, ma è comunque deducibile dall'interpretazione sistematica degli artt. 120 (che vieta alle Regioni l'adozione di provvedimenti che impediscano la libera circolazione delle persone e

formale ma potenzialmente foriere di nuovi o più profondi squilibri sostanziali, rende necessaria l'introduzione di alcuni contemperamenti. Il Titolo V riformato prevede così numerosi strumenti attraverso i quali lo Stato esercita la propria funzione di custode ultimo della tenuta unitaria dell'ordinamento¹²⁴ sancita proprio dall'art. 5 Cost.. Tale obiettivo si riflette innanzitutto nella allocazione a favore dello Stato di importanti settori competenziali, ora attribuendoli alla sua potestà legislativa esclusiva, ora riservando ad esso la definizione dei principi generali nelle materie in cui Stato e Regioni esercitano una potestà legislativa concorrente. Con specifico riferimento alle materie direttamente riconducibili a diritti sociali, lo Stato ha infatti competenza esclusiva in materia di norme generali sull'istruzione e previdenza sociale. Lo stesso art. 117 Cost. individua tuttavia numerose "materie"¹²⁵ attraverso le quali lo Stato può incidere sulla configurazione concreta dei diritti sociali, in vista del perseguimento di una disciplina quanto più possibile unitaria: basti qui pensare alla competenza esclusiva statale in "materia" di tutela della concorrenza¹²⁶ e di perequazione finanziaria (lett. e), o alla tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali (lett. s). Fra le differenti competenze per così dire "unificanti" attribuite alla potestà legislativa esclusiva statale ex art. 117 Cost., spicca la clausola di cui alla lett. m, relativa alla

"determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale".

Alla luce delle considerazioni svolte, si nota che la formula riportata racchiude in sé tutta la tensione che pervade oggi la forma di Stato¹²⁷ regionale italiana. Per ampiezza di formulazione, potenzialità di utilizzo, spettro materiale e varietà di istituti costituzionali coinvolti, essa si presta a fungere da osservatorio privilegiato¹²⁸ per indagare quale sia, secondo l'assetto vigente, il grado di disequaglianza sostenibile, alla ricerca del punto di equilibrio che renda compatibile la legittima, anzi, incoraggiata, differenziazione degli

delle cose sul territorio della Repubblica) e 3 Cost.. Per un confronto con il sistema spagnolo, si rimanda alle considerazioni svolte nel Capitolo II della Parte II del presente lavoro.

¹²⁴ A. Marzanati, *Il ruolo dello Stato nel policentrismo repubblicano: l'assistenza sociale*, in E. Balboni (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali. Vol. I*, Jovene, 2008, p. 272.

¹²⁵ Le riflessioni che seguiranno spiegheranno il perché delle virgolette.

¹²⁶ Per la quale si vedano ad es. le osservazioni di E. Longo, *Regioni e diritti. La tutela dei diritti nelle leggi e negli statuti regionali*, Edizioni Università di Macerata, 2007, pp. 53-56.

¹²⁷ Qui da intendersi come modo di atteggiarsi dei rapporti tra entità statale e comunità territoriale di appartenenza del cittadino e pertanto rivelatrice di un particolare modo d'intendere il rapporto tra autorità e libertà, secondo la definizione di P. Caretti, U. De Siervo, *Istituzioni di diritto pubblico*, 6^a ed., Giappichelli, 2002, p. 24.

¹²⁸ A. D'Aloia, *cit.*, p. 1064.

ordinamenti regionali con il necessario mantenimento dell'unità dell'ordinamento nazionale¹²⁹.

Intendendo concentrare l'analisi che segue sulla clausola sopra citata, occorre premettere che la formula utilizzata dall'art. 117.2 lett. m non rappresenta una novità per l'ordinamento italiano. Essa è infatti già stata utilizzata a più riprese dalle principali normative in materia di assistenza sanitaria e servizi sociali a partire dalla fine degli anni Settanta (v. *infra*, Parte II, Capitolo III, par. 1.2.). Parallelamente, e con sempre maggior frequenza tra la fine degli anni Ottanta e i primi anni Novanta, anche la giurisprudenza costituzionale, affrontando il tema del bilanciamento fra risorse disponibili e prestazioni connesse ai diritti sociali, mostra una crescente attenzione per la delimitazione di un loro "nucleo duro" sottratto al legislatore; quest'ultimo dunque può certamente provvedere, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, a ridisegnare i contorni del diritto e delle modalità concrete della sua fruizione, ma senza intaccarne quel *quid* che in nessun caso può essere compresso, neppure per ragioni di (scarsa) disponibilità finanziaria¹³⁰.

L'attribuzione allo Stato della potestà legislativa esclusiva sulla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali non può essere tuttavia liquidata come semplice recepimento di una formula elaborata in modo disorganico da normative di settore o in modo casistico dal giudice delle leggi. Nel contesto di un sistema di *welfare* ormai irreversibilmente decentrato a seguito del completo trasferimento delle funzioni amministrative alle Regioni, la decisione di costituzionalizzare la clausola sui livelli essenziali consente di raccordare la prima parte della Carta Fondamentale italiana con la seconda, proponendo una soluzione che consenta allo Stato di esercitare la funzione di garanzia in materia di diritti che gli compete in nome del principio di unitarietà di cui all'art. 5 Cost. ed al tempo stesso alle Regioni di delineare regimi differenziati (e forse meglio "ritagliati"?) in base alle specificità territoriali¹³¹.

¹²⁹ A. D'Atena, *intervento* in G. Berti, G. C. De Martin, *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici. Atti del Convegno – Roma, 9 giugno 2003*, Giuffrè, 2003, p. 25.

¹³⁰ La necessaria gradualità che accompagna ogni attuazione legislativa consente infatti di "salvare" discipline ancora "parziali", ma l'esistenza di un nucleo essenziale, intangibile persino in caso di revisione costituzionale, impone una tutela completa *almeno* di esso; C. Salazar, *I diritti sociali alla prova della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista di diritto e sicurezza sociale*, n. 2, 2004, pp. 531-532.

¹³¹ Si ritiene qui di poter condividere la posizione di C. Pinelli, *Sui «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, co. 2, lett. m Cost.)*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2002, pp. 891-892.

Su queste premesse, si intende a questo punto verificare le modalità operative della clausola in esame, ritenendo opportuno a tale scopo enucleare le principali tematiche che essa coinvolge a partire dagli spunti offerti dal dato letterale.

3.1.2. *L'“essenzialità” dei “livelli”. L'art. 117.2 lett. m come “materia-non materia”.*

Il primo problema che occorre affrontare riguarda il corretto significato da attribuire all'aggettivo “essenziali” che la norma in esame associa ai “livelli delle prestazioni”. Preliminarmente, è possibile intanto notare che la semplice formulazione della clausola reca in sé un'affermazione esplicita di non poco conto: imponendo che l'essenzialità dei livelli delle prestazioni debba essere individuata con riferimento tanto ai diritti civili quanto ai diritti sociali, l'art. 117.2 lett. m non solo segna l'ingresso “ufficiale” dell'espressione “diritti sociali” all'interno della Costituzione italiana, ma equipara in *status* questi ultimi ai diritti civili, riconoscendo per entrambe le categorie l'esistenza di aspetti prestazionali¹³². Il legislatore costituzionale del 2001 dunque dimostra in tal modo non solo di accogliere ciò che da tempo la dottrina più accorta aveva segnalato, ma anche, con specifico riferimento ai diritti sociali, di ritenere necessaria la delimitazione di un nucleo di prestazioni la cui erogazione è costituzionalmente doverosa. Ma a cosa intende riferirsi l'articolo in esame menzionando l'“essenzialità” con riferimento ai diritti sociali?

Si ritiene innanzitutto di poter scartare quelle ricostruzioni che tendono a far coincidere la nozione di ciò che è “essenziale” con quella di “minimo”. Come un'accorta dottrina ha segnalato fin dall'inizio, infatti, l'aggettivo *minimo* in relazione ai diritti rimanda immediatamente ai vincoli derivanti dalle esigenze di contenimento finanziario: a fronte di risorse limitate, sarebbe garantito solo ciò che il sistema è in grado di erogare. In tale ottica, l'accento cadrebbe sulle costrizioni che imbrigliano il soggetto erogatore e, a monte, il legislatore, i quali, anche di fronte al bisogno del titolare del diritto, avrebbero, per così dire, le mani legate dalle risorse esistenti¹³³. E' evidente che il rischio di violazioni costituzionali anche gravi è dietro l'angolo, ben potendo, in tal modo, il *minimo* risultare inferiore rispetto all'*essenziale* e conseguentemente *inappropriato* al soddisfacimento di uno specifico bisogno. Si

¹³² M. Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell' art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione*, in *Politica del diritto*, a. XXXIII, n. 3, settembre 2002, p. 350.

¹³³ E. Balboni, *Il concetto di “livelli essenziali e uniformi” come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 6, 2001, p. 1109.

comprende così come l'essenzialità sia innanzitutto un *concetto relativo*¹³⁴, da calibrare in primo luogo con riferimento al bisogno di cui sono portatori un determinato soggetto o una particolare categoria, per come si manifesta in un dato momento storico, essendo così non definibile una volta per tutte, ma oggetto di continui aggiustamenti. Se ne deriva che sarà *essenziale* ciò che è proporzionato, congruo e adeguato¹³⁵ a soddisfare in modo efficace, ma anche efficiente¹³⁶, una determinata situazione di bisogno. E' dunque proprio la situazione di bisogno (e quindi l'*individuo contestualizzato*) il fulcro attorno a cui ruota l'essenzialità, o se si vuole, *a contrario*, l'obiettivo di benessere¹³⁷ che ci si prefigge di raggiungere con riferimento a quel determinato soggetto, funzionalizzando le risorse esistenti a tale scopo.

Chiarito, per quanto possibile, il significato dell'aggettivo "*essenziale*", occorre a questo punto tornare a ciò a cui esso si riferisce, ovvero "i livelli delle prestazioni" per verificare se il concetto di "*livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti*" sia esattamente sovrapponibile a quello del "*contenuto essenziale*" del diritto, elaborato dalla Corte Costituzionale. Il dubbio sorge non solo in ragione delle evidenti assonanze linguistiche e della possibile (ma non esaustiva, come si è visto) identificazione delle prestazioni essenziali con il contenuto essenziale di un diritto, ma anche a seguito della tendenza ad identificare i due termini in esame riscontrabile nella giurisprudenza costituzionale a partire dalla prima pronuncia che ha visto coinvolto l'art. 117.2 lett. m, la sent. 282/2002. In essa infatti si afferma che in forza di tale articolo, la competenza esclusiva del legislatore si sostanzia nel

"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".

Sebbene nei primi anni di vigenza del nuovo Titolo V si siano riscontrate opinioni¹³⁸ favorevoli ad una interpretazione che facesse coincidere le due espressioni considerate,

¹³⁴ M. Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell' art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione*, cit., p. 352. Può quindi darsi benissimo che ciò che è essenziale in un dato momento storico non lo sia più in un altro; a simili conclusioni era del resto pervenuta anche la Corte Costituzionale, come nella già ricordata sentenza 134/1994 (v. *retro*, par. 2.3.2., sub b)

¹³⁵ A. D'Aloia, cit., p. 1091.

¹³⁶ G. Guiglia, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza della Corte costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, in P. Cavaleri (a cura di), *Temi di diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale dopo le riforme*, Giappichelli, 2008, p. 138.

¹³⁷ E. Balboni, *Il concetto di "livelli essenziali e uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali*, cit., p. 1110.

¹³⁸ Come quella di C. Pinelli, *Sui «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, co. 2, lett. m Cost.)*, cit., p. 895, G. Scaccia, *Legge e diritti fondamentali nell'art. 117 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, a. XXIII, n. 3, settembre 2003, pp. 542 ss..

la dottrina appare attualmente propensa ad escludere una piena coincidenza fra livelli essenziali e contenuto essenziale, stante anche il diverso oggetto al quale tali espressioni si associano (nel primo caso, le prestazioni, nel secondo uno specifico diritto). Si ritiene opportuno in questa sede segnalare che autorevoli ricostruzioni individuano sì una stretta connessione fra “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti” e il loro contenuto essenziale, mettendone in evidenza non l’intercambiabilità e dunque la perfetta sovrapposizione, bensì una relazione di gerarchia. Il legislatore nazionale è infatti chiamato a determinare i primi, non certo il secondo: se così fosse, l’individuazione del contenuto essenziale del diritto sarebbe rimessa alla sua esclusiva discrezionalità¹³⁹, sulla quale del resto difficilmente il giudice delle leggi potrebbe esercitare un qualche controllo¹⁴⁰, rendendo altresì concreta la riemersione del pericolo di una degradazione dei diritti fondamentali a diritti legali. Si ritiene allora condivisibile la ricostruzione di chi sottolinea come l’individuazione del contenuto essenziale di un diritto sia solitamente rimessa alla Corte Costituzionale, quale custode ultimo della Carta Fondamentale, per così dire *ex post*, ovvero all’esito di un giudizio di costituzionalità nel quale si verifica se una norma di legge vada ad incidere su di esso. Il contenuto essenziale di un diritto rappresenta pertanto il limite ultimo (certo, *contestualizzato* e soggetto a bilanciamento con il contenuto essenziale di altri diritti) al di sotto del quale la tutela offerta dal legislatore attraverso l’individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni non può scendere¹⁴¹,

“come se ogni diritto si componesse di una parte essenziale ed una sfera accessoria, la quale sola può prestarsi a differenti qualificazioni e ricevere una differente intensità di tutela¹⁴²”.

Dalle considerazioni fin qui svolte risulta quindi che al legislatore statale è riservata la competenza esclusiva a definire un livello di tutela del diritto che al tempo stesso

¹³⁹ Riteneva “impensabile” il potere di del legislatore ordinario di stabilire liberamente il limite dei diritti fondamentali già O. Chessa, *cit.*, p. 1174, con riferimento al contenuto essenziale dei diritti sociali come emerso dalla giurisprudenza costituzionale fra la fine degli anni Ottanta e gli anni Novanta.

¹⁴⁰ Per un diverso parere G. Guiglia, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza della Corte costituzionale e dell’evoluzione interpretativa*, *cit.*, p. 141, che non esclude che la Corte possa scandagliare, anche in questo caso, “l’essenza dell’essenziale, scandagliando tra i principi supremi ai quali esso è comunque saldamente ancorato”; si veda anche G. Scaccia, *Legge e diritti fondamentali nell’art. 117 della Costituzione*, *cit.*, p. 545, secondo il quale, sebbene la riforma costituzionale metta in crisi “la nozione teorica di diritto fondamentale”, risulta difficile, alla luce del principio di supremazia costituzionale, privare la Consulta della competenza a definire il contenuto dei diritti fondamentali.

¹⁴¹ C. Panzera, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali*, *cit.*, pp. 64-65 e p. 99 per un’efficace rappresentazione grafica della posizione espressa nel contributo.

¹⁴² Secondo l’espressione utilizzata da E. Pesaresi, *La «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni» e la materia «tutela della salute»: la proiezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nell’era del decentramento istituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, II, p. 1742.

comprenda ed ecceda il suo contenuto essenziale. Posto quindi che il contenuto essenziale è sottratto ad ogni determinazione del legislatore, rappresentando anzi il parametro per la verifica della legittimità del suo operato, la discrezionalità del legislatore statale si estende dunque alla determinazione dei “livelli essenziali delle prestazioni” che concernono il diritto stesso. Tale attività si caratterizza dunque per una sua intrinseca *politicalità*, che la rende soggetta al sindacato della Corte unicamente per i profili inerenti alla ragionevolezza¹⁴³.

Resta brevemente da chiarire cosa debba intendersi per “livelli” delle prestazioni. Pur mancando indicazioni giurisprudenziali sull’esatta portata da attribuire all’espressione in esame, si ritiene di poterla ragionevolmente identificare con il “contenuto di garanzia¹⁴⁴” dei diritti, o per meglio dire, con le “condizioni¹⁴⁵” e modalità del loro esercizio e godimento. A fronte però di alcune teorie che fanno coincidere i livelli con le prestazioni stesse, ritenendo in concreto particolarmente difficoltoso, se non impossibile, distinguere fra i due termini utilizzati¹⁴⁶, se ne registrano altre che tendono a tenere separati i due concetti, attribuendo al primo una portata più generale ed in un certo senso, maggiormente atecnica, ed al secondo una forte connotazione specialistica, propria di una normazione di dettaglio¹⁴⁷. Quest’ultima ricostruzione pare condivisibile, anche alla luce di alcune considerazioni in merito all’individuazione della fonte appropriata attraverso la quale il legislatore statale può esercitare la propria competenza e delle indicazioni fornite in merito dalla giurisprudenza costituzionale. Proprio l’intersezione fra questi due piani inducono a rimandare al paragrafo seguente ulteriori approfondimenti.

Volendo a questo punto tirare le fila delle riflessioni finora svolte, occorre ricondurre quanto detto al ruolo dello Stato quale “ultimo responsabile del mantenimento della unità e indivisibilità della Repubblica” (cfr. sent. Corte Cost. 43/2004). Nel contesto fortemente decentralizzato del neoregionalismo italiano, la competenza di cui all’art. 117.2 lett. m Cost. trova la propria ragion d’essere proprio nell’intento di affidare al legislatore statale la funzione di individuare, disciplinare e proteggere quei bisogni ed

¹⁴³ Come ricorda M. Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell’ art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione*, cit., p. 352.

¹⁴⁴ A. D’Aloia, cit., p. 1107.

¹⁴⁵ E. Pesaresi, cit., p. 1743.

¹⁴⁶ Ancora A. D’Aloia, loc. ult. cit.

¹⁴⁷ L. Cuocolo, *La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo. Profili di diritto interno e comparato*, Giuffrè-Luiss University Press, 2005, p. 124, in cui sviluppa conclusioni in parte già anticipate nel suo *I livelli essenziali delle prestazioni: spunti ricostruttivi ed esigenze di attuazione*, in *Diritto dell’economia*, n.2/3, 2003.

interessi che, rappresentando la proiezione del contenuto essenziale (non per questo identificandosi con esso) dei diritti civili e sociali consacrati nella Parte Prima della Costituzione necessitano di essere soddisfatti e garantiti in modo *sostanzialmente uguale* su tutto il territorio nazionale, in quanto insuscettibili di frazionamento territoriale¹⁴⁸. Come ha avuto modo di affermare la Corte Costituzionale in una delle più celebri sentenze in materia, la competenza *ex art. 117.2 lett. m*

“attribuisce al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto” (sent. 88/2003, ripresa letteralmente anche dalle successive 134/2006 e 10/2010).

Ciò naturalmente non toglie che al legislatore regionale sia riservata, nell’ambito delle proprie competenze concorrenti o residuali, la tutela “al rialzo” dei diritti civili e sociali, tramite la determinazione di livelli delle prestazioni ulteriori rispetto a quelli fissati dallo Stato ed eventualmente cuciti addosso alla realtà territoriale che esso si trova ad osservare. Inoltre, residuerà all’apparato amministrativo regionale (e locale) la concreta erogazione delle prestazioni e dei servizi connessi con lo specifico diritto considerato, potendo in questo caso ciascuna Regione adottare discipline organizzative differenziate, pur nell’obbligo di garantire in primo luogo i livelli essenziali fissati dallo Stato.

Alla luce di ciò, l’ampiezza della formula utilizzata dall’art. 117.2 lett. m Cost. con riferimento al suo oggetto mediato, ovvero i “diritti civili e sociali”, induce ad una più profonda riflessione sulla natura della competenza in oggetto. Fra le materie di competenza concorrente contenute nell’art. 117 comma 3 e quelle di competenza esclusiva ricavabili in via residuale *ex art. 117 comma 4* è infatti agevole notare che molte delle voci ivi contenute coinvolgono, in modo più o meno accentuato, diritti civili o sociali. Non sorprende quindi che, al fine di assicurare la tenuta unitaria dell’ordinamento e prevenire l’ingenerarsi di squilibri territoriali anche profondi, la Costituzione conferisca allo Stato un “grimaldello formidabile¹⁴⁹” che gli consenta di alterare la rigidità del riparto di competenze ed intervenire nella regolamentazione di quelle porzioni delle materie di competenza regionale che coinvolgano diritti civili e sociali con lo scopo di disciplinare i livelli essenziali delle prestazioni che li riguardano. Come affermato da autorevole dottrina, non sarebbero individuabili materie esclusive in

¹⁴⁸ Come magistralmente affermato da A. Ruggeri, *Neoregionalismo e tecniche di regolazione dei diritti sociali*, in *Diritto e società*, n. 2, 2001, p. 204.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 205.

senso proprio, bensì materie nelle quali alcuni aspetti sono riservati alla competenza esclusiva statale ed altri alla competenza esclusiva regionale¹⁵⁰.

Ecco quindi che nelle parole della Corte Costituzionale, la competenza di cui all'art. 117.2 lett. m si pone non come una “materia in senso stretto”, dai confini ben delimitati, bensì come

“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” (sent. 282/2002).

La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali dunque, non può che porsi quale vera e propria “competenza trasversale”, che consente

“una restrizione dell'autonomia legislativa delle Regioni, giustificata dallo scopo di assicurare un livello uniforme di godimento dei diritti civili e sociali tutelati dalla stessa Costituzione” (sent. 10/2010)¹⁵¹.

Questo chiarisce la natura della competenza statale alla luce della *ratio* che la sostiene, ma niente è stato detto fin'ora sulle concrete modalità del suo esercizio. Come sono fissati i livelli essenziali delle prestazioni? Quale fonte risulta più idonea alla loro determinazione e quale grado di dettaglio può arrivare ad assumere?

3.1.3. *L'esercizio della competenza sui livelli essenziali delle prestazioni: fonti, contenuti e procedura.*

Scorrendo la giurisprudenza costituzionale dell'ultimo decennio, si può agevolmente osservare come il giudice delle leggi italiano, fin dalla sentenza 88/2003, si sia espresso a favore della determinazione legislativa dei livelli essenziali delle prestazioni. L'utilizzo di tale fonte normativa si renderebbe infatti necessario,

“pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto”,

¹⁵⁰ G. U. Rescigno, *I diritti civili e sociali fra legislazione esclusiva dello Stato e delle Regioni*, in S. Gambino (a cura di), *Il “nuovo” ordinamento regionale. Competenze e diritti*, Giuffrè, 2003, p. 115, al quale fa eco lo stesso A. Ruggeri, la cui riflessione si spinge più in profondità, fino ad affermare, a più riprese, la inidoneità di un riparto costituzionale di competenze eccessivamente rigido (e conseguentemente dell'approccio tradizionale al tema), non in grado, per la fluidità di forma con la quale oggi si presentano, di garantire appieno i diritti fondamentali. Cfr. A. Ruggeri, *Neoregionalismo e tecniche di regolazione dei diritti sociali*, cit., pp. 198 ss., e più di recente, dello stesso, *Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali*, in www.giurcost.org, 26 aprile 2011, consultabile alla pagina web http://www.giurcost.org/studi/ruggeri7.htm#_ftnref1.

¹⁵¹ Sarebbe tuttavia erroneo dedurre da una lettura “rovesciata” della natura trasversale della clausola ex art. 117.2 lett. m una competenza generale in materia di diritti costituzionali: cfr. A. D'Aloia, cit., pp. 1086-1087.

stante il fatto che l'esercizio della competenza trasversale ex art. 117.2 lett. m presenta una

“forte incidenza sull'esercizio delle funzioni nelle materie assegnate alle competenze legislative ed amministrative delle Regione e delle Province autonome”.

Varie sono del resto le ragioni che giustificano la preminenza della fonte legislativa. Oltre alla pervasività che la competenza in esame indubbiamente manifesta, non si può dimenticare che l'oggetto indiretto del suo esercizio sono pur sempre i diritti civili e sociali: di quelli garantiti esplicitamente nella Parte Prima della Costituzione (nonché delle loro successive specificazioni legislative) lo Stato è chiamato ad assicurare una fruizione omogenea sull'intero territorio nazionale, almeno nei livelli essenziali delle prestazioni che li riguardano. Così, se da un lato la loro determinazione consente di predisporre a favore di ciascun cittadino, indipendentemente dalla Regione nella quale egli risiede, un nucleo forte di garanzie attinenti al godimento dei suoi diritti fondamentali, dall'altro limita l'autonomia normativa delle Regioni, che potranno solo fissare livelli ulteriori rispetto a quelli stabiliti dallo Stato. Appare dunque evidente che, in un simile contesto, l'utilizzo privilegiato della legge (o di altro atto normativo equiordinato) svolge una duplice funzione di garanzia, raccordando la prima parte della Costituzione con la seconda¹⁵² e salvaguardando la residua potestà normativa regionale, grazie alla individuazione immediata dei confini entro i quali essa può operare. Inoltre, come accennato, essendo la determinazione dei livelli essenziali una operazione in buona parte rimessa alla discrezionalità politica del legislatore, la legge ordinaria dovrebbe consentire l'emersione ed il bilanciamento delle differenti istanze rappresentate in sede parlamentare.

Tuttavia, è la stessa sent. 88/2003 ad ammettere che la fonte legislativa, proprio in ragione della generalità che la contraddistingue, non può spingersi a regolare in dettaglio i livelli essenziali, dovendo comunque fissarne “*almeno le linee generali*”. Una simile affermazione apre dunque la strada all'utilizzo di fonti di rango sub-legislativo, che, nella loro maggior attitudine a contenere disposizioni di dettaglio, dal contenuto anche più specificamente tecnico, possono senza dubbio affiancare la legge ordinaria nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni¹⁵³. Dalla

¹⁵² Facendo salve in tal modo le riserve di legge che la Parte Prima contiene, come notato già da C. Pinelli, *Sui «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, co. 2, lett. m Cost.)*, cit., p. 892.

¹⁵³ Ciò del resto non rappresenta una novità: già in materia di sanità, infatti, il d.p.C.M. 29 novembre 2001 aveva definito, quale atto amministrativo apicale, i livelli essenziali delle prestazioni in attuazione

giurisprudenza della Corte, non risulterebbe inoltre strettamente necessario che tali atti abbiano natura di regolamenti governativi: ciò non solo sarebbe deducibile leggendo tra le righe la sentenza 88/2003, che dichiara illegittimo un regolamento ministeriale integrativo del d.p.c.m. 29 novembre 2001 in materia di livelli essenziali di assistenza in quanto adottato con una procedura non conforme a quella stabilita dal dlgs. 502/1992 e non in ragione del suo rango, ma è stato anche esplicitamente affermato dalla sentenza 134/2006¹⁵⁴. Riallacciando queste riflessioni a quelle svolte nel paragrafo precedente, è possibile a questo punto comprendere al meglio la distinzione operata da una parte della dottrina fra livelli e prestazioni: sarebbero infatti i primi a dover essere determinati con legge ordinaria, in quanto inerenti alla complessiva garanzia offerta con riferimento ad uno specifico diritto, mentre le seconde potrebbero trovare agevolmente collocazione in un atto sub-legislativo¹⁵⁵. L'eccessiva rigidità dello strumento legislativo non consentirebbe infatti di offrire risposte adeguate all'esigenza di un continuo aggiustamento dei livelli essenziali delle prestazioni di fronte ai continui mutamenti ai quali essi sono soggetti¹⁵⁶.

Quanto in dettaglio possano spingersi lo Stato nella determinazione dei livelli essenziali è tuttavia una questione spinosa. Innanzitutto, occorre chiarire, ancora una volta con le parole della Corte Costituzionale che la trasversalità della competenza ex art. 117.2 lett. m non autorizza lo Stato a

“richiamare a sé l'intera disciplina delle materie cui essa possa di fatto accedere; disciplina nell'ambito della quale, viceversa, se di titolarità regionale, resta integra la potestà stessa della Regione di sviluppare ed arricchire il livello e la qualità delle prestazioni garantite dalla legislazione statale, in forme compatibili con quest'ultima” (sent. 248/2006);

né ad arrogarsi la pretesa

“di disciplinare e gestire direttamente queste materie, escludendo o riducendo radicalmente il ruolo delle Regioni” (sent. 383/2005)¹⁵⁷.

del dettato del dlgs. 502/1992. Si conferma così l'intuizione di A. Ruggeri, *Neoregionalismo e tecniche di regolazione dei diritti sociali*, cit., p. 232, secondo il quale “L'atto di formazione come «monade», idoneo a produrre un effetto tipico [...] ha ormai fatto il suo tempo”.

¹⁵⁴ Esprime le proprie perplessità riguardo ad un simile orientamento G. Guiglia, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza della Corte costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, cit., p. 116.

¹⁵⁵ L. Cuocolo, *I livelli essenziali delle prestazioni: spunti ricostruttivi ed esigenze di attuazione*, in *Diritto dell'economia*, cit., pp. 404-405 in particolare.

¹⁵⁶ Lo stesso Autore da ultimo citato parla infatti di “processo di determinazione dei LEP” e di loro “costruzione a gradi”; L. Cuocolo, *La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo*, cit., p. 161, ma si vedano *amplius* le osservazioni svolte nelle pp. 157-162.

¹⁵⁷ Individua una tendenza restrittiva della giurisprudenza costituzionale sull'art. 117.2 lett. m Elena A. Ferioli, *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia ed eguaglianza*, in www.forumcostituzionale.it, 21 giugno 2006.

Riferendosi dunque ad una porzione particolarmente qualificata delle diverse materie che coinvolgono i diritti civili e sociali, la disciplina dei livelli essenziali delle prestazioni si differenzia anche dai principi fondamentali che lo Stato deve dettare *ex art.* 117 comma 3 Cost.. Questi ultimi infatti hanno lo specifico obiettivo di offrire le linee generali dell'*intera* materia di competenza concorrente, con l'obiettivo di armonizzare, per quanto possibile, le differenti soluzioni che le elaborazioni regionali potranno in seguito offrire¹⁵⁸. Con la sentenza 387/2007, il giudice delle leggi italiano ha altresì affermato che solo i livelli essenziali delle prestazioni possono essere specificati con un certo grado di dettaglio, mentre i principi fondamentali, per lo stessa natura, presentano una formulazione in termini necessariamente generali¹⁵⁹.

I ragionamenti svolti fin qui, unitamente alle precedenti considerazioni in merito alla *ratio* dell'art. 117.2 lett. m, inducono a ritenere che l'esercizio della competenza relativa alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni possa estendersi al di là di aspetti *latu sensu* sostanziali, per spingersi anche alla determinazione di quegli aspetti organizzativi minimi che siano strumentali alla garanzia dei livelli essenziali¹⁶⁰, e dunque, nei limiti consentiti dalla trasversalità della materia e dal riparto di competenze, nonché nel rispetto del principio di proporzionalità¹⁶¹, disciplinare anche i livelli di quelle prestazioni che siano "serventi" rispetto a specifici diritti¹⁶². Ciò, com'è evidente, assume un'importanza ancor più stringente con riferimento ai diritti sociali, connotati (sebbene non in modo esclusivo) da aspetti prestazionali di particolare evidenza, per i quali la predisposizione di adeguate garanzie di omogeneità relative al momento dell'erogazione della prestazione risulta essere estremamente rilevante.

Le esigenze unitarie sottese alla clausola in esame possono tuttavia ben giustificare la determinazione da parte dello Stato degli *standard* secondo i quali i livelli essenziali delle prestazioni devono essere concretamente attuati dalle Regioni. E' quanto afferma la sentenza Corte Cost. 134/2006, che, con riferimento ad un decreto ministeriale che

¹⁵⁸ Si vedano in proposito le osservazioni di N. Longo, *I livelli essenziali delle prestazioni quale clausola di omogeneità sul territorio nazionale*, Aracne, 2012, pp. 93 ss.. e quelle di E. Longo, *cit.*, pp. 58 ss., nelle quali l'Autore tende a sottolineare come la lettura che la Corte Costituzionale propone oggi con riferimento ai principi fondamentali si ponga in sostanziale continuità con quella offerta nella vigenza della vecchia versione del Titolo V della Parte Seconda Cost..

¹⁵⁹ Rinviene alcune oscillazioni giurisprudenziali a riguardo, in una nota alla sentenza qui menzionata, E. Balboni, *Gli standard strutturali delle istituzioni di assistenza tra livelli essenziali e principi fondamentali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, in particolare pp. 4337 ss..

¹⁶⁰ V. Molaschi, *Sulla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni»: riflessioni sulla vis expansiva di una materia*, in *Sanità pubblica e privata*, n. 3, 2005, pp. 534-537.

¹⁶¹ A. Marzanati, *cit.*, p. 283.

¹⁶² Così G. U. Rescigno, *cit.*, p. 121, ma anche E. Balboni, Pio G. Rinaldi, *Livelli essenziali, standard e leale collaborazione*, in www.forumcostituzionale.it, 7 settembre 2006, p. 5.

fissava “standard qualitativi, strutturali, tecnologici, di processo e possibilmente di esito, e quantitativi” con riferimento ai livelli essenziali di assistenza già stabiliti con il d.p.c.m. 29 novembre 2001, li definisce

“integrazioni e specificazioni sul versante attuativo dei LEA esistenti nel settore sanitario [dei quali] intenderebbero assicurare una migliore erogazione”.

Attraverso la determinazione degli *standard*, dunque, lo Stato, nell’esercizio di una potestà di regolamentazione che gli deriva direttamente dalla competenza *ex art.* 117.2 lett. m¹⁶³, incide sulla discrezionalità amministrativa con l’obiettivo di dimensionare, in relazione a parametri specifici (spesso non scevri da un certo grado di tecnicità), l’offerta dei servizi in base alla domanda di prestazioni¹⁶⁴. Poiché finalizzato alla garanzia di un certo livello di uniformità di trattamento¹⁶⁵, il grado di profondità e dettaglio fino al quale può spingersi la formazione statale non è predeterminabile con criteri definitivi, né sindacabile dalla Corte Costituzionale, che peraltro ha affermato (sempre nella sent. 134/2006) di ritenere ogni valutazione in merito “costituzionalmente affidat[a] proprio al legislatore statale”.

L’importanza dell’obiettivo unitario perseguito tramite l’esercizio della competenza *ex art.* 117.2 lett. m non può tuttavia mettere in secondo piano la “forte incidenza” che essa comporta sull’autonomia regionale. Per questo, il giudice delle leggi italiano ha sottolineato, fin dalla sentenza 88/2003, che la legge con la quale sono fissati, almeno nelle loro linee generali, i livelli essenziali delle prestazioni deve altresì

“determinare adeguate procedure e precisi atti formali per procedere alle specificazioni ed articolazioni ulteriori che si rendano necessarie nei vari settori”.

Con alcune importanti pronunce successive¹⁶⁶, la Corte Costituzionale, nel nome del principio di leale collaborazione ha valorizzato il carattere necessariamente “partecipato” che il procedimento per la determinazione sub-legislativa dei livelli essenziali delle prestazioni deve assumere, fino ad imporre come obbligatoria, la

¹⁶³ La stessa sent. Corte Cost. 134/2006 afferma infatti che “la individuazione degli standard – la quale determina indubbiamente una compressione dell’autonomia legislativa ed amministrativa delle Regioni garantita dal Titolo V della Costituzione – non può trovare legittimazione costituzionale che nella già richiamata lettera m) del secondo comma dell’art. 117 della Costituzione”.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 3.

¹⁶⁵ E. Griglio, *Principio unitario e neo-policentrismo. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, op. cit., p. 350.

¹⁶⁶ Per le quali si rinvia a G. Guiglia, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza della Corte costituzionale e dell’evoluzione interpretativa*, cit., pp. 119-121.

conclusione di *intese forti*¹⁶⁷ fra Stato e Regioni, anche con riferimento alla determinazione degli *standard* ad essi relativi (come nella già citata sent. 134/2006). Rimane tuttavia controverso il carattere costituzionalmente necessario dell'intesa forte, sebbene parte della dottrina sembri trarre a riguardo indicazioni affermative dalle sentenze Corte Cost. 98/2007 e 162/2007¹⁶⁸.

Tuttavia, la soluzione qui sinteticamente ricordata è stata costruita in via pretoria, nel silenzio del legislatore costituzionale della riforma. Proprio al legislatore (ordinario, stavolta) la Corte (sent. 383/2005) sembra rivolgere un velato monito a riguardo, ricordandogli la possibilità di intervenire delineando una differente procedura, che non potrà in ogni caso prescindere dalla “permanente garanzia della posizione paritaria delle parti coinvolte”, paventando persino, nelle ipotesi di non mancato raggiungimento dell'intesa, l'astratta configurabilità di un conflitto di attribuzione.

3.1.4. *Livelli essenziali delle prestazioni e ulteriori spazi di intervento statale.*

Queste, dunque, le linee fondamentali del dibattito relativo alla clausola contenuta nell'art. 117.2 lett. m Cost.. A conclusione dell'*excursus* delineato, si segnalano tuttavia alcuni meccanismi “correttivi” in grado da un lato di ampliare le possibilità di intervento anche normativo a favore dello Stato nei casi in cui le Regioni si rivelino non in grado di tutelare adeguatamente i livelli essenziali delle prestazioni, dall'altro di garantire la loro piena copertura finanziaria quando le Regioni, con le risorse loro proprie ai sensi dei primi tre commi dell'art. 119 Cost., non riescano a far fronte alle spese ad essi relative.

Si ricorda innanzitutto che la disposizione costituzionale in esame non è l'unica a contenere il riferimento ai “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”. Essa si rinviene infatti anche nel comma 2 dell'art. 120 Cost., che prevede una serie di ipotesi nelle quali il Governo può sostituirsi agli organi dei diversi enti territoriali che compongono la Repubblica per esigenze di garanzia della tenuta unitaria

¹⁶⁷ Le intese forti “impongono sempre e comunque la codecisione, ossia l'effettivo raggiungimento dell'accordo tra le parti come condizione necessaria per l'adozione o quantomeno per l'efficacia dell'atto” e presentano “il vantaggio evidente” della “piena garanzia di conformità della decisione alle rispettive posizioni costituzionali dei soggetti coinvolti”; la definizione qui fornita è tratta da M. Cecchetti, *Le intese fra Stato e Regioni su atti necessari. Come preservare il valore della “codecisione paritaria” evitandone gli effetti perversi (nota a Corte Cost. 27/2004)*, in www.forumcostituzionale.it, p. 2.

¹⁶⁸ E' questa l'opinione di A. Marzanato, *cit.*, pp. 294-295. Nella prima sentenza citata, l'intesa è per la verità ritenuta costituzionalmente necessitata solo per la determinazione di “taluni aspetti” dei livelli essenziali delle prestazioni.

dell'ordinamento o nei casi di mancato rispetto di obblighi internazionali o sovranazionali¹⁶⁹. L'art. 8 comma 1 della l. 131/2003, di attuazione della riforma costituzionale del 2001, ha successivamente specificato che l'intervento sostitutivo del Governo può sostanziarsi nell'adozione di “provvedimenti [...] *anche* normativi”. Con riferimento ai livelli essenziali delle prestazioni e all'intreccio di competenze fra Stato e Regioni in particolare, tale precisazione pare aver solo in parte dissipato le perplessità avanzate in merito da una parte della dottrina, la quale aveva sottolineato la dubbia idoneità di una fonte governativa *anche* normativa (e dunque *anche* amministrativa?) ad intervenire sostituendo la Regione nell'esercizio di una competenza che questa, almeno con riferimento alla *individuazione* di quella porzione dei livelli delle prestazioni che ecceda l'“essenziale”, esercita attraverso atti legislativi¹⁷⁰.

L'altro punto critico sollevato dalla dottrina in relazione all'art. 120 comma 2 Cost. riguarda la necessità o meno della determinazione legislativa dei livelli essenziali da parte del legislatore statale quale preconditione per il valido esercizio del potere sostitutivo da parte del Governo. In merito, in un primo momento era parso da alcuni sibillini spunti offerti dalla Corte Costituzionale che il mancato esercizio da parte dello Stato della competenza *ex art. 117.2 lett. m* non ostasse al successivo intervento sostitutivo da parte del Governo: la determinazione dei livelli essenziali era stata infatti ritenuta “eventuale” dalle sentenze 6/2004 e 383/2005, rappresentando solo “di norma” il presupposto per l'esercizio del potere sostitutivo straordinario governativo. In seguito, la Corte pare aver preso più nettamente posizione a favore di una necessaria predeterminazione dei livelli essenziali delle prestazioni. Nella sent. 399/2006, nella quale si riconosce che l'accesso ai documenti amministrativi attiene di per sé ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, si legge infatti che il sistema composito a tutela del diritto d'accesso

“si articola nella *necessaria* disciplina statale dei livelli essenziali e nella eventuale disciplina regionale o locale di livelli ulteriori”;

¹⁶⁹ La giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di chiarire, a partire dalla sent. 43/2004, che il potere sostitutivo previsto dall'art. 120 Cost. ha carattere di *straordinarietà*, ben potendo altre normative di settore delineare altri meccanismi di sostituzione in ragione di specifiche esigenze che li rendano necessari. Per ulteriore giurisprudenza sul punto, si rinvia ancora una volta a G. Guiglia, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza della Corte costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, cit., p. 171, nota 149.

¹⁷⁰ Si vedano a titolo d'esempio le considerazioni critiche svolte da G. Scaccia, *Il potere di sostituzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003. Prime note*, reperibile alla pagina web <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/poteresostitutivo/index.html> e le aperture possibiliste, fondate sul carattere di maggior “fluidità” della gerarchia delle fonti relativa alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, contenute in A. D'Aloia, cit., pp. 1131-1133.

cosicché

“sullo Stato incombe il dovere di fissare i livelli essenziali di tutela, validi per l'intero territorio nazionale, anche in questo settore”.

Non si può del resto non notare come la predeterminazione dei livelli essenziali da parte del legislatore statale consentirebbe altresì di individuare al meglio l'ente territoriale al quale affidare l'esercizio delle funzioni amministrative nel rispetto del principio di sussidiarietà verticale secondo lo schema delineato dall'art. 118 Cost.. Non bisogna infatti dimenticare che la giurisprudenza costituzionale ha ritagliato ulteriori spazi a favore del legislatore statale proprio a partire dal dettato di tale articolo, arrivando ad affermare che l'attrazione in sussidiarietà di alcune funzioni amministrative dal livello regionale a quello statale “trascina” con sé anche la competenza legislativa relativa alla regolamentazione di esse. La flessibilità assunta così dal riparto di competenze tracciato dell'art. 117 Cost. è però anche in questo caso temperata dai principi connessi alla leale collaborazione: infatti

“l'esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un *iter* in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà” (sent. 303/2003).

Non si può infine dimenticare che in base al dettato del nuovo art. 119 Cost. comma 4¹⁷¹, le Regioni e gli altri enti territoriali saranno tenute a finanziare *integralmente*, attraverso tributi ed entrate propri imposti autonomamente nel rispetto dei principi di cui al comma 2 del medesimo articolo, tutte le funzioni amministrative in capo ad essi allocate conformemente al principio di sussidiarietà verticale introdotto dall'art. 118 Cost.. Tra queste, dunque, per quanto qui interessa, anche le funzioni relative alla garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali. L'art.8 comma 1 lett. a della l. 5 maggio 2009, n. 42 (*Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'art. 119 della Costituzione*), fissa i criteri ai quali i successivi decreti delegati dovranno attenersi nel disciplinare la materia. Esso stabilisce che le Regioni dovranno finanziare le spese concernenti le funzioni amministrative connesse con la “materia trasversale” di cui all'art. 117.2 lett. m Cost.

¹⁷¹ La complessità tecnica (ma anche politica) della materia non consente in questa sede una trattazione esaustiva dei profili da essa coinvolti. Per un approfondito commento dell'art. 119 Cost., si rinvia, *ex multis*, a A. Brancasi, *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali: note esegetiche sul nuovo art. 119 Cost.*, in *Le Regioni*, a. XXXI, n. 1, febbraio 2003, pp. 41-115; per l'analisi della legge delega sull'attuazione del cd. “federalismo fiscale”, si segnala A. Ferrara, G. M. Salerno, *Il “federalismo fiscale”: commento alla legge n. 42 del 2009*, Jovene, 2010.

tramite il gettito derivante da tributi propri, addizionale Irpef e compartecipazione all'IVA. Qualora ciò non sia sufficiente a garantirne “il finanziamento integrale”, lo Stato provvederà a coprire la differenza fra il fabbisogno necessario per la copertura dei costi e il gettito regionale dei tributi a ciò dedicati con “quote specifiche del fondo perequativo” (art. 9 comma 1 lett. a della l. delega citata), previsto dal comma 3 dell'art. 119 Cost.. In attuazione della delega legislativa, è stato approvato il dlgs. 6 maggio 2011, n. 68, recante “*Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario*”. Proponendosi di abolire entro il 2013 l'attuale meccanismo di finanziamento delle funzioni regionali per mezzo di trasferimenti (art. 7 comma 1), esso conferisce innanzitutto autonomia di entrata alle Regioni a Statuto ordinario e stabilisce che l'ammontare complessivo ricavato dalla Regioni tramite i tributi propri cd. “derivati”, ovvero istituiti e disciplinati con legge statale¹⁷², dovrà essere destinato al finanziamento integrale dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti essenzialmente sanità, istruzione, assistenza sociale e trasporti (art. 14 comma 1), il cui fabbisogno sarà da calcolarsi previa determinazione dei cd. *costi standard*¹⁷³ delle prestazioni coinvolte. Mentre eventuali livelli superiori potranno essere finanziati tramite tributi propri cd. “autonomi”, istituiti e disciplinati per mezzo di legge regionale, il fondo perequativo che scatterà in contemporanea con la soppressione dei trasferimenti statali dovrà assicurare in tutte le Regioni l'integrale finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni, coprendo la differenza fra il relativo fabbisogno e il gettito alimentato dai tributi regionali propri derivati (art. 15 comma 5)¹⁷⁴.

Infine, al di là del meccanismo approntato dal dlgs. 68/2011, allo Stato è altresì consentito di intervenire in via straordinaria, secondo i criteri di cui all'art. 16 della l. 42/2009, attraverso risorse aggiuntive da destinare agli scopi specifici elencati dall'art. 119 comma 5. Alcuni di essi (promozione dello sviluppo economico, della coesione e

¹⁷² Ovvero in particolare: addizionale regionale IRPEF (art. 6), compartecipazione all'IVA (secondo i criteri dell'art. 4) e IRAP (art. 5), più altri tributi indicati nell'art. 8 ed eventuali compartecipazioni a quanto recuperato dalla lotta all'evasione fiscale (art. 9).

¹⁷³ Essi rappresentano “l'esito quantitativo del processo di corretta predeterminazione del costo di riferimento della produzione di un servizio (ma anche di un bene) nella condizione di migliore efficienza/utilità”; cfr. E. Jorio, *D.l.vo n. 68 del 2011 sulla finanza di regioni e province, sulla perequazione e sui costi-fabbisogni standard nella sanità*, in *Ragiusan*, n. 325/326, 2011, p. 7.

¹⁷⁴ E' ovviamente impossibile analizzare nella sua interezza le molteplici implicazioni del dlgs. 68/2011; per una breve analisi dei principali profili coinvolti, si rimanda al contributo sopracitato nonché, dello stesso Autore, al più approfondito *Un primo esame del d.lgs. 68/2011 sul federalismo regionale e provinciale, nonché sul finanziamento della Sanità*, in *Sanità pubblica e privata*, fasc. 5, 2011, pp. 24-33. Per ulteriori considerazioni relative alla disciplina dei costi e fabbisogni standard nel settore sanitario, si rinvia alla Parte II, Cap. III del presente lavoro.

della solidarietà sociale, dell'effettivo esercizio dei diritti della persona, rimozione di squilibri economici e sociali) sono strettamente riconducibili alla matrice del combinato disposto degli artt. 2 e 3.2 Cost., che come si è visto, rappresenta il nucleo fondante dell'inviolabilità dei diritti sociali.

3.1.5. *Considerazioni conclusive.*

Dall'“osservatorio privilegiato” rappresentato dall'art. 117.2 lett. m, è stato fin qui possibile delineare i tratti essenziali delle diverse modalità di interazione fra Stato e Regioni nella configurazione concreta dei diritti fondamentali. E' risaputo però che a oltre un decennio dall'approvazione della riforma, la sua attuazione può dirsi tutt'altro che conclusa. Molti rimangono infatti i nodi ancora irrisolti, primo fra tutti quello dell'effettiva portata della clausola in esame e conseguentemente dell'ampiezza dei margini di differenziazione legittima che essa effettivamente riserva all'autonomia regionale. E' indubbio che le più volte ricordate esigenze unitarie impongano una interpretazione “forte” dell'art. 117.2 lett. m, finalizzata a garantire un contenuto prestazionale e modalità, tecniche e standard di erogazione delle medesime, se non uniformi, quantomeno omogenee su tutto il territorio della Repubblica. Tuttavia, se si intende sfruttare fino in fondo le potenzialità aperte dall'art. 117.2 lett. m anche per ripensare il sistema di *welfare* italiano in funzione di un equilibrio che tenga conto tanto di quei bisogni (o porzioni di essi) “aterritoriali” che non ammettono soluzioni differenziate, quanto dell'esigenza di fornire risposte *tailor-made* alle necessità emergenti su base locale, allocando di conseguenza le relative responsabilità politiche, amministrative e finanziarie¹⁷⁵, potrebbe essere opportuno guardare sotto una nuova luce la clausola in esame. Essa infatti non potrà più essere considerata alla stregua di una mera norma tecnica di riparto di competenze fra centro e periferia della Repubblica¹⁷⁶, né come la “finestra” che consenta di far rientrare clausole dalla enorme

¹⁷⁵ Come suggerito da L. Torchia, *cit.*, pp. 735 ss..

¹⁷⁶ E' questo il rischio concreto che avverte L. Trucco, *I livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, relazione al convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa” “*I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*” (Trapani, 8-9 giugno 2012), consultabile alla pagina web <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/05/trapanitrucco.pdf>, p. 49 e tabella ivi contenuta, rilevando in proposito come la stragrande maggioranza delle pronunce della Corte Costituzionale in materia di livelli essenziali delle prestazioni siano intervenute a seguito di ricorsi promossi in via principale. A testimonianza di ciò, l'Autrice ricorda altresì che sono attualmente pochissimi i casi in cui il giudice delle leggi italiano abbia deciso “nel merito delle questioni di costituzionalità portate alla sua attenzione da parte dei giudici ordinari, avendo avuto sin'ora buon gioco nel mettere a punto pronunce processuali di inammissibilità al riguardo” (p. 50). Sull'atteggiamento della

potenzialità espansiva come quella dell'“interesse nazionale”, che la riforma del 2001 aveva fatto uscire dalla porta, eliminandola senza indugio dal novellato Titolo V¹⁷⁷. Una considerazione dell'art. 117.2 lett. m che ne privilegi la portata sostanziale a fianco di quella procedimentale comporterebbe per il legislatore nazionale non solo la possibilità di tutelare uniformemente i diritti sociali esistenti in Costituzione e disciplinati dalla legislazione che li sviluppa, ma anche di introdurne di nuovi, obbligando le Regioni a garantire i livelli essenziali delle prestazioni che li riguardano¹⁷⁸ e a non scendere al di sotto della soglia di tutela individuata dalla disciplina statale. Quest'ultima delimiterebbe così una linea dietro la quale la protezione accordata ai diritti sociali non può arretrare¹⁷⁹, mentre resterebbe salva la possibilità che tali enti territoriali introducano altri diritti o livelli di prestazione ulteriori. Come nota tuttavia una recentissima dottrina¹⁸⁰, prosegue una certa tendenza della giurisprudenza costituzionale ad affidare all'art. 117.2 lett. m un ruolo di “clausola *omnibus*” che rischia, nel nome della corretta individuazione del riparto di competenze fra Stato e Regioni, di annullare o comunque di comprimere fortemente gli spazi di autonomia degli enti territoriali. Non si può infatti dimenticare che la Corte Costituzionale si è spinta (sent. 10/2010) fino a scavalcare il criteri di riparto delle competenze sancito dall'art. 117 Cost., rigettando la questione sollevata dalle Regioni Piemonte, Emilia-Romagna e Liguria in merito alla legittimità dell'istituzione ad opera di una legge nazionale della cd. “social card”, motivando la propria decisione con il fatto che tale intervento statale in materia di politica sociale, pur rientrando nella competenza (residuale) esclusiva delle Regioni, costituisce determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni. L'estrema concretezza della provvidenza istituita e la sua diretta erogazione da parte dello Stato (e dunque l'“intrusione” statale in un titolo di competenza esclusiva regionale) sono rese legittime in

magistratura ordinaria nei confronti della clausola ex art. 117.2 lett. m, si veda il contributo di C. Panzera, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, pp. 3371-3402 e ai prospetti di sintesi in esso contenuti.

¹⁷⁷ Per alcune riflessioni di sintesi sulle possibili “riedizioni dell'interesse nazionale” nel nuovo Titolo V della Parte Seconda Cost., si rinvia a E. Griglio, *Principio unitario e neo-policentrismo. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, *op. cit.*, pp. 114 ss..

¹⁷⁸ G. U. Rescigno, *cit.*, pp. 118-119.

¹⁷⁹ A. S. Bruno, *La identificazione dei LEP come clausola di «non retrocessione»*, in G. Campanelli, M. Carducci, N. Grasso, V. Tondi della Mura (a cura di), *op. cit.*, pp. 247-256.

¹⁸⁰ E. Vivaldi, *I diritti sociali tra Stato e Regioni. Il difficile temperamento tra il principio unitario e la promozione delle autonomie*, intervento al convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa” “*I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*” (Trapani, 8-9 giugno 2012), consultabile alla pagina web <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/09/VivaldiDEF.pdf>, pp. 14-18, nelle quali, dati alla mano, si mette altresì in luce la diminuzione della legislazione regionale negli ambiti connessi con il macro-settore dei servizi alla persona e alla comunità.

ragione della particolare esigenza di assicurare un grado uniforme di tutela a quelle persone che versino in “situazione di estremo bisogno e difficoltà” tali da mettere a rischio il “nucleo irriducibile” del diritto sociale “a conseguire le prestazioni imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno – in particolare, alimentare”. La grave crisi economica in atto rende infatti ancor più necessario l’intervento anche amministrativo statale diretto, che non viola l’art. 118 Cost., con lo scopo di assicurare quantomeno una pronta “tutela minima del contenuto essenziale” del diritto in oggetto¹⁸¹.

Le contingenze economiche si riverberano dunque tanto sulla concreta attuazione dei diritti sociali quanto sull’intreccio di relazioni che coinvolgono in tale compito centro e periferia della Repubblica, contribuendo al dinamismo, ma forse anche all’incertezza, degli equilibri ad esso relativi. Ulteriori suggestioni potranno derivare in futuro dalla conclusione del processo attuativo del dlgs. 68/2011 e dall’entrata a regime del sistema da esso delineato. La dottrina più recente non ha mancato di notare come l’art. 119 Cost. e il quadro tracciato dalla legge delega 42/2009 rafforzino il legame già strettissimo fra le risorse destinate alle Regioni e l’essenzialità o meno delle prestazioni che tali enti hanno il compito di garantire¹⁸². La vera e propria chiave di volta del sistema potrebbe risultare la determinazione dei *costi standard* associati ai livelli essenziali delle prestazioni da erogare “in condizioni di efficienza e appropriatezza su tutto il territorio nazionale” (art. 8 comma 1 lett. b l. 42/2009). Superato il previgente criterio della spesa storica, il nuovo parametro di determinazione del finanziamento della spesa regionale, qualora applicato *cum grano salis* e non secondo criteri meramente aziendalistici, potrebbe consentire, secondo alcuni, una positiva simultaneità fra la determinazione del “costo dei diritti sociali” e la determinazione “partecipata” dei livelli essenziali delle prestazioni che li riguardano¹⁸³.

¹⁸¹ Un’analisi approfondita della pronuncia in esame è stata condotta da E. Longo, *I diritti sociali al tempo della crisi. La Consulta salva la social card e ne ricava un nuovo titolo di competenza statale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, pp. 164 ss..

¹⁸² F. Pallante, *I diritti sociali tra federalismo e principio di uguaglianza sostanziale*, in *Diritto pubblico*, 1/2011, p. 265.

¹⁸³ Qualcuno ha sottolineato che tale meccanismo potrebbe far venir meno la “classica” concezione dei diritti sociali come diritti finanziariamente condizionati; M. Giordano, *Spesa sociale, diritti sociali, federalismo*, in *Studi Zancan*, n. 3-4, 2009, p. 120.

3.2. *Diritti sociali e Statuti regionali. Digressione breve.*

Nell'ultimo decennio, il dibattito sul ruolo delle Regioni in materia di tutela dei diritti sociali si è arricchito di un ulteriore tassello. A seguito della riscrittura, intervenuta ad opera della l. cost. 1/1999, dell'art. 123 Cost., recante la disciplina costituzionale dello statuto regionale, ormai quasi tutte le Regioni a Statuto ordinario¹⁸⁴ hanno infatti provveduto all'approvazione di una nuova norma fondamentale regionale. In modo non poi troppo difforme rispetto alcune delle scelte operate nel corso nella prima stagione statutaria degli anni Settanta¹⁸⁵, i nuovi Statuti ordinari comprendono oggi numerose dichiarazioni a forte contenuto valoriale¹⁸⁶, richiami più o meno pedissequi a determinati principi costituzionali¹⁸⁷, enunciazioni finalizzate ad orientare l'azione politica regionale, talune delle quali comprensive di riferimenti ai diritti di particolari categorie della popolazione¹⁸⁸. Sebbene, come si vedrà, la Corte Costituzionale abbia ripetutamente colto l'occasione di ridimensionare, fino ad escluderla, la portata normativa delle disposizioni statutarie contenenti principi e

¹⁸⁴ Con le eccezioni di Basilicata (il cui Consiglio Regionale ha approvato in data 17 luglio 2012 il nuovo "documento programmatico" contenente il compendio "delle finalità, degli istituti e delle linee di indirizzo" che forniranno le basi per la redazione del nuovo Statuto) e Molise (il cui Statuto era stato inizialmente approvato con deliberazione legislativa n. 35 del 22 febbraio 2011, successivamente impugnato dal Governo di fronte alla Corte Costituzionale, revocato nelle more del giudizio di costituzionalità con l. regionale n. 4 del 12 febbraio 2012, e infine, respinto da parte della Corte il ricorso governativo con sent. 63/2012, "fatto rivivere" con modifiche tramite la l. regionale n. 7 del 30 marzo 2012. Lo Statuto non è tuttavia ancora entrato in vigore, in quanto ancora non sottoposto alla prevista consultazione referendaria).

¹⁸⁵ Secondo quanto mostra M. Rosini, *Le norme programmatiche dei nuovi statuti*, in M. Carli, G. Carpani, A. Siniscalchi (a cura di), *I nuovi statuti delle regioni ordinarie. Problemi e prospettive*, Il Mulino, 2006, pp. 33-35 e come ricordato dalla sent. Corte Cost. 372/2004.

¹⁸⁶ E' qui appena il caso di ricordare come alcuni Statuti, nel proprio preambolo (Emilia-Romagna) o in apertura del proprio articolato (Umbria e Toscana), esplicitino il richiamo ai valori della Resistenza; o come, fra gli altri, gli Statuti di Marche e Veneto menzionino tanto la propria tradizione cristiana quanto l'apporto delle forze laiche. Moltissimi e diffusi sono poi i richiami alle dichiarazioni internazionali in materia di diritti umani.

¹⁸⁷ Si prenda come esempio il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., richiamato secondo varie modalità dagli Statuti fin'ora approvati: per citare alcuni casi emblematici delle diverse tecniche utilizzate, tale principio è infatti indicato dallo Statuto dell'Emilia-Romagna come uno degli obiettivi ai quali in via prioritaria la Regione ispira la propria azione (art. 2 comma 1 lett. a e b, che in vari punti riprendono letteralmente il dettato costituzionale); quasi pedissequamente ripetuto dall'art. 5 comma 5 del recente St. Veneto, che sposta sul piano regionale l'eliminazione degli ostacoli che impediscano il pieno sviluppo della persona; annoverato tra i fini che la Regione Toscana si impegna a perseguire (art. 1 comma 2 St. Toscana); genericamente richiamato dall'art. 2 comma 4 fra i valori "riconosciuti" dalla Regione Abruzzo.

¹⁸⁸ Particolarmente significativo è in tal senso l'art. 4 dello St. Toscana, che menziona tra le "finalità principali" della Regione (enunciate nelle ventuno lettere delle quali si compone l'elenco chetale articolo comprende), la tutela del diritto al lavoro e dei diritti ad esso connessi, dei diritti dei minori, dei disabili, degli anziani, il diritto alle pari opportunità, la tutela della famiglia e delle altre forme di convivenza, nonché l'accoglienza e l'integrazione degli immigrati, e il riconoscimento e la garanzia delle specificità territoriali individuabili all'interno della Regione.

richiami ai diritti, si ritiene tuttavia opportuno ripercorrere in estrema sintesi le principali tappe della vicenda e le argomentazioni essenziali emerse nel corso di essa, per concentrarsi poi sullo spazio riservato dai nuovi Statuti ai diritti sociali, sulla legittimità e sulle eventuali potenzialità di una loro inclusione in tale fonte.

3.2.1. *Principi, diritti e statuti regionali: una difficile convivenza.*

E' noto come il dibattito in merito alla legittimità dell'inclusione di principi e diritti all'interno degli Statuti regionali "di seconda generazione" sia stato incentrato essenzialmente attorno a due perni fondamentali, rappresentati dal primo alinea del primo comma del novellato art. 123 Cost., secondo il quale

"Ciascuna Regione ha uno statuto che, *in armonia con la Costituzione*, ne determina la *forma di governo* e i *principi fondamentali di organizzazione e funzionamento*" [corsivo aggiunto],

e dal procedimento di formazione dello Statuto (art. 123 commi 2 e 3), che si conclude oggi con l'approvazione del medesimo con *legge regionale* (e non della Repubblica) ed eventuale sottoposizione a referendum.

L'ampiezza della portata del contenuto necessario dello Statuto¹⁸⁹ e il nuovo ruolo di *atto di autonomia*¹⁹⁰ che esso assume all'interno di un quadro di relazioni fra "centro" e "periferia" fortemente mutate a seguito della riforma costituzionale del 2001 hanno spinto una parte consistente della dottrina a sostenere la piena legittimità dell'inclusione all'interno di tale fonte tanto di disposizioni di principio concernenti obiettivi prioritari dell'azione della Regione quanto di riferimenti più o meno dettagliati a diritti e doveri dei suoi abitanti. Giocherebbe a favore di tale ricostruzione innanzitutto il rafforzamento della fisionomia della Regione quale "ente esponenziale e rappresentativo degli interessi generali della propria comunità" (sent. Corte Cost. 829/1988). Ciò sarebbe derivabile in primo luogo proprio dalla competenza della fonte statutaria a delineare tanto la forma di governo regionale, e dunque "l'insieme degli strumenti e dei mezzi mediante i quali una determinata organizzazione statale [ma in questo caso regionale] persegue le sue finalità¹⁹¹", quanto dal fatto che la possibilità (o meglio, l'*obbligo*) per lo Statuto di prevedere al proprio interno anche i principi fondamentali attinenti al *funzionamento*

¹⁸⁹ La distinzione tra contenuto necessario e contenuto eventuale dello Statuto regionale era stata delineata a partire dalla sent. Corte Cost. 40/1972 e confermata anche con riferimento ai nuovi Statuti dalla sent. 2/2004.

¹⁹⁰ E. Rossi, *Principi e diritti nei nuovi Statuti regionali*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2005, p. 57.

¹⁹¹ Secondo la definizione di forma di governo offerta da P. Caretti, U. De Siervo, *Istituzioni di diritto pubblico, op. cit.*, p. 24.

della Regione (oltre che alla sua organizzazione), consentirebbe alla fonte in esame di individuare proprio gli obiettivi e i programmi che l'ente territoriale si impegna a perseguire e realizzare tramite la propria attività¹⁹². Ad avvalorare ulteriormente questa tesi, contribuirebbe oggi anche il nuovo meccanismo di riparto di competenze fra Stato e Regioni, con il primo dotato di competenze esclusive numerate e le seconde configurate quali enti a competenza generale concorrente o residuale, che si estendono (almeno sulla carta) ad importanti settori precedentemente esclusi da ogni intervento regionale, fra cui spicca la competenza per così dire "complementare" relativa alla determinazione di livelli di prestazione concernenti i diritti civili e sociali *ulteriori e più ampi* rispetto a quelli *essenziali* determinati dallo Stato in forza della clausola ex art. 117.2 lett. m¹⁹³. A frenare ogni tentazione di contrapposizione fra obiettivi nazionali e regionali e ogni rischio di tutela "al ribasso" dei diritti fondamentali, il limite dell'armonia con la Costituzione: già presente nel vecchio testo dell'art. 123, esso impedisce che lo Statuto si ponga esso stesso quale documento para-costituzionale, ed è stato interpretato dal giudice delle leggi italiano quale "esigenza di puntuale rispetto di ogni disposizione della Costituzione" finalizzato "non solo ad evitare il contrasto con le singole previsioni di questa", ma anche "a scongiurare il pericolo che lo statuto, pur rispettoso della lettera della Costituzione, ne eluda lo spirito" (sent. 304/2002). Dunque, con particolare riferimento ai diritti, a patto di non scendere al di sotto della soglia di tutela offerta ad essi dalla Costituzione (unica fonte deputata al loro *riconoscimento*), gli Statuti ben potrebbero offrirne una *tutela* differenziata, come legittima espressione di quella identità che sorregge l'autonomia regionale e che si sostanzia in una maggiore sensibilità verso i bisogni più intensamente avvertiti all'interno della comunità che la Regione rappresenta¹⁹⁴. Ciò naturalmente non avverrebbe quando i principi o diritti contenuti negli Statuti si sostanziassero in inutili ripetizioni del dettato costituzionale.

A confutare le ricostruzioni prospettate, sono intervenute a fine 2004 le tre sentenze della Corte Costituzionale 372, 378 e 379, pronunciate rispettivamente sugli Statuti regionali della Toscana, dell'Umbria e dell'Emilia-Romagna. Con la prima pronuncia, la Corte, chiamata a decidere (fa l'altro) della legittimità di un eterogeneo gruppo di

¹⁹² R. Bifulco, *Nuovi statuti regionali e («nuovi») diritti regionali*, in *Giurisprudenza italiana*, 8/9, 2001, p. 1762.

¹⁹³ R. Bifulco, "Livelli essenziali", *diritti fondamentali e statuti regionali*, in T. Groppi, M. Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, 2^a ed., Giappichelli, 2003, pp. 137-139 in particolare; da ultimo, si veda anche A. Ruggeri, *Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali*, cit..

¹⁹⁴ Così ancora A. Ruggeri, *loc. ult. cit.*

disposizioni contenute nel nuovo Statuto toscano che individuano finalità prioritarie dell'attività regionale¹⁹⁵, impugnate dal Governo in quanto ritenute invasive di competenze statali, ribadisce in continuità con la propria pregressa giurisprudenza la possibilità che gli Statuti rechino, a fianco di un contenuto costituzionalmente necessario, anche un contenuto eventuale, tanto “ricognitiv[o] delle funzioni e dei compiti della Regione”, quanto finalizzato ad indicare “aree di prioritario intervento politico o legislativo” dell'ente territoriale (sent. 2/2004). Tuttavia, la Corte distingue immediatamente fra mera *rilevanza* delle norme indicate e loro *efficacia giuridica*¹⁹⁶, affermando che

“alle enunciazioni in esame, anche se materialmente inserite in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello statuto” (sent. 372/2004).

Neppure vale dunque l'accostamento delle norme in esame alle norme programmatiche contenute nella Costituzione: se ad esse è stata (pur faticosamente) attribuita una funzione di indirizzo e di ausilio interpretativo nei confronti della legislazione, lo stesso non è possibile dire delle disposizioni contenute negli Statuti regionali: questi non sono infatti carte costituzionali, ma “fonti regionali a competenza specializzata e vincolata”. Le norme in esame non sono dunque dotate di alcun carattere prescrittivo, ma esplicano piuttosto una funzione “di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa”.

La loro assoluta inidoneità lesiva rende dunque *inammissibile* la questione di legittimità sollevata dal ricorso governativo. Di identico tenore letterale saranno le motivazioni che sorreggeranno la pronunce di inammissibilità emesse dalla Corte Costituzionale con riferimento ai principi ed obiettivi prioritari degli Statuti di Umbria (sent. 378/2004) ed Emilia-Romagna (sent. 379/2004) impugnati dal Governo¹⁹⁷.

L'impostazione fornita dalla Corte Costituzionale ha sollevato numerose critiche. A chi ha sottolineato come il ritenere le norme in questione mere dichiarazioni politiche, espressione della maggioranza consiliare che ha approvato lo Statuto, equivalga ad una

¹⁹⁵ Dalla promozione del diritto di voto per gli immigrati nel rispetto dei principi costituzionali (art. 3 comma 6) al riconoscimento delle “altre forme di convivenza” diverse dal matrimonio (art. 4 comma 1 lett. b), da un gruppo di affermazioni concernenti la tutela e la valorizzazione del patrimonio naturale, artistico e culturale della Regione (art. 4 comma 1 lett. l e m) ad una serie di disposizioni legate alla promozione di attività imprenditoriali, cooperative e di volontariato (art. 4 comma 1 lett. n, o e p).

¹⁹⁶ Così nota D. Morana, *Principi e diritti negli Statuti regionali di seconda generazione*, in J. M^a Castellá Andreu, M. Olivetti (coords.), *Nuevos estatutos y reforma del Estado. Las experiencias de España e Italia a debate*, Atelier, 2009, p. 162.

¹⁹⁷ Ovvero la tutela di altre forme di convivenza diverse dal matrimonio (art. 2 comma 9 St. Umbria) e l'impegno della Regione ad estendere, nei limiti della Costituzione, il diritto di voto agli immigrati residenti (art. 2 comma 1 lett. f St. Emilia-Romagna).

vera e propria “denormativizzazione”¹⁹⁸ dello stesso, si è affiancato chi ha messo in evidenza il rischio implicito di tale disattivazione statutaria, che potrebbe consentire l’introduzione negli Statuti di obiettivi prioritari anche in radicale contrasto con il dettato costituzionale: se infatti tali dichiarazioni sono prive di efficacia giuridica, con quali argomenti se ne potrebbe dichiarare l’incostituzionalità¹⁹⁹? Parte della dottrina ha fatto poi notare che dalle motivazioni espresse dalla Corte non emergono con chiarezza le ragioni che rendono impossibile la configurabilità di norme programmatiche statutarie²⁰⁰. Neppure gli Autori più convintamente favorevoli alle conclusioni della Corte hanno mancato di ricordare come forse quest’ultima avrebbe potuto addentrarsi con maggior coraggio in una motivazione (e dunque in una conclusione) differenziata a seconda della concreta portata di ciascuna delle disposizioni statutarie coinvolte, verificando di volta in volta se fossero o meno riconducibili a sicure competenze regionali per poi pronunciare di conseguenza sulla incostituzionalità o meno di esse²⁰¹. Le ragioni di ciò risiederebbero nelle delicate contingenze politiche in cui la Corte si è trovata a pronunciarsi (l’imminente rinnovo dei Consigli regionali e le incertezze legate all’eventuale “bocciatura” anche parziale degli Statuti impugnati). Ma potrebbero altresì individuarsi nella difficoltà estrema di fotografare una volta per tutte la continua mutevolezza che caratterizza i rapporti tra centro e periferia all’interno di uno Stato fortemente decentralizzato come quello italiano²⁰².

3.2.2. *Per i diritti sociali, un’occasione persa?*

Si è già avuto modo di ricordare come gli Statuti “di seconda generazione” contengano numerose enunciazioni che in taluni casi richiamano i diritti fondamentali contenuti nella Prima della Costituzione, in altri inseriscono “nuovi” diritti, che la Carta Fondamentale italiana non prevede esplicitamente e che difficilmente sono ricavabili dal suo dettato letterale. Su di esse si è variamente pronunciata la dottrina, ora ritenendo che

¹⁹⁸ La critica agguerrita è di A. Ruggeri, *La Corte, la «denormativizzazione» degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale*, in *Le Regioni*, a. XXXIII, n. 1-2, febbraio-aprile 2005, p.42.

¹⁹⁹ E’ questa la domanda sottesa alle osservazioni di M. Rosini, *cit.*, p. 50.

²⁰⁰ D. Morana, *cit.*, p. 163.

²⁰¹ P. Caretti, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia di riservata alla Costituzione*, in *Le Regioni*, a. XXXIII, n. 1-2, febbraio-aprile 2005, p. 28.

²⁰² S. Ragone, *Las normas estatutarias programáticas en la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana*, in G. Ruiz-Rico Ruiz, *Las reformas de los estatutos de autonomía. Actas del IV Congreso nacional de la asociación de constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, 2006, p. 255.

l'unica sede deputata a contenere dichiarazioni dei diritti sia la Costituzione²⁰³ e che eventuali aggiunte o innovazioni in merito siano riservate solo al legislatore della riforma costituzionale o in seconda battuta all'opera ermeneutica della Corte Costituzionale quale custode ultimo della Carta Fondamentale, ora lasciando aperto il campo a contenuti e meccanismi di tutela innovativi provenienti dalla legislazione ed a maggior ragione dallo Statuto regionale. Fra i fautori della seconda opzione, si riscontra tuttavia la tendenza ad adottare posizioni differenziate con riferimento alle diverse categorie di diritti. Si ritiene infatti generalmente poco probabile o comunque molto difficile una innovazione o una tutela differenziata (al rialzo, si ribadisce) in relazione ai diritti di libertà, vista la complessità dell'introduzione in un determinato territorio regionale di uno specifico dovere di astensione che potrebbe confliggere con altri diritti e correlati obblighi della medesima natura vigenti a livello nazionale²⁰⁴.

Particolarmente problematica sarebbe poi la differenziazione su base regionale dei diritti politici, posti gli espliciti limiti costituzionali a riguardo e il già ricordato "depotenziamento" delle disposizioni statutarie ad essi relative operato dalla Corte Costituzionale con le tre sentenze viste nel paragrafo precedente; diverso potrebbe essere il discorso per quei diritti *latu sensu* politici, finalizzati ad incrementare i processi partecipativi alle attività regionali²⁰⁵, ma l'esatta portata di ciascuna disposizione che li preveda andrebbe poi verificata alla luce delle concrete modalità della sua attuazione.

Il terreno privilegiato per l'eventuale emersione di nuovi o diversi "diritti regionali" sembrerebbe essere dunque quello dei diritti sociali, ed in particolare dei diritti sociali di prestazione connessi con l'esercizio delle rilevanti competenze concorrenti o esclusive che nelle materie ad essi afferenti l'art. 117 conferisce oggi alle Regioni. Indice di un simile atteggiamento sarebbero ad esempio i numerosi richiami ai diritti delle fasce più deboli della popolazione. Simili disposizioni statutarie rappresenterebbero dunque un vero e proprio *trait d'union* fra le competenze sulle quali poggia costituzionalmente l'impegno "sociale" degli organi regionali e l'evoluzione legislativa intervenuta negli

²⁰³ P. Caretti, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia di riservata alla Costituzione*, cit., p. 28, che ritiene peraltro che agli Statuti regionali sarebbe preclusa *ratione materiae* anche ogni possibilità di aggiornamento del catalogo dei diritti costituzionali, essendo piuttosto quello dell'attuazione dei diritti il terreno precipuo dell'attività regionale, l'unico nel quale sarebbero configurabili margini di legittima differenziazione.

²⁰⁴ Si confrontino a riguardo le opinioni di D. Morana, cit., pp. 167-168 (più decisamente negativa) e di E. Rossi, cit., p. 63 (più possibilista).

²⁰⁵ Ancora D. Morana, cit., pp. 169-170, che ricorda le indicazioni in tal senso offerte proprio da Corte Cost. 379/2004.

ultimi decenni in tali ambiti, improntata ad un forte decentramento decisionale e organizzativo²⁰⁶.

Non si può tuttavia non notare che il tenore letterale delle disposizioni statutarie in materia di diritti sociali raramente li configura come veri e propri diritti soggettivi, individuandoli piuttosto come finalità prioritarie che la Regione si impegna perseguire con la propria attività²⁰⁷. Ciò, com'è ovvio, annacqua fin quasi ad annullarlo il già labile confine fra i principi e i diritti contenuti negli Statuti regionali, configurando dunque anche i secondi come affermazioni dal mero valore politico e assolutamente non normativo, in base alla nota dottrina delle sentenze Corte Cost. 372, 378 e 379 del 2004. Alcuni commentatori hanno messo in luce che le conseguenze di un simile approccio possono essere particolarmente negative, soprattutto nel senso di un indebolimento delle garanzie offerte da un modello di *welfare* oggi sempre più regionalizzato²⁰⁸. Forse dunque, la tecnica di redazione delle disposizioni statutarie relative ai diritti, ed in particolare ai diritti sociali, ha offerto il destro alla pronuncia della Corte, che dal canto suo, come si è ricordato, non si è soffermata a verificare una corrispondenza fra le competenze legislative regionali e le singole affermazioni statutarie, fatto che forse avrebbe consentito di “salvarne” almeno qualcuna.

Certo è che gli Statuti regionali avrebbero potuto indurre la Corte a tentare tale strada almeno sotto due differenti aspetti. Da un lato, essi avrebbero potuto formulare in modo più chiaro e preciso indicazioni di sicura valenza programmatica, ma non per questo prive di efficacia normativa, sul modello di *welfare* regionale che essi intendono sviluppare, orientando in modo deciso il legislatore regionale futuro a dirigere i propri sforzi in tale direzione, o quantomeno impedendogli interventi “regressivi”²⁰⁹. Dall'altro, i legislatori statuenti avrebbero potuto connotare in modo più marcatamente originale i contenuti dei cd. “nuovi diritti” o le modalità di promozione e di tutela di quelli “vecchi”. Anche aderendo all'impostazione per la quale i principi di funzionamento, recanti fra gli obiettivi prioritari di certe Regioni anche la tutela o il riconoscimento di particolari diritti sociali, esprimerebbero al meglio il modo di essere della Regione quale ente esponenziale dei bisogni della comunità che essa rappresenta,

²⁰⁶ E. A. Ferioli, *Le disposizioni dei nuovi Statuti regionali sulla tutela dei diritti sociali: tanti «proclami» e scarsa efficacia*, in E. Catelani, E. Cheli (a cura di), *I principi negli statuti regionali*, Il Mulino, 2008, p. 56.

²⁰⁷ R. Tarchi, D. Bessi, *Art. 123*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di) *Commentario alla Costituzione. Vol. III*, UTET, 2006, pp. 2464-2465.

²⁰⁸ E. A. Ferioli, *Le disposizioni dei nuovi Statuti regionali sulla tutela dei diritti sociali: tanti «proclami» e scarsa efficacia*, *cit.*, p. 58.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 60,

connotandoli per originalità e profondità del legame con il territorio, non si può tuttavia negare che gli Statuti di seconda generazione quasi mai enucleano situazioni specificamente riferibili al contesto della singola regione considerata. Delle due l'una, allora: o le Regioni, sotto gli aspetti qui considerati, non differiscono poi tanto l'una dall'altra²¹⁰, oppure gli Statuti hanno perso l'occasione

“per qualificare, non solo sul piano politico ma anche su quello giuridico, i principi fondanti del modello normativo e amministrativo del sistema di servizi sociali regionali²¹¹”.

²¹⁰ Come provocatoriamente si domanda E. Rossi, *cit.*, p. 91.

²¹¹ E. A. Ferioli, *Le disposizioni dei nuovi Statuti regionali sulla tutela dei diritti sociali: tanti «proclami» e scarsa efficacia*, *cit.*, p. 62.

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA DEI DIRITTI SOCIALI NELLA COSTITUZIONE SPAGNOLA DEL 1978

SOMMARIO: 1. **L'art. 1.1 CE: le qualificazioni dello Stato spagnolo.** - 1.1. "España se constituye en Estado social y democrático de derecho". - 1.1.1. *Lo Stato democratico come asse portante dell'assetto costituzionale spagnolo.* - 1.1.2. *Lo Stato di diritto alla luce del principio democratico.* - 1.1.3. *In particolare, dello Stato spagnolo come stato sociale.* - 1.1.4. *L'art. 1.1 CE: le parti e il tutto. Quali relazioni interpretative?* - 1.2. Lo Stato spagnolo come "Estado autonómico". - **2. I "diritti sociali" nella Costituzione del 1978: tutti veri diritti?** - 2.1. Antecedenti storici (cenni). - 2.2. "Topografia" e "tassonomia" costituzionali: una mappa dei diritti sociali nella Costituzione spagnola. - 2.3. Conseguenze interpretative (I): la distinzione tra "diritti" e "principi rettori". - 2.4. Conseguenze interpretative (II): la dottrina maggioritaria sulla natura e l'efficacia dei "principi rettori". - 2.4.1. *I "destinatari" dei principi rettori e le diverse modalità della loro efficacia.* - a) *Il potere legislativo.* - b) *Il potere esecutivo e la pubblica amministrazione. Il potere giudiziario.* - 2.5. Conseguenze interpretative (III): i principi rettori come diritti fondamentali? - **3. Le interazioni tra le diverse qualificazioni: lo Stato spagnolo come "Estado social" e "Estado autonómico".** - 3.1. Il riparto di competenze tra Stato e CCAA nelle materie correlate con l'attuazione dei principi rettori di cui al Capitolo III del Titolo I. Panoramica. - 3.2. "¿Qué es 'lo básico'?" - 3.3. L'art. 149.1.1 CE, il ruolo dello Stato nella regolazione di condizioni omogenee di esercizio dei diritti fondamentali e la sua applicabilità ai diritti sociali. - 3.3.1. *Le differenti interpretazioni dell'art. 149.1.1 CE e l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale.* - 3.3.2. *L'applicabilità dell'art. 149.1.1 CE ai principi rettori della politica sociale ed economica (Capitolo III, Titolo I CE).* - 3.4. Diritti sociali e principi rettori negli Statuti di autonomia. - 3.4.1. *La nuova fase "estatuente": continuità o rottura?* - 3.4.2. *Statuti e diritti, specchio del difficile equilibrio tra "centro" e "periferia".* - 3.4.2.1. *Uno sguardo alle principali posizioni dottrinali.* - 3.4.2.2. *Il "responso" del Tribunal Constitucional. Conclusioni.*

Il presente capitolo sarà dedicato all'analisi del quadro costituzionale spagnolo relativo alla disciplina dei diritti sociali e ai meccanismi posti dalla Carta Fondamentale a garanzia della loro applicazione uniforme su tutto il territorio nazionale. Il percorso proposto in questa sede prevede tre momenti fondamentali. In primo luogo ci si concentrerà sull'esegesi degli aggettivi con i quali la Costituzione del 1978 qualifica lo Stato spagnolo ed in particolare, con specifico riferimento al punto di vista prescelto, della definizione di esso come "Stato *social* e democratico di diritto" offerta dall'art. 1.1 CE. Solo successivamente sarà possibile apprezzare appieno le ulteriori specificazioni offerte in tal senso dalla Costituzione, soprattutto nei Capitoli II e III del Titolo I. La seconda direttrice di studio sarà quindi incentrata sull'analisi di quelle prescrizioni costituzionali che richiedono un intervento attivo dei pubblici poteri in materia sociale e sulle differenti interpretazioni offerte a riguardo dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale, con riferimento alla loro natura (di norme giuridiche o meno; di veri e propri diritti o di semplici auspici retorici), precettività e giustiziabilità.

Lo Stato spagnolo è però altresì caratterizzato dal *principio autonomico*, riconosciuto dall'art. 2 CE e sviluppato nel Titolo VIII CE, negli Statuti delle Comunità Autonome (CCAA) e nel complesso di norme che specificano il riparto di competenze fra Stato centrale e CCAA. E' proprio dal cd. *bloque de constitucionalidad*¹ che emerge chiaro il

¹ Cfr. in particolar modo il fondamentale contributo di F. Rubio Llorente, *El bloque de Constitucionalidad*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 27, sept.-dic. 1989, pp.

ruolo essenziale delle Autonomie nell'attuazione dello stato sociale spagnolo, che dunque ammette, per sua stessa natura, un certo grado di differenziazione nelle sue concrete manifestazioni territoriali. Nella terza sezione del capitolo, si ritiene dunque opportuno approfondire l'analisi di quelle clausole costituzionali finalizzate a garantire una base comune per l'uniforme fruizione (non solo ma anche) dei "diritti sociali"² e delle prestazioni a questi riconducibili.

La confluenza delle tre direttrici appena tracciate dovrebbe quindi consentire di approfondire le interazioni tra le due qualificazioni dello Stato spagnolo che qui ci interessano, quella di *Estado social* e di *Estado autonómico*, e di verificarne gli sviluppi; in quest'ottica, sarà dedicata particolare attenzione al ruolo svolto dagli Statuti di autonomia, recentemente riformati, in merito alla tutela e al riconoscimento dei diritti sociali.

1. Le qualificazioni dello Stato spagnolo.

Percorrendo la prima delle direttrici enunciate, si ritiene dunque opportuno analizzare in primo luogo l'art. 1.1 CE, individuando, con riferimento alla forma di Stato, le peculiarità proprie del contesto spagnolo in relazione a ciascuna delle caratterizzazioni da esso offerte. Riservando allo Stato democratico e allo Stato di diritto note più sintetiche, strettamente funzionali al percorso prescelto, ci si soffermerà invece più diffusamente sulla qualificazione della Spagna come *Estado social*. In seguito, saranno spese alcune considerazioni sull'interpretazione della formula contenuta nell'articolo in esame, prendendo in considerazione le principali interpretazioni dottrinali, ma riservando anche ampio spazio alla viva voce del Tribunal Constitucional. Infine,

9-37; si vedano in particolare le pp. 24 ss., nelle quali l'Autore prende le mosse dal concetto kelseniano di "costituzione totale", quale complesso di norme positive di rango superiore che negli Stati composti distribuisce (principalmente, ma non solo) la potestà legislativa tra istituzioni centrali e periferiche, per poi distaccarsene sulla scorta delle peculiarità dell'ordinamento spagnolo. Esso riserva infatti tale compito non solo alle disposizioni formalmente costituzionali, ma anche ad altre fonti, di rango comunque sovraordinato rispetto alle leggi ordinarie, quali *in primis* gli Statuti di autonomia delle CCAA. L'Autore traccia così una nuova definizione di *bloque de constitucionalidad*, comprensivo di norme costituzionali (in particolare, quelle del Titolo VIII), Statuti di autonomia ed altre norme di rango infracostituzionale e destinato a fungere, nel suo complesso, da parametro del controllo di legittimità costituzionale operato dal Tribunal Constitucional.

² Per semplicità, si accetti per il momento l'uso di tale espressione per indicare un eterogeneo complesso di norme, delle differenti interpretazioni delle quali ad opera di giurisprudenza e dottrina si darà conto nel prosieguo del capitolo.

saranno delineati i tratti essenziali del *Estado autonómico* e le peculiarità del modello di Stato decentrato che esso descrive.

1.1. “*España se constituye en un Estado social y democrático de derecho...*”.

E’ proprio con questa formula, densa di contenuti politici e giuridici ed assoluta novità nella storia costituzionale iberica, che si apre l’art. 1 della Costituzione del 1978³. Anche ad un primo sguardo, appare evidente l’indubbia influenza esercitata sui costituenti spagnoli dall’art. 20 del *Grundgesetz* tedesco, dal quale tuttavia si differenzia, per quanto qui ci interessa, sotto un profilo particolarmente rilevante. Esso infatti non attiene tanto (o almeno, non solamente) alla scelta degli aggettivi che caratterizzano lo Stato, qualificato nella Costituzione spagnola come *social*, *democratico* e *di diritto*: anche l’art. 20 GG, infatti, al par. 3, esprime il principio dello Stato (costituzionale) di diritto, apparentemente “tralasciato” dal par. 1, nel quale definisce la Repubblica Federale di Germania come Stato *federale*, *social* e *democratico*.

Ciò in cui l’art. 1 CE si distacca dal proprio illustre predecessore è piuttosto l’intento di indicare le caratteristiche fondamentali della forma di Stato spagnola appuntando la propria attenzione in primo luogo sulle relazioni intercorrenti fra potere e cittadini, e rimandando invece al successivo art. 2⁴ l’approfondimento della definizione della forma di Stato sotto quegli aspetti che riguardano la relazione esistente fra potere e territorio⁵. Se quindi l’art. 20 GG mette subito in chiaro la natura federale della forma di Stato tedesca, l’art. 1.1 CE parla in prima battuta di *España*, ad indicare, secondo quanto espresso in sede costituente,

³ “Artículo 1: 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. 2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado. 3. La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria”. La Costituzione spagnola del 1978 è consultabile alla pagina web <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>, dalla quale è possibile anche scaricare il testo completo in versione italiana.

⁴ “Artículo 2: La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”.

⁵ M. Aragón Reyes, *Artículo 1*, in M. E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Fundación Walters-Kluwer España, 2009, p. 26.

“[...] la comunidad, [...] la nación que se constituye, o se organiza en una determinada estructura política; la sociedad política, el proyecto de finalidad o de organización, que es un Estado social y democrático de derecho⁶”.

Anche il Tribunal Constitucional sembra del resto concordare con tale interpretazione, quando afferma che

“[...] el término Estado es objeto en el texto constitucional de una utilización claramente anfibológica. En ocasiones (así, arts. 1, 56, 137 y en la propia rúbrica de su Título VIII, por mencionar sólo algunos ejemplos) el término Estado designa la totalidad de la organización jurídico-política de la nación española, incluyendo las organizaciones propias de las nacionalidades y regiones que la integran y la de otros entes territoriales dotados de un grado inferior de autonomía; [...]”⁷

In via di prima approssimazione, come punto di partenza dell’analisi che seguirà, si può quindi ragionevolmente affermare che l’art. 1.1 CE si propone di delineare la struttura portante del rapporto intercorrente fra potere e cittadini con riferimento all’intero territorio spagnolo.

1.1.1. Lo Stato democratico come asse portante dell’assetto costituzionale spagnolo.

Lasciando da parte il più tradizionale criterio di trattazione cronologica, che analizza Stato di diritto, Stato democratico e stato sociale secondo il loro ordine di apparizione sulla scena politico-giuridica europea, si ritiene qui opportuno iniziare questo breve *excursus* seguendo l’ordine adottato da M. Aragón Reyes⁸, e svolgere alcune brevi riflessioni, in successione, in merito allo Stato democratico, allo Stato di diritto ed infine allo Stato sociale. La qualificazione democratica dello Stato spagnolo si colloca infatti in posizione logicamente antecedente rispetto alle altre due proprio in ragione del fatto che essa si sviluppa come asse portante dell’intero assetto costituzionale, non solo dal punto di vista procedimentale, ma anche e soprattutto da quello, relevantissimo, della

⁶ Intervento di G. Peces-Barba Martínez nella seduta dell’11 maggio 1978 della *Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas del Congreso de los Diputados*; Congreso de los Diputados, *Diario de Sesiones*, n. 64, 1978, p. 2170. Una simile formulazione, che ponesse al centro della scena la Spagna come soggetto unitariamente concepito, fu aspramente criticata in particolare dai deputati baschi e catalani presenti nella *Comisión*, poiché giudicata non rispettosa delle differenti identità nazionali presenti all’interno del territorio del Regno di Spagna; cfr., nella medesima seduta, gli interventi dei deputati Barrera Costa (per *Esquerra Republicana de Catalunya*, pp. 2163-2164) e Letamendia Belzunce (per *Euzkadiko Eskerra*, pp. 2164-2165).

⁷ Sentenza Tribunal Constitucional (STC) del 28 luglio 1981, n. 32, *fundamento jurídico* (F.J.) II.3. Tutte le pronunce del Tribunal Constitucional possono essere consultate a partire dal database della *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, alla pagina web http://www.boe.es/buscar/jurisprudencia_constitucional.php

⁸ M. Aragón Reyes, *Artículo 1*, cit., pp. 27 ss.; segue il medesimo ordine espositivo anche R. L. Blanco Valdés, *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, 2a ed. a cura di M. Iacometti, Giappichelli, 2009, pp. 31 ss.

legittimazione della stessa Carta Fondamentale. Redatta a seguito di elezioni libere e democratiche, questa a sua volta è percorsa in ogni suo aspetto dal principio democratico, legittimando in tal modo le istituzioni che prevede e regola. Infatti, come già in sede costituente aveva sottolineato G. Peces-Barba,

“A nuestro juicio todas las constituciones, y por supuesto, la Constitución española de 1978, deben cumplir una función de legitimación, una función de seguridad y una función de justicia. [...] Esta función de legitimación es la que da, en el fundamento de la soberanía popular, en el fundamento del poder constituyente, el derecho y la legitimación a todas y cada una de las instituciones del Estado [...]”⁹

Il riconoscimento dei partiti politici, dei sindacati e di altre organizzazioni esponenti della cd. società civile, la democraticità del loro funzionamento interno (artt. 6 e 7 CE), il riconoscimento dei diritti politici e di partecipazione operato dall’art. 23 CE ed ulteriormente approfondito dagli artt. 68 e 69, che a loro volta costituzionalizzano il suffragio universale, rappresentano soltanto alcuni dei più diretti sviluppi della forma di Stato democratica. A essa si associa, fra i “valori superiori” che il nuovo Stato spagnolo promuove (art. 1.1 CE, 2° periodo), quello del *pluralismo político*¹⁰.

1.1.2. Lo Stato di diritto alla luce del principio democratico.

Quanto appena esposto con riferimento allo Stato democratico evidenzia come, nel nuovo quadro costituzionale, il concetto stesso di Stato di diritto acquisisca una fisionomia fortemente rinnovata: esso infatti si sostanzia oramai nella necessaria sottomissione dei pubblici poteri al dettato della Carta Fondamentale (art. 9.1 CE), documento democraticamente legittimato ed a sua volta legittimante, che ne regola e ne indirizza l’attività. Il principio di legalità, tipico dello Stato di diritto ottocentesco, è dunque sopravanzato dal principio di costituzionalità¹¹, che diviene a sua volta una ulteriore condizione di validità, non solo formale ma anche e soprattutto sostanziale, tanto della legislazione ordinaria quanto, a cascata, di tutte le altre fonti dell’ordinamento. Anche la Spagna, uscita da oltre un quarantennio di dittatura franchista, sceglie dunque la via dello Stato costituzionale di diritto, nel quale le libertà

⁹ Intervento di G. Peces-Barba Martínez nella seduta del 5 maggio 1978 della *Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas del Congreso de los Diputados*; Congreso de los Diputados, *Diario de Sesiones*, n. 59, 1978, pp. 2029-2030.

¹⁰ J. R. Cossío Díaz, *Estado social y derechos de prestación*, CEPC, 1989, p. 35.

¹¹ M. Aragón Reyes, *Artículo 1*, *cit.*, p. 31.

e i diritti fondamentali (Sezione I del Titolo I del Capitolo II, artt. 15-29 CE)¹², così come il più noto dei corollari dello Stato di diritto, quello dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge (art. 14 CE) sono garantiti con maggior efficacia non solo dal rango della fonte nella quale essi sono riconosciuti, ma anche dai meccanismi del controllo di costituzionalità (artt. 161 ss., poi sviluppati nella *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*, cd. LOTC) e da procedure aggravate di revisione costituzionale (artt. 166-169 CE). In questo senso, è particolarmente significativo che l'eventuale intento di revisione del *Título Preliminar*, della Sezione I del Titolo I del Capitolo II o del Titolo II (relativo alla Corona) dello stesso Capitolo, sia sottoposto ad una procedura particolarmente complessa (art. 168 CE) che prevede, a seguito dell'approvazione della riforma costituzionale, lo scioglimento delle Camere e la necessità di una nuova approvazione da parte di Camere appena elette, nonché la ratifica finale con referendum popolare. La necessità di una nuova legittimazione democratica a sostegno di modifiche tanto rilevanti sottolinea ancora una volta come la forma di Stato democratica conformi a sé ogni altra caratteristica ed istituto dell'assetto costituzionale spagnolo.

1.1.3. In particolare, lo Stato spagnolo come Stato sociale.

Sulla scia del già citato art. 20 GG, la Costituzione spagnola del 1978 menziona dunque esplicitamente la qualificazione dello Stato storicamente più controversa. Netta risulta così la contrapposizione rispetto alla scelta del Costituente italiano, dal quale però, come si vedrà, l'omologo spagnolo trarrà ispirazione per sviluppare il principio dello Stato sociale, in una dettagliata serie di disposizioni dai controversi risvolti interpretativi.

Occorre innanzitutto sottolineare l'esistenza di due distinte impostazioni dottrinali elaborate con riferimento al significato giuridico dell'espressione in esame. La prima ritiene infatti che, dalle nuove tipologie di relazioni che si stabiliscono tra pubblici poteri e società a seguito della creazione dello Stato sociale, discenda a tutti gli effetti una nuova forma di Stato, strutturata in modo differente rispetto alle altre, in ragione del perseguimento di finalità predeterminate e ben definite, attinenti al riequilibrio delle

¹² E' proprio la libertà della persona il "valore fondamentale", fra quelli elencati dalla seconda parte dell'art. 1.1 CE, che J. R. Cossio Díaz associa allo Stato di diritto; cfr. *id.*, *op. cit.*, p. 30.

conseguenze di meccanismi economico-produttivi forieri di forti diseguaglianze sociali.

Per questo,

“se trata de una auténtica nueva forma de Estado, es decir, de una nueva articulación entre poder público u organización política y el conjunto social¹³”.

Una seconda, contrapposta, ricostruzione ritiene invece che solo le due qualificazioni poco fa esaminate si riferiscano a vere e proprie forme di Stato, comportanti, fra l'altro, specifiche conseguenze sul piano organizzativo-istituzionale: si pensi solo alla concreta attuazione del principio di separazione dei poteri o ai meccanismi procedurali della democrazia rappresentativa. Lo Stato sociale si caratterizzerebbe invece per il fatto di non condizionare strutturalmente l'apparato organizzativo dei pubblici poteri, andando piuttosto ad incidere in maniera rilevante sulle *finalità* perseguite dallo Stato democratico di diritto, orientandone l'azione, affiancando e completando le funzioni classiche connesse con la garanzia delle libertà fondamentali con ulteriori funzioni, volte, in via di prima approssimazione, a promuovere una uguale condizione di libertà dal bisogno (v. *retro*, cap. I, parr. 2.2.1 e 2.2.5 in particolare).

Stato sociale dunque

“no significa un modo específico de «ser» del Estado, sino una manera de «actuar» por parte del poder público¹⁴”

Si ritiene ad ogni modo di poter concludere che il principio dello Stato sociale conferisce allo Stato democratico di diritto una specifica caratterizzazione, orientandone l'azione verso il perseguimento di obiettivi che è la stessa Costituzione ad enunciare, nello svolgimento della sua ormai imprescindibile funzione di indirizzo. La clausola indica così la direzione verso la quale *tutti* i pubblici poteri, tanto statali quanto autonomici, sono tenuti ad operare, secondo quanto imposto dal già citato art. 9.1 CE. L'individuazione dei soggetti costituzionalmente obbligati è del resto agevolmente deducibile completando il precetto appena ricordato con l'interpretazione del termine *Stato* fornita dalla STC 32/1981 sopra menzionata.

Al pari delle altre due qualificazioni esaminate, anche la clausola dello Stato sociale può essere definita, con espressione mutuata dalla dottrina costituzionalistica tedesca, uno dei “principi strutturali” dello Stato spagnolo, espressione di una “scelta fondamentale” operata dal Costituente, formulata sì in termini estremamente astratti,

¹³ M. Á. Aparicio Pérez, *El Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, in G. Cámara Villar, J. Cano Bueso (eds. y coords.), *Estudios sobre el estado social. El estado social y la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Tecnos, 1993, p. 48.

¹⁴ M. Aragón, *Los problemas del Estado social*, in *Sistema*, 118-119, 1994, p. 24.

ma, come per il principio democratico e per quello dello Stato di diritti, sviluppata subito da ulteriori disposizioni costituzionali¹⁵.

Tra queste, è di immediata evidenza la connessione esistente fra la caratterizzazione dello Stato spagnolo come Stato sociale e l'art. 9.2 CE, ribattezzato "clausola Lelio Basso" per la quasi letterale corrispondenza con l'art. 3 comma 2 della Costituzione italiana, la cui paternità è attribuita al deputato socialista. Disponendo infatti che

"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social",

tale articolo intende infatti affiancarsi ad uno dei cardini dello Stato di diritto, il principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, rileggendolo alla luce degli sviluppi economici e politici, secondo la linea tracciata dalla riflessione filosofica e giuridica svoltasi nel periodo compreso tra le due Guerre Mondiali. Lo Stato dunque rimane sì il garante dell'individuo di fronte al potere, ma diviene altresì uno Stato impegnato, per *mandato costituzionale*, nel miglioramento delle condizioni di vita della società e in particolare dei suoi settori più svantaggiati¹⁶. Nel perseguire tale fine, esso sarà non solo autorizzato, ma anzi, obbligato a porre in essere anche misure (in primo luogo legislative) che contravvengano al principio di uguaglianza formale, in ragione della necessaria differenziazione di trattamento che diverse situazioni di fatto richiedono. Naturalmente, l'esistenza di una reale esigenza di differenziazione si presterà ad essere valutata dal Tribunal Constitucional in punto di *ragionevolezza*, non sussistendo la quale, qualunque trattamento ingiustificatamente differenziato si trasformerà automaticamente in discriminatorio, e dunque contrario all'art. 14 CE¹⁷. Il principio di uguaglianza sostanziale è quindi un principio informatore dell'intero articolato costituzionale¹⁸, dal quale tuttavia, è difficile dedurre l'esistenza di pretese giuridiche immediatamente esigibili¹⁹, stante l'elevato livello di astrattezza del precetto

¹⁵ L. Villacorta Mancebo, *La construcción del Estado democrático español: algunas perspectivas*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 109, jul.-sept. 2000, p. 83.

¹⁶ J. Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional. 12ª ed., revisada y puesta al día por M. Carrasco Durán*, Marcial Pons, 2010, p. 149.

¹⁷ Á. Garrorena Morales, *El Estado español como estado social y democrático de derecho*, Tecnos, 1984, pp. 50-51. L'Autore ricorda poco dopo che lo scrutinio del giudice delle leggi non deve però invadere le competenze del legislatore: il Tribunal Constitucional dovrà quindi astenersi dal sindacare l'opportunità o la qualità degli interventi che si troverà ad esaminare (pp. 55-56).

¹⁸ *Ibidem*, p. 62.

¹⁹ E. Á. Conde, V. Garrido Mayol, R. Tur Ausina, *Derecho constitucional*, Tecnos, 2011, p. 63. Gli stessi Autori segnalano altresì un interessante cambio di rotta nella considerazione giurisprudenziale del precetto di cui all'art. 9.2 CE: se infatti fino ad oggi i pubblici poteri erano stati individuati quali

e la necessità di una sua concretizzazione per mezzo dell'attività dei pubblici poteri, ciascuno nell'esercizio delle proprie attribuzioni, secondo le modalità da essi ritenute più opportune²⁰.

Il principio dello Stato sociale diviene così il tronco lungo il quale si impianta una variegata serie di norme costituzionali che, di volta in volta, riconoscono come meritevoli di tutela situazioni connesse con particolari settori della società che necessitano di maggior protezione, a causa della posizione di svantaggio (anche solo potenziale, dovuto a ragioni economiche o di altra natura) nella quale si collocano, oppure impongono ai poteri pubblici specifici doveri di protezione e promozione in relazione a beni o *status* in senso lato connessi con il pieno sviluppo della personalità umana, il cui godimento effettivo è condizione per la piena partecipazione alla società in condizione di uguaglianza (appunto, sostanziale). Ci si riferisce qui innanzitutto ad alcune delle norme contenute nella Sezione II del Capitolo II del Titolo I (artt. 30-38 CE), che riconoscono, tra gli altri, il diritto alla proprietà privata, temperandolo con il suo possibile orientamento allo svolgimento di funzioni sociali, i principali diritti dei lavoratori, i diritti connessi con l'iniziativa economica privata. Obbligato è poi il riferimento ai *Principi rettori della politica sociale ed economica* racchiusi nel Capitolo III del Titolo I: formulati nella maggior parte dei casi come mandati al legislatore, oggetto di un pluridecennale dibattito incentrato essenzialmente sulla loro efficacia giuridica e conseguente giustiziabilità, essi saranno oggetto di trattazione separata nel prosieguo del presente capitolo, al quale dunque si rinvia per maggiori approfondimenti.

Infine, gemmazione del principio dello Stato sociale sono inoltre considerate quelle norme attinenti alla cd. "costituzione economica" dello Stato spagnolo, fra cui ricordiamo l'art. 129.2 CE, relativo alla promozione di meccanismi che favoriscano la partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese, o l'art. 131 CE, che conferisce allo Stato il potere di pianificare l'"attività economica generale" con l'obiettivo di far fronte alle necessità collettive ed equilibrare e armonizzare lo sviluppo regionale e settoriale, prevedendo altresì l'istituzione di un apposito Consiglio che consenta la

principali destinatari degli obblighi in essa contenuti, una recente giurisprudenza del Tribunal Constitucional sembra averne esteso la portata anche agli altri soggetti dell'ordinamento giuridico, quali in particolare i partiti politici (v. STC 12/2008, in materia di partecipazione paritaria di uomini e donne alla competizione elettorale).

²⁰ E' quanto si deduce dalla STC 39/1986, nella quale si afferma che sarà il legislatore, esercitando i poteri conferitigli, ad individuare e disciplinare le concrete modalità attraverso le quali si esplica il concetto di "partecipazione istituzionale" (F. J. 4.C).

partecipazione delle varie istituzioni e dei differenti soggetti coinvolti nelle varie attività produttive.

Fin qui il quadro di riferimento fornito dall'impianto della Carta Fondamentale. Il Tribunal Constitucional ha poi contribuito a sviluppare ed approfondire il significato della nozione di Stato sociale con particolare riferimento al contesto spagnolo. La sentenza che con maggior precisione affronta il tema in esame è indubbiamente la STC 18/1984, secondo la quale, in primo luogo, la formula dell'art. 1.1 CE altro non fa se non "fotografare" una realtà propria dell'epoca attuale, caratterizzata da una forte interazione tra Stato e società. In ragione del dettato costituzionale, tanto l'esercizio dei diritti da parte dei cittadini, come il compimento di alcuni doveri (ad es. quelli contributivi) acquisiscono così una particolare "*transcendencia social*". Secondo il Tribunal Constitucional, gli effetti dell'interazione descritta conducono infatti al riconoscimento di diritti economici e sociali, per la cui concretizzazione è necessario l'intervento dello Stato; al tempo stesso però, l'interazione fra Stato e società comporta anche una maggior partecipazione dei cittadini all'organizzazione di esso e un più penetrante intervento ordinatore dello Stato con riferimento a quegli enti che svolgano attività di rilevante interesse pubblico. Così, dunque, in uno Stato sociale, Stato e società arrivano a compenetrarsi, influenzandosi reciprocamente:

"La configuración del Estado como social de Derecho, viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho público-privado" (F.J. 3)²¹.

Ma, come si vedrà, tentare un'interpretazione isolata del principio dello Stato sociale rischia di essere un'operazione tanto ardua quanto vana. Nel prossimo paragrafo saranno quindi approfondite le relazioni intercorrenti fra il principio dello Stato sociale e le altre due qualificazioni, che *ex art. 1.1 CE*, definiscono lo Stato spagnolo e saranno esaminate le conseguenze interpretative derivanti da questa interazione.

1.1.4. L'art. 1.1 CE: le parti e il tutto. Quali relazioni interpretative?

Varie sono state nel tempo le interpretazioni fornite con riferimento alla formulazione contenuta nell'art. 1.1 CE.

²¹ Il Tribunal Constitucional rigetta qui un ricorso di *amparo* relativo ad un atto interno emesso dall'organo amministrativo di una "cassa di risparmio", considerando che l'ente da esso cui proviene ha natura di ente "con finalità di interesse pubblico", ma non di "ente pubblico"; pertanto gli atti interni emanati da tale tipologia di ente non sono suscettibili di essere impugnati tramite ricorso di *amparo*.

Innanzitutto, è ormai indubitabile, sebbene discussa in sede costituente²², la natura perfettamente giuridica della norma in esame: inserita nel *Título Preliminar*, a tutti gli effetti parte della Carta Fondamentale, essa è di conseguenza, e a differenza del Preambolo²³, dotata di piena efficacia e vincolatività. Lo stesso Tribunal Constitucional rifiuta infatti fin da subito qualunque distinzione fra norme meramente programmatiche e norme immediatamente precettive, ribadendo la piena giuridicità di tutte le disposizioni della Carta Fondamentale²⁴. Alcune ricostruzioni tuttavia mettono in luce che, sebbene l'art. 1.1 CE non sia una mera norma programmatica, da essa non è però dato derivare pretese giuridiche (di qualsiasi natura, dunque non unicamente di carattere prestazionale) direttamente esigibili, che saranno invece deducibili dagli ulteriori precetti costituzionali che esplicitano la formulazione ivi contenuta²⁵. Ciò naturalmente, come si vedrà meglio tra breve, non toglie che l'art. 1.1 CE possa essere utilizzato per fini interpretativi e, di conseguenza, come parametro in un eventuale giudizio di costituzionalità.

Volendo a questo punto tentare una interpretazione complessiva della formula definitoria utilizzata dall'art. 1.1 CE, si possono ricordare almeno due differenti impostazioni ermeneutiche.

Una parte della dottrina, infatti, soprattutto nella fase iniziale della vigenza del nuovo testo costituzionale, aveva avanzato una visione per così dire “storico-evolutiva” di detta espressione, giungendo a considerarla uno specchio del percorso attraverso il quale lo Stato di diritto liberale ottocentesco acquisisce progressivamente la fisionomia di Stato democratico, per concludere poi la propria naturale parabola con l'assunzione dei

²² F. Garrido Falla, *Artículo 1*, in F. Garrido Falla (coord.), *Comentarios a la Constitución. 2ª ed. ampliada*, Civitas, 1985, p. 25.

²³ Il Tribunal Constitucional aveva in un primo momento (STC 36/1981, F.J. 7) negato la sussistenza di qualsiasi valore normativo *diretto* dei preamboli di qualsiasi testo normativo, attribuendo tuttavia ad essi un valore normativo *indiretto*, affermando la loro utilizzabilità per fini interpretativi di norme dotate di piena giuridicità; Cfr. J. Tajadura Tejada, *Función e valor dei preamboli costituzionali*, in *Quaderni Costituzionali*, anno XXIII, n. 3, sett. 2003, p. 514, in particolare, n. 16. Più recentemente, (STC 150/1990, F.J. 2), si è inoltre ribadito in modo più netto che “los preámbulos o exposiciones de motivos de las leyes carecen de valor normativo” e che conseguentemente, non possono essere oggetto di ricorso di incostituzionalità. Si può dunque affermare che, se i preamboli non hanno valore dispositivo, mantengono tuttavia un valore *latu sensu* giuridico di natura interpretativa; cfr. J. M^a. Castellá Andreu, *Apuntes sobre los preámbulos y sus valor jurídico*, relazione al seminario *El control constitucional del preámbulo* (12 novembre 2009), promosso dalla *Fundación Ciudadanía y Valores*, consultabile alla pagina web http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1258391838_josep_maria_castella.pdf

²⁴ STC 16/1982, F.J. 1: “[...] la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella”.

²⁵ E. Á. Conde, V. Garrido Mayol, R. Tur Ausina, *op. cit.*, p. 59.

compiti propri dello Stato sociale. In una prospettiva “trasformativa” così delineata, l’*iter* tracciato non sarebbe però giunto ancora a compimento: esso dovrebbe concludersi (questo l’auspicio dei teorici di questa posizione) con il superamento di tale forma di stato da parte dello “Stato democratico di diritto”, caratterizzato da una partecipazione reale delle masse ai processi decisionali e produttivi²⁶. Una simile interpretazione, fortemente connotata politicamente, eccessivamente proiettata in un futuro quasi utopico, e priva di basi sufficienti nei lavori preparatori della Costituzione del 1978²⁷, non ha però incontrato particolare favore.

L’interpretazione nettamente prevalente è oggi infatti quella che valorizza le interrelazioni esistenti fra i tre termini e, conseguentemente, il reciproco arricchimento dei rispettivi significati²⁸. Premesso che l’ordine logico seguito nell’analisi appena svolta non comporta in alcun modo una relazione di gerarchia fra le tre qualificazioni dello Stato, è possibile dunque affermare che fra di esse intercorre una vera e propria relazione di complementarità²⁹.

Secondo tale schema, lo Stato democratico rinnova la propria fisionomia alla luce del principio dello Stato sociale e supera i limiti della propria impostazione ottocentesca. Uno Stato che sia veramente democratico, non potrà del resto che essere anche Stato sociale³⁰, favorendo con i propri interventi una piena fruizione dei diritti fondamentali ed una reale partecipazione della società alla gestione della cosa pubblica. In quest’ottica, dunque, non solo si costituzionalizza il suffragio universale, ma nella medesima Carta Fondamentale si prospettano altresì meccanismi di partecipazione della società nella pianificazione e gestione dell’economia³¹. Dal canto suo, lo Stato sociale esce ulteriormente rafforzato, oltre che dal rango sovraordinato della fonte che lo proclama, anche dall’interazione con il principio democratico, cosicché, in futuro, non potrà darsi uno Stato sociale che non sia anche democraticamente governato³². Come in parte anticipato, il principio democratico risulta a sua volta limitato dal principio dello

²⁶ L’interpretazione qui sintetizzata è attribuita da Á. Garrorena Morales a E. Díaz, P. Lucas Verdú e G. Peces-Barba e dal medesimo autore diffusamente dibattuta nell’opera *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Tecnos, 1984, pp. 217 ss..

²⁷ *Ibidem*, pp. 232-237.

²⁸ Si vedano a questo proposito le considerazioni svolte da M. García-Pelayo nel saggio *El Estado social y democrático de derecho en la Constitución española*, in Id., *Las transformaciones del estado contemporáneo*, Alianza Editorial, 1993, pp. 92-104.

²⁹ E. Á. Conde, V. Garrido Mayol, R. Tur Ausina, *op. cit.*, p. 60.

³⁰ J. Pérez Royo, *op. cit.*, p. 150.

³¹ Á. Garrorena Morales, *op. cit.*, p. 206.

³² *Ibidem*, p. 209. Il riferimento obbligato è qui alle particolari manifestazioni dello Stato sociale come entità “totalizzante” avutesi durante la vigenza di regimi come quello fascista o nazionalsocialista.

Stato *costituzionale* di diritto. Se infatti al legislatore democratico è demandato il compito di dare attuazione e specificare numerose e delicate disposizioni costituzionali, al tempo stesso egli sarà comunque strettamente vincolato al dettato della Carta Fondamentale, da un punto di vista tanto procedurale quanto sostanziale; la legge che ad esso contravvenga sarà colpita dalla dichiarazione di incostituzionalità. Più complessa – e storicamente più controversa – è la relazione tra Stato sociale e Stato di diritto, considerati per lungo tempo concetti antinomici³³, correlati con valori, come uguaglianza e libertà, ritenuti assolutamente inconciliabili. La prospettiva cambia tuttavia radicalmente assumendo come centro di gravità dell'intero impianto costituzionale la “dignità della persona”, i “diritti fondamentali che le sono inerenti”, nonché il “libero sviluppo della personalità”, posti dall'art. 10.1 CE “a fondamento dell'ordine politico e della pace sociale”. Tale criterio interpretativo comporta rilevanti conseguenze con riferimento *in primis* al ruolo del “diritto”, che, da fonte incaricata di limitare l'attività dei pubblici poteri ed evitare indebite ingerenze di essi nella sfera intangibile delle libertà individuali, diviene strumento per conseguire un maggior livello di uguaglianza. Al tempo stesso, come già anticipato, l'*entrenchment* della clausola dello Stato sociale (e delle norme che lo sviluppano) ne rafforzano l'efficacia e la vincolatività, imponendone il rispetto e l'attuazione a tutti i pubblici poteri³⁴ e rendendola utilizzabile come principio interpretativo e come parametro in un eventuale giudizio di costituzionalità.

Una simile ricostruzione sembra essere ormai consolidata anche nella giurisprudenza del Tribunal Constitucional: sebbene molto spesso esso si limiti a riferimenti nei quali, a seconda del caso concreto coinvolto, sono associate di volta in volta solo due delle tre qualificazioni dello Stato spagnolo, non mancano infatti importanti sentenze nelle quali le tre espressioni sono menzionate congiuntamente, in un tutt'uno che pare sottolineare come nessuna di esse possa operare isolatamente³⁵.

³³ Sulla scia dell'interpretazione offerta da E. Forsthoff (per la quale si rimanda al Capitolo I della Parte I di questo lavoro) si colloca anche F. Garrido Falla, che evidenzia la – a suo dire – patente contraddizione che sussisterebbe tra la proclamazione dei “classici” diritti di libertà di cui al Titolo I, Capitolo II, Sezione I CE e l'inclusione nella Costituzione dei *Principi rettori della politica sociale ed economica* di cui al Capitolo III del medesimo Titolo (contenenti “nel migliore dei casi” dei semplici “mandati diretti al legislatore”), risolvendola favore dei primi e dunque dello Stato di Diritto; F. Garrido Falla, *Artículo 1*, *cit.*, p. 28.

³⁴ J. R. Cossio Díaz, *op. cit.*, p. 37.

³⁵ M. Á. Aparicio Pérez, M. Barceló i Serramalera, *Manual de derecho constitucional*, Atelier, 2009, p. 122.

Così, con riferimento alla fruizione di prestazioni connesse con il godimento dei diritti sociali, si segnala l'utilizzo della formula dello Stato sociale e democratico di diritto in combinazione con principio di uguaglianza sostanziale espresso dall'art. 9.2 CE. E' quanto afferma, ad esempio, la STC 19/1982, emessa in un giudizio di *amparo*, che afferma il diritto al percepimento congiunto di una pensione di anzianità e di una di reversibilità anche per chi avesse maturato i requisiti di fatto sotto la previgente disciplina, secondo la quale il percepimento della pensione di reversibilità era subordinato alla rinuncia alla pensione di anzianità. Il Tribunal Constitucional giustifica la propria decisione affermando che una diversa conclusione comporterebbe una discriminazione ingiustificata, basata unicamente sulla diversa disciplina vigente al momento del verificarsi delle condizioni di fatto dalle quali discende il diritto al percepimento della pensione. Il ragionamento del giudice delle leggi fa perno sul mandato conferito ai pubblici poteri dall'art. 9.2 CE, affinché questi si adoperino per rimuovere gli ostacoli che impediscono all'individuo un godimento pieno della libertà e dell'uguaglianza; tale mandato, così come quello più specifico conferito dall'art. 50 CE affinché i pubblici poteri garantiscano il sostentamento economico dei cittadini durante la terza età, sono considerati dal Tribunal Constitucional diretta conseguenza ed emanazione del "principio informatore" di cui all'art. 1.1 CE, che configura lo Stato spagnolo come Stato sociale e democratico di diritto (F.J. 6) ed obbliga chiunque ad una interpretazione ad esso conforme anche della legislazione previgente all'entrata in vigore della Costituzione (F.J. 7). A questa pronuncia fa eco la successiva STC 81/1982 (F.J. 3).

Il principio dello Stato sociale e democratico di diritto informa quindi anche l'interpretazione e l'applicazione dei classici diritti di libertà. Si ricorda in proposito la STC 88/1985, emessa in un giudizio di *amparo* promosso da un lavoratore che si riteneva ingiustamente licenziato per aver avanzato pubblicamente le proprie critiche all'indirizzo della organizzazione presso la quale prestava servizio. Il Tribunal Constitucional, nel motivare la propria decisione di annullare le sentenze che rigettavano il ricorso originariamente promosso dal lavoratore e conseguentemente ordinare il reintegro del medesimo nel proprio posto di lavoro, per violazione dell'art. 21.1 lett. a CE relativo alla libertà di espressione delle proprie idee ed opinioni, non esita ad affermare (F.J. 2) che

“La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros el derecho a expresar y

difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones [...] Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1)”.

Ugualmente, anche i diritti connessi con la partecipazione alla gestione della cosa pubblica sono coperti dal grande “ombrello” dell’art. 1.1 CE. E’ quanto si può apprezzare nella STC 12/2008, che si pronuncia in merito alla *cuestión de inconstitucionalidad* e al *recurso de inconstitucionalidad*³⁶ riuniti, promossi rispettivamente da un giudice del contenzioso amministrativo e da più di cinquanta deputati del gruppo parlamentare del Partido Popular, in riferimento alla *Ley Orgánica* 5/1985, del 19 giugno, in materia di regime elettorale generale (LOREG), così come modificata dalla *Ley Orgánica* 3/2007, del 22 marzo, per l’uguaglianza effettiva di donne e uomini (LOIHM). Le disposizioni impugnate, che prescrivono la composizione equilibrata nel genere di ciascuna delle liste che concorrano in una qualsiasi competizione elettorale, cosicché in ognuna ciascuno dei due sessi abbia candidati per almeno il 40% del totale, sono però ritenute pienamente costituzionali dal giudice delle leggi spagnolo, secondo il quale non conseguirebbe da esse alcuna violazione degli artt. 14 e 23 CE nonché 16 e 20.1 lett. a CE³⁷, come prospettato nella *cuestión* e nel *recurso*. La legittimità costituzionale dell’imposizione fatta ai partiti politici con riferimento alla redazione delle liste elettorali si spiega infatti alla luce del precetto di cui all’art. 9.2 CE e del conseguente dovere imposto ai pubblici poteri di rimuovere gli ostacoli che impediscano (nel caso specifico, alle donne) di accedere in condizioni di parità alla competizione elettorale e dunque alle cariche pubbliche. Il principio di uguaglianza

³⁶ Secondo l’art. 163 CE, qualora un organo giudiziario, nel corso di un giudizio, ritenga che la norma con rango di legge dalla quale dipende la decisione della controversia di fronte ad esso pendente possa essere contraria a Costituzione, questo sarà tenuto a sollevare la *cuestión de inconstitucionalidad* di fronte al Tribunal Constitucional; il dettato della CE è ulteriormente specificato dagli artt. 35-37 LOTC. Dal combinato disposto degli artt. 161.1 lett. a e 162.1 lett. a CE si deduce inoltre che cinquanta deputati o cinquanta senatori (come il Presidente del Governo, il Defensor del Pueblo, dagli organi collegiali di governo delle CCAA o eventualmente dalle loro assemblee legislative) possono sollevare il *recurso de inconstitucionalidad* presso il Tribunal Constitucional nei confronti di disposizioni di legge o di altri atti aventi forza di legge; la disciplina è poi delineata in dettaglio dagli artt. 31-34 LOTC.

³⁷ E quindi, complessivamente, per la violazione dei diritti connessi con l’uguaglianza di fronte alla legge (che non ammetterebbe le cd. “discriminazioni positive”), con la libera partecipazione alle cariche pubbliche ed associazione in partiti politici, con la libera espressione delle proprie convinzioni politiche e con il principio di unitarietà del corpo elettorale; così la stessa STC 12/2008, nell’*extracto*.

sostanziale è uno dei corollari principali che discendono dalla caratterizzazione dello Stato spagnolo come Stato sociale e democratico di diritto, a sua volta vero e proprio “fondamento assiologico per la comprensione dell’intero ordine costituzionale”. E’ quindi perfettamente coerente che anche i partiti politici, in ragione della funzione costituzionale che essi svolgono, siano il veicolo di specifici interventi che, limitandone in un certo qual modo l’autonomia organizzativa, hanno comunque il fine ultimo di perseguire una effettiva uguaglianza fra i sessi (F.J. 4) e quindi, si aggiunge, una più concreta e decisa attuazione del principio democratico, quale risulta dalle interazioni con il principio dello Stato sociale (costituzionale) di diritto.

Nonostante la varietà di situazioni affrontate ed il largo interpretativo della formula di cui all’art. 1.1 CE, non sono mancate tuttavia alcune critiche nei confronti della giurisprudenza del Tribunal Constitucional, qui sinteticamente esemplificata. Una parte della dottrina (non del tutto a torto, per la verità) ha infatti segnalato come essa comunque fallisca nell’offrire una definizione univoca di Stato sociale e democratico di diritto: la formula sarebbe infatti quasi sempre invocata con riferimento ad altre disposizioni costituzionali, utilizzate come parametro all’interno dello specifico giudizio in corso, fungendo così da semplice strumento interpretativo per verificare la costituzionalità delle norme di volta in volta analizzate³⁸.

1.2. Lo Stato spagnolo come “Estado autonómico”.

Se l’art. 1.1 CE definisce l’identità e le caratteristiche dello Stato spagnolo inteso nell’accezione di complesso di istituzioni che, su più livelli territoriali, ne compongono l’organizzazione giuridico-politica, l’art. 2 CE ne fa emergere per la prima volta nella storia costituzionale spagnola la fisionomia autonoma. Affiancando infatti al forte radicamento della Costituzione nella “nazione spagnola” il riconoscimento e la garanzia del diritto all’autonomia delle nazionalità e delle regioni che la compongono, la Carta Fondamentale del 1978 tenta una mediazione fra la forte tendenza unitaria (che nella sua accezione centralista aveva significativamente marcato il quarantennio franchista) e le altrettanto rilevanti, ed apparentemente inconciliabili, esigenze di decentramento, espresse con particolare forza dai rappresentanti dei partiti nazionalisti baschi e catalani.

³⁸ M. Á. Aparicio Pérez, *El Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 61.

La soluzione adottata in sede costituente e riflessa dall'art. 2 è quindi quella di conferire la *sovrانيتà* solo ed esclusivamente alla nazione spagnola³⁹, che, soggetto unico ed indivisibile, titolare (come si è visto) del potere costituente, legittima l'intero ordinamento giuridico, e al tempo stesso di riconoscere un certo grado di autodeterminazione alle differenti "nazionalità e regioni" che ne fanno parte e che, pur non definite espressamente dal Costituente⁴⁰, rappresentano gli antecedenti sociologici e culturali delle istituende *Comunidades Autónomas*⁴¹ (CCAA). Ancora una volta è la STC 4/1981 a chiarire la differenza fra sovranità e autonomia e ad indicare il corretto bilanciamento fra i due concetti:

"la Constitución (arts. 1 y 2) parte de la unidad de la Nación española que se constituye en Estado social y democrático de Derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español en el que reside la soberanía nacional. Esta unidad se traduce así en una organización -el Estado- para todo el territorio nacional. Pero los órganos generales del Estado no ejercen la totalidad del poder público, porque la Constitución prevé, con arreglo a una distribución vertical de poderes, la participación en el ejercicio del poder de entidades territoriales de distinto rango, tal como se expresa en el art. 137 de la Constitución al decir que «el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses». [...] la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía -y aún este poder tiene sus límites-, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el art. 2 de la Constitución" (F.J. 3).

Le ulteriori disposizioni costituzionali che, eminentemente nel Titolo VIII, sviluppano l'organizzazione dell'*Estado autonómico* spagnolo possono quindi essere lette alla luce di una simile interpretazione. Alle CCAA che storicamente avevano già sperimentato regimi di autogoverno e che al tempo della promulgazione della Costituzione fossero regolate da un regime di cd. "preautonomia" si conferisce immediatamente (2^a disp. trans.) l'accesso ad un regime competenziale estremamente ampio, prevedendo altresì una procedura speciale per l'approvazione dello Statuto (art. 151.2 CE, differente dalla procedura ordinaria di cui all'art. 146 CE); per le altre, si subordina ogni futuro ampliamento delle competenze ad una modifica statutaria comunque da effettuarsi una volta trascorsi cinque anni dall'istituzione della CA (art.

³⁹ Art. 2 CE: "La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española...".

⁴⁰ L. Vandelli, *L'ordinamento regionale spagnolo*, Giuffrè, 1980, p. 190.

⁴¹ J. J. Solozábal Echavarría, *Artículo 2*, in M. E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (coords.), *op. cit.*, p. 56.

148.2 CE)⁴². Sono quindi gli artt. 148 e 149 CE a tracciare il quadro del riparto di competenze fra Stato centrale e CCAA. Se il primo contiene l'elenco delle competenze che fin da subito *tutte* le CCAA potranno scegliere di assumere, secondo il *principio dispositivo*⁴³, il secondo indica le competenze esclusive dello Stato e ricorda altresì (art. 149.3 CE) che tutte le competenze non espressamente attribuite allo Stato potranno essere assunte dalle CCAA tramite i rispettivi Statuti; finché ciò non avvenga, varranno pur sempre le discipline statali, che assumeranno così la veste di *diritto suppletorio* in attesa dell'intervento del legislatore autonomico. Si delinea così un modello di Stato composto "transitoriamente disomogeneo, ma costituzionalmente simmetrico"⁴⁴, poiché tutte le CCAA godono, da un punto di vista di *status* costituzionale, della medesima posizione. Lo sviluppo storico dei rapporti fra centro e periferia, marcato nel 1981 e nel 1992 dalla conclusione di fondamentali accordi politici (i cd. *pactos autonómicos*) fra i due principali partiti politici spagnoli, PSOE e UCD (poi PP), avrebbe poi condotto a più riprese ad un progressivo quanto altalenante avvicinamento del regime organizzativo e competenziale delle due categorie di CCAA, in un processo in cui "fuga in avanti" ed "inseguimento" si susseguono a fasi alterne. La più recente fase del magmatico processo di costruzione dello Stato autonomico spagnolo è quella che si è aperta con l'approvazione dei nuovi Statuti di Catalogna e Comunità Valenciana (2006) e che, come si avrà modo di osservare in seguito, ha visto il Tribunal Consitucional svolgere ancora una volta un ruolo da protagonista.

Il riconoscimento dell'autonomia come manifestazione di pluralismo all'interno dell'unità nazionale comporta però anche l'introduzione di un principio correttivo essenziale al mantenimento di un assetto realmente democratico, nel senso sopra specificato: l'art. 2 CE si riferisce così al principio di solidarietà. In merito, si possono

⁴² La differente regolamentazione del regime competenziale e della procedura per l'elaborazione dello Statuto (comunque sempre da promulgarsi per mezzo di una legge organica, ex art. 81 CE), ha comportato ben presto l'affermarsi di due distinte categorie di CCAA. Alle CCAA della cd. "*vía rápida*" appartengono Catalogna e Paese Basco (storicamente più impegnate nelle rivendicazioni autonomistiche), Galizia e Andalusia (che per motivi storici e geografici, nonché per differenti decisioni politiche, elaborarono il proprio Statuto secondo la procedura dell'art. 151.2 CE); tutte le altre CCAA hann6 5nvece seguito la cd. "*vía lenta*", con l'eccezione di Comunità Valenciana e Isole Canarie, che si collocano in posizione intermedia, per aver ottenuto, contemporaneamente all'approvazione dei rispettivi Statuti (1982), il trasferimento di competenze ulteriori rispetto a quelle strettamente previste nell'art. 148 CE, nonché della Navarra, che ottenne un regime peculiare a protezione del proprio territorio storico forale. Cfr. R. Scarciglia, D. Del Ben, *Spagna*, Il Mulino, 2005, p. 48; per una sintesi storica sull'avvio del processo autonomistico, C. Adagio, A. Botto, *Storia della Spagna democratica. Da Franco a Zapatero*, Bruno Mondadori, 2006, pp. 50 ss.; sul regime preautonomico, L. Vandelli, *op. cit.*, pp. 81 ss..

⁴³ Cosicché il miglior criterio per stabilire se una particolare materia (e quale suo aspetto) è di competenza di una determinata Comunità Autonoma o dello Stato è quello di verificarne l'inserimento all'interno del relativo Statuto (STC 18/82, F.J. 1).

⁴⁴ R. L. Blanco Valdés, *op. cit.*, p. 149.

per adesso segnalare gli artt. 138 e 158 CE: se il primo affida allo Stato il compito di vigilare sull'equilibrio economico fra le diverse parti del territorio spagnolo, ribadendo che le differenze fra gli Statuti delle varie CCAA non potranno tradursi in privilegi economici o sociali, il secondo stabilisce alcune misure correttive degli eventuali squilibri economici risultanti fra le CCAA, autorizzando trasferimenti di fondi con lo scopo di assicurare ovunque un livello minimo di prestazioni concernenti i servizi pubblici e istituendo quello che in seguito sarà nominato "Fondo di compensazione interterritoriale".

Molti sono poi gli strumenti che lo Stato centrale trattiene ed esercita al fine di mantenere un certo livello imprescindibile di omogeneità (o per meglio dire, di uguaglianza) fra le diverse CCAA, pur nel loro legittimo e riconosciuto diritto alla differenziazione. Rimandando ad un momento successivo ulteriori approfondimenti, ci si limita in questa sede a ricordare il fondamentale quanto controverso art. 149.1.1 CE, che stabilisce la competenza esclusiva a favore dello Stato nella regolazione delle condizioni basiche che garantiscano l'uguaglianza di tutti gli spagnoli nel godimento dei loro diritti e nell'esercizio dei loro doveri costituzionali.

2. I "diritti sociali" nella Costituzione del 1978: tutti veri diritti?

2.1. Antecedenti storici (cenni).

La collocazione all'interno della Carta Fondamentale di norme che esprimono la sempre più complessa fisionomia di una società economicamente sviluppata, che si propongono di tutelare quei gruppi sociali ritenuti più deboli e che, di conseguenza, affidano allo Stato un ruolo necessariamente attivo nell'economia e nella società, in funzione non solo protettiva, ma anche promozionale, non rappresentano una novità assoluta nel panorama costituzionale spagnolo. Già la Costituzione del 1931 aveva infatti offerto importanti innovazioni in tal senso, gettando le basi per una futura, intensa legislazione sociale, impegnando la neonata Seconda Repubblica nel compimento di un'ampia serie di doveri e di attività. Così, ad esempio, secondo l'art. 46, essa avrebbe assicurato a tutti i lavoratori "le condizioni necessarie per un'esistenza degna", tramite una legislazione sociale che, in linea con le principali evoluzioni verificatesi nel primo dopoguerra, avrebbe regolato le assicurazioni di malattia,

infortunio, disoccupazione, vecchiaia, invalidità e morte, il lavoro giovanile e femminile, la giornata di lavoro ed il salario minimo individuale e familiare, nonché, fra l'altro, la partecipazione degli operai alla direzione, all'amministrazione e ai benefici dell'attività di impresa, sulla scia di quanto già stabilito dalla coeva costituzione di un'altra repubblica, quella tedesca, ormai avviata inesorabilmente al tramonto. Previsioni simili erano poi contenute nell'art. 47, dedicato alla protezione dei lavoratori agricoli e dei pescatori. L'art. 48 garantiva inoltre un sistema di istruzione primaria libero, laico e gratuito, il cui svolgimento sarebbe stato possibile, nelle regioni autonome, anche nella lingua rispettivamente propria di queste ultime (art. 50). La protezione della famiglia era oggetto dell'art. 43, che nel suo ultimo comma ricordava inoltre che lo Stato avrebbe prestato assistenza agli anziani, agli infermi, proteggendo altresì la maternità e l'infanzia, facendo propria, con un'apertura al diritto internazionale veramente singolare per l'epoca, la Dichiarazione di Ginevra sui diritti del fanciullo, adottata dalla Società delle Nazioni nel 1924. L'art. 44 regolava inoltre il diritto di proprietà e subordinava tutta la ricchezza del Paese, pubblica o privata, agli interessi dell'economia nazionale, mentre l'art. 45 affidava allo Stato il compito di tutelare il patrimonio artistico, culturale e naturale spagnolo. Le previsioni in esame rappresentavano senza dubbio un salto di qualità evidente rispetto al quadro costituzionale del passato, collocando il diritto sociale della Repubblica spagnola fra i più avanzati dell'epoca⁴⁵. Tuttavia, sia in sede costituente come in momenti successivi, le basi della futura azione sociale repubblicana, sebbene fondamentali per l'importanza simbolica e politica che rivestirono, non furono esenti da aspre critiche, che in particolare ne mettevano in risalto l'eccessivo dettaglio, l'astrattezza e il carattere quasi utopico di mere "promesse costituzionali"⁴⁶.

Alla luce delle considerazioni complessive svolte nel par. 2 del Capitolo I, non sorprende che critiche del tutto analoghe siano state avanzate anche nel corso del dibattito costituente relativo alla Carta Fondamentale attualmente vigente. Basti solo ricordare in questa sede le significative parole del deputato Barrera Costa, che, nell'analizzarne l'*anteproyecto*, ne sottolinea il carattere sincretico dovuto alle molteplici influenze tratte da altri documenti costituzionali⁴⁷ -tedesco, italiano,

⁴⁵ R. Palmer Valero, *Los problemas socioeconómicos en la Constitución de 1931*, CEPC, 1997, p. 152.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 148.

⁴⁷ Si veda a riguardo J. M. Villar Uribarri, *Antecedentes inspiradores y peculiaridades propias de los derechos fundamentales y libertades públicas en la constitución española de 1978*, in *X jornadas de*

portoghese, principalmente - e da numerosi trattati internazionali, l'eccessiva lunghezza, e, ancora una volta, la ritenuta pressoché totale impossibilità di attuare le moltissime disposizioni di carattere sociale o economico in essa contenute⁴⁸.

2.2. *“Topografia” e “tassonomia” costituzionali: una mappa dei diritti sociali nella Costituzione spagnola.*

Come è noto, la Carta Fondamentale spagnola contiene una vasta e dettagliata serie di disposizioni che, variamente formulate dal punto di vista linguistico e diversamente strutturate da quello giuridico, risultano riconducibili alla vasta categoria dei diritti economici e sociali, come storicamente affermatasi nel corso del XX secolo, secondo il percorso e le caratteristiche descritti nel capitolo I. Prima di procedere all'analisi delle differenti ricostruzioni offerte a riguardo da dottrina e giurisprudenza in oltre un trentennio di attività, occorre tuttavia identificare in primo luogo la collocazione dei diritti sociali all'interno della Costituzione e in seguito procedere ad una classificazione delle disposizioni che li affermano. Le norme in questione sono infatti contenute all'interno del Titolo I CE, intitolato ai diritti e doveri fondamentali, ma ripartite fra la Sezione II del Capitolo II (sui diritti e doveri dei cittadini) e il Capitolo III, significativamente intitolato ai “principi rettori della politica sociale ed economica”.

La Sez. II del Cap. II comprende quindi il diritto di proprietà (“corretto” dalla funzione sociale a cui essa è comunque vincolata; art.33 CE), il diritto al lavoro, alla libera scelta della propria occupazione, ad una remunerazione adeguata al soddisfacimento dei bisogni propri e della propria famiglia (art. 35 CE), alla contrattazione collettiva (art. 37 CE), la libertà d'impresa (art. 38 CE). A questi si aggiungano inoltre il diritto all'istruzione (art. 27 CE), la libertà sindacale e il diritto di sciopero (art. 28 CE), senza dubbio riconducibili alla categoria dei diritti sociali⁴⁹ tanto per ragioni storiche quanto per il loro contenuto, ma collocati dalla Costituzione del

estudio. Introducción a los derechos fundamentales. Vol. I, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de la Justicia, 1988, pp. 609-626.

⁴⁸ Cfr. seduta dell'8 maggio 1978 della *Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas* del *Congreso de los Diputados*; Congreso de los Diputados, *Diario de Sesiones*, n. 60, 1978, pp. 2076-2077.

⁴⁹ Ciò è affermato del resto anche nelle più “classiche” delle ricostruzioni dottrinali; si veda ad es. L. M^a Díez-Picazo, *La idea de derechos fundamentales en la Constitución española*, in *Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del ‘derecho constitucional comparado’ de M. García-Pelayo*, Fundación M. García-Pelayo, 2000, p. 409.

1978 all'interno della Sezione I del Capitolo II, con importanti riflessi sulla tecnica di tutela per essi prevista.

Il Capitolo III contiene invece un'ampia ed eterogenea serie di norme, rispetto alle quali, nel tempo, la dottrina ha proposto diverse classificazioni, fondate essenzialmente sull'individuazione dell'*oggetto* che esse intendono promuovere o proteggere. Così, l'art. 39 CE raggruppa (par. 1, 2, 3) i differenti mandati conferiti ai pubblici poteri in materia di protezione della famiglia⁵⁰, sotto il profilo economico, sociale e giuridico, assicurando altresì la tutela integrale dei figli, legittimi e naturali, ed obbligando i genitori a provvedere al loro sostentamento. La Carta Fondamentale presta inoltre particolare attenzione nei confronti di quelle categorie della popolazione ritenute maggiormente bisognose di protezione, mostrando, nel solco del più volte ricordato processo di moltiplicazione dei diritti per specificazione⁵¹, una sensibilità ancor più acuta rispetto alle costituzioni della generazione precedente nella individuazione delle loro esigenze. I pubblici poteri sono dunque tenuti ad orientare la propria azione in funzione della tutela dei bambini (art. 39.4 CE, che sembra far eco al corrispondente art. 43 u.c. della Costituzione del 1931), dei giovani (di cui dovrà esser promosso il coinvolgimento nello sviluppo politico, economico e culturale del Paese, art. 48 CE), degli anziani (art. 50 CE) e dei disabili (fisici, sensoriali e psichici; art. 49 CE)⁵². Un'altra serie di norme è invece finalizzata alla protezione dei lavoratori (art. 40.2 CE, relativo alla promozione della formazione e del reinserimento professionali e alla protezione della sicurezza e salubrità dell'ambiente e delle condizioni di lavoro; art. 42 CE, in materia di protezione dei lavoratori spagnoli all'estero)⁵³.

⁵⁰ F. Balaguer Callejón (coord.), G. Cámara Villar, M. L. Balaguer Callejón, J. A. Montilla Martos, *Manual de derecho constitucional (6ª ed.)*. Vol. II: *Derechos y libertades fundamentales. Deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales.*, Tecnos, 2011, p. 325-327.

⁵¹ Si veda in proposito, oltre alle già ricordate riflessioni di N. Bobbio (v. *retro*) l'interpretazione "neo-istituzionalista" fornita da G. Ruiz-Rico Ruiz, *Fundamentos sociales y políticos en los derechos sociales de la Constitución española*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 71, ene.-mar. 1991, pp. 171- 195, secondo il quale il livello di dettaglio raggiunto dalla Carta Fondamentale del 1978 in materia di "diritti sociali" sarebbe la diretta conseguenza da un lato, dell'emersione sempre più visibile, tra la fine degli anni '60 e gli anni '70, di pressanti rivendicazioni da parte di numerosi e specifici settori della popolazione, anche in considerazione dell'evoluzione in senso post-industriale della società; dall'altro, del sempre meno importante ruolo rivestito dai partiti politici come collettori delle esigenze (oramai trasversali) del proprio elettorato. Ciò – aggiungiamo -differenzierebbe molto la Costituzione spagnola vigente da quella italiana, dai cui precetti relativi ai diritti sociali emergono con chiarezza le eredità e le intenzioni dei differenti partiti politici presenti nella Costituente.

⁵² L. López Guerra, E. Espín, J. García Morillo, P. Pérez Tremps, M. Satrustegui, *Derecho constitucional*. Vol. I. *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 385.

⁵³ Parte della più nota manualistica in materia di diritto costituzionale considera isolatamente la norma di cui all'art. 52 CE, relativo alla regolamentazione per legge delle associazioni professionali, probabilmente

Sebbene la dottrina tenda a incasellare le rispettive prescrizioni in categorie differenti, è forse possibile ricondurre ad unità gli art. 41 (che garantisce l'istituzione di un sistema pubblico di sicurezza sociale), 43 (che riconosce il diritto alla salute e afferma il dovere dei pubblici poteri di tutelare la salute pubblica attraverso un sistema che fornisca le prestazioni, anche preventive, necessarie, e di promuovere, *inter alia*, l'educazione sanitarie e lo sport), 44 (in materia di accesso alla cultura), 47 (che riconosce il diritto di tutti gli spagnoli ad un'abitazione adeguata) e forse anche 51 CE⁵⁴ (relativo alla protezione dei cittadini in qualità di consumatori e dunque di "contraenti deboli"), in quanto accomunati dal fatto che tutti attribuiscono allo Stato e alle istituzioni autonome compiti, anche penetranti, in sfere di attività strettamente funzionali alla conduzione di un'esistenza dignitosa⁵⁵. Altre norme conferiscono ai pubblici poteri il mandato di tutelare particolari beni materiali, come l'ambiente (art. 45 CE) o il patrimonio storico, artistico e culturale (art. 46 CE).

Vera e propria norma di chiusura è infine quella dell'art. 40.1 CE, che rivolge ai poteri pubblici direttive di carattere generale, in grado di orientarne l'azione complessiva al perseguimento di condizioni favorevoli per il progresso sociale ed economico, in un esplicito intento di redistribuzione del reddito anche su scala regionale, ad ulteriore specificazione di quel principio di solidarietà essenziale per il corretto funzionamento di uno Stato democratico e di diritto, ma anche sociale ed autonomico. Alla luce di queste ultime considerazioni, gli articoli fino ad ora analizzati possono senza dubbio essere considerate vere e proprie specificazioni settoriali di questo precetto di vasta portata.

in quanto non specificamente diretta alla protezione di particolari situazioni di svantaggio che richiedono un intervento riequilibratore da parte dei pubblici poteri, sottolineandone altresì il carattere di norma "non necessaria"; F. Balaguer Callejón (coord.), G. Cámara Villar, M. L. Balaguer Callejón, J. A. Montilla Martos, *op. cit.*, p. 328.

⁵⁴ Sebbene si ritenga che la collocazione dell'art. 51 relativo alla protezione dei consumatori possa ricollegarsi strettamente alla categoria in esame, perché, come affermato in E. Á. Conde, V. Garrido Mayol, R. Tur Ausina, *op. cit.*, p. 472, "consumidores somos, en uno u otro sentido, todas la personas", essendo quindi compito specifico dei pubblici poteri proteggerne e promuoverne la salute e la sicurezza.

⁵⁵ In questa sede, si concorda dunque – anche se parzialmente - con la classificazione di C. Marquet Sadiá, *Los derechos sociales y económicos y los principios rectores de la política social y económica*, in M. Á. Aparicio Pérez, M. Barceló i Serramallera, *Manual de derecho constitucional*, *op. cit.*, p. 777.

2.3. *Conseguenze interpretative (I): la distinzione tra “diritti” e “principi rettori”.*

L'individuazione dell'esatta collocazione delle norme esaminate comporta conseguenze essenziali sul piano della loro qualificazione giuridica nonché della individuazione dell'efficacia, del grado di vincolatività e delle modalità di tutela dei precetti in esse contenuti. Il sistema di garanzie delineato dalla Costituzione per i diritti sociali contenuti nella Sez. II del Cap. II differisce infatti fortemente rispetto alla disciplina prevista per i principi rettori di cui al Cap. III, come si ricava agevolmente dalla lettura dell'art. 53 CE. Posto in relazione con l'articolato dell'intero Titolo I, esso rappresenta la chiave di volta che fornisce all'interprete le prime coordinate di riferimento per decifrare il tema in esame.

Dall'analisi del combinato disposto dei paragrafi 1 e 2 dell'art. 53, emerge infatti che i diritti sociali ubicati all'interno della Sez. II del Cap. II CE godono dello status di veri e propri diritti soggettivi costituzionalmente garantiti e destinati a fungere, nei termini che vedremo, quali limiti ben definiti all'azione del legislatore. Essi infatti non solo vincolano l'attività di tutti i pubblici poteri (come del resto l'intera costituzione; cfr. art. 9.1 CE) ma, con particolare riferimento al legislatore, presentano un *contenido esencial* che egli sarà tenuto a rispettare nella regolamentazione del loro esercizio, che avverrà tramite legge ordinaria. La riserva di legge è invece riserva di legge organica per lo sviluppo (*desarrollo*) dei “diritti fondamentali” e delle “libertà pubbliche” contenuti nella Sez. I del Cap. II (artt. 15-29 CE), come si desume dall'art. 81 CE⁵⁶, mentre, come ha sottolineato parte della dottrina, la regolamentazione dell'esercizio (*regulación del ejercicio*; art. 53.1 CE) tanto dei diritti di cui alle Sez. I quanto di quelli della Sez. II può essere anche demandato alla legge ordinaria⁵⁷. Come affermato dal

⁵⁶ La dottrina è sostanzialmente concorde nell'affermare che la riserva di legge organica di cui all'art. 81 CE si applica soltanto ai diritti fondamentali contenuti nella Sez. I del Capitolo II. Anche la giurisprudenza del Tribunal Constitucional è costante in tal senso, a partire dalla STC 5/1981, nella quale si spiega che “[c]uando en la Constitución se contiene una reserva de Ley ha de entenderse que tal reserva lo es en favor de la Ley orgánica -y no una reserva de Ley ordinaria- sólo en los supuestos que de modo expreso se contienen en la norma fundamental (art. 81.1 y conexos)”. La conseguenza di una indebita estensione della riserva di legge organica anche a materie escluse dall'art. 81 CE potrebbe falsare la natura democratica propria dello Stato di diritto spagnolo: “[I]l reserva de Ley orgánica no puede interpretarse de forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva por el hecho de estar incluida en una Ley orgánica haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación (art. 81.2 de la C.E.)[...]. Llevada a su extremo, la concepción formal de la Ley orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado [...]” (F.J. 21.A)

⁵⁷ J. J. Solozábal Echavarría, *Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 71, ene.-mar. 1991, p. 104. Secondo l'Autore, lo

Tribunal Constitucional nella STC 37/1981 (F.J. 2), la riserva di legge qui enunciata è da intendersi rivolta tanto al legislatore statale quanto a quello autonomico, che partecipa così della funzione normativa in materia. Si ammette in tal modo, pur nei limiti che saranno approfonditi nelle pagine che seguono, una differenziazione tra CCAA nella regolazione dell'esercizio dei diritti contenuti nella Costituzione.

La protezione di tali diritti è ulteriormente rafforzata dalla possibilità, nel caso in cui essi siano oggetto di violazione da parte dei pubblici poteri, di ottenere tutela attraverso un procedimento preferenziale e sommario presso il giudice ordinario (cd. “*amparo judicial*”), nonché tramite il ricorso individuale diretto (*recurso de amparo*⁵⁸) presso il Tribunal Constitucional. Infine, ogni modifica costituzionale che riguardi gli articoli in esame dovrà essere effettuata secondo la procedura particolarmente aggravata descritta nel già citato art. 168 CE.

Dal quadro fin qui tracciato emerge dunque in primo luogo che i diritti sociali enunciati all'interno del Capitolo II godono di piena protezione da parte della Costituzione, in alcuni casi (diritto all'istruzione e diritto di sciopero) ulteriormente rafforzata, secondo quanto previsto dall'art. 53.2 CE. Non sarebbero tuttavia solo argomenti di natura sistematica a far propendere per tale – comunque pacifica – conclusione. I diritti sociali in esame sarebbero infatti veri diritti soggettivi anche in ragione delle modalità secondo i quali sono formulati. Innanzitutto, essi attribuiscono specifiche facoltà in capo ai loro titolari, generando al tempo stesso una serie di obblighi ad esse collegati, ai quali i pubblici poteri sono tenuti ad adempiere⁵⁹, e che sarebbero direttamente esigibili giudizialmente⁶⁰. Inoltre, secondo la dottrina maggioritaria, nonostante che un'interpretazione strettamente letterale di titoli delle Sez. I e II possa suggerire il contrario, i diritti (anche sociali) contenuti nella Sez. II del Capitolo II godrebbero dello *status* di diritti fondamentali proprio perché dotati di quel *contenido esencial* menzionato dall'art. 53.1 CE, che li tutelerebbe dagli abusi del legislatore. E' interessante notare che la giurisprudenza costituzionale ha avuto occasione di definire in cosa esso consista proprio con una pronuncia in materia di diritto di sciopero (STC

sviluppo da effettuarsi tramite legge organica sarebbe unicamente quello relativo ad una definizione globale, “*básica*”, ma non necessariamente dettagliata, alla quale può comunque far seguito un ulteriore rinvio all'intervento del legislatore ordinario.

⁵⁸ Artt. 41-52 *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* 2/1979.

⁵⁹ C. Marquet Sadiá, *Los derechos sociales y económicos y los principios rectores de la política social y económica*, in M. Á. Aparicio Pérez, M. Barceló i Serramalera, *Manual de derecho constitucional*, op. cit., p. 771.

⁶⁰ L. M^a. Díez-Picazo, *La idea de derechos fundamentales en la Constitución española*, op. cit., p. 406.

11/1981): il contenuto essenziale sarebbe dunque identificabile non tanto in una sorta di *minimum core*, quanto piuttosto, dinamicamente, in

“aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”(F.J. 8),

Il contenuto essenziale dei diritti fondamentali sarà dunque da individuarsi a partire dalle convinzioni generalmente accolte nella comunità dei giuristi e dall'esame degli interessi giuridicamente protetti dalla norma costituzionale che tale diritti riconosce e tutela(FF.JJ. 8 e 9)⁶¹.

Formulazione secondo schema diritto-obbligo; copertura da parte della riserva di legge ordinaria; esistenza di un contenuto essenziale che li renderebbe, almeno nella sostanza se non nei meccanismi di tutela processuale, equiparati ai diritti fondamentali di cui alla Sez. I del Cap. II: queste, ricapitolando, le caratteristiche che fanno dei diritti sociali contenuti nella Sez. II del Cap. II veri diritti soggettivi costituzionalmente garantiti. Come si vedrà tra breve, sarà proprio una interpretazione *a contrario* dei tratti qui ricordati a fondare le argomentazioni di coloro che negano pieno status di diritti ai principi rettori contenuti nel Capitolo III del Titolo I e a spingere i fautori del riconoscimento della loro piena giuridicità e vincolatività alla loro confutazione, affiancando ad essi nuovi criteri di analisi. Di ciò, e delle sfumature interpretative che tale complessa tematica comporta, si darà conto nel paragrafo che segue.

2.4. *Conseguenze interpretative (II): la dottrina maggioritaria sulla natura e l'efficacia dei "principi rettori".*

Come si è visto, eccettuate le previsioni relative al diritto all'istruzione, al diritto di sciopero, al diritto al lavoro e ad altri collegati con esso o con la libertà d'impresa, la stragrande maggioranza delle prescrizioni attinenti ai cd. "diritti economici e sociali" si trovano all'interno del Capitolo III del Titolo I, nel quale è dunque contenuta la cd.

⁶¹ Cfr. a riguardo F. Balaguer Callejón (coord.), G. Cámara Villar, M. L. Balaguer Callejón, J. A. Montilla Martos, *op. cit.*, pp. 57-58; J. Jiménez Campo, *Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales*, in O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978, Vol. IV*, EDERSA, 1996, pp. 480-484. A titolo di esempio, si vedano i FF.JJ. 10 e 11 della già citata STC 11/1981 per la definizione del contenuto essenziale del diritto di sciopero e l'individuazione dei titolari del medesimo nonché delle modalità di esercizio.

“costituzione sociale” spagnola⁶². Punto di partenza obbligato per l’analisi della controversa disciplina dei principi rettori è ancora una volta l’art. 53 CE, il cui par. 3 afferma che

“El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

La necessaria mediazione della legislazione ordinaria quale condizione costituzionalmente imposta per giungere alla configurazione di veri e propri diritti soggettivi, unita alla formulazione degli artt. 39-52 CE, in termini estremamente generali ed astratti, principalmente secondo la modalità di *mandati* diretti ai pubblici poteri, e privi di specifiche sanzioni in caso di inadempimento da parte di questi ultimi, hanno fatto inizialmente propendere la dottrina per una interpretazione estremamente svalutativa dei principi rettori. Celebri sono a riguardo le affermazioni di F. Garrido Falla. L’Autore, fondando le proprie argomentazioni sulle evidenze appena ricordate, nonché sulla rubrica del Capitolo in esame, peraltro sottoposta ad un significativo emendamento nel passaggio dall’*Anteproyecto* al testo finale della Costituzione⁶³, ribadisce che le norme contenenti i principi rettori mancherebbero di una struttura propriamente giuridica, per assumere la quale non sarebbe assolutamente sufficiente la loro inclusione nel testo costituzionale. I principi di cui al *Capítulo III* sarebbero conseguentemente mere affermazioni di “retorica costituzionale”; ciò tuttavia non pregiudicherebbe in alcun modo la possibilità di utilizzarli, dato il rango comunque sovraordinato che esse possiedono, quale parametro o spunto propulsivo per fondare un eventuale giudizio di incostituzionalità⁶⁴. A tale interpretazione sembra fare eco anche J. Cascajo Castro, che in particolare attribuisce la sfortunata formulazione dei precetti in esame al clima di forte compromesso ideologico istauratosi nella *legislatura constituyente*, sottolineando altresì che contravvenire alle affermazioni retoriche contenute nel Capitolo III comporterebbe unicamente conseguenze sul piano politico e non su quello giuridico⁶⁵. J. Pérez Royo, infine, pur non escludendone la giuridicità, non

⁶² J. M^a. Rodríguez de Santiago, *Artículo 53.3. La forma de vincular de los preceptos del Capítulo Tercero del Título Primero de la Constitución española*, in M. E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (coords.), *op. cit.*, p. 1187.

⁶³ Nell’*Anteproyecto* di Costituzione il Capitolo III era infatti intitolato ai “principi rettori e diritti economici e sociali”; cfr. *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 44, de 5 de enero de 1978, p. 675.

⁶⁴ F. Garrido Falla, *Artículo 53*, in F. Garrido Falla (coord.), *op. cit.*, p. 896.

⁶⁵ J. L. Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 98-99.

ammette tuttavia che essi possano essere interpretati con gli strumenti del diritto costituzionale, qualificandoli come “*directrices en materia social y económica*”, destinate a orientare l’attività dei pubblici poteri secondo le caratteristiche proprie del partito o della coalizione uscita vincitrice dal confronto elettorale e considerandoli dunque come “diritti di configurazione legale⁶⁶”.

Le posizioni qui sintetizzate non hanno però trovato particolare seguito nella dottrina successiva. Questa infatti, muovendo dall’evidente contraddizione insita nel considerare come parametro di legittimità costituzionale norme meramente retoriche, delle quali si esclude la giuridicità⁶⁷, ha delineato un’ampia serie di soluzioni che, con differenti sfumature, si esprimono a favore della giuridicità e della efficacia vincolante dei principi rettori. Innanzitutto, la differente formulazione delle norme contenute nel Capitolo III rispetto a quelle, anche concernenti diritti comunemente considerati sociali, collocate nelle Sez. I e II del Capitolo II del Titolo I, non è considerata argomento sufficiente ad escludere la loro natura giuridica ed anzi, pienamente vincolante. Ciò del resto si deduce non solo dalla loro inclusione all’interno del testo costituzionale, ma anche, e soprattutto, da una delle disposizioni chiave dell’assetto dello Stato spagnolo come Stato costituzionale di diritto, il già ricordato art. 9.1 CE, secondo il quale tutti i pubblici poteri (così come i cittadini) sono soggetti alla Costituzione. Da tale prescrizione, letta in combinato disposto con il paragrafo 3 dell’art. 53, deriva quindi che i principi rettori sono dotati del medesimo valore normativo delle altre disposizioni costituzionali, salvo il fatto che essi non affermano l’esistenza di diritti soggettivi immediatamente esigibili, essendo necessario a tal fine il previo intervento da parte del legislatore⁶⁸. Tenendo in mente ciò che si è detto nel paragrafo precedente con riferimento ai diritti fondamentali, la mancanza di efficacia immediata dei principi rettori si spiegherebbe non tanto con la loro formulazione in termini vaghi ed incompleti, quanto piuttosto con il fatto che essi, a differenza di quanto avviene con i diritti contenuti nelle Sez. I e II del Capitolo II, risulterebbero privi di un contenuto essenziale come delineato dalla giurisprudenza costituzionale citata, la cui determinazione deve quindi essere rimessa all’opera successiva del legislatore⁶⁹.

⁶⁶ J. Pérez Royo, *op. cit.*, pp. 444-445.

⁶⁷ J. R. Cossio Díaz, *op. cit.*, p. 253; J. L. Serrano, *Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 56, abr.-jun. 1987, p. 104.

⁶⁸ F. Balaguer Callejón (coord.), G. Cámara Villar, M. L. Balaguer Callejón, J. A. Montilla Martos, *op. cit.*, p. 329.

⁶⁹ J. R. Cossio Díaz, *op. cit.*, p. 85.

La stessa giurisprudenza costituzionale sembra del resto confermare quanto appena esposto. Così ad esempio, la STC 36/1991, che, al pronunciarsi su una serie di questioni in incostituzionalità riunite in merito alla legittimità della legislazione processuale minorile (o di alcune sue disposizioni) in quanto contraria, fra gli altri, anche all'art. 39 CE, afferma che quest'ultimo, pur riconoscendo ai fanciulli la protezione garantita dai trattati e accordi internazionali in materia,

“opera una recepción genérica de esas normas de protección que, sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el caso del art. 10.2 no incorpora el contenido propio de derecho fundamental alguno, puesto que, en general (art. 53.3 C.E.) los principios reconocidos en el Capítulo Tercero del Título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, *no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables*” (F.J. 5, corsivo aggiunto).

Ciò non significa, naturalmente, che essendo privi di contenuto essenziale e dunque della struttura propria dei diritti (soggettivi) fondamentali, i principi rettori siano espressione di una mera “retorica costituzionale” e dunque non vincolanti. Piuttosto, la loro inclusione nella Carta Fondamentale, così come la forza cogente che deriva dal combinato disposto degli artt. 9.1 e 53.3 CE rende prevalente le garanzie di tipo oggettivo poste a loro presidio⁷⁰. In questo contesto si muove anche la STC 14/1992 (in questo caso, con riferimento all'art. 51 CE, che impone ai pubblici poteri di adottare misure a difesa dei consumatori):

Este precepto enuncia un principio rector de la política social y económica, y no un derecho fundamental. Pero de ahí no se sigue que el legislador pueda contrariar el mandato de defender a los consumidores y usuarios, ni que este Tribunal no pueda contrastar las normas legales, o su interpretación y aplicación, con tales principios. Los cuales, al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los arts. 9 y 53 de la Constitución” (F.J. 11).

Ma quali sono i soggetti nei confronti dei quali si svolge l'efficacia vincolante dei principi rettori? E in che termini essa si dispiega?

2.4.1. I “destinatari” dei principi rettori e le diverse modalità della loro efficacia.

Si è già avuto modo di notare come gran parte delle norme contenute nel Capitolo III del Titolo I siano costruite secondo la formula di veri e propri mandati diretti genericamente ai pubblici poteri. Tenendo a mente le considerazioni svolte sopra in relazione alla necessaria configurazione degli stessi come poteri statali ed autonomici, e

⁷⁰ J. L. Prada Fernández de Sanmamed, *Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 122, oct.-dic. 2003, pp. 285-289; J. M^a Rodríguez de Santiago, *cit.*, p. 1188.

del riparto di competenze che governerà la loro attività in adempimento delle prescrizioni costituzionali, è possibile procedere nella verifica delle varie modalità secondo le quali i principi rettori dispiegano la loro efficacia nei confronti del potere legislativo, dell'esecutivo e della pubblica amministrazione nonché del potere giudiziario.

a) *Il potere legislativo.*

Com'è noto, il legislatore (statale ed autonomico) risulta essere il destinatario principale delle disposizioni in esame: ad esso spetterà infatti dare concretezza alle direttive costituzionali, specificando il contenuto essenziale di quelli che, a seguito della sua necessaria intermediazione, diverranno diritti soggettivi finalmente tutelabili in sede giurisdizionale. Si riflettono in questo procedimento l'assetto democratico dello Stato e il correlato valore del pluralismo politico: sarà infatti la maggioranza determinatasi nell'organo parlamentare a dare di volta in volta forma ai precetti del Costituente⁷¹. Nei confronti del legislatore, le norme del Capitolo III svolgono dunque innanzitutto una funzione *abilitatrice*⁷², in quanto rappresentano la base costituzionale per lo sviluppo di politiche sociali, peraltro inserite nel solco dell'art. 1.1 CE; ma rappresentano altresì un *limite* al suo operato, per il resto libero di svolgersi secondo le circostanze, gli obiettivi e le concrete modalità ritenute più opportune. I principi rettori infatti, come più volte ribadito, sono norme costituzionali di rango pari ordinato a tutte le altre, che, in quanto tali possono dunque essere utilizzate dal Tribunal Constitucional come parametro nello svolgimento del controllo di costituzionalità; la loro particolare struttura giuridica e sintattica non impedisce infatti che

“el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando ésta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida” (F.J. 4).

Proprio in questa sentenza infatti, il Tribunal Constitucional ha dichiarato incostituzionale alcune norme di legislazione tributaria che imponevano un carico fiscale maggiore a coloro che fossero coniugati, motivando la propria decisione, fra

⁷¹ F. Balaguer Callejón parla infatti dei diritti che derivano dalle norme di cui al Capitolo III del Titolo I definendoli “diritti subordinati alla democrazia della maggioranza”; F. Balaguer Callejón, *Derechos fundamentales y Constitución normativa*, in *Introducción a los derechos fundamentales. Vol. I, cit.*, p. 222-223.

⁷² L. López Guerra, E. Espín, J. García Morillo, P. Pérez Tremps, M. Satrustegui, *op. cit.*, p. 389.

l'altro, con il fatto che da tale disciplina derivassero circostanze contributive contrarie al mandato costituzionale di protezione e promozione della famiglia e del matrimonio.

Un aspetto particolarmente controverso dell'efficacia limitativa che i principi rettori possiedono nei confronti del legislatore è quello descritto, con terminologia mutuata dalla giuspubblicistica tedesca, come "irreversibilità delle conquiste sociali", o più semplicemente, "effetto di congelamento" della disciplina legislativa che dà attuazione ai principi in esame. Chiamando essi ad un compito di sviluppo ed implementazione permanente⁷³, è possibile, e soprattutto *costituzionalmente legittimo*, che il legislatore riduca con le proprie riforme il livello di protezione fino a quel momento esistente, magari riconfigurando il contenuto essenziale secondo altri schemi, o escludendone particolari prestazioni? La dottrina largamente maggioritaria si esprime contro la sussistenza di una simile interpretazione della funzione limitativa, in quanto accogliere una diversa impostazione porterebbe a contraddire tanto lo stesso art. 53.3 CE, che rimette di fatto al legislatore la determinazione di ciò che è giudizialmente tutelabile con riferimento ai diritti economici e sociali derivanti dai principi rettori, quanto, più ampiamente, la pluralità di opzioni di regolamentazione che il pluralismo democratico comporta⁷⁴. Altra parte della dottrina, pur concordando sostanzialmente con l'impostazione appena esposta, evidenzia che in almeno due casi l'arretramento legislativo di cui si discute potrebbe dar luogo ad una pronuncia di incostituzionalità, ovvero le ipotesi in cui l'attività del legislatore risulti con evidenza diretta a sopprimere una o più delle garanzie *latu sensu* espressione dello Stato sociale, e in cui le conseguenze gravose di tagli o altre riduzioni ad esse relative comportino conseguenze solo ed unicamente per una determinata categoria della popolazione, con conseguente violazione del principio di uguaglianza⁷⁵. Su questo punto, si avrà occasione di tornare fra breve.

⁷³ R. García Macho, *De los derechos sociales a los principios rectores*, in M. Balado, J. A. García Regueiro (dirs.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50. aniversario*, CIEP-Bosch, 1998, p.366.

⁷⁴ L. López Guerra, E. Espín, J. García Morillo, P. Pérez Tremps, M. Satrústegui, *op. cit.*, p. 388; L. Parejo Alonso, *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, come citato in E. Cobrerros Mendazona, *Reflexion general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 19, sept.-dic. 1987, p. 41.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 42. Si veda, come spunto di approfondimento, anche il *voto particular* del giudice Conde Martín de Hijas alla STC 98/2004, che al punto 2 afferma: "El Estado social prescribe fines o principios rectores que habilitan a las normas que encomiendan al Estado tareas de configuración social. Así ocurre con el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE. [...] En circunstancias de escasez o de desbordamiento del billonario gasto sanitario las prestaciones farmacéuticas pueden retroceder y limitarse a una financiación selectiva de medicamentos «a precio razonable y con un precio público ajustado»

Altra questione delicata, che si ricollega strettamente alla particolare formulazione delle norme contenenti principi rettori, è quella relativa al mancato adempimento da parte del legislatore del mandato conferitogli dalle norme in esame. Distinguendo qui tra omissione assoluta (che non avrebbe altra sanzione se non quella politica⁷⁶) ed omissione relativa, per la quale sarebbero teoricamente configurabili interventi più puntuali da parte del giudice delle leggi, occorre innanzitutto segnalare che la giurisprudenza costituzionale spagnola non pare aver fino ad oggi affrontato il tema con la intraprendenza più volte riconosciuta alla Corte Costituzionale italiana⁷⁷. Il Tribunal Constitucional ha infatti riconosciuto l'esistenza dell'omissione costituzionale in ipotesi estremamente circoscritte⁷⁸, escludendo inoltre (STC 45/1989, precedentemente vista) la possibilità di utilizzare come parametro per la verifica di un'ipotesi di incostituzionalità per omissione i principi rettori:

“la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta” (F.J. 4).

Si anticipa poi fin da adesso che la maggior parte dei casi in cui il Tribunal Constitucional ha riconosciuto l'incostituzionalità per omissione di una determinata disciplina che sviluppasse un mandato costituzionalmente imposto risultano incentrati sul mancato rispetto del principio di uguaglianza, derivante dalla illegittima esclusione di una determinata categoria di soggetti da un particolare trattamento (ad es. previdenziale: STC 103/1983). Si ritiene qui opportuno ricordare che, proprio in anni recenti, sembrano essersi concretizzati gli auspici di una parte della dottrina (Cobrerros Mendazona, Garrorena Morales, *et al.*), che più volte aveva sollecitato un più attento esame delle ipotesi di incostituzionalità per omissione da parte del Tribunal Constitucional, utilizzandole come spunti di dialogo con il legislatore. Nella STC 138/2005, il giudice delle leggi spagnolo ha preferito segnalare – senza dichiararla – l'incostituzionalità dell'art. 136 I CC (relativo alle condizioni di esercizio da parte del

(según la Exposición de Motivos de la Ley 25/1990, del medicamento, que recoge el fundamento jurídico 7 de la Sentencia mayoritaria). Cuando así acontece las exigencias de igualdad cobran, en ese retroceso en las conquistas del Estado social, una dimensión constitucional delicada”.

⁷⁶ E. Cobrerros Mendazona, *cit.*, pp. 48 e ss., che segnala a seguire altri strumenti giuridici che possano spingere il legislatore ad agire per l'attuazione del mandato costituzionale.

⁷⁷ J. J. Fernández Rodríguez, *La incostitucionalidad por omisión*, Civitas, 1998, p. 411; per un quadro più esaustivo si vedano in particolare le pp. 411-429.

⁷⁸ STC 24/1982, F.J. 3: “la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace”.

marito dell'azione di impugnazione della paternità legale) per mancanza dell'inserimento nella norma della data di conoscenza della paternità biologica quale eccezione per il computo del termine per l'esercizio dell'azione (altrimenti decorrente dalla data dell'iscrizione anagrafica del figlio), rimandando al legislatore il compito di provvedere alla modifica necessaria affinché la norma fosse pienamente legittima ai sensi dell'art. 24.1 CE, che sancisce il diritto alla tutela effettiva dei propri diritti⁷⁹. Gli spunti offerti con riferimento ai diritti fondamentali potrebbero forse rappresentare un utile punto di partenza per futuri sviluppi in materia di tutela e promozione dei diritti connessi ai principi rettori della politica sociale ed economica.

b) Il potere esecutivo e la pubblica amministrazione. Il potere giudiziario.

Una più ampia interpretazione della lettera dell'art. 53.3 CE e delle singole norme del Capitolo III conduce a rigettare la teoria secondo la quale esse sarebbero da considerarsi norme programmatiche dirette al solo legislatore, per condurre invece ad individuare fra i soggetti costituzionalmente obbligati anche il potere esecutivo, con riferimento tanto al Governo, quanto alla pubblica amministrazione. Il primo infatti è il responsabile dell'indirizzo da imprimere all'attività della seconda e svolge un ruolo centrale nel dare impulso al procedimento legislativo nonché, tramite la predisposizione delle leggi di spesa e di bilancio, nell'assegnazione delle risorse ai diversi attori pubblici incaricati di erogare concretamente le prestazioni in cui (il più delle volte, ma non esclusivamente) si sostanziano i diritti sociali, per come delimitati nel loro contenuto dal legislatore⁸⁰. Per quanto essa rivesta un ruolo chiave nella attuazione dei principi rettori, l'efficacia dei principi rettori nei confronti dell'amministrazione risulta tuttavia il più delle volte un'efficacia *mediata* dal necessario intervento del legislatore, che ne determina le modalità di azione, lasciando ad eventuali regolamenti esecutivi la disciplina di ciò che la Costituzione non riserva espressamente alla legge⁸¹.

⁷⁹“La inconstitucionalidad apreciada exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6), el que trace de forma precisa, en aras de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) el día a quo del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial prevista en el art. 136 CC, dentro de cánones respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)” (F.J. 6); cfr. J. R. García Vicente, *Comentario* alla STC 138/2005 de 26 de mayo, in *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 70, ene.-abr. 2006, pp. 538-559, che sottolinea come la sentenza si inserisca in una giurisprudenza del TC ormai consolidata.

⁸⁰ E. Cobreros Mendazona, *cit.*, p. 55; R. García Macho, *cit.*, p. 369, che riporta l'esempio della legge catalana 24/1994 in materia di diritto all'abitazione.

⁸¹ J. R. Cossio Díaz, *op. cit.*, pp. 263-265.

Stando ancora al combinato disposto degli artt. 9.1 e 53.3 CE, ai principi rettori dovrà conformarsi, naturalmente, anche la “*práctica judicial*”, che si esplica eminentemente nella interpretazione de testi giuridici. Ciò in primo luogo obbliga il potere giudiziario ad utilizzare i principi rettori come strumenti per un’interpretazione conforme a Costituzione della legislazione di volta in volta applicata⁸², eventualmente espandendone la portata soggettiva o oggettiva e, nelle ipotesi in cui ciò non risulti possibile, sollevando una *cuestión de incostitucionalidad*, segnalandoli come parametro del controllo al Tribunal Constitucional. Naturalmente, all’interno di questo perimetro, il ruolo del supremo interprete della Costituzione risulterà particolarmente importante: contribuendo per via interpretativa alla definizione concreta del loro contenuto, il Tribunal Constitucional ne sarà però al tempo stesso vincolato⁸³.

Ciò non toglie tuttavia che, nel corso di oltre un trentennio di attività, il Tribunal sia più volte intervenuto proprio per espandere la portata di svariate discipline positive, attuative di mandati costituzionali contenuti nel capitolo relativo ai principi rettori. Tali operazioni, come si è avuto modo di accennare più volte nelle pagine precedenti, sono state imperniate principalmente sul principio di uguaglianza, la cui lesione ingiustificata ne ha costituito spesso e volentieri la motivazione fondante. Ciò che tuttavia ha sorpreso parte della dottrina è la particolare configurazione del principio in esame, che, nelle argomentazioni del giudice delle leggi spagnolo risulta essere essenzialmente inteso nella sua accezione di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge (art. 14 CE), piuttosto che in quella di uguaglianza sostanziale (art. 9.2 CE), come si è visto strettamente connessa con il principio dello Stato sociale enunciato nell’art. 1.1 CE e, a cascata, con i principi rettori della politica sociale ed economica, che di tale principio rappresentano una diretta espressione. Secondo alcuni Autori⁸⁴, infatti, anziché utilizzare il principio di uguaglianza sostanziale nel contesto ritenuto più logico, come quello della verifica della costituzionalità di leggi che disciplinano la fruizione di prestazioni in attuazione di principi rettori, il Tribunal Constitucional giungerebbe a pronunce in un certo qual modo “estensive” in applicazione dell’accezione *materiale* del principio di uguaglianza formale, andando a verificare se le norme di legge

⁸² Così, del resto, la già citata STC 19/1982, F.J. 6, che ricorda come proprio quanto disposto dall’art. 53.3 CE impedisca di considerare i principi rettori come “normas sin contenido”, obbligando piuttosto a tenerli presenti “en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes”.

⁸³ J. R. Cossio Díaz, *op. cit.*, p. 268.

⁸⁴ Á. Garrarena Morales, *op. cit.*, pp. 64 ss.; M. Á. Aparicio Pérez, *El Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 64; M. Á. García Herrera, *Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española*, in *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59, (2004-2003), p. 286.

impugnate creino di fatto una situazione di discriminazione, intervenendo poi con la propria attività per ripristinare la condizione di parità⁸⁵. La dottrina dunque sottolinea come un simile risultato sia raggiunto attraverso uno strumento tipico dello Stato di diritto, per una via, quella del controllo di costituzionalità, che tuttavia lo Stato di diritto nella sua accezione classica mai avrebbe ammesso, rinunciando al tempo stesso ad impiegare con maggior coraggio uno dei principi cardinali dello Stato sociale (costituzionale) di diritto, il principio di uguaglianza sostanziale, soprattutto negli ambiti più strettamente connessi con la funzione che lo Stato riveste nella società odierna⁸⁶.

2.5. *Conseguenze interpretative (III): i principi rettori come diritti fondamentali?*

Occorre segnalare che, in tempi recenti, una parte della dottrina è giunta a rigettare l'impostazione maggioritaria sopra descritta per proporre una nuova interpretazione delle norme contenute nel Capitolo III del Titolo I, a sua volta non priva di sfumature.

Si colloca in una posizione intermedia tra quella appena vista e quella che, come vedremo, attribuisce la natura di veri diritti fondamentali almeno ad alcune delle norme contenute negli artt. 39-52 CE, l'interpretazione che pur non negando la piena giuridicità di esse, non ritiene di potersi parlare di veri e propri "diritti sociali". Tuttavia, nell'intento di rivalutarne la portata e l'efficacia, propone una visione per così dire "integrata" fra diritti fondamentali (secondo la "topografia costituzionale" analizzata in precedenza) e i "diritti sociali" e principi rettori del Capitolo III: i cd. "diritti sociali" infatti non sarebbero altro se non i diritti fondamentali riletti alla luce delle esigenze della società contemporanea. Così, ad esempio, il diritto alla salute sarebbe il diritto alla vita riletto in prospettiva sociale, mentre il diritto all'abitazione rispecchierebbe una rinnovata accezione del diritto alla intimità e alla inviolabilità del domicilio, rappresentando quindi la logica conseguenza dell'impianto democratico che caratterizza lo Stato spagnolo in quanto Stato sociale⁸⁷.

⁸⁵ Così, ad esempio, la già citata STC 103/1983, relativa all'estensione del regime previsto per le pensioni di reversibilità al coniuge superstite di sesso maschile alle stesse condizioni previste per la vedova; cfr. FF.JJ. 5-7.

⁸⁶ M. Á. Aparicio Pérez, *El Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 66.

⁸⁷ F. Oliván, *Epílogo*, in J. Tajadura Tejada (dir.), *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, 2004, pp. 488-490.

Altre ricostruzioni invece⁸⁸, nel tentativo di salvare la piena precettività dei principi rettori e di evidenziare lo strettissimo legame che intercorre fra i diritti da essi derivanti e la Carta Fondamentale, ne rigettano la qualificazione come diritti fondamentali per collocarli piuttosto nella categoria dei “diritti costituzionali”, ovvero diritti ubicati e radicati nella Costituzione, privi però della efficacia propria dei diritti fondamentali.

Se queste interpretazioni sembrano ancora non prendere una posizione netta sulla vera natura delle norme contenute nel Capitolo III del Titolo I, altre ricostruzioni propongono soluzioni ermeneutiche più nette. Muovendo da un’analisi letterale dei singoli precetti, parte della dottrina ha infatti enucleato alcune disposizioni costituzionali che recherebbero veri e propri diritti, quali in particolare il diritto alla salute (art. 43.1 CE), il diritto di accesso alla cultura (art. 44.1 CE), il diritto all’ambiente (art. 45.1 CE) e all’abitazione (art. 47.1 CE). Secondo alcuni Autori essi, più che diritti soggettivi, sarebbero “aspettative di diritti”, non conferendo agli individui uno *status* azionabile direttamente e senza mediazioni di fronte ai pubblici poteri⁸⁹. Secondo altra parte della dottrina, essi, lungi dall’essere meri “diritti apparenti”⁹⁰, potrebbero essere considerati diritti fondamentali al pari degli altri contenuti nel Titolo I, sulla base di due distinte operazioni. La prima consiste nell’estendere il significato di “fondamentalità” dei diritti fino a ricomprendervi, se anche non tutti gli artt. 39-52, almeno quei precetti che di diritti parlano espressamente⁹¹; la seconda invece chiama ad un maggior attivismo giudiziario il Tribunal Constitucional, che potrebbe farsi

⁸⁸ J. L. Prada Fernández de Sanmamed, *cit.*, p. 298.

⁸⁹ E. Á. Conde, V. Garrido Mayol, R. Tur Ausina, *op. cit.*, p. 468.

⁹⁰ J. Jiménez Campo, *Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 520-521.

⁹¹ Nella giurisprudenza del Tribunal Constitucional non sono mancate sentenze che, anche in relazione alle disposizioni degli artt. 39-52 CE, hanno evidenziato l’esistenza di un “contenuto essenziale”. Così è ad esempio con riferimento all’art. 41, che impone ai pubblici poteri il “mantenimento di un sistema di sicurezza sociale per tutti i cittadini”. Si ricorda che, secondo categorie proprie della giuspubblicistica tedesca, l’art. 41 (come altri, del resto, quali l’art. 39 in materia di protezione della famiglia, o, secondo parte della dottrina, l’art. 27 in materia di autonomia universitaria, tuttavia giudicata dal TC stesso con la controversa sentenza 26/1987, un diritto fondamentale) istituirebbe una cd. *garanzia istituzionale* a favore del sistema di sicurezza sociale pubblico, caratterizzandola come organizzazione o istituzione sociale nei confronti della quale lo Stato può solo entro certi limiti ben definiti intervenire ed interferire con la sua autodeterminazione (J. M. Baño Leon, *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 24, sept.-dic., 1988, p. 157). Tuttavia, il TC ha avuto occasione di ricordare che la qualifica di garanzia istituzionale non esclude l’esistenza di un contenuto essenziale, attorno al quale la legge (ex art. 53.3 CE) potrà poi di volta in volta modellare elementi accessori: “La garantía institucional del sistema de Seguridad Social, en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social, lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema. Ahora bien, este rasgo debe apreciarse en relación con la estructura y el régimen del sistema en su conjunto, sin distorsionar la evaluación, centrándola en aspectos concretos de éste desvinculados del conjunto al que pertenecen, sin cerrar la interpretación de ciertos conceptos de relevancia constitucional, ni tampoco haciéndoles encajar indebidamente en los moldes que en un determinado momento proporciona la ley ordinaria, tratando de descartar que pueda haber otros posibles” (*ex multis*, STC 37/1994, F.J. 4).

promotore di una più profonda tutela dei diritti sociali, incentrandola sulle garanzie soggettive e non più solo su quelle oggettive. Ciò sarebbe possibile ad esempio sfruttando tecniche giurisprudenziali già sviluppate in altre sedi (v. *retro*, Parte I Cap. II per la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo), che valorizzano il collegamento sussistente tra diritti sociali/principi rettori ed altri diritti o principi fondamentali. Affiancandosi a strategie di dialogo fra Tribunal Constitucional e legislatore, tale modalità di operare consentirebbe, in ultima analisi, di aggregare tutti i diritti e principi contenuti nel Titolo I attorno al centro di gravità rappresentato non solo dal più volte citato principio di uguaglianza (nella sua duplice accezione), ma anche dalla dignità e dal libero sviluppo della personalità (art. 10.1 CE), affermando ancora una volta l'indivisibilità e l'interdipendenza fra le differenti categorie di diritti e superando la restrittività di una divisione netta fra diritti fondamentali e principi rettori⁹², quale quella comunemente accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria spagnole.

3. Le interazioni tra le diverse qualificazioni: lo Stato spagnolo come “Estado social” e “Estado autonómico”.

3.1. Il riparto di competenze tra Stato e CCAA nelle materie correlate con l'attuazione dei principi rettori di cui al Capitolo III del Titolo I. Panoramica.

Se dunque sono queste le principali interpretazioni offerte da dottrina e giurisprudenza in merito alla natura e alla efficacia dei principi rettori della politica sociale ed economica e dei diritti che da essi discendono, è possibile a questo punto verificare in che modo i pubblici poteri sono di fatto coinvolti dalla Costituzione nello sviluppo di detti principi, e dunque nella concreta configurazione dei diritti ad essi correlati. Tenendo in mente i brevissimi cenni svolti nel par. 2.1.2 e scorrendo i due elenchi di materie contenuti negli artt. 148 e 149 CE, non è difficile individuare come le competenze che appaiono più strettamente collegate alle norme contenute nel Capitolo III del Titolo I assegnino un ruolo fondamentale alle istituzioni autonome, tanto con

⁹² G. Pisarello, *II. La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español*, in G. Pisarello (ed.), A. García Morales, A. Olivas Díaz, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Editorial Bomarzo, 2009, pp. 57-58; A. E. Pérez Luño, *Los derechos sociales y su status normativo en la Constitución española*, in *Documentación Administrativa*, núm. 271-272, ene.-ago. 2005, pp. 32 ss..

riferimento alla regolamentazione effettiva di una parte almeno dei contenuti dei diritti sociali che discendono dai principi rettori, quanto con riguardo alla concreta erogazione delle prestazioni che a tali diritti sono connesse. Così, partendo da norme di carattere più generale, si nota che *bases* e coordinamento della pianificazione economica nazionale saranno rimessi alla determinazione degli organi statali centrali (art. 149.1.13 CE), a fronte tuttavia di una competenza esclusiva delle CCAA relativa alla promozione del proprio sviluppo economico, pur sempre nel quadro delineato dallo Stato (art. 148.1.13 CE). Con riferimento al diritto alla protezione della salute di cui all'art. 43 CE e alla prestazione dei servizi ad esso correlati, l'art. 149.1.16 CE stabilisce la competenza statale esclusiva solo in materia di *bases* e coordinamento generale della sanità nonché di legislazione sui prodotti farmaceutici, mentre l'art. 148.1.19 CE configura come competenza autonoma esclusiva in materia di sport e tempo libero (il riferimento è qui all'art. 43.3 CE). Correlato all'impegno di mantenere un sistema di sicurezza sociale ex art. 41 CE risulta essere l'art. 149.1.17 CE, che attribuisce allo Stato la competenza esclusiva unicamente riguardo alla *legislación básica* e al suo regime economico, lasciando alle CCAA l'esecuzione dei servizi connessi; l'"assistenza sociale" è invece di competenza autonoma esclusiva (art. 148.1.20 CE), così come paiono esserlo gli interventi in materia di abitazione (art. 148.1.9.CE). La *legislación básica* in materia di protezione dell'ambiente (v. art. 45 CE) è, secondo l'art. 149.1.23 CE, di competenza esclusiva statale, senza che ciò pregiudichi l'approvazione di ulteriori norme protettive da parte delle CCAA, alle quali l'art. 148.1.9 CE assegna in esclusiva la competenza gestionale relativa. Gli interventi in materia di promozione della cultura, del patrimonio artistico e monumentale sono di competenza autonoma se di diretto interesse per il territorio della relativa Comunità (v. ad esempio, artt. 148.1.15, 148.1.16, 148.1.17 CE), ferma restando la caratterizzazione di "dovere e attribuzione essenziale" dello Stato che il "servizio della cultura" assume ex art. 149.2 CE, senza pregiudizio delle competenze che potranno essere assunte a riguardo dalle CCAA.

Sebbene la Costituzione riconosca il corrispondente diritto all'interno della Sez. I del Capitolo II del Titolo I fra i diritti fondamentali muniti del più elevato regime di protezione, occorre ricordare qui anche la competenza esclusiva statale (art. 149.1.30 CE) relativa alla emanazione di "norme basiche" per lo sviluppo del diritto all'istruzione di cui all'art. 27 CE; meno facilmente inquadrabile dal punto di vista della identificabilità di un precetto di riferimento all'interno del Titolo I è invece l'art.

149.1.7 CE che riserva allo Stato la legislazione lavoristica, lasciando alle CCAA la relative competenze esecutive.

Risulta così evidente che la concretizzazione del principio dello Stato sociale, qualificazione essenziale dello Stato spagnolo secondo l'art. 1.1 CE, passa inevitabilmente attraverso le CCAA, che ne costituiscono il vero e proprio "braccio operativo", tanto da far dire ad una illustre dottrina che

*"la veste prestacional del Estado es el Estado autonómico"*⁹³

Scorrendo dunque le disposizioni qui ricordate, è possibile notare che l'ambito delle competenze riservate al legislatore e agli altri pubblici poteri statali è delimitato mediante l'utilizzo di espressioni quali *bases*, *legislación básica*, *normas básicas*, a fronte delle quali, *a contrario*, si abilitano le CCAA ad assumere competenze esecutive e di sviluppo (*desarrollo*) sulle medesime materie⁹⁴. A che cosa si riferiscano esattamente tali termini, quale sia il corretto significato da attribuire ad essi, nonché la loro possibile intercambiabilità o meno, non sono tuttavia oggetto di maggiori approfondimenti da parte della Carta Fondamentale né da parte degli Statuti. Negli anni, la giurisprudenza costituzionale e la dottrina hanno offerto a tali interrogativi diverse soluzioni, delle quali si darà conto sinteticamente nel paragrafo seguente, per provare ad identificare a quali ambiti, in quali termini e fino a che punto possa estendersi l'intervento statale in tali materie.

3.2. "¿Qué es 'lo básico'?"⁹⁵

Prima di affrontare la questione della natura e dei contenuti di ciò che è *bases*, *legislación básica*, *normas básicas*, è necessario premettere che, nonostante alcuni pareri dottrinali discordi⁹⁶, fin dalla cardinale STC 32/1981, il Tribunal Constitucional

⁹³ J. J. Solozábal Echavarría, *El Estado social como Estado autonómico*, in *Teoría y realidad constitucional*, núm. 3, 1^{er} semestre 1999, p. 65 (corsivo dell'Autore).

⁹⁴ F. Balaguer Callejón (coord.), G. Cámara Villar, M. L. Balaguer Callejón, J. A. Montilla Martos, *Manual de derecho constitucional (3^a ed.)*. Vol. I: *Constitución y fuentes del derecho, derecho constitucional europeo, Tribunal Constitucional, Estado autonómico*, Tecnos, 2008, p. 460.

⁹⁵ Il titolo riprende J. Jiménez Campo, *¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 27, sept.-dic. 1989, pp. 39-92.

⁹⁶ Nel lavoro appena citato, J. Jiménez Campo ricorda infatti come parte della dottrina considerasse la *legislación básica* come necessaria espressione della potestà legislativa statale, l'emanazione di *normas básicas* come espressione della potestà regolamentare del Governo ed infine il più generico termine *bases* come comprensivo tanto delle prime due quanto di una potestà di esecuzione comunque riservata allo Stato. L'Autore, pur rigettando il quadro eccessivamente frammentario tracciato da alcuni illustri

ha impiegato in modo piuttosto disinvolto la terminologia costituzionale, considerando sostanzialmente intercambiabili le differenti espressioni utilizzate dall'art. 149.1 CE e trattandole di fatto, nella propria successiva giurisprudenza, come diverse etichette indicanti un medesimo oggetto.

Ciò complica ancor di più l'indagine sul significato da attribuire a tali espressioni ed ha portato la giurisprudenza del Tribunal ad optare in un primo momento per una sua ricostruzione in senso materiale, mitigandola e riorientandola successivamente alla luce di imprescindibili elementi di carattere formale. Trovandosi infatti a pronunciarsi sull'argomento agli albori dello sviluppo dello Stato autonomico, il Tribunal ha incentrato la propria attenzione sul *contenido* della normativa esaminata, piuttosto che sullo strumento tecnico-giuridico attraverso il quale essa era stata emanata, arrivando ad affermare che

“el ejercicio de la competencia estatal para el establecimiento de las bases o de la legislación básica a que en distintos párrafos de su apartado primero se refiere el art. 149 no requiere, en modo alguno, la promulgación de leyes de bases o de leyes marco [...]. La noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente” (STC 32/1981, F.J. 6).

Interpretando *a contrario* le proprie parole, il Tribunal Constitucional completerà il quadro nel 1982, ricordando che il “mero fatto” di essere definita come tale dal legislatore e di essere contenuta in una legge delle Cortes non rende possibile qualificare automaticamente una determinata norma come *básica* (STC 1/1982, F.J. 1). Se l'elemento formale (almeno in questa fase) non risulta dirimente, occorrerà quindi investigare il contenuto delle norme: esso non potrà quindi essere individuato se non partendo dall'analisi delle finalità che si prefiggano le norme esaminate, arrivando ad individuare come “basiche” quelle che, avendo ad oggetto *criteri generali* di regolazione di uno specifico settore o materia all'interno dell'ordinamento, stabiliscano

“un *mínimo común denominador normativo*⁹⁷ dirigido a asegurar los intereses generales, a partir del cual pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto” (STC 49/1988, F.J. 16, corsivo aggiunto).

Il Tribunal, pur mettendo l'accento sul significato che le *bases* assumono nel mantenimento del delicato equilibrio tra legislatore statale e legislatore autonomico, non

collegi, ritiene in certa misura fondata la distinzione fra *legislación básica* e *normas básicas*, poiché correlata all'esercizio di due distinte funzioni. Cfr. *ibidem*, pp. 70 e 72.

⁹⁷ L'espressione è utilizzata anche dalla fondamentale STC 32/1983 (F.J. 2) in materia di basi e coordinamento della sanità *ex art. 149.1.16 CE*, della quale si avrà modo di trattare nel capitolo seguente.

manca però di ricordare che l'esercizio della competenza relativa alla fissazione della legislazione di base per determinate materie non deve tuttavia esaurire l'intera regolamentazione della materia nel suo complesso, lasciando così alle CCAA un margine normativo autonomo, evitando di eccedere in dettagli e di promulgare leggi "autosufficienti" o "omnicomprensive"⁹⁸ che svuotino di fatto di qualsiasi potenzialità le potestà legislative, regolamentari ed esecutive costituzionalmente attribuite alle CCAA⁹⁹. In tal senso, la dottrina ha precisato che la ricerca di una uniformità minima non risulterebbe incompatibile con l'esistenza di trattamenti di maggior favore che derivino dalla disciplina autonoma, proprio in funzione dell'attuazione dello Stato sociale di diritto configurato dalla Costituzione del 1978¹⁰⁰.

La predilezione iniziale per un criterio materiale di identificazione delle *bases* è spiegabile con l'intento perseguito dal Tribunal Constitucional di evitare il rischio che l'esercizio delle proprie competenze da parte delle CCAA fosse ritardato dall'inattività dello Stato nel dettare una normativa espresamente qualificata come basica. Tale obiettivo emerge anche da un altro tratto della *doctrina* considerata: nell'ipotesi in cui tale inattività si verifici, le CCAA potranno comunque esercitare la propria competenza residuale o *compartida* deducendo le *bases* dalla legislazione esistente, (ancora, STC 32/1981, F.J: 6, con riferimento alla legislazione precostituzionale)¹⁰¹, ferma restando la possibilità per lo Stato di esercitare in qualunque momento la propria competenza esclusiva dettando *ex post* la *legislación básica* necessaria. Essa, in ogni caso, dovrà fare i conti con le specifiche esigenze proprie di ciascuna materia, potendo anche non limitarsi ad enunciazioni di principio, ma eventualmente arrivando ad estendersi al grado di dettagli richiesto per raggiungere quel minimo comun denominatore che rappresenta la funzione svolta da qualunque normativa basica.

E' con la STC 69/1988 che inizia il recupero dell'elemento formale alla nozione di *bases*: lo Stato autonomico si è finalmente messo in marcia e le necessità precedentemente evidenziate lasciano il passo alle esigenze di certezza del diritto

⁹⁸ E. Álvarez Conde, *La legislación básica del Estado como parámetro de validez de la normativa autonómica*, in *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 2, jul.-dic. 2004, p. 33.

⁹⁹ J. Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, 5ª ed., Marcial Pons, 1998, p. 782.

¹⁰⁰ E. Álvarez Conde, *La legislación básica del Estado como parámetro de validez de la normativa autonómica*, *cit.*, p. 36.

¹⁰¹ J. Jiménez Campo sottolinea come tale soluzione è stata resa possibile in virtù del principio di suppletività di cui all'art. 149.3 CE (p. 50) ed è stata adottata proprio con l'obiettivo di evitare l'immobilità che impedì l'avvio dello Stato regionale italiano, sebbene la Corte Costituzionale si fosse espressa in modo meno evidente ma non troppo dissimile dal Tribunal Constitucional con la sua sentenza 7/1958, cfr. *Idem, ¿Qué es lo básico?, cit.*, p. 54, in particolare n. 13.

rivendicate dalle CCAA¹⁰². A partire da questa pronuncia dunque, il Tribunal Constitucional, pur sottolineando che la determinazione di ciò che è “basico” non può essere demandata nella sua totalità alla scelta della qualificazione che delle norme emanate abbia dato il legialtore statale, mantiene e completa la concezione materiale fino a quel momento costruita, esigendo

“con mayor rigor la condición formal de que la «norma básica» venga incluida en *Ley votada en Cortes* que designe expresamente su carácter de básica o esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad, debiendo también cumplirse esta condición en el supuesto *excepcional* de que la norma básica se introduzca por el Gobierno de la Nación en ejercicio de su potestad de reglamento” (F.J. 7, corsivo aggiunto).

Con ciò, il Tribunal ammette, come del resto aveva fatto in precedenza, che in via del tutto eccezionale la fissazione delle *bases* possa avvenire anche tramite atti normativi di diversa natura, anche provenienti dal Governo (Real Decreto, regolamento...).

Alla luce di quanto appena detto, è possibile innanzitutto scorgere l’esistenza di due veri e propri “privilegi” che il legislatore statale mantiene, evidentemente in vista del perseguimento di una regolamentazione omogenea - almeno nei suoi fondamenti - di alcune materie: innanzitutto, la qualificazione di una norma di legge come *básica* compete al legislatore, che esercita in tal modo una scelta non esente da importanti risvolti politici; in secondo luogo, mentre la normativa basica statale può essere caducata unicamente a seguito di una decisione in tal senso del Tribunal Constitucional, la normativa complementare autonómica può essere in qualunque momento revocata o comunque messa in discussione dal semplice esercizio successivo da parte dello Stato della propria competenza esclusiva relativa alla delimitazione delle *bases*¹⁰³.

Il sistema qui delineato in estrema sintesi non risulta tuttavia privo di difetti, primo fra tutti l’eccessiva disorganicità della giurisprudenza costituzionale e le incertezze connesse con una concezione delle *bases* ancora molto (a detta di alcuni, forse troppo) legata alla sua dimensione materiale, addirittura variabile da materia a materia, che pregiudicherebbe una piena assunzione delle competenze da parte delle CCAA. Ciò avverrebbe altresì a causa di un’interpretazione eccessivamente ampia di alcuni titoli

¹⁰² Tra l’altro ancora oggi espresse in alcuni Statuti di autonomia riformati, come in quello catalano, che richiede esplicitamente che lo Stato fissi la normativa basica, “principi o minimi denominatori comuni”, unicamente mediante legge ordinaria (art. 111). Cfr. F. Balaguer Callejón (coord.), G. Cámara Villar, M. L. Balaguer Callejón, J. A. Montilla Martos, *Manual de derecho constitucional* (3ª ed.). Vol. I: *Constitución y fuentes del derecho, derecho constitucional europeo, Tribunal Constitucional, Estado autonómico*, cit., p. 463, per altri esempi e considerazioni sul punto. Come evidenziato da E. Álvarez Conde, *La legislación básica del Estado como parámetro de validez de la normativa autonómica*, cit., p. 25, gli Statuti di autonomia si sono oggi trasformati nel vero e proprio “negativo” dell’art. 149.1 CE.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 462.

competenziali, formulati in termini talmente ampi da estendersi, anche per la complessità dell'ambito coperto, a disposizioni tanto di carattere legislativo quanto esecutivo, e per questo definiti trasversali¹⁰⁴. Con particolare riferimento ai titoli competenziali legati allo sviluppo dei principi rettori e dei diritti ad essi connessi, si ricorda che tale operazione è stata svolta con riferimento ad alcune misure legislative "basiche" adottate dallo Stato in materia di politica all'abitazione (contenute nel Real Decreto 2380/1983). Nonostante che l'art. 148.1.3 CE menzioni espressamente la politica abitativa fra le competenze esclusive delle CCAA, tali disposizioni sono state comunque ritenute legittime in quanto ricadenti nella competenza di cui all'art. 149.1.13 CE in materia di "basi e coordinamento della pianificazione generale dell'attività economica", considerato lo strumento competenziale adeguato a sviluppare il mandato di cui all'art. 47 CE (non una competenza, ma una direttrice costituzionale che informa l'attività dei pubblici poteri) e a garantire a tutti gli spagnoli in condizioni di uguaglianza il diritto all'abitazione (STC 152/1988, F.J. 2).

3.3. *L'art. 149.1.1 CE: il ruolo dello Stato nella regolazione di condizioni omogenee di esercizio dei diritti fondamentali. Applicabilità ai diritti sociali.*

L'individuazione del corretto significato e della portata da attribuire ai termini *bases*, *legislación básica* e *normas básicas* è solo uno dei principali aspetti controversi del meccanismo delineato dagli artt. 148 e 149 CE con riferimento al riparto delle competenze fra Stato e CCAA. Altra tematica particolarmente delicata è quella concernente la natura, l'ambito di azione e le finalità proprie della norma che apre l'elenco dell'art. 149.1 CE, secondo la quale lo Stato ha competenza esclusiva sulla

"regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales" (art. 149.1.1 CE).

Il tenore letterale della norma, l'oggetto della competenza, la potenziale sovrapposizione con altri precetti costituzionali e la complessità del modello di Stato autonomico spagnolo rendono necessarie alcune precisazioni sulla portata attribuita alla norma in esame alla luce delle principali elaborazioni dottrinali nonché del

¹⁰⁴ La critica è formulata in E. Álvarez Conde, *La legislación básica del Estado como parámetro de validez de la normativa autonómica*, cit., p. 26; maggiore attenzione ai titoli "trasversali" è riscontrabile in L. López Guerra, E. Espín, J. García Morillo, P. Pérez Tremps, M. Satrústegui, *op. cit.*, p. 287.

fondamentale contributo apportato dalla giurisprudenza del Tribunal Constitucional. Svolte tali premesse, si procederà quindi a verificare se ed in che termini la clausola contenuta nell'art. 149.1.1 CE possa estendersi anche ai diritti sociali ed ai principi rettori della politica sociale ed economica, approfondendo una delle principali direttrici dell'interazione fra le due qualificazioni dello Stato spagnolo come Stato sociale e Stato autonomico.

3.3.1. Le differenti interpretazioni dell'art. 149.1.1 CE e l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale.

Analizzare la enorme mole di letteratura giuridica e giurisprudenza che nel corso di un trentennio ha contribuito all'interpretazione della norma in esame sarebbe compito arduo, che eccede i propositi del presente lavoro; in questa sede, ci si limiterà ad evidenziare i differenti orientamenti riscontrati a riguardo con riferimento alle problematiche più discusse.

Per poter adeguatamente investigarne la natura e il ruolo, occorre innanzitutto segnalare che la clausola dell'art. 149.1.1 CE è solo una delle molte disposizioni della Carta Fondamentale spagnola dalla quali emerge una “chiara preoccupazione” in materia di uguaglianza ed in particolare della dimensione che essa assume all'interno dello Stato autonomico¹⁰⁵. L'intento di mantenere una omogeneità di fondo all'interno di un modello di relazioni fra “centro” e “periferia” nel quale la differenziazione è non solo ammessa, ma anzi, per certi aspetti, incoraggiata, ha ad oggetto, in questo caso, le “condizioni basiche” di esercizio dei diritti (e doveri) costituzionali. E' dunque necessario preliminarmente chiarire cosa abbia inteso il Costituente con tale espressione, che, nella sua formulazione forse poco felice, presenta evidenti assonanze con molte delle disposizioni dell'art. 149.1 CE contenenti competenze esclusive statali, spesso concernenti le sole *bases* o la *legislación básica*. Si nota altresì che la norma circoscrive l'intervento dello Stato solo ed esclusivamente alla “regolazione” di tali “condizioni basiche”: fin dove può estendersi dunque la potestà normativa statale? La domanda non è da sottovalutare: non è difficile infatti comprendere come dalla corretta delimitazione del significato di tale termine dipenda la individuazione di quali siano gli

¹⁰⁵ J. Pemán Gavín, *Acerca de la uniformidad de las condiciones de vida como principio constitucional en el Estado de las Autonomías*, in *Revista de Administración Pública*, núm. 119, mayo-agosto 1989, p. 184.

spazi di autonomia normativa eventualmente riservati alle CCAA. Il riferimento del Costituente ai “diritti costituzionali” apre poi il fronte di quali diritti siano riconducibili alla categoria e della possibilità di estendere la portata della norma in oggetto, e dunque l’intervento “omogeneizzatore” del legislatore statale, anche ai diritti sociali derivanti dai principi rettori di cui al Capitolo III del Titolo I.

Com’è ovvio, le problematiche qui evidenziate sono state ampiamente affrontate dal Tribunal Constitucional. A riguardo, è possibile distinguere abbastanza nettamente due fasi e conseguentemente due differenti tecniche di utilizzo della clausola dell’art. 149.1.1 CE.

Nel corso del primo quindicennio di attività, il giudice delle leggi spagnolo ha infatti impiegato la norma in un’ampia varietà di contesti e con un intento di espansione delle competenze statali che non sempre ha riscontrato pareri favorevoli da parte della dottrina. Segno evidente di ciò è innanzitutto la sovrapposizione operata dal Tribunal del concetto di *condiciones básicas* con quello di *bases*, come avviene, per la prima volta, nella STC 32/1983 relativa ad un conflitto positivo di competenza sollevato dal Governo basco con riferimento alla normativa statale relativa all’istituzione di un registro dei prodotti alimentari. L’adozione di tale misura è infatti considerata di esclusiva competenza statale, così come stabilito dall’art. 149.1.16 CE in materia di *bases y coordinación general de la sanidad*, che a sua volta però “si appoggia”, fra gli altri, anche sull’art. 149.1.1 CE (STC 32/1983, F.J. 4). La sovrapposizione fra *bases* e *condiciones básicas* è invece ancor più esplicita in altre sentenze successive (STC 102/95, F.J. 8)¹⁰⁶. La norma, in questo caso invocata come titolo competenziale rafforzativo della potestà normativa statale esclusiva enunciata da altre voci dell’elenco di cui all’art. 149.1 CE¹⁰⁷, è in altre occasioni impiegata in maniera del tutto autonoma, come “centro di gravità” che attrarrebbe (e dunque consentirebbe) l’intervento statale in ambiti non toccati da specifici titoli competenziali¹⁰⁸. La dottrina ha dunque individuato in tale filone giurisprudenziale un chiaro utilizzo dell’art. 149.1.1 CE come titolo competenziale, che limiterebbe la potestà normativa delle CCAA ed al tempo stesso abiliterebbe il legislatore statale ad intervenire al fine di evitare che l’esercizio da parte delle CCAA delle proprie competenze si traduca in disparità di trattamento

¹⁰⁶ M. Á. Cabellos Espiérrez, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, CEPC, 2001, p. 97.

¹⁰⁷ J. Barnés, *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1ª CE*, Institut d’Estudis Autònoms, 2004, p. 41.

¹⁰⁸ J. Pemán Gavín, *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Universidad de Zaragoza, 1992, pp. 234-235, che cita come esempio la STC 49/1984 in materia di censura cinematografica.

ingiustificate¹⁰⁹. Si legge ad esempio nella STC 87/1985, che decide un ricorso di incostituzionalità promosso dal Governo centrale contro una legge catalana che istituiva sanzioni amministrative per contravvenzioni alla normativa in materia di igiene alimentare:

“Las Comunidades Autónomas pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando, teniendo competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, tales disposiciones se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del derecho sancionador (art. 25.1 C.E., básicamente), y no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio (art. 149.1.1)” (F.J. 8).

L’approccio qui sintetizzato è stato a suo tempo fortemente criticato dalla dottrina maggioritaria, che vi ha visto una interpretazione distorta della norma di cui all’art. 149.1.1 CE ed una indebita sovrapposizione ad essa dei criteri che presiedono all’esame di trattamenti discriminanti ingiustificati da parte della legge, ai sensi, però, dell’art. 14 CE (principio di uguaglianza di fronte alla legge). Secondo illustri Autori infatti, il principio di uguaglianza espresso dall’art. 14 CE si proietta sì naturalmente sulla struttura autonoma dello Stato spagnolo, ma la sua corretta applicazione deve essere verificata con riferimento all’attività tanto del legislatore statale quanto di quello autonomo, che partecipano alla regolamentazione delle condizioni di esercizio dei diritti costituzionali ciascuno nell’esercizio delle rispettive competenze¹¹⁰.

Neppure sarebbe giustificata una interpretazione dell’art. 149.1.1 CE “adagiata” – per così dire – nell’alveo di un’altra proiezione del principio di uguaglianza sulla struttura autonoma dello Stato spagnolo, l’art. 139.1 CE, secondo il quale

“Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado¹¹¹”.

Il legame intercorrente con l’art. 149.1.1 CE è evidente, ma non può dimenticarsi che mentre il primo precetto è orientato a garantire che la differenziazione connaturata al modello di Stato autonomo spagnolo non si traduca in discriminazione, il secondo opera invece come limite alla diversificazione consentita della disciplina dell’esercizio dei diritti e doveri costituzionali, al fine di garantire una omogeneità giuridica minima a

¹⁰⁹ J. Barnés, *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1ª CE*, op. cit., p. 34; L. López Guerra, *La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 149.1.1 CE*, in *La función del artículo 149.1.1 CE en el sistema de distribución de competencias. Seminario celebrado en Barcelona el 7 de junio de 1991*, Institut d’Estudis Autònomic, 1991, p. 13. A riguardo, si ricordi anche la già citata STC 37/1981, F.J. 2.

¹¹⁰ J. Pemán Gavín, *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, op. cit., pp. 195-196.

¹¹¹ In un celebre passo della STC 37/1981, il Tribunal Constitucional ha escluso espressamente che tale norma possa essere interpretata in senso tale da comportare una “rigorosa e monolitica uniformità dell’ordinamento” (F.J. 2).

riguardo¹¹². Così, l'art. 139.1 CE, che a differenza dell'art. 149.1.1 CE non rappresenta un titolo competenziale, non contribuisce alla fissazione in tale ambito di uno *standard* minimo comune, ma piuttosto, presupponendo che esso sia già stato stabilito, impone che il successivo impulso alla differenziazione autonoma non finisca col trasformarsi in discriminazione¹¹³.

La *vis expansiva* dell'interpretazione iniziale data dal giudice delle leggi spagnolo alla clausola del 149.1.1 CE ha inoltre toccato un altro terreno delicato della complessa disciplina costituzionale in materia di regolamentazione dei diritti costituzionali, ed in particolare dei diritti fondamentali contenuti nella Sez. I del Capitolo II CE, per il *desarrollo* dei quali l'art. 81 CE prevede una riserva di legge organica. A partire infatti dalla STC 5/1981, il Tribunal ha interpretato detto articolo come una norma competenziale integrativa dell'art. 149.1.1 CE, cosicché dal loro combinato disposto risulterebbe una riserva di legge organica a favore del legislatore statale, competente in via esclusiva a disciplinare non solo le condizioni basiche di esercizio dei diritti fondamentali, ma tutti gli aspetti della loro regolamentazione, indipendentemente dall'esistenza di competenze riservate alle CCAA *ex art.* 149.1 CE. Proseguendo sulla via già tracciata dalla STC 37/1981 per la riserva di legge ordinaria di cui all'art. 53.1 CE, il Tribunal ha rivisto successivamente la propria *doctrina*, affermando che anche le CCAA, negli ambiti ad esse riservati, sono competenti a disciplinare l'esercizio dei diritti fondamentali e considerando l'art. 81 CE non come titolo competenziale bensì come norma esclusivamente rivolta alla disciplina del sistema delle fonti¹¹⁴. L'esistenza di un riparto di competenze costituzionalmente predisposto con riferimento ad alcuni diritti esclude inoltre qualsiasi sovrapposizione tra gli artt. 149.1.1 e 81 CE.

Si legge così nella STC 137/1986, in materia di istruzione scolastica:

“En términos generales puede decirse que la reserva enunciada en el art. 81.1 de la Constitución para el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es incompatible con la colaboración internormativa entre la fuente a favor de la cual la reserva se establece y otras fuentes de producción reconocidas en la Constitución, para alcanzar, de este modo, una disciplina integral y articulada del ámbito de que se trate. [...] No toda divergencia, pues, entre Ley Orgánica y territorial será causa de vicio de inconstitucionalidad en esta última y sí sólo su eventual apartamiento del contenido de aquellas «normas básicas», cuya identificación corresponde, en

¹¹² J. Pemán Gavín, *Acerca de la uniformidad de las condiciones de vida como principio constitucional en el Estado de las Autonomías*, *op. cit.*, p. 190.

¹¹³ J. Pemán Gavín, *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, *op. cit.*, p. 141; M. Á. Cabellos Espiérrez, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, *op. cit.*, pp. 40-41.

¹¹⁴ E. Griglio, *Principio unitario e neo-policentrismo. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, CEDAM, 2009, p. 375.

última instancia, a este Tribunal Constitucional. Por lo demás, el título específico que, en el orden de la educación, así ostenta el Estado para disponer la normación básica hace ya pasar a un segundo plano, en este caso, el alcance de la cláusula general ex art. 149.1.1.” (F.J. 3).

E’ infine necessario sottolineare che il Tribunal, nella prima fase della sua attività, ha interpretato in senso particolarmente ampio anche l’espressione “*regulación del ejercicio*” contenuta nell’art. 149.1.1 CE, arrivando a ricomprendervi tanto la individuazione di limiti ben precisi all’esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, quanto la costruzione di un vero e proprio quadro organizzativo nel quale i diritti sono concretamente esercitati, e persino azioni statali di promozione di diritti costituzionali o la fissazione di requisiti minimi di qualità di determinati servizi che incidano sull’effettiva fruizione di essi¹¹⁵.

Alla luce di quanto detto fin’ora, non sorprende dunque che alcune interpretazioni dottrinali dell’art. 149.1.1 CE abbiano finito col negare la natura di titolo competenziale dell’art. 149.1.1 CE, forse proprio nel timore che un suo utilizzo “disinvolto” potesse condurre ad uno “svuotamento” delle competenze autonome. La clausola del 149.1.1 CE sarebbe piuttosto una regola interpretativa da impiegare per comprendere la finalità che deve presiedere alla normativa statale emanata in conformità con il riparto di competenze delineato in particolare dall’elenco di cui all’art. 149.1 CE e della complementare disciplina autonoma in quei settori ed ambiti ricavabili dalla lettura *a contrario* del medesimo elenco¹¹⁶.

E’ la STC 61/1997 a tentare per prima di mettere ordine nel variegato quadro delle interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali¹¹⁷ del quindicennio 1981-1996, affrontando in modo organico le molte questioni rimaste irrisolte. Con tale sentenza, il Tribunal Constitucional dà avvio ad una vera e propria *doctrina general* relativa alla clausola dell’art. 149.1.1 CE¹¹⁸.

Innanzitutto, essa chiarisce una volta per tutte che “*condiciones básicas*” e “*bases/legislación básica*” non sono concetti sovrapponibili (F.J. 7): l’ambito del loro intervento, e pertanto il loro contenuto specifico sono infatti molto diversi. Come si è visto, queste ultime si riferiscono a discipline, talvolta anche piuttosto estese e

¹¹⁵ J. Pemán Gavín, *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, op. cit., pp. 241-242.

¹¹⁶ M. Barceló, *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*, Institut d’Estudis Autonòmics, Civitas, 1991, pp. 110 ss..

¹¹⁷ Le principali pronunce del TC in materia sono approfondite da J. Barnés, *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1ª CE*, op. cit., pp. 39-57.

¹¹⁸ J. Pemán Gavín, *Artículo 149.1.1ª. La clausola de igualdad en las condiciones básicas*, in M. E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, op. cit., p. 2267.

dettagliate a seconda della materia concretamente coinvolta, dettate dallo Stato in ragione di una propria competenza esclusiva, al fine di disciplinare in modo uguale, completo e organico, i tratti fondamentali di determinati settori, il cui sviluppo (*desarrollo*) è rimesso poi alla competenza delle CCAA. Diversamente, le “condizioni basiche” fanno riferimento al

“contenido primario [...] del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...)”,

come anche a

“aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho [...]; los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho [...]; los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho [...]”.

Ciò significa quindi che la funzione di *regulación del ejercicio* non potrà estendersi all’emanazione di norme esecutive o finalizzate alla promozione di specifici diritti¹¹⁹. In ogni caso, il contenuto delle “condizioni basiche” dovrà essere inteso in senso restrittivo:

“las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta. Como hemos insistido, si por «condiciones básicas» hubiera de entenderse cualquier condición «material», obligado sería concluir que esa interpretación tan amplia habría de conducir a un solapamiento con otras competencias estatales explicitadas en el art. 149.1 C.E. o, lo que es peor, a una invasión de las competencias autonómicas”. (F.J. 8).

Le “condizioni basiche” non sono quindi inserite nella logica *bases-desarrollo* propria degli altri titoli competenziali dell’art. 149.1 CE, nè pertanto escludono il legislatore autonomico dalla normazione in materia di diritti costituzionali (F.J. 7). L’art. 149.1.1 CE rappresenta piuttosto il titolo che abilita lo Stato ad intervenire, in modo estremamente puntuale e circoscritto, condizionando l’esercizio della potestà normativa delle CCAA in materia di “diritti e doveri costituzionali” ed andando così a tracciare i contorni essenziali all’interno dei quali si svilupperanno i differenti modelli

¹¹⁹ E. Aja, *L’eguaglianza dei diritti in Spagna. Con particolare riferimento alla competenza dello Stato di regolare le condizioni fondamentali che garantiscono la eguaglianza dei cittadini (art. 149, c. 1, n. 1 CE)*, in G. Rolla (a cura di), *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati. Atti del convegno dell’Associazione Italiana di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo (Pontignano, Università degli Studi di Siena, 10-11 maggio 2002)*, Giappichelli, p. 176, in cui si cita come esempio di sentenza che si inserisce nella scia di tali affermazioni la STC 188/2001, che nega la possibilità di estendere l’art. 149.1.1 CE anche a competenze esecutive in materia di istituzione e gestione di borse di studio universitarie.

di ciascuna CA¹²⁰. Ecco quindi che la clausola del 149.1.1 CE viene a costituire non una mera regola interpretativa o un divieto di differenziazione fra CCAA, bensì titolo competenziale a tutti gli effetti, che permette allo Stato di effettuare

“una «regulación», aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no es el diseño completo y acabado de su régimen jurídico”.
(F.J. 7).

Parrebbe dunque confermarsi in questa sede l'interpretazione dottrinale secondo cui l'art. 149.1.1 CE giocherebbe, all'interno del sistema di riparto di competenze fra Stato e CCAA, un ruolo di *norma di chiusura*, differente da altri titoli competenziali e da altri strumenti giuridici relativi al sistema delle fonti (riserva di legge organica, leggi di armonizzazione ex art. 150.3 CE...), che permetta di garantire l'uguaglianza nell'esercizio dei diritti costituzionali ovviando ad eventuali vuoti lasciati dai due elenchi di competenze di cui agli artt. 148 e 149 CE¹²¹.

Sebbene la STC 61/1997 si sia sforzata di fissare una volta per tutte i tratti fondamentali della competenza statale in materia di *condiciones básicas* relative all'esercizio dei diritti costituzionali, la questione pare ad oggi essere tutt'altro che inequivocabilmente risolta, essendo ancora registrabili oscillazioni giurisprudenziali fra interpretazioni più restrittive dell'art. 149.1.1 CE, favorevoli all'autonomia normativa delle CCAA, ed interpretazioni estensive, che invece, riproducendo argomentazioni precedenti al 1997, lasciano un più ampio margine di intervento al legislatore statale¹²². Nonostante che, secondo parte della dottrina, la STC 61/1997 ponga le basi per la costruzione di un vero e proprio modello in base al quale il legislatore statale dovrebbe agire nell'esercizio della propria competenza ex art. 149.1.1 CE¹²³, altri Autori

¹²⁰ J. Barnés, *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1ª CE*, op. cit., p. 122.

¹²¹ J. Pemán Gavín, *Artículo 149.1.1ª*, cit., p. 2265; in tal senso si era già espresso E. Aja, *El artículo 149.1.1 de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social*, in *La función del artículo 149.1.1 CE en el sistema de distribución de competencias*, op. cit., p. 41.

¹²² Si vedano in proposito le osservazioni e le sentenze citate da: J. Pemán Gavín, *Artículo 149.1.1ª*, cit., p. 2270-71; E. Aja, *L'eguaglianza dei diritti in Spagna. Con particolare riferimento alla competenza dello Stato di regolare le condizioni fondamentali che garantiscono la eguaglianza dei cittadini (art. 149, c. 1, n. 1 CE)*, op. cit., pp. 174-175, che sottolinea altresì come l'opposizione all'interpretazione restrittiva della portata dell'art. 149.1.1 CE emerga soprattutto dai *votos particulares* associati alle sentenze del Tribunal Constitucional e sia indice di un forte conflitto interno al giudice delle leggi spagnolo; J. Barnés, *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1ª CE*, op. cit., pp. 74 ss..

¹²³ J. Barnés, *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1ª CE*, op. cit., pp. 121 ss.; in particolare, l'Autore estrae dalla giurisprudenza costituzionale i seguenti criteri: fissazione delle “condizioni basiche” tramite legge formale; espressa connotazione delle condizioni basiche come tali da parte del legislatore statale, che a sua volta si rivolge al legislatore autonomico, il cui intervento successivo sarà necessario per completare il quadro normativo e per il quale l'art. 149.1.1 CE non rappresenta una restrizione; il legislatore statale infatti limiterà, guidato dall'intento di perseguire l'uguaglianza di fondo delle condizioni di esercizio dei diritti costituzionali, a dettare solo quei principi e disposizioni imprescindibili per raggiungere tale obiettivo (pp. 151-153).

evidenziano piuttosto come tale incertezza sia frutto degli spazi interpretativi lasciati dalla STC 61/1997, che dunque non avrebbe del tutto dissipato i dubbi esitanti con riguardo al significato e alla portata della norma in esame¹²⁴.

Tra le questioni ancora aperte, manca ancora una risposta univoca al quesito se l'art. 149.1.1 CE abiliti lo Stato a dettare le condizioni basiche relative all'esercizio anche dei diritti sociali e dei principi rettori contenuti nel Capitolo III del Titolo I CE.

3.3.2. *L'applicabilità dell'art. 149.1.1 CE ai principi rettori della politica sociale ed economica (Capitolo III, Titolo I CE).*

Ripercorrendo alcune delle più importanti sentenze in materia, risulta estremamente difficile rintracciare nella giurisprudenza del Tribunal Constitucional indicazioni univoche circa la possibilità di estendere la portata della clausola in esame anche ai diritti sociali. Da un lato infatti, nell'importante e più volte ricordata STC 32/1983 è proprio l'art. 149.1.1 CE a fungere da argomento *ad abundantiam* per giustificare (pur con i problemi interpretativi già visti) la "basicità" della normativa in materia di sicurezza e igiene alimentare emanata dallo Stato nell'adempimento del mandato di cui all'art. 43 CE (diritto alla salute) ed ai sensi del titolo competenziale di cui all'art. 149.1.16 CE ed impugnata per conflitto positivo di competenza dal Governo del País Vasco. In altre occasioni invece, come nella già citata STC 152/1988, pur "salvando" la normativa statale in materia di politica dell'abitazione (titolo di esclusiva competenza autonoma, ex art. 148 CE e strettamente ricollegato al mandato costituzionale di cui all'art. 47 CE), si esclude espressamente la riconducibilità dell'intervento omogeneizzatore statale al grande ombrello dell'art. 149.1.1 CE, preferendo inquadrarlo, con una discussa operazione ermeneutica, nella competenza trasversale relativa alla fissazione delle basi della pianificazione economica generale contenuta nell'art. 149.1.13 CE. In altre ipotesi ancora, il collegamento tra principi rettori ed art. 149.1.1 CE è reso poi estremamente esplicito: così, ad esempio, nella STC 124/1989, il Tribunal riconduce a tale clausola un intervento statale di natura esecutiva svolto con riferimento alla Tesoreria generale della *Seguridad Social*, in quanto misura finalizzata

¹²⁴ M. Á. Cabellos Espiérrez, *La regulación de los derechos: el papel del Estado y de las Comunidades Autónomas a partir del artículo 149.1.1 CE*, in *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*, Institut d'Estudis Autònomic, 2007, pp. 108 ss., nelle quali si evidenzia altresì l'uso che della clausola in esame ha fatto in tempi recenti il legislatore statale per giustificare interventi talora anche molto ampi nei settori più vari, spesso tra l'altro oggetto di competenza almeno concorrente fra Stato e CCAA (p. 110, nella quale si parla espressamente di "falta de hilo conductor" nell'attività del legislatore statale).

ad attuare quel mandato di uniformità in materia derivabile dal mandato costituzionale di cui all'art. 41 CE. Neppure la fondamentale STC 61/1997 chiarisce i termini della questione, limitandosi ad associare l'esigenza di dettare una disciplina di fondo omogenea con le *condiciones básicas* che abbiano una relazione diretta ed immediata con i "diritti che la Costituzione riconosce" (F.J. 12), dimostrando così, a detta di autorevole dottrina¹²⁵, la volontà di non precludere l'utilizzo del titolo competenziale in esame per dare copertura ad eventuali interventi che procedano in attuazione di mandati costituzionali provenienti da principi rettori o di diritti sociali che la Costituzione (per lo meno) "riconosce".

La dottrina che, sebbene con motivazioni varie, si esprime a favore dell'estensione dell'art. 149.1.1 CE anche ai diritti e principi contenuti nel Titolo III CE è tuttavia minoritaria. Alcuni Autori¹²⁶ prendono le mosse dall'interpretazione ampia (v. *retro*) in base alla quale i "diritti costituzionali" sarebbero tutti quelli che la Carta Fondamentale contiene e menziona, anche senza disciplinarne il contenuto essenziale (come invece fa con i diritti fondamentali); conseguentemente, i diritti sociali, sebbene non dotati *ab initio* di un contenuto essenziale, rimesso come si sa, *ex art.* 53.3 CE, alla successiva determinazione del legislatore (conviene ripeterlo, statale ed autonomico, alla luce del riparto competenziale effettuato dagli articoli 148 e 149 CE), proprio in quanto diritti "costituzionali" ricadono a pieno titolo nell'ambito coperto dalla clausola del 149.1.1 CE. Secondo alcune interpretazioni¹²⁷, l'area di intervento privilegiata della norma in oggetto sarebbe anzi proprio quella dei principi rettori: se infatti per i diritti fondamentali di cui agli artt. 15-29 CE l'intervento omogenizzatore dello Stato è più penetrante, in quanto garantito dalla riserva di legge organica che la Costituzione richiede per il loro sviluppo (art. 81 CE), con riferimento ai principi rettori il legislatore statale sarebbe sprovvisto di simili strumenti di intervento, trovandosi pertanto costretto, per così dire, ad impiegare il titolo competenziale di chiusura del sistema per ottenere

¹²⁵ *Ibidem*, p. 107.

¹²⁶ *Ex multis*, si ricordano M. Barceló, *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*, op. cit., p. 107; E. Sáenz Royo, *Estado social y descentralización política. Una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España*, Thomson Civitas, 2003, pp. 300-301, che ricorda altresì come la posizione in oggetto sia espressa con precisione dal *voto particular* del giudice F. Rubio Llorente nella STC 152/1988; M. Aragón, *Los problemas del Estado social*, cit., p. 28; da ultimo, si veda nuovamente il già citato *voto particular* del giudice Conde de Martín de Hijas alla STC 98/2004, punto 5, che costituisce altresì un esempio di quella interpretazione estensiva dell'art. 149.1.1 CE che la STC 61/1997 aveva tentato (invano, evidentemente) di arginare una volta per tutte.

¹²⁷ G. Ruiz-Rico Ruiz, *El Estado social autonómico: eficacia y alcance de las normas programático-sociales de los Estatutos de Autonomía*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 65, mayo-agosto 2002, pp. 30-31; M. Vaquer Caballería, *La acción social. (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de derecho)*, Institut de Dret Públic, 2002, pp. 158-159.

l'effetto di *igualación* delle “condizioni basiche” di esercizio dei diritti sociali derivanti dai principi rettori del Capitolo III.

Secondo un'altra autorevolissima ricostruzione, la portata del titolo competenziale del 149.1.1 CE si estenderebbe anche ai diritti sociali del Capitolo III, Titolo I CE in quanto anch'essi ascrivibili alla categoria dei diritti fondamentali: sebbene si differenzino da quelli che la Carta Fondamentale espressamente definisce come tali per il sistema di garanzie che è loro proprio, essi vi risultano comunque imprescindibilmente legati, poiché condizione necessaria, per gran parte della popolazione, per il loro pieno godimento¹²⁸. Si potrebbe quindi ragionevolmente affermare che la “fondamentalità” di tutti i diritti contenuti nel Titolo I consegue dalla fondamentalità della scelta effettuata dall'art. 1.1 CE quando definisce lo Stato spagnolo come sociale, democratico e di diritto e dalla inestricabile integrazione fra le tre qualificazioni utilizzate. Così con la fondamentalità di tutti i diritti si spiega la competenza statale relativa alla fissazione e alla garanzia di un livello minimo di essi in tutto il territorio nazionale¹²⁹ e dunque anche la estensione ai diritti sociali della clausola di cui all'art. 149.1.1 CE. Non si può infine non notare che anche Autori tradizionalmente più critici nei confronti di un'interpretazione della norma in esame in senso tale da ricomprendere nella nozione di diritti costituzionali anche i diritti sociali e principi rettori, si sono in tempi più recenti parzialmente aperti ad una ricostruzione estensiva della sua portata, ammettendone l'applicabilità almeno a quei precetti del Capitolo III che enunciano diritti (alla salute, all'ambiente, all'abitazione)¹³⁰.

Si evidenzia tuttavia che le ricostruzioni favorevoli a tale posizione sembrano recentemente essere state messe in discussione da un'affermazione contenuta nella STC 247/2007, avente ad oggetto i molteplici profili di (presunta) incostituzionalità sollevati dal governo aragonese con riferimento allo Statuto riformato della Comunità valenziana. Con una decisione senza precedenti, nel F.J. 13a, tale sentenza afferma infatti che i diritti costituzionali menzionati dalla clausola dell'art. 149.1.1 CE sarebbero soltanto quelli contenuti nelle due sezioni del Capitolo II del Titolo I CE¹³¹. Se confermata da future pronunce, siffatta ricostruzione porterebbe con sé importanti

¹²⁸ J. J. Solozábal Echavarría, *El Estado social como Estado autonómico*, cit., p. 72.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 74-75.

¹³⁰ Il riferimento è qui a J. Pemán Gavín e alle diverse posizioni adottate rispettivamente in *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, op. cit., pp. 235-237 e nel commento *Artículo 149.1.1ª*, cit., p. 2268.

¹³¹ Per considerazioni a riguardo, si veda M. Á. Cabellos Espiérrez, *La relación derechos-Estado autonómico en la sentencia sobre el Estatuto Valenciano*, in *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 7, octubre 2008, p. 130.

conseguenze: da un lato, sarebbero da rigettare tutte quelle interpretazioni estensive della categoria in questione; dall'altro, essa lascerebbe intendere un ampliamento del margine di manovra proprio delle CCAA, che andrebbero così a costruirsi con maggior libertà uno "spazio sociale proprio", potendo lo Stato incidere con il proprio intervento solo in relazione alle materie in relazione alle quali possiede specifici titoli competenziali e nei limiti che il riparto di competenze gli consente (ad es., ex art. 149.1.16 CE, in materia di sanità, solo per quanto concerne la determinazione di *bases y coordinación*)¹³².

In attesa di ulteriori sviluppi giurisprudenziali, si può per adesso sottolineare come in Spagna la costruzione del *welfare state* e la garanzia di un regime prestazionale e protettivo omogeneo almeno nei suoi tratti fondamentali debba necessariamente fare i conti con il principio autonomico espresso dall'art. 2 CE e sviluppato nel *bloque de constitucionalidad*. Se è vero infatti che non sono riscontrabili nella storia dello sviluppo del *welfare state* europeo coincidenze perfette tra modelli di organizzazione territoriale e modelli organizzativi dello Stato sociale¹³³, è pur vero che la coesistenza tra le esigenze di omogeneità e di differenziazione che tutti i modelli decentralizzati comportano si pongono inevitabilmente in "costante tensione dialettica"¹³⁴, e spingono i pubblici poteri coinvolti ai differenti livelli di governo alla ricerca di un equilibrio dinamico destinato spesso e volentieri a variare anche in funzione delle concrete circostanze politiche e fattuali che di volta in volta si presentano. Come parte della dottrina ha acutamente sottolineato, l'interazione tra il principio dello Stato sociale ed il principio autonomico presuppone però un cambio di prospettiva nell'interpretazione delle asimmetrie territoriali e conseguentemente del principio di uguaglianza sostanziale, che prendano in considerazione le necessità *specifiche* che ciascun territorio presenti: in tale ottica, un intervento eccessivamente "centralizzato" rischierebbe persino di minare il raggiungimento di quella uguaglianza sostanziale, limitando di fatto il margine di manovra delle autorità di governo decentrate¹³⁵. Per questo alcuni Autori si sono espressi a favore di una estensione del raggio di azione dell'art. 149.1.1 CE anche ai principi rettori, propugnando al tempo stesso una sua interpretazione restrittiva: esso infatti, pur funzionando da ineliminabile clausola di salvaguardia di fronte a

¹³² J. M^a. Castellá Andreu, 3. *La Constitución territorial*, in G. Escobar Roca (coord.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 396.

¹³³ L. M^a. Díez Picazo, *Federalismo, regionalismo e welfare state*, in *Il Mulino*, n. 368, 1996, p. 1121.

¹³⁴ G. Ruiz-Rico Ruiz, *El Estado social autonómico: eficacia y alcance de las normas programático-sociales de los Estatutos de Autonomía*, cit., pp. 29-30.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 24;

possibili stravolgimenti del principio di uguaglianza, in particolare in un ambito così delicato come quello connesso agli sviluppi dello Stato sociale, non deve rischiare di diventare lo strumento *omnibus* al quale appellarsi per legittimare qualunque tipo di intervento statale. Per contro, privilegiando la funzione omogeneizzatrice del precetto in esame, altre voci sono giunte ad esprimere il proprio favore per un'interpretazione della norma che si spinge a ricomprendere nella nozione di “*condiciones básicas*” non solo le condizioni giuridiche, intese come trattamento normativo di determinate situazioni, ma anche le condizioni *materiali*, valorizzando così la connessione con il principio espresso dall'art. 9.2 CE¹³⁶.

Il fatto che, a paragone di altri dei titoli competenziali elencati nel 149.1 CE, l'art. 149.1.1 CE non sia riferito ad un ambito materiale specificamente determinabile aumenta il grado di discrezionalità politica che può giustificare il ricorso ad esso da parte del potere statale¹³⁷; certo è che un'interpretazione eccessivamente ampia del 149.1.1 CE potrebbe non rivelarsi adeguatamente rispettosa del principio autonomico, rischiando, soprattutto in alcuni settori, di svuotare di contenuto le competenze delle CCAA connesse con le strutture e le attività proprie dello Stato sociale, generalmente configurate in modo da lasciare un ampio margine di manovra agli organi di governo territoriale.

Il problema pare indubbiamente di difficile soluzione, o quantomeno soggetto a soluzioni sempre parziali e storicamente condizionate da contingenze politiche ed economiche che rendono pressoché impossibile tracciare modelli definitivi. Si ritiene tuttavia utile menzionare che parte della dottrina ha proposto di affrontare il tema del difficile equilibrio fra i due principi costituzionali di uguaglianza (anche in senso sostanziale) e autonomia aggirando i profili di conflitto e di competizione che inevitabilmente rischiano di ingenerarsi nelle relazioni fra Stato e CCAA e valorizzando strumenti collaborativi¹³⁸ in grado di giungere ad una determinazione “partecipata” di quelli che sono gli interessi sociali generali da tutelare in modo omogeneo mediante l'intervento statale ex art. 149.1.1 CE. L'incremento delle rappresentanze autonome all'interno degli organi statali settoriali, l'aumento dei procedimenti amministrativi misti che coinvolgono tanto le strutture statali quanto quelle autonome, l'incentivo a utili (sebbene potenzialmente foriere di ulteriore differenziazione) canali di

¹³⁶ M. Aragón, *Los problemas del Estado social*, cit., p. 28.

¹³⁷ E. Sáenz Royo, *op.cit.*, pp. 303-304.

¹³⁸ M. I. González Pascual, *El proceso autonómico ante la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales*, IVAP, 2007, p. 110 e pp. 125-128;

cooperazione e dialogo bilaterali sono solo alcune delle proposte avanzate. Esse dovrebbero consentire una migliore individuazione degli obiettivi comuni, lo sviluppo di un più consapevole processo decisionale ed infine la più corretta individuazione delle competenze esecutive alla luce del riparto competenziale recato dalla Costituzione¹³⁹. Senza poterci qui addentrare nelle complesse problematiche che tale annosa questione comporta, occorre tuttavia segnalare che sullo sfondo del dibattito permangono le proposte di riforma del Senato, da più parti avanzate con la espressa finalità di farne una vera e propria camera di compensazione delle esigenze delle CCAA e, con specifico riferimento all'argomento in oggetto, luogo per eccellenza deputato alla determinazione partecipata delle politiche sociali, dei confini che separano l'intervento dello Stato dalle aree di competenza autonoma e dei settori nei quali avviare utilmente vari percorsi di cooperazione.

3.4. *Diritti sociali e principi rettori negli Statuti di autonomia.*

3.4.1. *La nuova fase "estatuyente": continuità o rottura?*

L'approfondimento del quadro costituzionale spagnolo relativo ai diritti sociali non può dirsi completo senza uno sguardo alle differenti discipline contenute negli Statuti di Autonomia (EEAA) ed in particolare alle innovazioni che essi hanno subito a seguito della fase di riforme statutarie iniziata nel 2006 e profondamente toccata dalle sentenze emanate dal Tribunal Constitucional con riferimento agli Statuti della Comunità Valenziana (STC 247 e 249/2007) e della Catalogna (STC 31/2010).

Occorre innanzitutto segnalare che, delle diciassette CCAA che compongono la Spagna, solo Comunità Valenziana (LO 1/2006), Catalogna (LO 6/2006), Isole Baleari (LO 1/2007), Andalusia (LO 2/2007), Aragona (LO 5/2007) e Castilla-León (LO 14/2007)¹⁴⁰ hanno provveduto alla riforma o alla sostituzione del proprio Statuto di Autonomia, dedicando spazio, secondo differenti schemi, a più o meno estese e dettagliate "dichiarazioni di diritti". Lo scarto rispetto agli Statuti della precedente generazione è evidente. In materia di diritti fondamentali, essi infatti si limitavano (o si

¹³⁹ E. Sáenz Royo, *op.cit.*, pp. 310-312.

¹⁴⁰ Gli Statuti riformati, ai quali qui si faranno sintetici riferimenti, sono tutti consultabili a partire dalla pagina web <http://www.congreso.es/consti/estatutos/index.htm>.

limitano tutt'ora) a riprodurre in modo quasi letterale contenuti costituzionali o a rinviare *tout court* alla Carta Fondamentale, diffondendosi – questo sì – sulla disciplina dei diritti di partecipazione politica ed eventualmente sui diritti linguistici; con riferimento agli obiettivi connessi con il principio dello Stato sociale, essi enunciavano obiettivi generali da perseguire in via prioritaria¹⁴¹, prevedendo in taluni casi un Defensor del Pueblo autonomico, affidando poi all'enumerazione delle competenze assunte dai pubblici poteri della singola CA in forza del principio dispositivo l'indicazione dei titoli abilitanti al perseguimento di finalità *latu sensu* sociali¹⁴². A detta di parte della dottrina, il cambio di passo registrato con differenti gradazioni di dettaglio e di intensità con i nuovi Statuti successivi al 2006 rappresenterebbe l'inequivocabile conseguenza del potenziamento di una vocazione “costituzionale” degli Statuti propria di un'epoca in cui difficilmente si possono separare esercizio del potere politico e riconoscimento di diritti e libertà pubbliche¹⁴³ ed in cui la protezione e promozione dei diritti fondamentali sembra essere sempre meno nella disponibilità esclusiva degli Stati¹⁴⁴.

Gli Statuti riformati possono quindi classificarsi secondo differenti schemi. In ordine al grado di specificità assunto dai diritti ivi contenuti, si individua un primo gruppo, costituito dagli Statuti di Catalogna, Andalusia e Castilla-León, nei quali si trovano dettagliate dichiarazioni dei diritti, contenuti in un Titolo apposito a sua volta suddiviso in Capitoli; un secondo gruppo comprende invece gli Statuti della Comunità Valenziana e delle Isole Baleari, nei quali il numero di diritti elencati è piuttosto ridotto e non possiede alcuna sistematizzazione, rinviando tali Statuti ad una successiva “carta dei diritti” da approvarsi a cura del parlamento autonomico¹⁴⁵.

¹⁴¹ Come nell'ormai abrogato Statuto andaluso del 1981, art. 12.3, consultabile in <http://www.juntadeandalucia.es/especiales/aj-nuevoestatuto-estatuto.html?idSeccion=3&idApartado=2>.

¹⁴² Si vedano le considerazioni svolte da G. Ruiz-Rico Ruiz, *El Estado social autonómico: eficacia y alcance de las normas programático-sociales de los Estatutos de Autonomía*, cit., pp. 37-28 e da E. Expósito Gómez, M. Á. Cabellos Espiérrez, *Conclusiones generales: derechos y principios en los Estatutos de Autonomía*, in M. Á. Aparicio (ed.), J. M^a. Castellá Andreu, E. Expósito (coords.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, 2008, pp. 348-349.

¹⁴³ M. Á. Aparicio, M. Barceló i Serramalera, *Marco general. Los derechos públicos estatutarios*, in M. Á. Aparicio (ed.), J. M^a. Castellá Andreu, E. Expósito (coords.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, op. cit., p. 14.

¹⁴⁴ E. Expósito Gómez, M. Á. Cabellos Espiérrez, cit., p. 347.

¹⁴⁵ M. Á. Aparicio, M. Barceló i Serramalera, *Marco general. Los derechos públicos estatutarios*, cit., p. 24; C. Rosado Villaverde, *Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 13, 1^{er} semestre 2009, pp. 154-155.

Non essendo questa la sede adeguata per diffondersi in una elencazione particolareggiata di tutti i diritti e principi che essi contengono¹⁴⁶, per i fini che qui interessano, si sottolinea che negli Statuti riformati le norme che enunciano (vedremo poi in che termini) diritti sociali e principi rettori svolgono un ruolo assolutamente preminente rispetto ai diritti di altra tipologia. Parte della dottrina, svolgendo forse un parallelo non unanimemente condiviso fra costituzione e Statuti, ritiene che ciò sarebbe dovuto alla nuovo significato assunto oggi dai diritti dichiarati nelle Carte Fondamentali: essi infatti non solo delimiterebbero una sfera intangibile all'azione dei pubblici poteri, ma al contrario, imporrebbero le direttrici fondamentali lungo le quali essa deve svolgersi¹⁴⁷.

I diritti sociali espressamente definiti come tali sono ubicati nei nuovi Statuti con varia collocazione: talvolta ad essi sono dedicati alcuni articoli di un più ampio Titolo riservato ai “diritti di ambito civile e sociale” (Statuto catalano, Titolo I, Capitolo I), altre volte al loro riconoscimento è orientato un intero titolo dello Statuto (Statuto andaluso, il cui Titolo I è dedicato interamente ai “diritti sociali, doveri e politiche pubbliche); in altri casi ancora, essi sono elencati in un solo articolo (art. 13 Statuto di Castilla-León) oppure oggetto di un mero riconoscimento, in attesa di una più ampia regolamentazione ad opera di una futura Carta dei Diritti (art. 16 Statuto Isole Baleari o art. 10 Statuto Comunità Valenziana). Essi riprendono sotto certi aspetti alcuni tratti della disciplina costituzionale, incorporando riferimenti ai diritti di particolari categorie di persone collocate in posizione di svantaggio o di debolezza (anziani, minori, giovani, disabili, consumatori), diritti collegati con la condizione di lavoratore, i diritti all'istruzione e alla salute, nonché i diritti all'abitazione, alla cultura e all'ambiente¹⁴⁸. In non pochi casi le norme statutarie presentano però formulazioni estremamente dettagliate, spesso riferite in particolare alle singole prestazioni che il diritto comprende, pur non limitandosi a riconoscere e proteggere unicamente diritti sociali concepiti

¹⁴⁶ Per una classificazione completa ed approfondita, si rimanda a E. Expósito, *La regulación de los derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía*, in *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 5, 2007, pp. 173 ss., che raggruppa i diritti enunciati dai nuovi Statuti nelle seguenti categorie: diritti relativi all'uguaglianza e alla non discriminazione, diritti di partecipazione, diritti relativi al rapporto tra il cittadino e l'Amministrazione, diritti di ambito sociale, economico e culturale, diritti linguistici, per chiudere con una categoria “residuale”, nella quale include il diritto all'acqua proclamato dallo Statuto valenziano (art. 17) e da quello aragonese (art. 19) e i diritti connessi con l'utilizzo e la diffusione delle nuove tecnologie (art. 34 Statuto andaluso, art. 19 Statuto valenziano).

¹⁴⁷ E. Expósito, *La regulación de los derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía*, cit., p. 152.

¹⁴⁸ Per un'analisi dettagliata dei contenuti dei differenti statuti relativi in particolare al diritto all'istruzione, al diritto alla salute e ai diritti delle categorie svantaggiate, si veda C. Rosado Villaverde, *Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía*, cit., pp. 156-188.

secondo tale schema, ma anche sfaccettature di essi più strettamente ricollegabili con l'esercizio di veri e propri diritti di libertà¹⁴⁹. In taluni casi, accanto a norme espressamente formulate secondo lo schema di veri e propri diritti soggettivi, ve ne sono altre redatte e qualificate come principi rettori, mandati diretti al legislatore e agli altri pubblici poteri autonomici affinché orientino la propria attività al perseguimento degli obiettivi sociali indicati. Esempi di maggior organicità e sistematicità sono dati dagli Statuti andaluso e catalano, che dedicano rispettivamente ai principi rettori il Capitolo III del Titolo I (in realtà costituito dal solo art. 37) e il Capitolo V del Titolo I. Lo Statuto andaluso, in continuità con il precedente Statuto del 1981, contiene inoltre all'art. 10.3 un lungo elenco di ben ventiquattro "obiettivi fondamentali" che i pubblici poteri autonomici devono perseguire nell'esercizio delle loro funzioni. Il quadro già estremamente composito è poi ulteriormente complicato se si tiene conto del fatto che le norme espressamente qualificate come diritti sociali non sempre presentano una formulazione in tal senso univoca, poiché comprendono anche aspetti propri dei diritti di libertà oppure singole norme che, seppure redatte come diritti, sono in realtà più simili a principi rettori. Ciò è reso ancor più evidente dal rinvio che numerose norme fanno a successivi interventi del legislatore autonomico finalizzati a determinare aspetti anche importanti dell'effettivo contenuto del diritto enunciato¹⁵⁰, riproponendo in un certo qual modo il *drafting* dei principi rettori contenuti nel Capitolo III del Titolo I CE. Questa tecnica è stata fortemente criticata anche dalla dottrina più marcatamente propensa a conferire alle norme in esame la qualifica di veri e propri diritti soggettivi statutari: essa avrebbe infatti il difetto di frammentare ancora di più il quadro delle fonti relative alla categoria dei diritti sociali (anche intesa in senso amplissimo), e di prestarsi a regimi interpretativi e applicativi differenti, non solo da CA a CA, ma anche all'interno della medesima entità territoriale, da diritto a diritto (o principio), rendendo estremamente difficile la loro applicabilità (e quindi esigibilità) diretta¹⁵¹. La presenza di rinvii ad eventuali future carte dei diritti (Statuti catalano, della Comunità Valenziana e delle Isole Baleari), che potrebbe permettere in futuro l'estensione del catalogo

¹⁴⁹ Ne è un esempio l'art. 22 dello Statuto andaluso relativo al diritto alla salute, che contiene (lett. b) il diritto alla libera scelta del medico e del centro sanitario al quale rivolgersi per le cure necessarie; si veda in proposito J. M^a. Castellá Andreu, 3. *La Constitución territorial*, cit., pp. 382-383.

¹⁵⁰ Molti esempi di questa tecnica sono rinvenibili nel Capitolo I dello Statuto catalano.

¹⁵¹ J. M^a. Castellá Andreu, 3. *La Constitución territorial*, cit., pp. 387-388; ma si veda anche E. Álvarez Conde, *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, Iustel, 2007, pp. 366-367 e 372, nelle quali l'Autore finisce per considerare tutti i diritti sociali contenuti negli Statuti come principi rettori, riconoscendone tuttavia la piena giuridicità e vincolatività e il loro indiscutibile valore politico.

aggirando le rigidità proprie del procedimento statutario¹⁵², come la singolare Disposizione Transitoria I dello Statuto catalano, che consente la vigenza delle norme di legge contrarie ai diritti riconosciuti dallo Statuto per un periodo massimo di due anni, nei quali si dovrà procedere al relativo adattamento, senza prevedere ovviamente una sanzione per un eventuale omissione in tal senso, contribuiscono ad indebolire ulteriormente la precettività immediata dei diritti sociali contenuti negli Statuti riformati.

Occorre quindi verificare fino a che punto sia possibile attribuire un carattere realmente innovativo ai diritti sociali e principi rettori contenuti negli Statuti successivi al 2006. Certamente non presentano alcun tratto di novità i richiami che gli EEAA riformati contengono all'indirizzo dei documenti internazionali che li riconoscono e proteggono (ad es., art. 9 Statuto andaluso), stante, tra l'altro l'assoluta impossibilità per le CCAA di incidere sulla conclusione ed applicazione di simili patti o trattati, attività riservate alla esclusiva competenza statale, come risulta dal combinato disposto degli artt. 93, 94 e 149.1.3 CE. Al tempo stesso, una rapida analisi dei diritti contenuti negli Statuti riformati mette in luce che le norme veramente "inedite", che non presentino pertanto in alcun modo richiami a diritti o principi già riconosciuti in Costituzione, sono piuttosto scarse: come si è visto infatti, gli Statuti, oltre a riprendere spesso e volentieri la sistematica della Carta Fondamentale, raramente proteggono o garantiscono beni giuridici completamente nuovi: ciò si può registrare unicamente in alcuni limitatissimi casi, come quelli del già citato diritto all'acqua contenuto nello Statuto Valenziano, del diritto all'accesso e all'utilizzo delle nuove tecnologie (art. 34 Statuto andaluso) o del diritto al testamento biologico (art. 20 Statuto catalano)¹⁵³.

Apparentemente dunque, l'inserimento di diritti sociali e principi rettori nei nuovi Statuti consisterebbe principalmente in una riformulazione degli stessi alla luce delle esigenze proprie di ciascuna CA. Si noti tuttavia che in molti casi gli Statuti proclamano *diritto* ciò che il Costituente aveva indicato solo come *principio rettore*, spostandosi così dalla direttrice oggettiva, ritenuta prevalente a quel livello, alla direttrice soggettiva. Inoltre, il grado di dettaglio raggiunto in taluni casi è il frutto dell'intento preciso del potere statuyente di aggiornare il contenuto dei diritti proclamati rispetto ai più generici mandati contenuti nelle disposizioni costituzionali: a ben vedere, spesso

¹⁵² E. Expósito, *La regulación de los derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía*, cit., p. 168.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 192-193; M. Á. Aparicio, M. Barceló i Serramalera, *Marco general. Los derechos públicos estatutarios*, cit., p. 32-33; E. Expósito Gómez, M. Á. Cabellos Espiérrez, *Conclusiones generales: derechos y principios en los Estatutos de Autonomía*, cit., pp. 355-357.

tale obiettivo è perseguito tramite l'incorporazione nella singola norma statutaria di diritti che derivano da successive concretizzazioni legislative di principi rettori costituzionali, oppure persino di diritti riconosciuti essenzialmente in via pretoria dal Tribunal Constitucional, come è avvenuto con le molteplici sfaccettature di cui si compone il diritto all'uguaglianza intesa come non discriminazione¹⁵⁴. Ciò si spiega ricordando che, come già anticipato, l'opera di attuazione dei diritti sociali/principi rettori costituzionalmente riconosciuti spetta tanto al legislatore statale, quanto a quello autonomico, in virtù del combinato disposto dell'art. 53.3 CE, che richiama il coinvolgimento di *tutti* i pubblici poteri (pertanto, statali ed autonomici) per l'attuazione in primo luogo legislativa dei principi rettori, e delle norme sul riparto di competenze contenute negli artt. 148 e 149 CE. Da queste osservazioni risulta dunque che l'operazione di integrazione ed aggiornamento compiuta dagli Statuti riformati consiste essenzialmente nell'aver elevato di rango¹⁵⁵ (da legge ordinaria a legge organica) e di "categoria" (da principi a diritti) sviluppi e specificazioni dei principi rettori costituzionali effettuati tanto dal legislatore statale quanto da quello autonomico nell'esercizio delle relative competenze, soprattutto di quelle più strettamente legate al principio dello Stato sociale, nel rispetto, verificabile solo *a posteriori* e mai in astratto, delle clausole di uniformità previste dalla Costituzione (*in primis*, art. 149.1.1 CE).

Ma sono gli Statuti di autonomia fonti idonee a proclamare veri diritti?

3.4.2. *Statuti e diritti, specchio del difficile equilibrio tra "centro" e "periferia".*

3.4.2.1. *Uno sguardo alle principali posizioni dottrinali.*

L'interrogativo, come si sa, è uno dei più dibattuti dalla dottrina costituzionalistica spagnola degli ultimi anni, che lo ha affrontato in una prima fase con riferimento ai progetti di riforma poi approvati tra il 2006 e il 2007, ed in una seconda, alla luce delle pronunce del Tribunal Constitucional intervenute in merito, in particolare, delle commentatissime STC 247/2007 sullo Statuto valenziano e STC 31/2010 sullo Statuto catalano.

¹⁵⁴ E. Expósito, *La regulación de los derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía*, cit., p. 190-192; M. Barcelò i Serramallera, *Las declaraciones de derechos y deberes estatutarias. Especial referencia al Estatuto de Autonomía de Cataluña*, in J. M^a. Castellá Andreu, M. Olivetti (coords.), *Nuevos Estatutos y reforma del Estado. Las experiencias de España e Italia a debate*, Atelier, 2009, p. 144.

¹⁵⁵ P. Biglino Campos, *La reforma de los Estatutos de Autonomía: un problema que se desplaza, otro que se agudiza y otros por resolver*, in *Cortes. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 25, 2011, p. 26.

Tanto le posizioni favorevoli quanto quelle contrarie all'inserimento dei diritti all'interno degli Statuti di autonomia prendono le mosse dalla lettera dell'art. 147 CE, che al suo comma 2 enumera i contenuti che essi necessariamente devono includere: fra questi, non sono compresi i diritti fondamentali¹⁵⁶. Da questo, parte della dottrina deriva l'esistenza di una vera e propria riserva di Costituzione a copertura di tale settore, rafforzata dal fatto che l'inclusione di diritti all'interno degli EEAA comporterebbe la sottrazione della loro regolamentazione all'intervento del legislatore ordinario, statale, ma anche autonomico¹⁵⁷. Tuttavia, è proprio appuntando l'attenzione su ciò che l'art. 147.2 CE *non* dice che altra parte della dottrina ha sostenuto la piena ammissibilità dei diritti fondamentali quale contenuto *possibile*, sebbene non *necessario*, degli Statuti delle CCAA¹⁵⁸. Anche i sostenitori più entusiastici delle dichiarazioni dei diritti statutarie riconoscono però che i diritti contenuti in tali fonti non sono totalmente equiparabili ai diritti contenuti nella Costituzione, per la indiscutibile funzione protettiva che essa svolge e per il fatto che comunque, lo Statuto è fonte comunque inserita all'interno del quadro istituzionale e di valori che la Costituzione stessa si incarica di tracciare¹⁵⁹. Né del resto i diritti statutari pretenderebbero di essere equiparati a quelli costituzionali¹⁶⁰, vincolando – i primi – solo ed unicamente i pubblici poteri autonomici e avvertendo espressamente gli Statuti che l'indicazione di diritti al loro interno non comporta alcuna alterazione del riparto competenziale ricavabile dal *bloque de constitucionalidad* (così ad es., l'art. 37 Statuto catalano o l'art. 13 Statuto andaluso).

La proclamazione di diritti all'interno degli EEAA riapre inoltre la complessa questione della fonte idonea a sviluppare il dettato costituzionale in materia di diritti, ed in particolare di diritti fondamentali. Coloro che negano legittimità ai diritti statutari si appellano all'obiezione secondo la quale il fatto che il *desarrollo* dei diritti

¹⁵⁶ L'art. 147.2 CE indica infatti come contenuto obbligatorio degli EEAA la denominazione della Comunità, l'indicazione dei suoi confini, le norme che regolino la denominazione, organizzazione e sede delle proprie autorità autonome e l'enumerazione delle competenze assunte.

¹⁵⁷ Per tutti, valga l'ormai celebre contributo di L. M^a. Díez-Picazo, *¿Pueden lo Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, sept.-dic. 2006, p. 71.

¹⁵⁸ Ad es., M. Á. Aparicio, M. Barceló i Serramalera, *Marco general. Los derechos públicos estatutarios*, cit., p. 18; si veda anche il ragionamento *a contrario* di E. Expósito, *La regulación de los derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía*, cit., pp. 160-162.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 28.

¹⁶⁰ A Díez-Picazo risponde così F. Caamaño, *Sí, pueden. (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, ene.-abr. 2007, p. 35. L'intento dei diritti statutari sarebbe quindi "prefigurar positivamente la acción normativa y del gobierno en el ejercicio de las propias competencias para asegurar esferas de poder participativo y recepticio prestacional a los ciudadanos" (M. Á. Aparicio, M. Barceló i Serramalera, *Marco general. Los derechos públicos estatutarios*, cit., p. 20).

fondamentali di cui agli artt. 15-29 CE spettano unicamente ad una legge organica (art. 81.1 CE), non autorizza a concludere che gli Statuti, in quanto appunto leggi organiche, possano contenere dichiarazioni di diritti, poiché diverse sono la funzione e la procedura che regola l'approvazione delle due fonti considerate, pur formalmente identiche¹⁶¹. Inserire diritti all'interno degli Statuti significherebbe inoltre vincolare il loro sviluppo ulteriore al procedimento di revisione statutaria (v. art. 152.2 CE)¹⁶².

A tali posizioni, si è risposto innanzitutto sottolineando che di fatto quasi non si individuano ipotesi di assunzione di competenze autonome connesse con il *desarrollo* dei diritti fondamentali in senso stretto¹⁶³ ed inoltre ricordando che sarebbe privo di senso negare che i diritti di cui al Capitolo II del Titolo I possano essere dichiarati da parte di una fonte di rango sovraordinato, come lo Statuto¹⁶⁴ quando la stessa Costituzione ammette la partecipazione delle istituzioni autonome alla loro *regulación* tramite legge ordinaria (art. 53.1 CE), quando le CCAA siano fornite delle relative competenze. Ciò è del resto affermato dalla più volte ricordata STC 37/1981:

“La interpretación del art. 53 de la Constitución en el marco general de ésta obliga a entender, en consecuencia, que, si bien la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución requiere siempre una norma de rango legal, esta norma sólo ha de emanar precisamente de las Cortes Generales cuando afecte a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Cuando la norma legal, aunque con incidencia sobre el ejercicio de derechos, no afecte a las condiciones básicas de tal ejercicio, puede ser promulgada por las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos le atribuyan competencia legislativa sobre una materia cuya regulación implique necesariamente, en uno u otro grado, una regulación del ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados” (F.J. 2).

Com'è ovvio, le critiche agli Statuti riformati qui sinteticamente esposte esprimono con chiarezza il timore che dall'esistenza di cataloghi di diritti differenziati fra le diverse CCAA possano derivare per i cittadini diseguaglianze nell'esercizio dei diritti e doveri costituzionali. A fronte di ciò, e ricordando che un certo grado di differenziazione fra CCAA è connotato nella struttura stessa del *Estado compuesto* spagnolo, parte della dottrina ha segnalato che nulla osta al riconoscimento di diritti da parte degli EEAA, purché siano rispettati i limiti che a tale differenziazione sono

¹⁶¹ L. Prieto Sanchís, *Sobre las declaraciones de derechos y los nuevos Estatutos de Autonomía*, in *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 49, dic. 2010, p. 139-140.

¹⁶² Si veda ancora L. M^a. Díez-Picazo, *¿Pueden lo Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?*, cit., p. 72.

¹⁶³ Ancora *ex multis* M. Á. Aparicio, M. Barceló i Serramalera, *Marco general. Los derechos públicos estatutarios*, cit., p. 22.

¹⁶⁴ E. Álvarez Conde, *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, op. cit., pp. 344-345.

imposti dalla disciplina costituzionale. Dunque la scelta degli Statuti riformati sarebbe da considerarsi pienamente ammissibile qualora essi non vadano ad incidere sulle condizioni basiche dell'esercizio dei diritti e doveri costituzionali (come precisate dalla giurisprudenza a partire dalla STC 61/1997), la cui *regolamentazione* è riservata alla esclusiva competenza statale, e qualora le CCAA siano fornite dei necessari titoli competenziali che le abilitino ad intervenire in materie connesse con diritti costituzionali¹⁶⁵, naturalmente interpretati in senso lato.

3.4.2.2. Il "responso" del Tribunal Constitucional.

E' la STC 247/2007 ad affrontare per prima gli interrogativi qui sinteticamente schematizzati. Essa, pronunciandosi sulla costituzionalità dell'inserimento nello Statuto della Comunità valenziana del cd. "diritto all'acqua" (art. 17), risponde, ed in senso affermativo, alla questione relativa alla legittimità delle dichiarazioni dei diritti come contenuto possibile degli Statuti di autonomia. Ricordando infatti che tanto il principio dispositivo quanto altre disposizioni costituzionali diverse dall'art. 147.2 CE consentono alle CCAA di aprire il proprio Statuto ad altri contenuti addizionali che vadano a completare quello obbligatorio, nel rispetto delle regole sostanziali e procedurali dettate dalla Carta Fondamentale, il Tribunal afferma infatti:

"De todo ello se desprende, en fin, que los Estatutos de Autonomía pueden incluir con normalidad en su contenido, no sólo las determinaciones expresamente previstas en el texto constitucional a que hemos aludido, sino también otras cuestiones, derivadas de las previsiones del art. 147 CE relativas a las funciones de los poderes e instituciones autonómicas, tanto en su dimensión material como organizativa, y a las relaciones de dichos poderes e instituciones con los restantes poderes públicos estatales y autonómicos, de un lado, y, con los ciudadanos, de otro" (F.J. 12).

Dunque, negli Statuti pare esserci spazio anche per dichiarazioni di diritti; ciò pare essere confermato anche dalle interpretazioni che il Tribunal offre degli artt. 149.1.1 e 139 CE. Dopo aver sottolineato (F.J. 4c) che l'uguaglianza che essi si propongono di garantire (definita uguaglianza *integradora*) non è la medesima di cui all'art. 14 CE (uguaglianza di fronte alla legge) e che pertanto quest'ultima non è parametro da utilizzare per verificare se e in che misura una norma autonoma sia illegittima per violazione di quella uniformità giuridica che invece mirano ad assicurare gli artt. 149.1.1 e 139 CE, il Tribunal passa ad esaminarli entrambi.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 359.

Da un lato, infatti, esso interpreta il 139.1 CE non come obbligo di costruire quella “rigida e monolitica uniformità” fra CCAA già rigettata dalla STC 37/1981, bensì come norma destinata a garantire l’assenza di discriminazioni fra cittadini spagnoli *all’interno* di ciascuna Comunità Autonoma (F.J. 14). Dall’altro, rigettando espressamente l’interpretazione che vorrebbe il suo inserimento nella logica *bases–desarrollo*, il giudice delle leggi spagnolo conclude che neppure il 149.1.1 CE

“cierra el paso a la referencia a derechos y deberes constitucionales en los Estatutos de Autonomía, pues éstos podrán incidir en aspectos concretos de aquéllos con la eficacia señalada cuando, según hemos visto, atribuyan competencias a la Comunidad Autónoma sobre la materia de que se trate” (F.J. 17).

Tuttavia, al momento di pronunciarsi sulla natura dei diritti contenuti negli Statuti (e nella fattispecie, sulla natura del “diritto all’acqua” di cui all’art. 17 dello Statuto valenziano), il Tribunal distingue (F.J. 15) fra diritti strettamente collegati con l’organizzazione istituzionale propria della Comunità Autonoma (art. 147.2 lett. b CE), e i diritti collegati invece con le competenze da essa assunte ai sensi dell’art. 147.2 lett. d CE. Solo i primi, fra i quali si annoverano i diritti politici e di partecipazione che gli Statuti riformati riconoscono ai cittadini della singola CA e i diritti linguistici connessi con l’art. 3.2 CE, sarebbero veri diritti soggettivi dotati di efficacia giuridica diretta. Diverso è invece il discorso per i secondi. E’ vero infatti che l’art. 147.2 lett. d CE abilita gli Statuti ad attribuire agli organi autonomici le competenze che essi poi eserciteranno, nello sviluppo di politiche proprie: lo Statuto può infatti imporre loro di agire secondo determinati criteri, esplicitati sotto forma di direttrici rivolte ai pubblici poteri autonomici oppure nascosti sotto le mentite spoglie di dichiarazioni di diritti soggettivi. Anche in questo secondo caso, tuttavia, per acquisire la concretezza necessaria e dunque essere giustiziabili ed esigibili, tali “diritti” necessiteranno della imprescindibile mediazione del legislatore. Pertanto

“en el ámbito de lo dispuesto por el art. 147.2 d) CE, los Estatutos de Autonomía *no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos*. Por ello, *cualquiera que sea la literalidad* con la que se expresen en los estatutos, tales prescripciones estatutarias han de entenderse, en puridad, como mandatos a los poderes públicos autonómicos, que, aunque les vinculen, sólo pueden tener la eficacia antes señalada” (F.J. 15c, corsivo aggiunto).

L’interpretazione offerta dalla STC in esame ha suscitato, com’era prevedibile, numerosissime reazioni dottrinali. Se da un lato si è stigmatizzata la sostanziale

“disattivazione” dei diritti riconosciuti dagli Statuti riformati¹⁶⁶, che peraltro ricordiamo essere in buona parte (adesso sì) veri e propri diritti sociali, dall’altro si è evidenziato come in un certo senso, gli Statuti, accogliendo nel proprio corpus normativo un insieme di norme fortemente eterogenee in quanto a contenuti e a formulazione, e dotate di richiami quasi costanti al necessario intervento concretizzatore del legislatore autonomico, si siano per così dire messi “sotto scacco” da soli, prestando il fianco ad una pronuncia del Tribunal Constitucional che viene quindi giudicata più che condivisibile¹⁶⁷. Ancora più nette infine altre interpretazioni, secondo cui anche la trasformazione in “*soft law* statutaria” operata dal Tribunal all’indirizzo dei diritti ivi contenuti sarebbe da rigettare, in quanto molti dei diritti/principi rettori statutari si estenderebbero anche a materie nelle quali le CCAA non hanno alcuna competenza (ad es., legislazione del lavoro), essendo questa riservata in via esclusiva allo Stato¹⁶⁸.

E’ invece la successiva STC 31/2010, pronunciata in merito allo Statuto catalano su ricorso avanzato da novantanove deputati del Congresso appartenenti al Partito Popolare, ad affrontare la questione relativa alla legittimità dell’inclusione di dichiarazioni di diritti all’interno dello Statuto, in quanto formalmente legge organica. Il Tribunal, dopo aver negato che i diritti contenuti nello Statuto catalano possano considerarsi dotati di quel carattere di fundamentalità che invece possiedono i diritti contenuti nella Costituzione, in quanto vincolanti per i soli poteri autonomici e legati alle competenze assunte dalla Comunità (art. 37 Statuto catalano), nega altresì che lo Statuto possa essere la fonte adeguata a disciplinare veri diritti soggettivi, al pari delle leggi organiche emanate dal legislatore statale per il loro sviluppo, *ex art.* 81.1 CE. Le ragioni espresse dal TC sono essenzialmente due: innanzitutto, il terreno d’elezione degli Statuti è quello istituzionale, generale ed astratto, e non quello dei diritti, che è invece proprio essenzialmente della Carta Fondamentale; in secondo luogo, se gli Statuti, in quanto leggi organiche, pretendessero di sviluppare i diritti fondamentali che la Costituzione proclama, potrebbero verificarsi inammissibili disuguaglianze fra i regimi giuridici a cui sarebbero soggetti i cittadini appartenenti a CCAA diverse. L’intervento delle CCAA

¹⁶⁶ L’espressione è di E. Expósito Gómez, M. Á. Cabellos Espiérrez, *Conclusiones generales: derechos y principios en los Estatutos de Autonomía*, cit., p. 363.

¹⁶⁷ L. Prieto Sanchís, *Sobre las declaraciones de derechos y los nuevos Estatutos de Autonomía*, cit., p. 138.

¹⁶⁸ J. M^a. Rodríguez de Santiago, *Una vez más sobre la declaraciones de derechos (y otras regulaciones materiales) en lo Estatutos de Autonomía*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 7, 2009, pp. 21-23.

nella regolazione dei diritti sarà quindi riservato al legislatore autonomico ordinario, nel rispetto degli artt. 81 e 149.1 CE; ciò non è affatto un paradosso: infatti,

“no es que pueda hacerse más por ley autonómica; es que se hace cosa distinta, como corresponde en el juego de normas ordenadas con arreglo al criterio de competencia” (F.J. 17).

Ecco perché, dunque, i “diritti” contenuti nello Statuto catalano altro non sono, indipendentemente dalla qualificazione che esso ne dia e dalla loro collocazione al suo interno, se non principi rettori, mandati diretti ai pubblici poteri autonomici, strettamente correlati con le competenze che la Comunità Autonoma ha assunto. Conseguentemente, per verificare se un diritto, ormai degradato a principio, sia contenuto legittimo dello Statuto, occorrerà di volta in volta verificare se esso vincoli esclusivamente i pubblici poteri della singola CA e se lo faccia coerentemente con il suo regime competenziale (F.J. 15).

Fin qui dunque, parrebbe potersi individuare una certa continuità con l’impostazione giurisprudenziale delineata dal Tribunal Constitucional con la sentenza relativa allo Statuto valenziano, evidente anche nell’intento di “disattivare” la stragrande maggioranza dei diritti contenuti nello Statuto catalano, interpretandoli senza dichiararne l’incostituzionalità¹⁶⁹. Tuttavia, con riferimento all’ammissibilità di veri e propri diritti soggettivi all’interno degli Statuti di autonomia, parte della dottrina ha ravvisato un’apertura del TC in tal senso in un inciso contenuto nel F.J. 16, secondo il quale il nuovo Statuto catalano si prodiga essenzialmente nella elencazione di mandati di attuazione diretti ai pubblici poteri,

“sin que falten proclamaciones de derechos subjetivos *stricto sensu*”.

Questo minimo accenno, unito all’assenza di richiami alla distinzione operata dalla STC 247/2007 fra “veri” diritti statutari (quali quelli strettamente correlati con l’assetto istituzionale e l’autogoverno della Comunità Autonoma e quelli che sorgano direttamente da previsioni costituzionali non contenute nell’art. 147 CE, come ad esempio, i diritti linguistici) e principi rettori “mascherati” da diritti soggettivi, ha spinto parte della dottrina a concludere per un cambio di marcia della giurisprudenza costituzionale. Secondo altri commentatori, tuttavia, l’interpretazione del TC non

¹⁶⁹ In merito, diffusamente, M. Barceló i Serramalera, *Los efectos de la sentencia 31/2010 en el catálogo de derechos, deberes y principios del Estatuto de Autonomía de Cataluña: una desactivación más aparente que real*, in *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, núm. 12, marzo 2011, pp. 73-78.

sarebbe ancora soddisfacente¹⁷⁰, lasciando irrisolti molti nodi problematici aperti dalle riforme statutarie avviate alla metà del primo decennio degli anni 2000.

Non potendoci soffermare su tutti i complessi profili affrontati dalla STC 31/2010, alcuni dei quali esulano completamente dall'oggetto del presente lavoro, per quanto qui ci interessa, si segnala che, se da un lato il TC sembra aprire il catalogo dei diritti statutari, dall'altro è pur vero che non pare concludere il ragionamento sui diritti/principi rettori. Norme giuridiche a tutti gli effetti, essi tuttavia non sarebbero direttamente applicabili ed esigibili fin quando non intervenga il legislatore autonomico a dotarli della fisionomia di veri e propri diritti soggettivi¹⁷¹. Non si può non notare come una simile impostazione, che peraltro, come si è più volte notato, si riverbera essenzialmente su norme che intendono proclamare diritti sociali soggettivi statutari, riecheggi alcune delle interpretazioni più tradizionali offerte in merito ai principi rettori di cui al Capitolo III del Titolo I CE, finendo così per rispecchiare, quasi riassumendone i tratti essenziali, il dibattito costituzionalistico spagnolo relativo alle complesse interazioni tra Stato sociale e principio autonomico.

¹⁷⁰ Si vedano le osservazioni di J. M^a. Castellá Andreu, *Derechos en la STC 31/2010: ¿rectificación o depuración de la doctrina del Tribunal Constitucional en la sentencia 247/2007?*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 16, 2° semestre 2010, pp. 293 ss..

¹⁷¹ *Ibidem*, pp. 297-298.

CAPITOLO III

IL DIRITTO ALLA SALUTE COME DIRITTO ALL'ASSISTENZA SANITARIA: DECENTRAMENTO E GARANZIE DI UGUAGLIANZA IN ITALIA E IN SPAGNA.

SOMMARIO: **1. Il diritto all'assistenza sanitaria nel quadro costituzionale italiano.** – 1.1. L'evoluzione interpretativa dell'art. 32 Cost. e la costruzione del Sistema Sanitario Nazionale. – 1.1.1. *L'art. 32 Cost. e il diritto all'assistenza sanitaria. Cambio di prospettiva.* – 1.1.2. *La dimensione oggettiva del diritto all'assistenza sanitaria.* – 1.1.3. *La dimensione soggettiva. Il decennio 1968-1978 e la nascita del Servizio Sanitario Nazionale.* – 1.1.4. *Il diritto all'assistenza sanitaria come diritto condizionato?* – 1.1.5. *Le "riforme della riforma" tra esigenze di contenimento della finanza pubblica e nucleo essenziale del diritto alla salute.* – 1.2. La dinamica Stato-Regioni nelle intersezioni fra art. 32 e art. 117 Cost.. - a) *Il ruolo delle Regioni nell'attuazione dell'art. 32 Cost., fra "assistenza sanitaria e ospedaliera" e "tutela della salute".* - b) *Spazi esclusivi per l'intervento statale. I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria ex art. 117 comma 2 lett. m Cost..* - c) *Il finanziamento del SSN. Il dlgs. 668/2011 e i fabbisogni e costi standard in sanità (cenni).*- **2. Estado autonómico e diritto all'assistenza sanitaria.** – 2.1. Le molte facce del "derecho a la protección de la salud". - a) *La multidimensionalità dell'art. 43 commi 1 e 2 CE.* - b) *Diritto fondamentale o principio rettoro?* - c) *I rapporti fra assistenza sanitaria (art. 43 CE) e Seguridad Social (art. 41 CE): cenni sulle ricostruzioni possibili.* - 2.2. Le garanzie di uguaglianza nel godimento del diritto all'assistenza sanitaria in un sistema decentrato. – 2.2.1. *Il regime competenziale in materia di assistenza sanitaria.* – 2.2.2. *Le principali tappe nella costruzione del Sistema Nacional de Salud e della configurazione concreta del diritto all'assistenza sanitaria.* – 2.2.2.1. *Verso la riforma.* – 2.2.2.2. *La scelta del legislatore: la Ley General de Sanidad.* – 2.2.2.3. *Il SNS, l'"identità divisa" e la conclusione del trasferimento delle competenze in materia di assistenza sanitaria.* – 2.2.2.4. *La Ley de Cohesión y Calidad (2003), la valorizzazione del coordinamento e la definizione del contenuto del diritto all'assistenza sanitaria.* – 2.2.2.5. *Dal rafforzamento dell'uguaglianza (l. 33/2011, General de Salud Pública) all'inversione di rotta (r.d.l. 16/2012).*

1. Il diritto all'assistenza sanitaria nel quadro costituzionale italiano.

Il "diritto alla salute" rappresenta un osservatorio privilegiato per verificare le riflessioni svolte nel Capitolo I della Parte II del presente lavoro con riferimento al contesto costituzionale italiano. Non solo infatti esso può essere considerato come la più evidente espressione di quella multidimensionalità dei diritti sociali che si è tentato più volte di evidenziare, ma, come si avrà modo di approfondire, tale diritto è un chiaro esempio dell'impossibilità di tracciare una netta separazione fra questi ultimi e i diritti di libertà. Differenti posizioni soggettive si aggregano infatti attorno al diritto alla salute, quali proiezioni del principio personalistico che abbiamo visto prima consacrato nell'art. 2 Cost. e poi arricchito nell'interazione con il principio di uguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3 comma 2 Cost.. Unico fra i diritti contenuti nella Costituzione italiana ad essere espressamente qualificato come "fondamentale", il diritto alla salute risulta quindi centrale per la piena espressione della personalità umana in tutte le sue dimensioni. In questa sede, l'attenzione sarà concentrata essenzialmente sull'aspetto prestazionale del diritto alla salute come diritto all'assistenza sanitaria, avendo cura specialmente di evidenziare gli intrecci e i reciproci condizionamenti tra diritto inviolabile alla salute ed esigenze di equilibrio finanziario.

Come dottrina e giurisprudenza spesso sottolineano, con riferimento prevalente (ma non esclusivo!) ai diritti sociali, non è tuttavia possibile scindere la tutela del diritto dalle modalità organizzative concretamente apprestate a tale scopo¹. Un'indagine, seppur sintetica, delle principali tecniche di protezione e promozione della salute in Italia non può quindi prescindere dalle coordinate essenziali del sistema di erogazione delle prestazioni ad esso correlate. A tale proposito, le pagine che seguono saranno concentrate in particolar modo sul sistema *pubblico* di produzione ed erogazione dei servizi alla salute, verificando l'esistenza e l'ampiezza di un obbligo costituzionale in tal senso e, per quanto strettamente necessario, la sua concreta attuazione.

Sulla scorta delle considerazioni svolte nel capitolo dedicato al contenuto sociale della Costituzione italiana, non si può certamente dimenticare che la tutela dei diritti sociali si arricchisce di una dimensione territoriale la cui importanza è oggi crescente ed in taluni casi persino controversa. Proprio il campo della tutela della salute ed in particolare dell'assistenza sanitaria (per utilizzare la terminologia costituzionale del “nuovo” quanto del “vecchio” art. 117 Cost.) ha rappresentato e continua ad essere oggi un fondamentale laboratorio per i rapporti tra Stato e Regioni², alla ricerca di un equilibrio fra istanze unitarie e spinte alla legittima differenziazione, che ripropongono sotto una nuova luce la controversa definizione del diritto all'assistenza sanitaria come diritto “finanziariamente condizionato”. A far da arbitro e garante delle regole del gioco, è ancora una volta la Corte Costituzionale, fra le cui pronunce si cercherà di individuare tappe evolutive ed orientamenti consolidati per interpretare una materia tanto centrale quanto complessa, privilegiando un criterio cronologico, che consente una utile periodizzazione.

¹ R. Balduzzi, *Alcune conclusioni: la difficile equivalenza dei sottosistemi sanitari regionali*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M. C. Grisolia, *Diritto alla salute fra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Giappichelli, 2011, p. 154.

² F. Cintioli, *Diritto alla salute, interessi pubblici e ruolo delle Regioni*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M. C. Grisolia, *op. cit.*, p. 36.

1.1. L'evoluzione interpretativa dell'art. 32 Cost. e la costruzione del Sistema Sanitario Nazionale.

1.1.1. L'art. 32 Cost. e il diritto all'assistenza sanitaria. Cambio di prospettiva.

Uno sguardo anche sommario al contenuto dell'art. 32 Cost. sembra confermare immediatamente il giudizio di una recente dottrina, che con efficace espressione, ha qualificato il precetto in esame come “una massa problematica densa di criticità³”. L'articolo in oggetto infatti, nell'affermare che

“[l]a Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”,

pare fin da subito mettere in chiaro l'esistenza di due distinte anime che, completandosi, vanno a comporre il cd. “diritto alla salute”. In primo luogo, se ne indica infatti una dimensione individuale, finalizzata alla protezione dell'integrità psicofisica da qualunque indebita intromissione o condizionamento. Evidenziando una pretesa all'astensione, tale lettura riconduce agevolmente il diritto espresso dal primo comma dell'art. 32 Cost. alla categoria dei “classici” diritti di libertà. Non è un caso quindi che, ad integrare, rafforzandola, la prospettiva qui considerata, intervenga anche il divieto di trattamenti sanitari coattivi imposto dal secondo comma dell'articolo in esame.

Il divieto, come si sa, non è però assoluto: non si può infatti dimenticare che la salute è tutelata anche come “interesse della collettività”. Quest'ultima è però da intendersi non solo (o non tanto) come mera sommatoria dei singoli interessi individuali alla salute, quanto piuttosto come interesse alla tutela della condizione di salute della collettività nel suo complesso, ovvero del

“modo di essere e [delle] condizioni di vita della collettività stessa che possono essere turbate, con riferimento alla generalità degli individui, da cause obiettive che possono essere o sono fonti di pericolo per tutti⁴”.

Nel solco di quell'inderogabile dovere di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost., i pubblici poteri possono chiedere a ciascun individuo, in quanto membro della comunità⁵, un “sacrificio” della propria sfera di salute costituzionalmente protetta, purché però esso

³ R. Ferrara, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Salute e sanità*, Giuffrè, 2010, p. 18 (il volume è parte di S. Rodotà, P. Zatti (dir.), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, 2010).

⁴ Si ritiene ancora valida la definizione di M. Pasquini, *La tutela della salute nell'ordinamento italiano*, in *Problemi della sicurezza sociale*, n. 2, 1966, pp. 256-257.

⁵ Come notato da L. Carlassare, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. Alessi (a cura di), *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. L'ordinamento sanitario. I. L'amministrazione sanitaria*, Neri Pozza Editore, 1967, p. 107.

sia finalizzato *anche* alla tutela della salute individuale. L'integrità psicofisica dell'individuo è così tutelata tanto dalla garanzia formale della riserva di legge, che copre la disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori, quanto da quella sostanziale rappresentata dal limite invalicabile del "rispetto della persona umana"⁶.

Seguendo uno schema rigido, ma almeno per il momento funzionale ad evidenziare le molte sfaccettature dell'art. 32 Cost., si può dunque affermare, a titolo di conclusione parziale, che la dimensione individuale del diritto alla salute quale diritto di libertà si aggrega essenzialmente attorno al principio personalistico espresso dall'art. 2 Cost..

Si sa però (v. *retro*, Parte II, Capitolo I), che quest'ultimo non può essere letto che alla luce del principio di uguaglianza, in particolare sostanziale, affermato dall'art. 3 comma 2 Cost., che lo arricchisce e lo completa di quella dimensione dinamica e "contestualizzata" propria del quadro delineato dalla Carta Fondamentale italiana del 1948 e più in generale, del costituzionalismo europeo continentale del secondo dopoguerra. La rimozione degli ostacoli di carattere economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo materiale e spirituale della persona passa anche, ed anzi soprattutto, dalla tutela del diritto alla salute individuale, quale primo ed essenziale "moltiplicatore" di tutti gli altri diritti costituzionalmente garantiti⁷. Dal primo comma dell'art. 32 Cost. emerge così anche quella dimensione di pretesa alla predisposizione e concreta fruizione di strutture e mezzi finalizzati alla tutela della salute tanto individuale quanto collettiva, comunemente collocata sotto l'etichetta di diritto all'assistenza sanitaria. La disposizione costituzionale in esame non chiarisce però gli eventuali termini, modalità o limiti, anche temporali, della sua attuazione, limitandosi, per così dire, ad affermare la garanzia di cure gratuite agli indigenti.

Sempre in coerenza con il dettato dell'art. 3 comma 2, l'articolo in esame affida alla Repubblica (in tutti i suoi livelli territoriali così come indicati dall'art. 114 Cost.) il compito di tutelare ambedue le dimensioni del diritto alla salute, individuando quest'ultima come bene unitario ed indivisibile e sottolineando l'esistenza di due profili che non possono e non devono essere contrapposti l'uno all'altro, né ordinati secondo criteri gerarchici fondati su una presunta maggiore o minore forza cogente a seconda della rispettiva riconducibilità alla categoria dei diritti di libertà piuttosto che a quella dei diritti sociali. La dimensione prestazionale del diritto alla salute come diritto

⁶ B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, n. 1, 1983, pp. 28-30.

⁷ A. Simoncini, E. Longo, *Art. 32*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Vol. I: artt. 1-54*, UTET Giuridica, 2006, p. 671.

all'assistenza sanitaria, sulla quale si intende concentrarsi, dovrà invece essere ricostruita come *coessenziale* alla sua dimensione di diritto di libertà, potendo entrambe essere considerate in definitiva come “prolungamento” e “massimizzazione” dei due principi costituzionali di cui agli artt. 2 e 3 comma 2 Cost.⁸.

La rapida panoramica fin qui svolta porta in superficie l'intreccio di posizioni soggettive ed obblighi gravanti sui pubblici poteri di cui si compone il diritto alla salute. All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, una simile complessità non fu però oggetto di immediato riconoscimento, né la dimensione prestazionale del diritto alla salute fu adeguatamente valorizzata, probabilmente a causa tanto di difficoltà interpretative relative al contenuto progettuale della Carta Fondamentale appena approvata, quanto di un assetto organizzativo disorganico e difficilmente riformabile, che rendeva estremamente difficile la predisposizione di ampi progetti di riforma.

Occorre innanzitutto avvertire che le principali critiche avanzate nei confronti dell'art. 32 Cost. (art. 26 del progetto) nel corso del dibattito costituente si erano, prevedibilmente, collocate sulla scia della accesa ostilità nei confronti dell'introduzione dei diritti sociali nella Carta Fondamentale, ora sottolineando l'inutilità dell'ennesima promessa che la Repubblica non sarà in grado di mantenere⁹ ora arrivando a proporre l'integrale soppressione dell'articolo dal testo in discussione. Difficilmente si poteva infatti scorgere, da parte dei detrattori, una qualche utilità nella decisione di elevare al rango di diritto costituzionalmente garantito quella “tutela della salute” e “promozione dell'igiene” che in Italia “nei limiti dei bilanci e degli accorgimenti di tecnica amministrativa” erano sempre stati garantiti¹⁰. Perché lo Stato avrebbe dovuto promettere un proprio penetrante intervento nella organizzazione ed erogazione dell'assistenza sanitaria ai propri cittadini¹¹?

La salute individuale è infatti un ambito tradizionalmente escluso dal raggio d'azione dello Stato liberale così come strutturatosi a cavallo fra XIX e XX secolo, risolvendosi essenzialmente in un fatto privato¹²: ai pubblici poteri erano unicamente attribuiti compiti amministrativi di vigilanza e profilassi sulla salute pubblica generalmente

⁸ R. Balduzzi, *Salute (diritto alla)*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*. Vol. VI, Giuffrè, 2006, p. 5396.

⁹ Intervento dell'On. Nitti del 19 aprile 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*. Vol. II, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, p. 1034.

¹⁰ On. Sullo, intervento del 24 aprile 1947, *ibidem*, p. 1214.

¹¹ Il “problema” è di “ordine culturale” secondo R. Ferrara, *Salute (diritto alla)*, in *Digesto (discipline pubblicistiche)*, Vol. XIII, p. 514.

¹² A. Catelani, *La sanità pubblica*, in G. Santaniello (dir.), *Trattato di diritto amministrativo*. Vol. 40, Cedam, 2010, p. 1.

riconducibili alla cd. “polizia sanitaria”. Coerentemente con questo presupposto, l’Allegato C della l. 2248/1865 aveva attribuito ogni funzione in materia al Ministero dell’Interno, che le esercitava sul territorio per mezzo dei prefetti, dei sottoprefetti e, a livello comunale, dei sindaci¹³. L’assistenza sanitaria (principalmente ospedaliera) era materia riservata alle numerose istituzioni private, ecclesiastiche o filantropiche, rivolte soprattutto alla cura degli indigenti, per la prima volta regolamentate con la l. 6972/1890 (cd. legge Crispi), che, trasformando queste ultime in Istituzioni di pubblica assistenza e beneficenza (IPAB), segnava il primo intervento statale nel settore¹⁴. L’assetto di quella che per lungo tempo fu generalmente chiamata “assistenza istituzionale¹⁵”, fu sostanzialmente confermato, dai successivi r.d. 1265/1934 (t.u. delle leggi sanitarie) r.d. 1031/1938, che procedono però nel senso di una ulteriore uniformazione della disciplina delle IPAB¹⁶. A partire dai primi decenni del Novecento, si sviluppa parallelamente anche l’assistenza previdenziale, fondata sulle assicurazioni obbligatorie a copertura dei rischi derivanti alla salute (ma non solo) dalla condizione di lavoratore. La gestione e l’erogazione dei servizi alla salute, strutturalmente di natura ripristinatoria e non preventiva, era, com’è ovvio, fortemente differenziata in ragione delle diverse istituzioni mutualistiche sorte su base categoriale. Anche dopo l’entrata in vigore della Costituzione e la riconduzione delle varie forme di assistenza ai lavoratori sotto l’ombrello dell’art. 38 Cost., il quadro complessivo del sistema mutualistico di tutela della salute risultava essere ancora estremamente disomogeneo, ancorato com’era all’originaria logica corporativa, e conseguentemente frammentario, tanto dal punto di vista delle prestazioni assicurate quanto da quello della loro qualità¹⁷. Lo Stato, le Province ed i Comuni prestavano infine la cd. “assistenza legale” agli indigenti, con riferimento a particolari infermità o necessità di cure (malattie infettive e psichiatriche, maternità...) ¹⁸.

La centralità delle problematiche organizzative per la concreta fruizione del diritto alla salute emerge tuttavia chiaramente dal dibattito Costituente, che sebbene concentri molta della sua attenzione sulla sua dimensione di diritto “di prima generazione”, arriva al tempo stesso a metterne in luce non solo la sua essenzialità per la libertà

¹³ P. Santinello, *Sanità pubblica*, in *Digesto (discipline pubblicistiche)*, Vol. XIII, pp. 547-548.

¹⁴ C. Corbetta, *Sanità*, in S. Cassese (a cura di), *op. cit.*, p. 5412.

¹⁵ Definita da M. Pasquini, *cit.*, p. 265, come “funzione generica di tutela degli indigenti” (corsivo dell’Autore).¹⁶ A. Catelani, *op. cit.*, p. 4.

¹⁶ A. Catelani, *op. cit.*, p. 4.

¹⁷ Per una critica, si vedano infatti le osservazioni di M. Pasquini, *cit.*, pp. 269 ss. (in particolare, p. 272).

¹⁸ *Ibidem*, pp. 266-267.

dell'individuo¹⁹, ma anche a proporre la sua qualificazione come *diritto fondamentale*, con lo scopo di sancirne una tutela rafforzata²⁰. Non è un caso che, tanto dagli interventi dei firmatari di tale emendamento, poi approvato, traspaiano forti preoccupazioni per le carenze della sanità italiana²¹. Lo stesso si può dire con riferimento ai lavori del Ministero per la Costituente: la relazione della Sottocommissione per lo studio dell'organizzazione sanitaria, afferente alla Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, afferma significativamente:

“[...] tra i fini che lo Stato contemporaneo persegue va posto, senza dubbio, il mantenimento e il perfezionamento della sanità pubblica. Lo Stato ha il dovere di esplicare questa particolare attività secondo determinati principi ed entro certi limiti, ma esso, nel momento in cui le svolge, ne determina discrezionalmente i fini specifici, [...], salvo il riconoscimento di basilari prerogative che nei confronti dell'individuo non possono essere in alcun modo disconosciute o menomate²²”.

Affidando la tutela del diritto alla salute alla Repubblica e collocando la salute stessa al centro del sistema dei diritti (non solo) sociali, l'art. 32 Cost. compie così il passaggio cruciale tra Stato liberale e Stato sociale di diritto ed impone ai pubblici poteri un ruolo insostituibile (anche se non esclusivo) ed un coinvolgimento attivo nella predisposizione delle strutture necessarie a garantire quel diritto all'assistenza sanitaria che del diritto alla salute rappresenta la dimensione prestazionale. La tutela della salute si configura così alla stregua di una irrinunciabile *funzione pubblica*²³, che obbliga il legislatore ad intervenire nella strutturazione di un sistema di assistenza secondo le modalità concrete che riterrà più opportune, nell'esercizio di una discrezionalità che si estende, con i limiti che vedremo, anche al *quantum* delle prestazioni assicurate, salvo il dovere di assicurare cure gratuite agli indigenti²⁴.

¹⁹ Intervento on. Camangi nella seduta del 24 aprile 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. II, op. cit.*, p. 1219.

²⁰ Si veda in proposito l'emendamento presentato dall'On. Caronia ed altri nella seduta del 24 aprile 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. II, op. cit.*, p. 1214. La svolta concettuale è sottolineata con forza da M. Luciani, *Salute. I) diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Vol. XXXII, 1994, p. 4.

²¹ Molto significativo in proposito l'intervento dell'On. Cavallotti nella seduta del 22 aprile 1947, *ibidem*, pp. 1129 ss., che evidenzia l'inadeguatezza del sistema paternalistico di assistenza agli indigenti e le manchevolezze del sistema mutualistico-assicurativo di assistenza ai lavoratori, guarda con interesse alle suggestioni universalistiche inglesi e neozelandesi e propone una nuova accezione del termine “salute” che ne comprenda anche i profili più strettamente preventivi.

²² *Relazione della Quinta Sottocommissione “Organizzazione sanitaria”*, in Ministero per la Costituzione, Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'Assemblea Costituente. Vol. III: Enti pubblici non territoriali – Organizzazione sanitaria*, Stabilimento Tipografico Failli, 1946, p. 295.

²³ Queste riflessioni sono ampiamente sviluppate da R. Ferrara, *Salute (diritto alla)*, cit., pp. 519-520.

²⁴ Riprende ed esplica la posizione di Ferrara cit. *supra* B. Pezzini, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in B. Pezzini, C. E. Gallo (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Giuffrè, 1998, pp. 11-12.

1.1.2. *La dimensione oggettiva del diritto all'assistenza sanitaria.*

La piena consapevolezza della ricostruzione offerta nel paragrafo precedente sarà acquisita dagli interpreti in maniera graduale. All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, i principali contributi dottrinali in materia di diritto alla salute rispecchiano pienamente il dibattito in corso fra anni Cinquanta e Sessanta in merito alla natura programmatica oppure precettiva delle norme costituzionali recanti diritti sociali (v. *retro*, Parte II, Capitolo I, par. 2.1). La prima interpretazione appare largamente prevalente. Così, da un lato, si tende a ridimensionare fortemente la portata innovativa dell'art. 32 comma 1 Cost., limitandosi a ricordarne il carattere “non immediatamente e pienamente precettivo”²⁵. Anche quando si ammette il valore giuridico “indiscutibile ed attuale” dell'indirizzo che essa contiene, contemporaneamente si rileva che la “direttiva programmatica” offerta da tale norma è una mera conferma di un compito (la tutela della salute) che lo Stato ha già da tempo assunto come proprio²⁶. Dall'altro lato, sulla scia dell'impostazione crisafulliana, si individua nel comma 1 dell'art. 32 Cost. una norma di principio che dispiega la sua piena ed originaria efficacia giuridica nell'imporre comportamenti costituzionalmente doverosi ai pubblici poteri, in particolare al legislatore²⁷.

Abbandonare le categorie ermeneutiche ormai consolidate si rivela più arduo del previsto. Ancora alla fine degli anni Sessanta, non mancano ricostruzioni che, in una prospettiva statualista tardo-liberale, inquadrano il diritto alla tutela della salute come “diritto pubblico soggettivo”, “civico” o “sociale” a seconda che a prevalere sia il suo aspetto individuale o collettivo: il singolo cittadino sarebbe così titolare di una semplice pretesa nei confronti dello Stato alla realizzazione di finalità legate alla tutela della salute che, in quanto proprie di quest'ultimo, “rappresentano *anche* interessi primari della collettività”. Un vero e proprio “diritto alla tutela della salute” si realizzerà soltanto “mediante *l'attribuzione* di diritti soggettivi ai singoli aventi diritto”²⁸. In una

²⁵ F. Pergolesi, *Tutela costituzionale della salute*, in *Corriere amministrativo*, 1961, p. 992.

²⁶ S. Lessona, *La tutela della salute pubblica*, in P. Calamandrei, A. Levi, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, I, Barbera, 1950, pp. 333-334.

²⁷ L. Carlassare, *cit.*, pp. 113-115, che non tace tuttavia il problema dell'assenza di sanzioni nei confronti del comportamento omissivo del legislatore.

²⁸ E. de Palma Rainone, *La tutela della salute come diritto pubblico soggettivo*, in *Problemi della sicurezza sociale*, n. 1, 1968, pp. 14 e 17-18 (corsivo aggiunto).

simile prospettiva, il rischio di degradare quello che la Costituzione definisce diritto fondamentale a mero interesse legittimo si fa particolarmente concreto²⁹.

Ancora una volta, esce invece dal coro la voce di Mortati, che, contrariamente a quanto avviene nell'ultima ricostruzione prospettata, assume come imprescindibile chiave di lettura dell'art. 32 Cost. i principi fondamentali della Costituzione repubblicana, attraverso i quali egli desume la duplice natura negativa e positiva della pretesa contenuta nel comma 1 dell'articolo in esame. Di conseguenza, se i singoli cittadini sono titolari di una pretesa "agli interventi ed alle prestazioni statali rivolte a prevenire o curare fatti suscettibili di compromettere la loro sanità", grava sullo Stato un correlato obbligo "di rilievo costituzionale" in tal senso³⁰.

Fatta salva la posizione appena ricordata, la rapida analisi fin qui svolta evidenzia innanzitutto che la questione del diritto alla tutela della salute come diritto alle prestazioni sanitarie è affrontata da una prospettiva marcatamente oggettiva, che considera l'art. 32 comma 1 Cost. unicamente come precetto rivolto, con diversa intensità a seconda delle interpretazioni, ai pubblici poteri, piuttosto che come norma che afferma vere e proprie posizioni soggettive individuali³¹. Di conseguenza, l'attenzione degli interpreti si concentra in misura largamente prevalente sul diritto alla tutela della salute quale diritto di libertà da interventi illegittimi dello Stato all'interno della sfera di integrità psicofisica costituzionalmente garantita. Ciò del resto non deve stupire: arretrando di fronte alla riconosciuta necessità di un intervento legislativo di attuazione che renda concreto il diritto all'assistenza sanitaria, l'interprete non può che concentrarsi su quell'aspetto del diritto alla tutela della salute che – teoricamente – richiede ai pubblici poteri un comportamento di mera astensione. Così, le varie ricostruzioni offerte a cavallo tra anni Cinquanta e Sessanta dalla dottrina maggioritaria, dopo rapidi cenni alla natura programmatica o meno dell'art. 32 comma 1 Cost., si diffondono in ampie riflessioni concernenti in particolare i limiti costituzionali ai trattamenti sanitari obbligatori, la possibilità di ricavare dal dettato della norma in esame un vero e proprio "obbligo costituzionale di curarsi" e il bilanciamento di quest'ultimo con le "classiche" esigenze di prevenzione e di vigilanza sulla salute

²⁹ Come nota peraltro C. E. Gallo, *La configurazione delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti*, in R. Ferrara (a cura di), *Salute e sanità, op. cit.*, p. 384, poco importa che la Costituzione parli di salute come "interesse della collettività", in quanto è interesse della collettività proprio la tutela del diritto fondamentale.

³⁰ C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, I, 1961, p. 1.

³¹ Prevale dunque la dimensione del diritto sociale alla tutela della salute come *lex* piuttosto che come *ius*, secondo la chiave di lettura fornita da B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, Giuffrè, 2001.

collettiva³². A tali orientamenti della giuspubblicistica, facevano da contraltare quelle interpretazioni civilistiche ancora in ampia misura concentrate sulle limitazioni della salute che compromettevano la sfera patrimoniale dell'individuo³³. In questo quadro, occorre però avvertire che, se da un lato l'art. 32 comma 1 Cost. non consente di ricavare posizioni soggettive immediatamente azionabili aventi ad oggetto l'assistenza sanitaria, dall'altro sfugge in parte alla logica descritta il diritto degli indigenti alle cure gratuite. Secondo alcuni Autori³⁴, infatti, quest'ultimo precetto sarebbe da considerarsi immediatamente operativo, quale primo e non rimandabile stadio del *processo* di attuazione generalizzata del diritto all'assistenza sanitaria. E' interessante notare che già opinioni molto risalenti avevano inteso l'indigenza come concetto relativo, da parametrarsi sull'accessibilità economica dei singoli mezzi diagnostici e terapeutici³⁵.

Per una generale riscoperta della dimensione soggettiva del diritto all'assistenza sanitaria sarà necessario attendere la fine degli anni Sessanta.

1.1.3. La dimensione soggettiva. Il decennio 1968-1978 e la nascita del Servizio Sanitario Nazionale.

Una tappa preliminare di questo percorso è senza dubbio individuabile nella la l. 13 marzo 1958, n. 296: essa istituisce il Ministero della Sanità, sostituendo così l'ormai inadeguato Alto Commissariato per l'igiene e la sanità pubblica, nato nel 1945 per assumere tutte le funzioni di coordinamento e vigilanza fino ad allora riservate al Ministero dell'Interno³⁶. Il nuovo Ministero assume competenza generale in materia di salute pubblica, che viene intesa in un'ampia prospettiva tanto riparatrice quanto

³² In tal senso, a mero titolo di esempio, è significativo il citato contributo di F. Pergolesi.

³³ Si veda in proposito M. Santilli, A. Giusti, *Salute. II) Tutela della salute – dir. civ.*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Vol. XXXII, 1994, pp. 1-3.

³⁴ L. Carlassare, *cit.*, pp. 117-118. Evidenzia inoltre la necessaria gradualità nell'attuazione del dettato costituzionale M. Pasquini, *cit.*, p. 282.

³⁵ Così S. Lessona, *cit.*, p. 335.

³⁶ Non configurandosi alla stregua di un vero e proprio ministero, l'Alto Commissariato manteneva una relazione di stretta dipendenza dalla Presidenza del Consiglio, non potendo così esternare una posizione autonoma, al pari degli altri dicasteri, in quelle decisioni nella quali venissero in gioco esigenze di politica sanitaria; non era inoltre dotato di proprie strutture, dovendo in ogni caso affidare l'esecuzione di eventuali provvedimenti ai prefetti e ai sindaci, ai quali doveva inoltre ricorrere nello svolgimento delle proprie funzioni di vigilanza. La debolezza dell'Alto Commissariato si alimentava inoltre della estrema frammentarietà della politica sanitaria, i cui differenti aspetti erano assegnati alla competenza di diversi ministeri in ragione del settore (politica agricola o veterinaria, ordinamento delle professioni, ecc...) di prevalente afferenza. Infine, il Ministero dell'Interno manteneva le proprie competenze in materia di assistenza e beneficenza pubblica, sottraendo così all'Alto Commissariato un cruciale ambito di intervento. Si veda in proposito G. De Cesare, *Sanità*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XLI, Giuffrè, 1989, pp. 249-251.

preventiva, e viene dotato di conseguenza di una propria struttura amministrativa completamente svincolata dal Ministero dell'Interno³⁷. Ancora una volta però, i compiti affidati al Ministero finiscono per essere limitati dalla rilevante esclusione (art. 5, l. 269/1958) dal novero degli enti sottoposti al suo controllo e coordinamento degli enti mutualisti e previdenziali che, ormai nell'alveo dell'art. 38 Cost., svolgevano un ruolo di primissimo piano nella erogazione delle prestazioni sanitarie ai propri assicurati. A questo stadio, manca ancora una visione progettuale globale del tema dei servizi alla salute, che emergerà invece nel corso del decennio successivo, per culminare nell'approvazione della l. 12 febbraio 1968, n. 132. La cd. "riforma Mariotti" trasforma infatti in *enti ospedalieri* tutte le IPAB e gli ospedali appartenenti ad enti pubblici che abbiano anche finalità diverse da quelle assistenziali (art. 5), superando completamente la precedente impostazione paternalistico-caritatevole ed uniformandone la struttura organizzativa³⁸. Anticipando di un decennio alcune caratteristiche del futuro Servizio Sanitario Nazionale, la l. 132/1968 individua la Regione come ente territoriale di riferimento per i nuovi enti ospedalieri (artt. 4-6), la cui attività sarà oggetto di un'apposita *legge di programma* (art. 26), di un piano nazionale (art. 27) e di uno regionale (fin troppo dettagliatamente regolamentato dall'art. 29). L'intento del disegno riorganizzatore della "riforma Mariotti" è quello di garantire una

"assistenza ospedaliera pubblica [...] svolta a favore di tutti i cittadini italiani e stranieri" (art. 1 comma 1),

tramite "enti pubblici che istituzionalmente provvedono al ricovero e alla cura degli infermi" tenuti a

"ricoverare senza particolare convenzione o richiesta di alcuna documentazione, i cittadini italiani e stranieri che necessitano di urgenti cure [...], siano o meno assistiti da enti mutualistici ed assicurativi o da altri enti pubblici e privati" (art. 2 comma 3).

L'affermazione del principio universalistico con riferimento al diritto all'assistenza ospedaliera pubblica segna una svolta fondamentale nell'attuazione dell'art. 32 comma 1 Cost., del quale, come anticipato, inizia con forza ad emergere la dimensione soggettiva di diritto a prestazioni. Una simile ricostruzione sembra anche ricevere l'avallo della Corte Costituzionale, che, pur estremamente cauta nel non accelerare i processi di riforma in atto e lasciando al legislatore piena libertà in ordine a tempi e

³⁷ A. Crosetti, *Il servizio sanitario. Profili organizzativi*, in R. Ferrara (a cura di), *Salute e sanità, op. cit.*, pp. 162-163.

³⁸ N. Aicardi, *La sanità*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Tomo I, Giuffrè, 2003, p.636.

modalità di azione, nella sentenza 88/1973 (relatore Crisafulli!) arriva a considerare la legge 132/1962 una legge di attuazione costituzionale³⁹.

Il disegno di riforma perseguito dalla legge non si estende però alla totalità dei soggetti che prestano assistenza ospedaliera: ne restano infatti esclusi gli ospedali psichiatrici, gli istituti di cura a carattere scientifico, gli istituti privati, quelli universitari e quelli ecclesiastici. La l. 132/1968, inoltre, non coinvolge nella riorganizzazione i presidi ospedalieri degli enti previdenziali o assistenziali⁴⁰, confermando nei fatti la partizione tra assistenza sanitaria prestata *ex art.* 32 Cost. e assistenza sanitaria erogata nell'alveo del sistema mutualistico coperto dall'art. 38 Cost.. I rischi insiti in un simile dualismo sono ormai evidenti. Il diritto alla tutela della salute non può rimanere ancorato ad una logica corporativa che da un lato accentua il momento riparatore dell'intervento assistenziale a scapito di quello preventivo e dall'altro sembra ricondurre il diritto a tali interventi di cura ed assistenza unicamente alla condizione di lavoratore. E' dunque necessario procedere ad una riforma globale, imperniata sui principi di solidarietà, dignità e uguaglianza sostanziale espressi dagli artt. 2 e 3 Cost., che abbandoni una volta per tutte la prospettiva assicurativa per abbracciare con convinzione quella universalistica⁴¹. Non è inoltre da trascurare che una forte spinta verso un cambio deciso di direzione è data in questo periodo anche e in particolar modo dalla giurisprudenza. Quella ordinaria intraprende, proprio a partire dalle controversie sorte in ambito lavoristico, un lungo cammino verso un più ampio riconoscimento del diritto al risarcimento del danno alla salute superandone la concezione limitativa di mero riflesso sulla situazione patrimoniale del soggetto. Di fronte agli sviluppi della società industriale, il "diritto alla salute" inteso come diritto all'integrità psico-fisica viene adesso ricostruito come diritto soggettivo riconosciuto dall'art. 32 Cost., e come tale tutelato nei confronti di atti lesivi provenienti non solo da altri privati, ma anche

³⁹ "L'istituzione degli enti ospedalieri e la loro organizzazione [...] si configurano [...] come strumenti e condizioni necessarie per realizzare, su piano nazionale e secondo linee direttrici che non possono non essere unitarie, un nuovo sistema di assistenza ospedaliera generalizzata, che trascenda gli angusti schemi dell'assistenza ai poveri e della pubblica beneficenza, dando parziale attuazione al principio del primo comma dell'art. 32 della Costituzione". Sull'atteggiamento complessivo della Corte Costituzionale in questo primo periodo di attuazione del dettato costituzionale in materia di diritto all'assistenza sanitaria, si vedano le osservazioni di A. Rovagnati, *La pretesa a prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, relazione al convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" "I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza" (Trapani, 8-9 giugno 2012), consultabile in versione provvisoria alla pagina web <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/05/trapanirovagnati.pdf>, pp. 10-13.

⁴⁰ P. Santinello, *Sanità pubblica*, cit., p. 551.

⁴¹ Si rinvia sul punto alle acce riflesse di L. Montuschi, *Art. 32*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti etico sociali*, Zanichelli, 1976, pp. 146-159 in particolare.

dalla pubblica amministrazione, di fronte al giudice ordinario⁴². Questa rivalutazione del diritto alla tutela della salute nella sua dimensione soggettiva di diritto di libertà non può non produrre riflessi importanti anche sul versante del diritto alle prestazioni sanitarie. Con una importante pronuncia, che precede di poco la grande riforma del 1978, la Corte Costituzionale arriva a riconoscere non tanto l'esistenza di un vero e proprio diritto soggettivo all'assistenza sanitaria ospedaliera ricavabile dall'art. 32 Cost., quanto piuttosto un diritto spettante all'ammalato a vedere organizzato un pubblico servizio di assistenza⁴³, nell'adempimento di quegli inderogabili doveri di solidarietà umana e sociale che emergono dal combinato disposto degli artt. 2 e 32 Cost.⁴⁴.

La preparazione della riforma sanitaria avviene su due distinti fronti. Innanzitutto, in attuazione dell'art. 117 Cost. allora vigente, il d.p.R. 4/1972 avvia il trasferimento alle Regioni delle funzioni in materia di assistenza sanitaria e ospedaliera che sarà completato poi con il d.p.R. 616/1977. Inoltre, con il d.l. 8 luglio 1974, n. 264, poi convertito nella l. 17 agosto 1974, n. 386, e con la l. 29 giugno 1977, n. 349, anche in ragione dello stato di forte indebitamento nel quale versavano, si dispone lo scioglimento degli enti mutualistici e la loro messa in liquidazione, con conseguente devoluzione alle Regioni dei compiti da essi precedentemente svolti in relazione all'assistenza sanitaria ospedaliera e non. I contributi previdenziali versati dagli appartenenti ai suddetti enti, ormai disciolti, vanno ora ad alimentare un apposito fondo nazionale per l'assistenza ospedaliera che, ripartito tra le Regioni e da queste fra i vari

⁴² Nel senso di una depatrimonializzazione del diritto alla salute, v. Corte Cost. 247/1974; per la risarcibilità del danno cagionato dalla pubblica amministrazione nell'esercizio di una propria attività, anche discrezionale, cfr. Cass. Civ. SS.UU. 21 marzo 1973, n. 796. Per una rassegna delle principali questioni affrontate in via giurisprudenziale nel decennio considerato, si veda M. Santilli, A. Giusti, *cit.*, pp. 9-10; G. Alpa, *Salute (diritto alla)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice IV, UTET, 1986, pp. 914 ss.; M. Luciani, *A proposito del «diritto alla salute»*, in *Diritto e società*, n. 2, 1979, soprattutto pp.411-412; Id., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, n. 2, 1980, , pp. 767 ss., ed in particolare p. 774, nota 18 per ampi riferimenti giurisprudenziali sul punto con riferimento al quinquennio 1974-1979; si vedano anche le osservazioni di M. Andreis, *La tutela giurisdizionale del diritto alla salute*, in B. Pezzini, C. E. Gallo (a cura di), *op. cit.*, pp. 194 ss..

⁴³ A. Rovagnati, *La pretesa a prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, *cit.*, p. 13.

⁴⁴ “Cardine della riforma, che con la richiamata normativa [l. 132/1968] si è inteso attuare, appare la posizione profondamente diversa dal passato, riconosciuta all'infermo, cittadino o straniero, che abbisogni di ricovero e cure. L'ammalato, invero, non è più accolto nel nosocomio sotto il segno di un'assistenza filantropico-caritativa [...]. In attuazione del principio del supremo interesse della collettività alla tutela della salute, consacrata come fondamentale diritto dell'individuo dall'art. 32 della Costituzione (sentenze n. 21 del 1964 e n. 149 del 1969), l'infermo assurge, nella novella concezione dell'assistenza ospedaliera, alla dignità di legittimo utente di un pubblico servizio, cui ha pieno e incondizionato diritto, e che gli vien reso, in adempimento di un inderogabile dovere di solidarietà umana e sociale, da apparati di personale e di attrezzature a ciò strumentalmente preordinati, e che in ciò trovano la loro stessa ragion d'essere” (Corte Cost. 103/1977).

enti ospedalieri, è destinato a finanziare le prestazioni di assistenza da questi ultimi erogate⁴⁵.

La riforma sanitaria vede la luce alla fine del 1978 (l. 23 dicembre 1978, n. 833). Istituito il Servizio Sanitario Nazionale (SSN), che definisce al suo art. 1 come

“complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l’eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio”,

essa interviene a colmare la “rilevante lacuna⁴⁶” data dalla mancanza di una disciplina organica di un servizio *costituzionalmente necessario*. Due sembrano a questo punto le direttive principali che sorreggono la legge in esame⁴⁷: in primo luogo la riconduzione ad un’unica struttura, articolata su base territoriale ma pur sempre *nazionale*, di tutti i servizi e le attività concernenti la tutela e promozione della salute; in secondo luogo, ed in stretta connessione con quanto sopra, una nozione ampia e moderna di “salute”, ben espressa dai principi elencati *sub* art. 2 e sicuramente influenzato tanto dalla più recente giurisprudenza in materia quanto dall’evoluzione delle condizioni economico-sociali italiane e dall’emersione di nuove esigenze categoriali e collettive⁴⁸. Ad unificare le due prospettive è proprio l’art. 32 Cost., che, ripetuto letteralmente in apertura della legge, segna la piena continuità del SSN con il dettato della Carta Fondamentale. In tal senso, rafforza l’impronta universalistica della riforma l’art. 19 comma 1, in base al quale le articolazioni territoriali del SSN sono tenute ad assicurare *a tutta la popolazione* le prestazioni di prevenzione, cura, riabilitazione e medicina legale⁴⁹.

⁴⁵ N. Aicardi, *La sanità, cit.*, pp. 636-637.

⁴⁶ Così F. Roversi-Monaco, C. Bottari, *Art. 1*, in F. Roversi-Monaco, C. Bottari (coord.), *Il Servizio Sanitario Nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, Giuffrè, 1979, p. 3.

⁴⁷ C. Corbetta, *cit.*, p. 5414.

⁴⁸ Art. 2 comma 1 l. 833/1978: “Il conseguimento delle finalità di cui al precedente articolo è assicurato mediante: 1) la formazione di una moderna coscienza sanitaria sulla base di un’adeguata educazione sanitaria del cittadino e delle comunità; 2) la prevenzione delle malattie e degli infortuni in ogni ambito di vita e di lavoro; 3) la diagnosi e la cura degli eventi morbosi quali che ne siano le cause, la fenomenologia e la durata; 4) la riabilitazione degli stati di invalidità e di inabilità somatica e psichica; 5) la promozione e la salvaguardia della salubrità e dell’igiene dell’ambiente naturale di vita e di lavoro; 6) l’igiene degli alimenti, delle bevande, dei prodotti e avanzi di origine animale per le implicazioni che attengono alla salute dell’uomo, nonché la prevenzione e la difesa sanitaria degli allevamenti animali ed il controllo della loro alimentazione integrata e medicata; 7) una disciplina della sperimentazione, produzione, immissione in commercio e distribuzione dei farmaci e dell’informazione scientifica sugli stessi diretta ad assicurare l’efficacia terapeutica, la non nocività e la economicità del prodotto; 8) la formazione professionale e permanente nonché l’aggiornamento scientifico-culturale del personale del servizio sanitario nazionale”. Interessanti in tal senso anche i riferimenti alle specifiche esigenze di salute di alcune particolari categorie di soggetti (madri, anziani, fanciulli e popolazione in età evolutiva, lavoratori) indicate nel comma 2.

⁴⁹ Ne è condizione la sola iscrizione d’ufficio nell’apposito elenco, aggiornato periodicamente, tenuto dalla USL nella quale è ubicato il comune di residenza dell’utente.

La l. 833/1978, sceglie infatti di valorizzare il livello territoriale più vicino ai cittadini e pone al centro del sistema l' *Unità Sanitaria Locale* (USL), che definisce “struttura operativa dei comuni, singoli o associati, e delle comunità montane” (art. 15 comma 1), con l'intenzione di farne tanto una struttura tecnico-amministrativa, quanto una emanazione della collettività locale⁵⁰. L'assemblea generale della USL era infatti composta dal consiglio comunale; questa eleggeva il comitato di gestione, che provvedeva poi a nominare il proprio presidente. Il ruolo delle Regioni risulta invece incentrato su compiti legislativi (nel rispetto dei penetranti limiti posti dalla legislazione statale di principio) e di programmazione (art. 11), ma non di gestione⁵¹. Lo Stato mantiene fondamentali compiti di programmazione nazionale (art. 3), legifera con l'obiettivo di “assicurare condizioni e garanzie di salute uniformi per tutto il territorio nazionale” (art. 4), svolge la funzione di indirizzo e coordinamento delle attività regionali (art. 5) e mantiene le funzioni amministrative elencate nell'art. 6.

Con riferimento al primo dei tratti fondanti del SSN ricordati sopra, risulta estremamente importante nel disegno complessivo della l. 833/1978 la programmazione nazionale. Nel solco già tracciato dalla “riforma Mariotti” per l'assistenza ospedaliera, essa è affidata ad un *piano sanitario nazionale*, da approvarsi per legge con cadenza triennale (art. 53) e consente di individuare gli obiettivi globali di un sistema pur composto da varie articolazioni territoriali.

Con particolare riferimento invece al secondo punto, è qui solo il caso di notare come l'ampliamento del concetto di salute e l'unificazione di tutte le attività ad essa relative in un unico sistema nazionale comporti inevitabilmente l'eliminazione dei precedenti residui mutualistici e il conseguente assorbimento di ogni profilo assistenziale riguardante la salute all'interno dell'attività sanitaria in senso stretto, che si arricchisce così anche della componente lavoristica⁵². Se ciò è vero dal punto di vista dell'impianto generale della riforma, non vale tuttavia per il sistema di finanziamento del SSN. L'art. 51 della l. 833/1978 istituisce infatti un *Fondo Sanitario Nazionale* determinato annualmente dalla legge di bilancio e destinato ad essere ripartito con cadenza trimestrale, mediante un sistema di finanziamento a cascata, prima fra le Regioni e

⁵⁰ N. Aicardi, *cit.*, p. 639.

⁵¹ E dunque ridimensionato rispetto a quanto previsto decreti di trasferimento della prima regionalizzazione in attuazione del disegno costituzionale dell'art. 117 allora vigente (v. *retro*).

⁵² A. Catelani, *op. cit.*, pp. 25-27. L'introduzione del principio universalistico rafforza dunque il principio di uguaglianza, parificando i criteri di accesso al SSN e conseguentemente la qualità e quantità delle prestazioni erogate; F. Roversi-Monaco, C. Bottari, *cit.*, p. 10; nello stesso senso anche B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, *cit.*, pp. 60-61.

successivamente ad opera di queste ultime fra le USL presenti sul territorio regionale. Il fondo così istituito è alimentato in parte *ex art 61* dalle quote versate dai lavoratori o dai contribuenti e per la parte restante dai finanziamenti statali derivanti dal prelievo fiscale generale.

Il quadro che emerge dalla riforma innova radicalmente l'assetto precedente, strutturando il nuovo SSN attorno ai pilastri fondamentali rappresentati da universalità e globalità della copertura assistenziale che ancora oggi lo caratterizzano. Proprio alcuni dei contenuti più innovativi della l. 833/1978 suscitavano tuttavia forti critiche, dovute in larga parte alla loro incompleta o tardiva attuazione. La inevitabile politicizzazione delle USL e la macchinosità di meccanismi decisionali fondati sulla collegialità⁵³; l'assenza (protrattasi per due decenni) di un piano sanitario nazionale e la conseguente estensione del novero delle prestazioni offerte gratuitamente dal SSN⁵⁴; la dicotomia tra reperimento delle risorse destinate al finanziamento delle prestazioni e responsabilità decisionale decentrata a livello comunale⁵⁵, con conseguente svuotamento del ruolo delle Regioni, furono i principali motivi che condussero ben presto all'esigenza di rivedere l'assetto organizzativo del SSN e a perseguire una drastica riduzione della spesa sanitaria pubblica, in un momento storico in cui la *cd. golden age del welfare state*⁵⁶ poteva ormai considerarsi al tramonto.

1.1.4. *Il diritto all'assistenza sanitaria come diritto condizionato?*

Il decennio appena esaminato si chiude con un'importante pronuncia della Corte Costituzionale, che rappresenterà il punto di partenza per la successiva opera di revisione della problematica del risarcimento del danno alla persona, in quell'ottica (civilistica) di *depatrimonializzazione* del diritto alla salute di cui già si è fatto menzione nelle pagine precedenti. La sentenza Corte Cost. 88/1979 afferma infatti, sancendo l'inadeguatezza degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p. a fondare la risarcibilità del danno alla salute, che il bene "salute" è tutelato dall'art. 32 Cost. non solo come interesse della collettività,

⁵³ C. E. Gallo, *Organizzazione sanitaria e diritto alla salute*, in B. Pezzini, C. E. Gallo (a cura di), *op. cit.*, Giuffrè, 1998, p. 142.

⁵⁴ N. Aicardi, *cit.*, p. 641.

⁵⁵ E. Innocenti, *Il finanziamento della spesa sanitaria nella recente giurisprudenza costituzionale: tra tutela della salute, coordinamento della finanza pubblica e (in)attuazione dell'art. 119 Cost.*, in *Le Regioni*, a. XXXVI, n. 3, maggio 2008, pp. 574-575.

⁵⁶ Cfr. *retro*, Parte I, Cap. I, par. 2.4.

“ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell’individuo, sicché si configura come un *diritto primario ed assoluto*, pienamente operante anche nei rapporti tra privati. Esso certamente è da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione [...]. Da tale qualificazione deriva che la indennizzabilità non può essere limitata alle conseguenze della violazione incidenti sull’attitudine a produrre reddito ma deve comprendere anche gli effetti della lesione al diritto, considerato come posizione soggettiva autonoma[...]”.

Si gettano così le basi per quell’esplicito riconoscimento della risarcibilità del danno biologico *ex art. 2043 c.c.* che avverrà con la sentenza 184/1986, nella quale, rigettando la tesi per cui “poiché l’integrità psico-fisica dell’uomo è sempre impiegata per realizzare attività volte all’acquisizione od alla conservazione di beni patrimoniali, la stessa integrità costituisce bene patrimoniale e, conseguentemente, ogni riduzione della medesima realizza un deficit patrimoniale”, opera una obbligata “lettura costituzionale” dell’art. 2043 c.c. alla luce dell’art. 32 Cost. che riconduce la risarcibilità del danno alla salute a tale norma civilistica. Riconosciuta ormai al di fuori di ogni dubbio la piena operatività del diritto alla salute nei rapporti tra privati, la giurisprudenza ordinaria e costituzionale prosegue nell’approfondimento della sua dimensione di diritto individuale, arrivando ad enucleare dal dettato costituzionale anche diritti fondamentali in esso non esplicitati, come il diritto ad un ambiente salubre (cd. “diritto all’ambiente” *tout court*)⁵⁷.

Cosa accade invece sul versante del diritto all’assistenza sanitaria? Si è già fatto cenno, in chiusura del paragrafo precedente, alle difficoltà incontrate nella gestione del SSN, fin da subito relazionate con la crescita incontrollata della spesa sanitaria. Per ovviare ad esse, vengono ben presto introdotte misure di compartecipazione alla spesa sanitaria⁵⁸ ed imposti aumenti dei contributi destinati ad alimentare il fondo sanitario nazionale, nonché una serie sempre più penetrante di vincoli organizzativi e finanziari all’indirizzo delle USL. La cd. *miniriforma* del 1986 tenta poi, tramite una modifica della loro struttura interna, di accrescere il rilievo di queste ultime all’interno del processo di programmazione regionale e la professionalità degli organi che le componevano⁵⁹, con l’obiettivo di razionalizzare il processo di erogazione delle

⁵⁷ Un *excursus* dei principali ambiti ai quali si estende l’opera interpretativa della giurisprudenza ordinaria e costituzionale a cavallo tra anni Settanta e Ottanta, è rinvenibile in B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, n. 2, 1984, pp. 27-43 in particolare. Per quanto riguarda in particolare il riconoscimento del diritto ad un ambiente salubre, si rinvia invece alle considerazioni svolte da M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., soprattutto pp. 782 ss..

⁵⁸ Sulla questione dei ticket sanitari, si veda da ultimo la recentissima sentenza Corte Cost. 187/2012.

⁵⁹ La l. 15 gennaio 1986, n. 4, sopprimeva le assemblee generali delle USL trasferendo le relative funzioni ai consigli comunali, riduceva il numero dei membri dei consigli di gestione e prevedeva per questi ultimi il rispetto di una serie di requisiti di competenza professionale.

prestazioni sanitarie, in un ordine di rapporti tra Stato e Regioni che rimaneva pur sempre sbilanciato a favore del primo.

Se è vero dunque che il legislatore tende con i suoi interventi a riconfigurare gli aspetti organizzativi del diritto all'assistenza sanitaria (e dunque, come si sa, anche le concrete modalità della sua fruizione), al tempo stesso, gli orientamenti giurisprudenziali appena visti non possono però non riflettersi sull'interpretazione di esso. Così, da un lato, quando è chiamato a pronunciarsi sulle scelte organizzative del legislatore, il giudice delle leggi italiano mantiene il proprio *self-restraint*, dichiarando la compatibilità costituzionale con la compressione di quel "diritto al servizio" affermato con la sent. 103/1977 qualora essa sia giustificata da necessità organizzative non aggirabili. La sent. 175/1982 giustifica dunque le eventuali limitazioni al diritto di libera scelta del medico e delle strutture sanitarie a cui rivolgersi, sancito dall'art. 25 della l. 833/1978, affermando che "la disciplina di tale rapporto resta pur sempre subordinata [...] alle preminenti esigenze organizzative e funzionali delle strutture ospedaliere". La sentenza 173/1987 sancisce poi la legittimità della compresenza fra strutture pubbliche e private ai sensi del riformato art. 25 citato, che stabilisce la possibilità per il singolo utente di rivolgersi a quest'ultime per ottenere quelle prestazioni che le prime non siano in grado di fornire entro tre giorni, previa autorizzazione dell'USL di riferimento; l'art. 25 regola infatti

"un sistema correttamente integrato di strutture sanitarie pubbliche e private convenzionate [...]. Con tale disciplina la struttura pubblica è stimolata a rendere servizi utilizzando al massimo le proprie potenzialità, garantendosi a quella privata convenzionata l'intervento integrativo, fermo restando il diritto del cittadino di rivolgersi al mercato privato a proprie spese. In un tale sistema equilibrato e finalizzato alla tutela del diritto fondamentale alla salute non è ravvisabile alcun disegno di statalizzazione emarginatrice dell'iniziativa economica privata [...]"⁶⁰.

L'esempio prescelto, ovvero la posizione soggettiva dell'utente del SSN in ordine alla libera scelta del medico o della struttura curante, è utile per verificare l'intreccio delle posizioni soggettive che esso coinvolge. Essa si configura così in prima battuta come vero e proprio diritto soggettivo, che però può essere limitato in ragione di finalità organizzative, legittimamente perseguite dal legislatore nell'esercizio delle sue discrezionalità. In taluni casi, esso può essere altresì condizionato all'emanazione di veri e propri provvedimenti autorizzatori, come avviene nell'ipotesi in cui l'assistito

⁶⁰ Per approfondimenti sulle sentenze citate, si veda B. Pezzini, *Principi costituzionali e politica della sanità*, cit., p. 16; per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, si rimanda invece a A. Rovagnati, *La pretesa a prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, cit., p. 20, nota 58.

richiede l'autorizzazione per accedere alle cure in strutture private (*ex art. 3 l. 585/1983*), chiedendo il successivo rimborso delle spese sostenute. In quest'ultimo caso, la pretesa ad ottenere la necessaria autorizzazione si configura come interesse legittimo; nel caso in cui l'utente si sia però rivolto alle strutture private per ragioni di urgenza, la posizione soggettiva sarà indiscutibilmente di diritto soggettivo⁶¹. Da queste brevi riflessioni, emerge dunque che, al pari degli altri diritti soggettivi, il diritto alle cure può essere ad ogni modo coinvolto dal legislatore in un'operazione di bilanciamento con altre esigenze di rilevanza pubblica⁶².

Tale operazione può tuttavia essere oggetto di sindacato di costituzionalità nel momento in cui risulti non rispondente ai necessari canoni di ragionevolezza. Così, la Corte Costituzionale, tanto sulla scia di una consolidata giurisprudenza della Cassazione che aveva portato fin dalla vigenza del sistema mutualistico, all'estensione generalizzata dell'assistenza farmaceutica⁶³, quanto nel solco delle ormai ampiamente utilizzate sentenze additive di prestazione (*v. retro*, Parte II, Capitolo I, par. 2.3.1), arriva con la sentenza 992/1988 a dichiarare l'illegittimità per contrasto con l'art. 32 Cost. del denegato rimborso di spese mediche sostenute in strutture private non convenzionate che fossero anche le uniche in grado di prestare cure (in questo caso, esami diagnostici) indispensabili e non altrimenti sostituibili. Nel fare ciò, a rafforzare la propria decisione, la Corte cita significativamente tanto la sent. 184/1986 quanto la 173/1987.

La sentenza 992/1988 rimarrà tuttavia un caso pressoché isolato⁶⁴. Ben presto, la giurisprudenza costituzionale si troverà a ridefinire i propri orientamenti, in un periodo di imponenti ristrutturazioni del SSN.

⁶¹ C. E. Gallo, *La configurazione delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti*, *cit.*, pp. 416 ss.; per la giurisprudenza costituzionale in materia di rimborso delle spese sostenute per cure in strutture private, nazionali o estere, si veda anche C. Panzera, *Legislatore, giudici e Corte Costituzionale di fronte al diritto alla salute (verso un inedito "circuito" di produzione normativa?)*, in P. Bianchi (a cura di), *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte Costituzionale*, Plus-Pisa University Press, 2006, pp. 107 ss..

⁶² Ciò del resto sembra essere stato recentemente ribadito dalla sentenza Corte Cost. 94/2009, che ha affermato la necessità di "contemperare" la libertà di scelta del paziente con i limiti oggettivi che il legislatore incontra in relazione alla disponibilità di risorse finanziarie.

⁶³ La giurisprudenza della Corte di Cassazione aveva nel corso degli anni esteso il novero dei farmaci "mutuabili" al di là dell'elenco contenuto nel prontuario farmaceutico, qualora detti farmaci risultassero indispensabili per la cura del richiedente e non sostituibili con altri ivi inclusi. La Cassazione applicherà tale orientamento anche nella vigenza del SSN, ritenendo che l'impianto della disciplina dell'assistenza farmaceutica fosse rimasto nei fatti invariato rispetto a quello previgente (Cass. Civ. SS. UU. 1504/1985). Per approfondimenti, si rimanda al commento di M. Andreis, *cit.*, pp. 204 ss. in particolare.

⁶⁴ Si veda in proposito C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte Costituzionale a confronto*, Giappichelli, 2000, pp. 100-101.

1.1.5. *Le “riforme della riforma”, tra esigenze di contenimento della spesa finanziaria e nucleo essenziale del diritto alla salute.*

Gli anni Novanta si aprono infatti con una pronuncia destinata a rimanere un punto di riferimento essenziale nel dibattito italiano sul diritto all’assistenza sanitaria e, più in generale, in quello relativo alla natura giuridica dei diritti sociali. Dopo alcuni penetranti e controversi interventi, è la già ricordata (Parte II, Capitolo I, par. 2.3.2. b) sentenza Corte Cost. 455/1990 a riportare prepotentemente l’attenzione degli interpreti sulla natura finanziariamente condizionata dei diritti sociali. Frammentando il diritto alla salute in una molteplicità di profili correlati a differenti posizioni giuridiche soggettive, ciascuna dotata di una forza vincolante di varia intensità, il giudice delle leggi italiano recupera la nozione di *programmaticità* dei diritti a prestazioni positive per applicarla al “diritto ai trattamenti sanitari”, affermando così che quest’ultimo è garantito come “diritto costituzionale condizionato dall’attuazione che il legislatore ordinario ne dà”, in considerazione di un bilanciamento di interessi costituzionalmente protetti ed in relazione “alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento”, ritagliando per sé compiti di verifica della ragionevolezza delle valutazioni svolte dal legislatore. Conseguentemente, rigetta la censura di illegittimità relativa a quella disciplina della provincia autonoma di Trento che limita l’assunzione a carico della USL di prestazioni di cura per anziani non autosufficienti sulla base di parametri riferiti al numero di assistiti e al costo pro capite delle cure. L’assunto della sent. Corte Cost. 455/1990, che può essere considerata a pieno titolo la pronuncia inaugurale di una tendenza alla relativizzazione “in senso forte⁶⁵” del diritto all’assistenza sanitaria, si inserisce a pieno titolo in una generale linea di tendenza confermata anche dalla legislazione di riforma del SSN. Il primo tentativo organico non emergenziale di una sua complessiva riorganizzazione è infatti operato dal contemporaneo dlgs. 502/1992, che attua la l. delega 23 ottobre 1992, n. 421. Così, l’art. 1, nel sottrarre il Piano Sanitario Nazionale alla fonte legislativa per affidarlo al Governo, che lo adotta previo parere delle commissioni parlamentari competenti per la materia, stabilisce che esso debba fissare gli obiettivi fondamentali di prevenzione, cura e riabilitazione, le linee generali di indirizzo del SSN ed i livelli di assistenza da assicurare uniformemente sul territorio nazionale

⁶⁵ L’espressione è di R. Balduzzi, *Salute (diritto alla)*, cit., p. 5397.

“nel rispetto degli obiettivi della programmazione socio-economica nazionale e di tutela della salute individuati a livello internazionale ed *in coerenza con l’entità del finanziamento assicurato al Servizio sanitario nazionale*” (corsivo aggiunto)⁶⁶.

Inoltre, sempre con l’obiettivo di razionalizzare la spesa sanitaria e migliorarne la gestione a livello territoriale, la cd. “ *riforma bis*” trasforma le unità sanitarie locali in *aziende*, dotandole di autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale e contabile (v. art. 5), gestionale e tecnica” e configurandole come enti strumentali delle Regioni, che, vedendo notevolmente ampliate le proprie competenze in materia di programmazione e gestione della sanità pubblica (art. 2) a scapito dei Comuni, sono incaricate di definire il numero di esse sul territorio, i criteri per il loro finanziamento ed i sistemi per la vigilanza e il controllo su di esse (art. 3). Nel perseguimento di una maggiore competenza tecnica rispetto al previgente assetto, la USL è adesso guidata dal solo direttore generale, coadiuvato dal direttore amministrativo, dal direttore sanitario e dal consiglio dei sanitari; rimane attivo il collegio dei revisori.

In questa fase, dunque, pur con percorsi differenti, legislazione e giurisprudenza sembrano convergere nello sforzo di mantenere il difficile equilibrio fra erogazione delle prestazioni connesse con un diritto costituzionalmente garantito ed esigenze di equilibrio finanziario che quel medesimo diritto rischiano tuttavia di comprimere o comunque di ridimensionare notevolmente. E’ tuttavia alla metà degli anni Novanta che inizia a farsi strada un nuovo indirizzo giurisprudenziale, che, muovendo da una relativizzazione in senso debole⁶⁷ del diritto all’assistenza sanitaria, inizia a riconoscere l’esistenza di limiti invalicabili anche al legislatore. Come avviene per altri diritti sociali, anche il diritto all’assistenza sanitaria è infatti oggetto di quell’elaborazione della Corte Costituzionale che individua, a fronte di una insindacabile discrezionalità

⁶⁶ Con la sentenza 355/1993, la Corte Costituzionale aveva rigettato la censura di legittimità sollevata dalle Regioni Valle d’Aosta, Campania, Emilia-Romagna, Liguria, Lombardia, Toscana, Umbria e Veneto in merito a tale articolo, in quanto esso subordinerebbe la determinazione dei livelli di assistenza alla sole esigenze di contenimento della spesa sanitaria, peraltro espresse con chiarezza dalla legge delega di cui il dlgs. 502 è attuazione: l’articolo impugnato “*impone altresì di riportare i livelli di assistenza agli obiettivi di tutela della salute individuati a livello internazionale, oltretutto di prevedere livelli di assistenza che siano comunque garantiti a tutti i cittadini*”; inoltre, non sarebbe ravvisabile alcun eccesso di delega nell’avvenuta delegificazione della materia (è infatti un atto del Governo e non una legge, come accadeva nella vigenza delle corrispondenti previsioni della l. 833/1978 a dover adottare il piano sanitario nazionale), in quanto la legge delega conferiva al Governo ampia discrezionalità in merito alla scelta dello strumento più idoneo a disciplinare l’adozione dei livelli di assistenza e non stabiliva in alcun punto che dovesse essere il successivo decreto delegato a fissarli nel dettaglio.

⁶⁷ Ancora secondo la distinzione di R. Balduzzi, *Salute (diritto alla)*, cit., p. 5397, per il quale la relativizzazione “in senso debole” del diritto all’assistenza sanitaria comporta che la tutela del diritto debba *bilanciarsi* con le risorse finanziarie e organizzative a disposizione, e non essere *subordinata* ad esse.

legislativa in relazione alle concrete modalità di configurazione di un servizio che appare comunque costituzionalmente necessario, anche un nucleo intangibile del diritto stesso, tale che la sua compressione comporterebbe una inammissibile incisione della dignità umana. E' questo ad esempio l'assunto sul quale è imperniata la celebre sentenza Corte Cost. 304/1994, per la quale la prevalenza assoluta delle ragioni finanziarie su quelle della difesa del nucleo essenziale del diritto sarebbe da considerarsi un "esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa". Rivendicando a sé il ruolo di garante ultimo della ragionevolezza del processo di bilanciamento a cui è chiamato il legislatore, la Corte sembra qui prendere le mosse dalla propria giurisprudenza pregressa, come sviluppatasi verso la fine del decennio precedente, per individuare (inevitabilmente su base casistica) quel *contenuto essenziale* del diritto alla salute nella sua accezione di diritto all'assistenza sanitaria la cui compressione sarebbe preclusa persino allo stesso legislatore della revisione costituzionale⁶⁸. Emerge qui una interessante saldatura fra la ricostruzione che qui si afferma e la sentenza Corte Cost. 1146/1988: quest'ultima individua infatti nei principi supremi dell'ordinamento il limite invalicabile alla revisione costituzionale. Riprendendo qui alcune delle considerazioni svolte in precedenza, si nota che ad essi possono essere ascritti indubbiamente quei diritti che, strettamente inerenti alla persona ed irrinunciabili per il suo pieno sviluppo individuale e sociale (artt. 2 e 3 Cost.), sono solitamente qualificati come *inviolabili*. L'affermazione di un contenuto essenziale del diritto alla salute sarebbe quindi una ulteriore conferma della piena normatività di tutte le disposizioni costituzionali concernenti diritti sociali e dunque anche del diritto alla salute. Unificate dalla qualificazione di *diritto inviolabile*⁶⁹, le due facce - di diritto individuale di libertà e di diritto a prestazioni - del "diritto alla salute" dimostrano così una stretta ed irrinunciabile interdipendenza.

⁶⁸ Fra i precedenti più rilevanti di tale indirizzo giurisprudenziale, si ritiene di poter richiamare Corte Cost. 184/1993, con la quale il giudice delle leggi italiano dichiara l'illegittimità costituzionale della disciplina delle esenzioni dalla compartecipazione alla spesa sanitaria nella parte in cui esclude irragionevolmente i titolari di determinati trattamenti pensionistici. Qui, richiamandosi alla sent. 992/1988, si definisce "l'esenzione generale in oggetto" una "attuazione del contenuto minimo essenziale del diritto alla tutela della salute, garantito dall'art. 32 della Costituzione", per il quale si impone, "anche in correlazione con il principio di uguaglianza sostanziale", "una protezione piena, esaustiva ed effettiva"; si concentra in particolare sulla corretta applicazione dei postulati dell'uguaglianza il commento di B. Pezzini, *Principi costituzionali e politica della sanità*, cit., pp. 21 ss..

⁶⁹ Già B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., pp. 72 ss. ricostruisce i vari profili del diritto alla salute sotto la nozione di *diritto fondamentale ed inviolabile*.

La conferma di ciò è data dalla sentenza Corte Cost. 185/1998, che, con una pronuncia “additiva di principio⁷⁰”, dichiara illegittima la limitazione della gratuità dei farmaci necessari per una cura antitumorale sperimentale (cd. cura “Di Bella”) per coloro che versino in una condizione di indigenza relativa, indipendentemente dal fatto che partecipino alla sperimentazione in strutture pubbliche o in quelle private, e riconduce al contenuto minimo del diritto alla salute anche *l’aspettativa* di guarigione scaturente da una cura sperimentale. Le diverse prospettive del diritto alla salute come libertà di scelta della cura, diritto all’accesso ad essa, diritto alla integrità fisica e diritto a curarsi per ripristinarla, si fondono così in un tutt’uno indivisibile⁷¹.

Con la giurisprudenza sul contenuto essenziale viene meno dunque la programmaticità del diritto all’assistenza sanitaria⁷², con un effetto che, di nuovo, si riverbera anche sulla principale legislazione in materia. Non è un caso infatti che la cd. “riforma *ter*” che interviene sulla struttura del SSN (dlgs. 19 giugno 1999, n. 229) modifichi l’art. 1 dlgs. 502/1992, imponendo che l’individuazione dei livelli essenziali ed uniformi di assistenza a cura del piano sanitario nazionale debba effettuarsi

“contestualmente all’individuazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio sanitario nazionale, nel rispetto delle compatibilità finanziarie definite per l’intero sistema di finanza pubblica” (corsivo aggiunto),

Appare qui con sufficiente chiarezza l’intento di discostarsi dalla formulazione e dall’impianto concettuale della riforma del 1992 e di sottolineare contemporaneamente la delicatezza di un’operazione di bilanciamento che, nelle contingenze in cui versa il *welfare state* a cavallo fra anni Novanta e Duemila, si presenta pur sempre come obbligata.

Rimandando alle pagine successive una panoramica sugli aspetti della “riforma *ter*” più strettamente inerenti alla fisionomia ormai irreversibilmente regionalizzata del SSN, occorre qui solo ricordare che, a conferma di quella “*vocazione espansiva*” del diritto alla salute riscontrata dalla coeva sentenza Corte Cost. 309/1999, il dlgs. 229/1999 estende significativamente i confini dell’assistenza sanitaria, avvicinandola sempre di più ad un concetto ampio di salute e conseguentemente ad un diritto soggettivo strettamente inteso: così i distretti delle USL saranno incaricati di svolgere tutte le attività assistenziali, primarie, specialistiche, di assistenza ad anziani, tossicodipendenti,

⁷⁰ B. Pezzini, *Principi costituzionali e politica della sanità*, cit., p. 25.

⁷¹ E’ questa l’opinione di C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, cit., p. 110; C. Panzera, cit., pp. 103 ss., nelle quali in particolare si approfondiscono gli sviluppi della giurisprudenza costituzionale proprio a partire dalla sentenza 185/1998 (sent. 188/2000 e ord. 279/2003).

⁷² R. Ferrara, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, cit., pp. 34-35.

disabili, nonché i servizi per l'infanzia e la maternità ed i servizi sociosanitari integrati (artt. 3 *ter* e *quater* dlgs. 502/1992, aggiunti dal dlgs. 229/1999), mentre ogni attività di prevenzione, anche connessa con i rischi in ambiente di lavoro, promozione della salute e di "miglioramento della qualità della vita" è invece affidata ai dipartimenti di prevenzione (artt. 7 *bis* ss. dlgs. 502/1992, aggiunti dal dlgs. 229/1999).

1.2. La dinamica Stato-Regioni nelle intersezioni fra art. 32 e art. 117 Cost.. Esame di alcuni nodi fondamentali di un processo non ancora concluso.

Proprio il dlgs. 229/1999, da ultimo ricordato, modificando l'art. 1 dlgs. 502/1992, offre una nuova definizione del SSN, descrivendolo come il

"complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi sanitari regionali e delle altre funzioni e attività svolte dagli enti ed istituzioni di rilievo nazionale" (art. 1 dlgs. 229/1999),

E' così riassunto in poche righe l'esito di un processo storico che, fra lunghi periodi di mancata attuazione e improvvise accelerazioni, ha portato le Regioni ad acquisire un ruolo di primo piano nello svolgimento di quei compiti di tutela della salute che la Carta Fondamentale del 1948 affida alla Repubblica nel suo complesso, quale soggetto unitario ma al tempo stesso articolato su base territoriale fra gli enti di cui si compone, ai sensi dell'art. 114 Cost.⁷³. Nelle pagine che seguono, alla luce del "nuovo" Titolo V

⁷³ L'esistenza di profili di intersezione fra struttura regionale della Repubblica e tutela della salute emerge del resto fin dai lavori dell'Assemblea Costituente, pur nelle difficoltà legate tanto alla definizione di un modello completamente nuovo di rapporti fra "centro" e "periferia" dello Stato quanto alla frammentarietà delle politiche e delle prestazioni a tutela della salute. Già la relazione della Sottocommissione per lo studio dell'organizzazione sanitaria della Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato ricorda nel 1946 che se da un lato è auspicabile "non moltiplicare gli ordinamenti sanitari e non disperdere la sostanziale unità dell'amministrazione", riservando agli organi centrali per lo meno la vigilanza e il coordinamento di tutte le attività sanitarie globalmente intese, dall'altro, ritiene possibile un'integrazione della normativa statale con disposizioni dettate dagli organi locali "in rapporto alle particolari esigenze dei rispettivi territori" (*Relazione della Quinta Sottocommissione "Organizzazione sanitaria"*, cit., p. 318). Nel corso della discussione relativa all'art. 26 del Progetto di Costituzione (futuro art. 32), si confrontano poi diverse posizioni in ordine ad un'eventuale lettura in chiave decentrata dell'assistenza sanitaria: a chi ritiene che le iniziative volte al decentramento di alcuni aspetti in particolare dell'assistenza sanitaria debbano essere incoraggiate (On. Spallicci, Assemblea Costituente, seduta del 21 aprile 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. II, op. cit.*, p. 1096), si contrappone chi teme il passaggio da un decentramento amministrativo ad uno anche normativo, ritenendo così necessario affermare i compiti statali di coordinamento anche all'interno dell'articolo che proclama il diritto alla salute (On. Caronia, Assemblea Costituente, seduta del 24 aprile 1947, in *ibidem*, p. 1214. Si veda in proposito anche la discussione dell'8 luglio 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. II, op. cit.*, pp. 2533-2538 in particolare, nelle quali si confrontano le diverse opinioni in merito alle competenze in materia di igiene, sanità pubblica, assistenza

Cost., sarà esaminata l'evoluzione storica di alcuni degli ambiti nei quali è maggiormente avvertita l'interazione fra le esigenze di una tutela unitaria della salute ed la differenziazione su base territoriale dei servizi di assistenza sanitaria e dunque, secondo l'assunto iniziale di questo segmento di Capitolo III, anche di alcuni rilevanti aspetti del contenuto del diritto alla salute nella sua accezione di diritto a prestazioni.

a) Il ruolo delle Regioni nell'attuazione dell'art. 32 Cost., fra "assistenza sanitaria e ospedaliera" e "tutela della salute".

Nonostante che l'originario art. 117 Cost. collochi "beneficienza pubblica e assistenza sanitaria e ospedaliera" tra le materie affidate alla competenza concorrente di Stato e Regioni, per assistere ad un primo coinvolgimento di queste ultime nella organizzazione ed erogazione delle prestazioni sanitarie si dovrà attendere fino alla l. 132/1968. Come accennato, la "riforma Mariotti" affida infatti alla Regione rilevanti compiti concernenti promozione e sviluppo dell'assistenza ospedaliera, che dovrà essere svolta in conformità al piano regionale ospedaliero di cui all'art. 29⁷⁴. Il piano tuttavia, è soggetto ad un'ampia serie di penetranti vincoli statali: nell'indicare tutti gli interventi regionali relativi "all'impianto di nuovi ospedali, all'impianto, trasformazione, ammodernamento o soppressione degli ospedali esistenti in relazione al fabbisogno dei posti-letto" distinte per categorie di utenti, "all'efficienza delle attrezzature, alla rete viabile ed alle condizioni geomorfologiche ed igienico-sanitarie della popolazione", esso dovrà comunque conformarsi alle scelte del programma economico nazionale, ai principi della stessa l. 132/1968 nonché alla legge recante il programma ospedaliero nazionale. Nessun intervento ulteriore a quelli espressamente previsti dalla legge regionale di programma potrà essere effettuato dall'amministrazione regionale.

Lo scarso margine di manovra lasciato all'autonoma determinazione delle Regioni, la mancata attuazione del piano ospedaliero nazionale, il penetrante controllo governativo all'epoca vigente su tutte le leggi regionali ai sensi dell'allora vigente art. 127 comma 1 Cost., passano tuttavia in secondo piano di fronte all'enorme ritardo con cui si arrivò ad

sanitaria e ospedaliera da affidare alla potestà legislativa concorrente delle Regioni all'interno del quadro di quello che diverrà l'art. 117 Cost.).

⁷⁴ Tanto il riconoscimento degli enti ospedalieri già esistenti (art. 4), così come la creazione, fusione e concentrazione dei nuovi (art. 6) deve infatti essere effettuata mediante decreto del Presidente della Regione previa deliberazione della Giunta. L'art. 29 impone l'approvazione del piano all'interno della legge regionale quinquennale di programmazione delle attività inerenti alle materie su cui le Regioni abbiano potestà legislativa concorrente.

avviare il processo di trasferimento delle funzioni (amministrative e dunque legislative, secondo il noto principio del parallelismo delle funzioni) dall'amministrazione statale a quella regionale, alla quale si provvederà con i d.p.R. 4/1972 e 616/1977. Fra i problemi principali che essi si trovano ad affrontare, vi è la corretta individuazione della portata dell'espressione "assistenza sanitaria e ospedaliera" contenuta nell'art. 117 Cost..

I due d.p.R. citati sembrano in proposito accogliere una nozione piuttosto ampia di "assistenza sanitaria e ospedaliera" e, nonostante la nota pluralità di istituzioni assistenziali mutualistiche che affiancano gli enti ospedalieri di nuova creazione, paiono superare ogni perplessità in ordine a possibili margini di incertezza fra art. 32 e art. 38 Cost. nella scelta della norma a cui "agganciare" il trasferimento. Come auspicato anni prima da un'autorevole dottrina⁷⁵, le funzioni amministrative trasferite abbracciano infatti numerosi profili inerenti ad attività di prevenzione, al ripristino e alla promozione della salute; significativamente, includono tanto la tutela della salute nell'ambiente di lavoro quanto le attività tradizionalmente ascrivibili a quelle funzioni di polizia sanitaria ed igiene pubblica un tempo riservate al Ministero degli Interni⁷⁶. La nozione di "assistenza sanitaria e ospedaliera" di cui all'art. 117 Cost. tende quindi sempre più a coincidere con quella di "tutela della salute" indicata dall'art. 32 Cost.. Si avvia così un complesso dibattito destinato a riproporsi in tempi recenti, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Titolo V Cost..

Se dunque i decreti di trasferimento amplificano il concetto di assistenza sanitaria e ospedaliera traghettandolo verso una moderna concezione di "sanità", la riforma operata con la l. 833/1978, pur preparata da una simile estensione delle competenze regionali (che dovranno pur sempre essere esercitate nel quadro dei principi dettati dalle leggi dello Stato), perde tuttavia l'occasione per porre la Regione al centro dell'istituendo Servizio Sanitario Nazionale. Schiacciate da un lato dall'inerzia governativa e dai vincoli penetranti della legislazione statale di principio, dall'altro dalla politicizzazione delle USL, collocate invece a livello comunale, le Regioni non riescono ad emergere, anche a causa dei limitati compiti di programmazione, coordinamento ed organizzazione territoriale ad esse assegnati nonché dell'assenza di qualunque potere in merito al governo della spesa sanitaria.

⁷⁵ G. Amato, *Regioni e assistenza sanitaria: aspetti costituzionale*, in *Problemi della sicurezza sociale*, n. 3, 1969, pp. 548-52 in particolare.

⁷⁶ Si veda in proposito la vastità di ambiti coperti dall'art. 1 d.p.R. 4/1972; l'art. 27 d.p.R. 616/1977, nell'ampliare ulteriormente l'elenco delle funzioni trasferite, precisa che "[l]e funzioni amministrative relative alla materia «assistenza sanitaria ed ospedaliera» concernono la *promozione*, il *mantenimento* ed il *recupero dello stato di benessere fisico e psichico della popolazione*" (corsivo aggiunto).

La vera riscoperta della Regione come ente chiave del SSN avverrà, come si è visto, nel corso degli anni Novanta. Completando quanto avviato dall'art. 114 del dlgs. 112/1998, che aveva trasferito alle Regioni tutte le funzioni in materia di salute umana e sanità veterinaria non precedentemente trasferite⁷⁷, gli artt. 2-2 *octies* del dlgs. 502/1992, come aggiunti e modificati dal dlgs. 229/1999, estendono notevolmente le competenze regionali in relazione alla tutela della salute, in particolar modo potenziando il ruolo *organizzativo* di detti enti, a fianco delle funzioni amministrative e legislative già trasferite. L'autonomia organizzativa perseguita nel corso degli anni Novanta appare dunque come uno strumento essenziale tanto per alleggerire la macchina della sanità pubblica quanto per offrire una risposta sempre più individualizzata ai bisogni di salute della popolazione⁷⁸, nella chiave di un *welfare state* ormai articolato sul base territoriale.

Su tale quadro, interviene nel 2001 la riforma del Titolo V della Parte II Cost., modificando, come si sa, il criterio di attribuzione delle competenze legislative fra Stato e Regioni, fornendo gli elenchi delle competenze esclusive statali (art. 117 comma 2) e di quelle concorrenti (art. 117 comma 3) e precisando che in ogni materia non espressamente riservata alla competenza statale la competenza legislativa spetta in via esclusiva alle Regioni. Con specifico riferimento a quanto qui ci interessa, l'art. 117 comma 3 Cost. indica fra le materie di competenza concorrente la "tutela della salute", ma non reca traccia della "assistenza sanitaria e ospedaliera" (nella vigenza del "vecchio" art. 117 Cost., materia di competenza concorrente) che, come si è visto, ha rappresentato un importante veicolo per l'espansione delle competenze regionali in ambito *latu sensu* sanitario. Stando dunque alla regola del nuovo 117 comma 4, la materia "assistenza sanitaria e ospedaliera", così come ogni aspetto normativo inerente all'organizzazione sanitaria (ormai già devoluta alle Regioni dalle riforme della fine degli anni Novanta), dovrebbero ritenersi di esclusiva competenza regionale. Inoltre, stando ad una lettura testuale dell'art. 117 comma 3, la competenza concorrente di Stato e Regioni sembrerebbe adesso coincidere con quella medesima "tutela della salute" che l'art. 32 comma 1 Cost. indica quale compito precipuo della Repubblica. Le due ipotesi

⁷⁷ Con le eccezioni di cui agli artt. 115 comma 1 (in materia di pianificazione sanitaria nazionale, vigilanza, ispezione ed emanazione di linee guida nazionali su attività coinvolgenti la salute), e 120 (in materia di prestazioni farmaceutiche).

⁷⁸ R. Balduzzi, *Quanti sono i sistemi sanitari italiani? Un'introduzione*, in R. Balduzzi (a cura di), *I servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenza di sistema*, Giuffrè, 2005, p. 12.

qui formulate sono ovviamente da verificare alla luce dei più recenti contributi della dottrina e della giurisprudenza costituzionale.

Con riferimento a quest'ultimo punto, da un lato, alcuni Autori ritengono ormai pienamente coincidente materia sanitaria e "tutela della salute" ed attribuiscono a quest'ultima un'accezione ampia, che comprende tanto profili organizzativi quanto aspetti inerenti al diritto alla salute come diritto di libertà, fondando la propria ricostruzione anche su una giurisprudenza precedente alla riforma costituzionale del 2001 che aveva interpretato la vecchia dizione di "assistenza sanitaria e ospedaliera" come il "complesso degli interventi positivi per la tutela e promozione della salute umana" (sent. Corte Cost. 382/1999)⁷⁹. E' del resto lo stesso giudice delle leggi italiano ad affermare che la materia "tutela della salute" "è assai più ampia" rispetto all'assistenza sanitaria e ospedaliera menzionata nel previgente art. 117 Cost. (sent. 270/2005). Dall'altro, invece, vi è chi ha sottolineato in particolare la non completa sovrapponibilità dell'espressione "tutela della salute" utilizzata nell'art. 32 con quella impiegata dal 117 comma 3 Cost., affermando che i due articoli svolgono funzioni differenti: il primo indicherebbe infatti un fine *generale* dell'azione della *Repubblica*, non sempre regionalizzabile⁸⁰, il secondo atterrebbe piuttosto all'oggetto della potestà esclusiva statale attinente ai principi fondamentali e a quella regionale concernente il rimanente margine normativo⁸¹.

Proprio il carattere composito della "tutela della salute" di cui all'art. 32 Cost., più volte messo in luce nelle pagine precedenti, conduce però ad affrontare il primo punto sopra menzionato: la materia innominata "organizzazione sanitaria", che si è visto essere così essenziale per la concreta configurazione del diritto alla salute nella sua veste prestazionale ma anche in quella di diritto individuale all'integrità psico-fisica, è competenza esclusiva regionale o rientra nella "tutela della salute" ex art. 117 comma 3 Cost.? Almeno in un primo momento, la Corte Costituzionale in realtà si astiene dal prendere espressamente posizione sul punto. Essa infatti si avvale in primo luogo di

⁷⁹ Così M. Luciani, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M. C. Grisolia, *op. cit.*, p. 13 e p. 22. La sentenza risulta peraltro perfettamente coerente con l'accezione ampia di assistenza sanitaria e ospedaliera accolta dal dlgs. 112/1998 e successivamente confermata dall'estensione delle competenze regionali effettuata dalla "riforma-ter" del 1999.

⁸⁰ E' quanto inferisce dalla lettura della giurisprudenza costituzionale D. Morana, *La "tutela della salute": punti fermi e perduranti incertezze nella giurisprudenza costituzionale*, in R. Balduzzi (a cura di), *Cittadinanza, corti e salute*, Cedam, 2007, pp. 202-203.

⁸¹ A. Rovagnati, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lett. m), Il comma, art. 117 Cost.*, in *Le Regioni*, a. XXXI, n. 6, dicembre 2003, pp.1146-1147.

quel principio di continuità in base al quale le modifiche costituzionali intervenute legittimano l'adeguamento della legislazione esistente ad opera del soggetto istituzionale ora fornito di competenza, ma al tempo stesso non la rendono incostituzionale né la abrogano (sent. Corte Cost. 376/2002)⁸²; in secondo luogo, ed in coerenza con questa premessa, afferma che la legittimità di una normativa statale già esistente alla luce del nuovo riparto di competenze potrà essere verificata solo quando le Regioni avranno esercitato la propria, nel rispetto di quel margine di loro competenza (sent. Corte Cost. 510/2002)⁸³.

Proprio sull'ampiezza di questo margine si concentra la giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni. Se infatti l'"assistenza sanitaria e ospedaliera" risulta ormai assorbita dalla "tutela della salute"⁸⁴, lo stesso può dirsi per l'"organizzazione sanitaria"? Nonostante qualche cauta apertura, come quella operata dalla sent. 326/2006 per la quale la sanità è ripartita fra la competenza regionale concorrente "tutela della salute" e la competenza regionale esclusiva dell'organizzazione sanitaria, la giurisprudenza costituzionale sembra in realtà propendere per una interpretazione affermativa. Costruendo la materia "tutela della salute" come *materia-scopo* fornita di quel carattere espansivo di trasversalità che le consente di intrecciarsi con molte altre delle materie contenute nei due elenchi dell'art. 117 Cost.⁸⁵, la Corte si è trovata più volte a sancirne la prevalenza su altre materie dai confini più nettamente determinabili, ribaltando quel principio di specialità nel rapporto tra fonti che vorrebbe la competenza più circoscritta prevalere su quella di più ampia portata⁸⁶. Così, per citare due degli esempi più noti e commentati dalla dottrina, la sent. 361/2003 ha rigettato la questione di legittimità sollevata dalla Regione Toscana in merito alla disciplina statale che aumentava le sanzioni pecuniarie per la violazione del divieto di fumo nei locali, qualificandola come inerente ai "principi fondamentali"⁸⁷; la sentenza 270/2005 riconosce invece che la

⁸² Per questa definizione si veda U. De Siervo, *Corte Costituzionale e materia sanitaria*, in R. Balduzzi (a cura di), *Cittadinanza, corti e salute*, op. cit., p. 99.

⁸³ Per un commento sulla natura "interlocutoria di questa pronuncia, D. Paris, *Il ruolo delle Regioni nell'organizzazione dei servizi sanitari e sociali a sei anni dalla riforma del Titolo V: ripartizione delle competenze e attuazione del principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, a. XXXV, n. 6, dicembre 2007, pp. 986-987.

⁸⁴ M. Belletti, *Il difficile rapporto tra "tutela della salute" ed "assistenza sanitaria". Percorsi di una prevalenza che diviene cedevole*, 7 settembre 2006, consultabile in www.forumcostituzionale.it/site/index.php?option=com_file_index&key=1114&name=1092.pdf, p. 3.

⁸⁵ D. Morana, *La "tutela della salute"*, cit., pp. 205-206.

⁸⁶ M. Belletti, *Il difficile rapporto tra "tutela della salute" ed "assistenza sanitaria"*, cit., p. 4.

⁸⁷ D. Paris, cit., p. 991, avverte però circa i rischi insiti nell'applicazione di una simile argomentazione, che potrebbe portare ad una dilatazione indiscriminata della portata dei principi fondamentali e dunque

disciplina statale relativa al riordino degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico (questa sì potenzialmente ascrivibile alla organizzazione sanitaria) si inserisce all'interno di due competenze legislative concorrenti quali la tutela della salute e la ricerca scientifica, ma anziché dichiararla incostituzionale perché eccessivamente dettagliata e dunque invasiva delle competenze regionali in materia, ne giustifica l'estensione in ragione della particolare rilevanza nazionale del settore in cui detti istituti si trovano ad operare⁸⁸.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, il riparto di competenze disegnato dall'art. 117 Cost. pare essere tutt'altro che rigido, nell'interpretazione del giudice delle leggi: la flessibilizzazione prodotta dalla forza attrattiva esercitata dal bene "salute" e dalle potenzialità espansive della materia "tutela della salute" costituisce così un utile spunto per affrontare il dibattito sulla compatibilità della differenziazione su base territoriale e la tutela unitaria dei diritti sociali⁸⁹.

b) Spazi esclusivi per l'intervento statale. I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria ex art. 117 comma 2 lett. m Cost..

Come si è avuto modo di accennare nel corso del presente lavoro, il tema dei livelli essenziali delle prestazioni ex art. 117 comma 2 lett. m Cost. individua nella "materia sanitaria" tanto il proprio settore d'origine quanto il principale terreno del suo sviluppo normativo e giurisprudenziale. Non si può infatti dimenticare che, salvo rarissime eccezioni in ambito dottrinale⁹⁰, la nozione di "livelli delle prestazioni" fa il suo

del "margine" di competenza statale, rendendo sostanzialmente inutile la stessa ragion d'essere delle materie di competenza concorrente.

⁸⁸ Parla di "opera di correzione" del testo normativo U. De Siervo, *Corte Costituzionale e materia sanitaria*, cit., p. 102.

⁸⁹ Nel senso della "irriducibilità" dei due termini oggetto di discussione, B. Pezzini, *Diritto alla salute e diritto all'assistenza, tra tensione all'uniformità e logiche della differenziazione*, in R. Balduzzi, G. Di Gaspare, *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Giuffrè, 2002, p. 105; nel senso di una certa complessa ma non impossibile compatibilità, M. Luciani, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, cit., pp. 10-11.

⁹⁰ Particolarmente degna di nota è in tal senso la pionieristica ricostruzione di G. Amato, cit., p. 553, che, nell'affrontare la questione del coinvolgimento delle Regioni nell'attuazione del diritto all'assistenza sanitaria, afferma: "[D]iviene seriamente prospettabile l'ipotesi che la competenza regionale debba intendersi secondo la nozione più ampia, sostenendo che questo è il modo più idoneo per assicurare quell'unicità di quadro entro il quale dovrebbe effettuarsi, a norma dell'art. 32, la tutela della salute. Allo Stato, perciò, resterebbero delle competenze, non perché rientranti in materie diverse dall'assistenza sanitaria, ma perché essenziali ad assicurare *livelli uniformi* su particolari aspetti di questa [...], ovvero perché esorbitanti dai confini regionali [...], o perché, infine, intese a supplire a carenze regionali, che non potrebbero essere tollerate a detrimento del diritto alla salute e dell'interesse nazionale alla medesima, affermati dall'art. 32" (corsivo aggiunto).

ingresso ufficiale nella normativa italiana proprio con la legge istitutiva del SSN (l. 833/1978), che al suo art. 3 comma 2 imponeva allo Stato di fissare, in sede di approvazione del piano sanitario nazionale, i “livelli delle prestazioni sanitarie che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini”. Pur non qualificando espressamente i livelli delle prestazioni come “essenziali”, la dottrina generalmente ritiene che essi possano considerarsi in ogni caso come tali, anche alla luce del successivo art. 4 l. 833/1978 e del riferimento alle “condizioni e garanzie di salute uniformi per tutto il territorio nazionale” da definirsi in alcuni specifici ambiti a cura di una successiva legge statale, nonché del riferimento al superamento degli squilibri territoriali nelle condizioni di salute effettuato dal suo art. 2 comma 2 lett. a⁹¹. Come si sa, la definizione dei livelli delle prestazioni era affidata alla *legge* con la quale si sarebbe dovuto approvare il piano sanitario nazionale.

La prima qualificazione (almeno indiretta) dei livelli delle prestazioni è effettuata con il dlgs. 502/1992, che nel proprio art. 1 rimanda al piano sanitario nazionale, ora da adottarsi con atto del Governo previo parere eventuale della Conferenza Stato-Regioni, la determinazione dei “livelli di assistenza da assicurare in condizioni di uniformità sul territorio nazionale”. Confermando la scelta di agganciare la definizione dei livelli uniformi delle prestazioni al momento della pianificazione nazionale, la “*riforma-bis*” compie però due scelte particolarmente significative. Innanzitutto, specifica che la determinazione dei livelli deve avvenire “sulla base anche di dati epidemiologici e clinici” (art. 1 comma 3 lett. b), introducendo così un elemento di evidenza scientifica sconosciuto alla precedente normativa. In secondo luogo, impone di rapportare “le prestazioni da garantire a tutti i cittadini” “al volume delle risorse a disposizione” (art. 1 comma 3 lett. b), “nel rispetto degli obiettivi della programmazione socio-economica nazionale e di tutela della salute individuati a livello internazionale ed in coerenza con l'entità del finanziamento assicurato al Servizio sanitario nazionale” (art. 1 comma 1). E' questa una delle espressioni più controverse della legislazione sanitaria italiana, non a caso risalente ad un'epoca in cui erano riscontrabili forti spinte ad una ricostruzione del diritto all'assistenza sanitaria come diritto condizionato anche da parte della giurisprudenza costituzionale (v. *retro*). L'incertezza derivante dall'ambiguità circa il fatto che il rispetto dei vincoli di finanza pubblica fosse o meno un vero e proprio

⁹¹ Si veda in proposito L. Cuocolo, *La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo. Profili di diritto interno e comparato*, Giuffrè-Luiss University Press, 2005, pp. 192-193.

obiettivo che il dlgs. del 1992 chiedeva di perseguire⁹² rende così necessario un nuovo intervento riformatore, che puntualmente arriva con il già ricordato dlgs. 229/1999. Questo, modificando l'articolato del dlgs. 502/1992, qualifica espressamente i livelli delle prestazioni come *essenziali ed uniformi* e impone la loro definizione “*contestualmente all'individuazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio sanitario nazionale*” e, proseguendo nel solco già tracciato dalla precedente riforma, “*nel rispetto dei principi della dignità della persona umana, del bisogno di salute, dell'equità nell'accesso all'assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze, nonché dell'economicità nell'impiego delle risorse*” (art. 1 commi 1 e 2 dlgs. 502/1992, come modificato dal dlgs. 229/1999)⁹³. La nuova formulazione dimostra dunque di tener conto delle esigenze di bilanciamento del diritto all'assistenza sanitaria con le necessità di contenimento della spesa, ma al tempo stesso, non subordina le prima alle seconde. Attraverso l'introduzione del criterio dell'*appropriatezza*, il dlgs. 229/1999 àncora infatti i livelli essenziali ed uniformi delle prestazioni ad un meccanismo di selezione che coinvolga tanto una dimensione clinica quanto una dimensione economica. Così, l'*appropriatezza* integra e specifica l'irrinunciabile canone della *qualità* e fonde il profilo clinico con quello organizzativo⁹⁴, senza però che l'*appropriatezza* economica possa essere utilizzata come criterio di esclusione, ma solo come criterio di selezione; infatti

“l'individuazione delle prestazioni sulla base dell'economicità presuppone che sia già stata effettuata una previa scelta in ragione del criterio dell'*appropriatezza* «clinica»⁹⁵”

Com'è noto, i livelli essenziali di assistenza sono stati infine disciplinati dal d.p.c.m. 29 novembre 2001 previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni ed a seguito dell'accordo intervenuto in quest'ultima sede con il quale essi sono stati stralciati dal piano sanitario nazionale per confluire in altro apposito atto, individuato dalla l. 405/2001 proprio nel d.p.c.m.. Parallelamente, la formula dei “livelli delle prestazioni” entra a far parte del lessico costituzionale, a seguito della riforma del Titolo V Cost., che affida alla competenza esclusiva statale la determinazione dei “livelli essenziali delle prestazioni

⁹² V. Molaschi, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, in R. Ferrara (a cura di), *Salute e sanità*, cit., p. 473.

⁹³ La formula dei “livelli essenziali ed uniformi delle prestazioni” sarà poi ripresa dalla l. 328/2000 in materia di sistema integrato di interventi e servizi sociali, la cui determinazione è rimessa allo Stato dall'art. 9 lett. b.

⁹⁴ La definizione è di R. Balduzzi, *Quanti sono i sistemi sanitari italiani? Un'introduzione*, cit., p. 22.

⁹⁵ V. Molaschi, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, cit., p. 476.

concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” (art. 117 comma 2 lett. m)⁹⁶.

Il d.p.c.m. 29 novembre 2001 si compone di differenti allegati: il primo elenca le prestazioni sanitarie garantite dal SSN suddividendole nelle tre “macroaree” indicate dall’art. 1 comma 6 dlgs. 502/1992 (assistenza sanitaria collettiva in ambiente di vita e di lavoro; assistenza distrettuale; assistenza ospedaliera), a loro volta comprensive di ulteriori specificazioni per settore di intervento; il secondo allegato elenca invece in tre sottosezioni, le prestazioni totalmente escluse dai livelli essenziali, quelle escluse solo parzialmente ed infine quelle incluse ma erogate secondo modalità organizzative potenzialmente inappropriate; il terzo allegato reca invece una serie di “indicazioni particolari” per l’applicazione dei livelli in materia di assistenza ospedaliera, farmaceutica, specialistica e integrazione socio-sanitaria; il quarto allegato contiene delle sintetiche linee guida per le Regioni in materia di livelli essenziali di assistenza⁹⁷, mentre il quinto, aggiunto nel 2002, affronta il problema dell’accesso tempestivo alle prestazioni diagnostiche e terapeutiche e dunque, delle liste d’attesa⁹⁸, introducendo così la nuova dimensione dell’*appropriatezza temporale*⁹⁹.

Come già si è avuto modo di sottolineare più volte (v. *retro*, Parte II, Capitolo I, par. 3.1), i livelli essenziali di assistenza sanitaria sono stati il vero banco di prova per la clausola di cui all’art. 117 comma 2 lett. m Cost.. Così, dopo aver affermato che la trasversalità della “*materia non-materia*” dei livelli essenziali delle prestazioni, ed averne sostanzialmente ammesso le potenzialità espansive (sent. 282/2002), la Corte Costituzionale ha di fatto “salvato” l’utilizzo di una fonte governativa (pur coperta retroattivamente dalla l. 405/2001¹⁰⁰) per la loro determinazione, sottolineando tuttavia

⁹⁶ Per un’analisi approfondita della ormai celebre disposizione costituzionale ed in particolare del significato della “essenzialità” dei livelli delle prestazioni, si rinvia alla trattazione svolta nella Parte II, Capitolo I del presente lavoro.

⁹⁷ E’ particolarmente significativo che l’all. 4 si concentri in particolar modo sulla “necessità di disporre di una metodologia omogenea” nell’applicazione di una normativa che “sollecita le Regioni a realizzare l’equilibrio tra le risorse disponibili e l’articolazione delle prestazioni e servizi socio-sanitari da garantire attraverso i LEA”. E’ infatti ritenuto di primaria importanza “garantire che adeguati interventi sul tema dell’appropriatezza da parte delle Regioni siano in grado di prevenire e controllare fenomeni di improprio assorbimento di risorse da parte di un livello assistenziale con conseguente scopertura di altri livelli assistenziale, disattendendo in tal modo ai diritti da garantire a tutti i cittadini”.

⁹⁸ Si ricorda che il d.p.c.m. 29 novembre 2001 è stato negli anni sottoposto a diversi interventi di aggiornamento; nel marzo 2008, sono stati approvati i nuovi livelli essenziali di assistenza, che non sono tuttavia ancora entrati in vigore, in quanto non pubblicati nella Gazzetta Ufficiale.

⁹⁹ V. Molaschi, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, cit., pp. 501 ss..

¹⁰⁰ Utili in proposito le riflessioni di L. Cuocolo, *La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo*, cit., pp. 204-208, per il quale, la legificazione retroattiva dei LEA operata dalla l. 405/2001 prima e dalla l. 289/2002 (l. finanziaria 2003) poi, finiscono per rivelarsi rimedi “peggiori del male”.

la assoluta necessità di un imprescindibile coinvolgimento delle Regioni¹⁰¹ nel rispetto del principio di leale cooperazione (sent. 88/2003). Inoltre, il giudice delle leggi ha ritenuto costituzionalmente legittimo l'intervento statale nella forma del regolamento ministeriale o interministeriale finalizzato a specificare “standard qualitativi, strutturali, tecnologici, di processo e possibilmente di esito, e quantitativi di cui ai livelli essenziali di assistenza” fissati con il d.p.c.m. del 2001¹⁰².

Come si vede, anche l'interpretazione della clausola costituzionale sui livelli essenziali delle prestazioni evidenzia una forte tendenza espansiva dell'ambito di competenza statale, che, pur in un apprezzabile intento di garantire l'uniformità territoriale nell'erogazione dei livelli essenziali¹⁰³, rischia tuttavia di tradursi in una progressiva erosione del margine di competenza regionale. E' vero infatti che già la stessa decisione di qualificare costituzionalmente i livelli delle prestazioni come “essenziali” implica il conferimento allo Stato di una potestà legislativa esclusiva ben più penetrante di quanto non sarebbe stato se i livelli fossero stati definiti come “minimi”¹⁰⁴. Tuttavia, come ha avuto modo di notare una recente sentenza della Corte Costituzionale che sembra in un certo senso contraddire il proprio precedente indirizzo, l'esercizio di tale competenza trasversale non può confondersi con la disciplina delle “strutture che strumentalmente vengono predisposte per la prestazione dei servizi stessi” (sent. 200/2009): ma il fatto che la materia “organizzazione sanitaria” non sia “trascinata”¹⁰⁵ automaticamente nei livelli essenziali, non la qualifica immediatamente come materia di competenza esclusiva residuale delle Regioni, rendendo piuttosto necessario uno scrutinio puntuale dei singoli aspetti trattati¹⁰⁶.

In ogni caso, ciò che preme alla Corte è che, indipendentemente dall'ampiezza dell'accezione che si intende conferire alla clausola dei livelli essenziali, questi siano definiti dal legislatore statale con la necessaria cooperazione delle Regioni. L'intervento dello Stato è infatti costituzionalmente necessario, nello svolgimento di una funzione di

¹⁰¹ Che escono dunque rafforzate come blocco unitario e non tanto come singole entità dotate di una propria fisionomia o “capacità di contrattazione” (R. Balduzzi, *Titolo V e tutela della salute*, in R. Balduzzi, G. Di Gaspare, *cit.*, p. 27; F. Cintioli, *cit.*, p. 36; al contrario, come si vedrà, di quanto avviene nel contesto spagnolo, nel quale invece la tecnica della contrattazione bilaterale risulta assolutamente prevalente (cfr. *infra* in questo capitolo, par. 2)

¹⁰² In merito, v. *retro*, Parte II, Capitolo I, par. 3.1.3.

¹⁰³ E' questo il giudizio che L. Cuocolo, *Sanità, a chi l'organizzazione?*, consultabile alla pagina web <http://amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2010/04/cuocolo.pdf>, p. 3, esprime in merito alla norma della l. finanziaria per il 2005 “salvata” dalla sentenza Corte Cost. 134/2006.

¹⁰⁴ A. Rovagnati, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute*, *cit.*, p. 1161.

¹⁰⁵ M. Luciani, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, *cit.*, p. 28.

¹⁰⁶ R. Balduzzi, *Alcune conclusioni: la difficile equivalenza dei sottosistemi sanitari regionali*, *cit.*, p. 155.

garanzia dell'uguaglianza nella pur legittima differenziazione territoriale. Dovranno però essere debitamente considerate anche le esigenze delle Regioni, che come si sa, saranno tenute ad assicurare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i settori di assistenza sanitaria, istruzione, assistenza sociale e trasporti essenzialmente con risorse proprie, secondo le indicazioni della l. delega 42/2009 e del dlgs. 68/2011.

c) Il finanziamento del SSN. Il dlgs. 668/2011 e i fabbisogni e costi standard in sanità (cenni).

E' proprio sull'ultima fonte normativa citata che si intende spendere alcune brevi considerazioni, con specifico riferimento alla disciplina che essa reca in merito al finanziamento pubblico delle prestazioni erogate dal SSN. In proposito, occorre innanzitutto ricordare che la prima attuazione del cd. "federalismo fiscale" avviene proprio in materia di finanziamento della sanità, per mezzo del dlgs. 56/2000¹⁰⁷. Anticipato dall'introduzione dell'IRAP e dell'addizionale regionale IRPEF (dlgs. 446/1997) quali fonti precipue del finanziamento della spesa sanitaria, in sostituzione almeno parziale dei precedenti contributi per le prestazioni sanitarie, il dlgs. citato completa il passaggio da un regime di finanziamento contributivo a quello basato sulla prelievo fiscale generale, più consono ad un sistema universalistico quale quello istituito nel 1978 e confermato dalle due riforme del 1992 e del 1999, ed amplia la capacità regionale di reperimento delle risorse, in coerenza con l'avvenuto ampliamento delle responsabilità sulla spesa sanitaria¹⁰⁸. Il dlgs. 56/2000 sopprime dunque il fondo sanitario nazionale e lo sostituisce con una compartecipazione regionale al gettito

¹⁰⁷ Si ricorda che la l. 833/1978 non definiva un vero e proprio sistema di finanziamento del SSN. L'inizio del processo di revisione dei meccanismi di finanziamento della sanità pubblica si ha all'inizio degli anni Novanta. Il dlgs. 502/1992 stabilì infatti che alle Regioni dovesse spettare il gettito dei contributi versati per le prestazioni sanitarie, in ragione del domicilio fiscale di ciascun utente. Il fabbisogno complessivo sarebbe stato poi coperto per mezzo di risorse integrative provenienti dal fondo sanitario nazionale (cfr. E. Innocenti, *cit.*, p. 575. Le Regioni avrebbero poi dovuto far fronte con risorse proprie al finanziamento dei livelli assistenziali superiori a quelli predefiniti nel piano sanitario nazionale e ai disavanzi delle aziende sanitarie locali e ospedaliere. In tal modo tuttavia si imponeva alle Regioni di coprire il deficit storico della sanità regionale senza però che a questo obbligo si accompagnasse un corrispondente aumento della capacità gestionale e decisionale in merito (cfr. E. Jorio, F. Jorio, *Riforma del welfare, devoluzione e federalismo della salute*, in *Sanità pubblica*, Vol. 22, n. 5, 2002, pp. 624 ss.). Su quest'ultimo punto, è intervenuta la dichiarazione di incostituzionalità della sent. 355/1993, che ha sanzionato, per difetto di ragionevolezza, la mancanza di un regime graduale di sostituzione dello Stato da parte delle Regioni nella gestione dei disavanzi delle aziende sanitarie. La necessaria correlazione tra responsabilità di spesa e capacità di reperimento di risorse è stata sottolineata dalla Corte Costituzionale in almeno due occasioni (sentt. 245/1984 e 416/1995).

¹⁰⁸ N. Dirindin, *Federalismo fiscale e tutela della salute: quale futuro per il S.s.n.?*, in *Ragiusan*, n. 211/212, 2001, p. 87.

proveniente dall'IVA, dall'addizionale regionale all'IRPEF e all'accisa sulla benzina; crea inoltre un apposito fondo perequativo nel quale vanno a confluire quote di compartecipazione all'IVA versate dalle Regioni con maggiore capacità contributiva in ragione del principio di solidarietà interterritoriale; infine, elimina ogni vincolo di destinazione per le entrate regionali, che dovranno servire dunque a finanziare la totalità delle funzioni trasferite. La riforma del 2000 si propone di sostituire progressivamente il criterio della spesa storica quale criterio base della distribuzione delle risorse finanziarie dal "centro" alla "periferia" per far sì che le Regioni arrivino a disporre di proprie risorse destinate al finanziamento delle funzioni ad esse assegnate e dunque, autonomamente parametrare in base a criteri demografici e geografici. Il sempre più frequente ricorso ad accordi tra Stato e Regioni sul trasferimento delle risorse da destinare al finanziamento dei servizi sanitari regionali, afflitti da un *deficit* ormai cronico¹⁰⁹, ha di fatto impedito la piena attuazione del regime predisposto dal dlgs. 56/2000.

Nel frattempo, l'entrata in vigore del d.p.c.m. 29 novembre 2001 e la modifica intervenuta sugli artt. 117 e 119 Cost. hanno nuovamente messo in luce l'imprescindibilità del finanziamento integrale di quei "livelli essenziali delle prestazioni" che rappresentano una delle chiavi di volta del modello di decentramento politico e istituzionale italiano attuale. Costituzionalizzato ormai il principio di autonomia di entrata e di spesa delle Regioni e degli enti locali (art. 119 comma 2), ma al tempo stesso allocata in capo al legislatore statale la potestà legislativa in merito alla determinazione dei livelli essenziali (art. 117 comma 2 lett. m), con riferimento a quanto qui ci interessa, si pone con evidenza il problema di come assicurare la convivenza del federalismo fiscale con la piena tutela del diritto alla salute nella sua dimensione di diritto a prestazione¹¹⁰. E' su questo punto che interviene il dlgs. 68/2011, già in parte analizzato nella Parte II, Capitolo I, par. 3.1.4 del presente lavoro, e che qui si intende richiamare per gli aspetti specifici riguardanti il finanziamento della spesa sanitaria. Nel solco in parte tracciato dal dlgs. 56/2000, il nuovo decreto delegato si propone di abolire l'attuale sistema dei trasferimenti statali mediante un nuovo meccanismo di finanziamento incentrato sulla determinazione del *fabbisogno* e dei *costi*

¹⁰⁹ Per approfondimenti sulle difficoltà incontrate nel processo di attuazione del dlgs. 56/2000, si rimanda a E. Innocenti, *cit.*, pp. 578 ss..

¹¹⁰ Seppure in momenti differenti e con toni parzialmente diversi, la stessa domanda è posta tanto da N. Dirindin, *Federalismo fiscale e tutela della salute: quale futuro per il S.s.n.?*, *cit.*, p. 90 quanto da B. Caravita di Toritto, *Salute e federalismo fiscale*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M. C. Grisolia, *op. cit.*, p. 78.

standard. Il primo è definito dall'art. 1 comma 2 come "l'ammontare di risorse necessarie ad assicurare i livelli essenziali di assistenza in condizioni di efficienza ed appropriatezza"; i secondi rappresentano invece il riferimento a cui rapportare "il finanziamento integrale della spesa sanitaria" (art. 1 comma 3). Significativamente, entrambi dovranno essere determinati "compatibilmente con i vincoli di finanza pubblica"¹¹¹. Rinviando alla più recente (e per adesso non copiosa) dottrina per ulteriori approfondimenti¹¹², ci si limita ad osservare che occorrerà attendere la piena entrata a regime del sistema di finanziamento delineato dal dlgs. 68/2011, prevista per il 2013 per valutare la riuscita di un modello che si propone la difficile, classica, sfida di coniugare rispetto dei vincoli di bilancio con un elevato livello di tutela del diritto alla salute, in un sistema decentrato che, per espresso dettato costituzionale, deve lasciare adeguato spazio alla differenziazione su base territoriale. Come un'autorevole dottrina ha recentemente sottolineato, resta dunque da verificare se le "complesse procedure di individuazione di obiettivi, di monitoraggio, di affiancamento, di premio e di sanzione" abbiano come obiettivo fondamentale unicamente l'equilibrio finanziario oppure davvero si propongano di assicurare "una certa omogeneità territoriale nel godimento dei diritti di cittadinanza"¹¹³.

2. Estado autonómico e diritto all'assistenza sanitaria.

Il diritto all'assistenza sanitaria rappresenta all'interno dell'ordinamento spagnolo un interessante banco di prova per molte delle questioni evidenziate nel Capitolo II del

¹¹¹ Il fabbisogno *standard* nazionale (art. 26) sarà determinato "mediante intesa" e rappresenterà l'aggregato dei fabbisogni *standard* regionali destinati a far fronte ai costi individuati tramite gli indicatori del nuovo sistema informativo sanitario del Ministero della Salute, secondo la procedura e i criteri di cui all'art. 27 comma 6; i fabbisogni regionali (art. 27) saranno determinati dal Ministro della Salute mediante un provvedimento concertato con il Ministro dell'Economia e d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni, sentita la nuova struttura tecnica di supporto, prendendo a riferimento per la determinazione dei costi tre Regioni "virtuose" fra cinque proposte dal Ministro della Salute, di concerto con il Ministro dell'Economia, sentito il Ministro per i rapporti con le Regioni. Nel medesimo art. 27, si stabilisce altresì che le tre macroaree d'intervento individuate dal d.p.c.m. 29 novembre 2001 siano finanziate con la seguente proporzione: assistenza sanitaria collettiva e in ambiente di lavoro: 5%; assistenza distrettuale: 51%; assistenza ospedaliera: 44%. I criteri per la determinazione dei costi dovranno inoltre essere rideterminati con cadenza biennale ai sensi dell'art. 29.

¹¹² E. Jorio, *D.l.vo n. 68 del 2011 sulla finanza di regioni e province, sulla perequazione e sui costi-fabbisogni standard nella sanità*, in *Ragiusan*, n. 325/326, 2011, pp. 6-8; Id., *Un primo esame del d.lgs. 68/2011 sul federalismo regionale e provinciale, nonché sul finanziamento della Sanità*, in *Sanità pubblica e privata*, fasc. 5, 2011, pp. 24-33; S. Coronato, *Il federalismo fiscale: i costi e i fabbisogni standard in sanità*, in *Il diritto sanitario moderno*, a. LIX, n. 2, pp. 105-117.

¹¹³ G. Pitruzzella, *Sanità e Regioni*, in *Le Regioni*, a. XXXVII, n. 6, p. 1182.

presente lavoro. Esso infatti è derivabile da un precetto costituzionale collocato fra quei *principi rettori della politica sociale ed economica* (Capitolo III, Titolo I CE) che secondo l'interpretazione della dottrina maggioritaria, non configurano *per se* veri e propri diritti fondamentali immediatamente esigibili, bensì mandati cogenti rivolti ai pubblici poteri, ed in primo luogo al legislatore, affinché essi con la propria azione, ne modellino contenuto e condizioni di esigibilità. Tuttavia, rappresenta al tempo stesso uno dei più controversi esempi della categoria di norme alle quali formalmente appartiene, finendo talvolta, in ragione della sua stretta connessione con il diritto alla vita e all'integrità fisica (art. 15 CE), per essere ascritto alla categoria dei diritti fondamentali.

Indipendentemente dalla ricostruzione dogmatica che si intende darne, è indubbio che la concreta configurazione del diritto all'assistenza sanitaria debba passare per un'intensa attività legislativa, che ne delinei gli aspetti organizzativi, nonché i presupposti e modalità dell'erogazione delle prestazioni ad esso connesse, ovvero, in definitiva, articolando il contenuto del diritto stesso. Infatti, come nota un'attenta dottrina, nel contesto spagnolo in particolare, il contenuto del diritto alla salute enunciato come principio rettore nell'art. 43 CE dipende in buona parte anche dal modello di assistenza sanitaria che si sceglie di costruire¹¹⁴.

Non si può tuttavia dimenticare che, nell'ordinamento costituzionale spagnolo, ogni intervento riconducibile alla strutturazione dell'*Estado social* passa inevitabilmente attraverso le maglie dell'*Estado autonómico*, dovendo fare i conti con il riparto di competenze tratteggiato dagli artt. 148 e 149 CE in materia di diritto alla salute, in particolare della sua dimensione prestazionale legata all'assistenza sanitaria. L'intreccio dei titoli competenziali, l'esatta definizione degli ambiti riservati alla potestà normativa statale, nonché l'utilizzo di titoli trasversali in funzione del mantenimento di imprescindibili garanzie di uguaglianza nella fruizione del diritto in esame, risultano così osservatori privilegiati per verificare il concreto atteggiarsi della costante tensione fra necessaria omogeneità e legittima differenziazione rilevabile in tutti gli ordinamenti fortemente differenziati su base territoriale.

Questo sarà dunque l'oggetto dell'indagine che si intende condurre, alla luce degli elementi fin qui descritti e muovendo dalle premesse già delineate nel corso del capitolo

¹¹⁴ S. Muñoz Machado, *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza, 1995, p. 107.

precedente; nelle pagine che seguono si intende dunque approfondire la fisionomia del diritto all'assistenza sanitaria e verificare in quali termini esso sia stato fin'ora attuato.

Occorre fin da adesso avvertire che la vastità dell'argomento impedisce in questa sede una trattazione esaustiva del sistema sanitario spagnolo e della sua evoluzione. Ai fini del presente lavoro, si intende pertanto svolgere un'analisi cronologica per nuclei di problemi, concentrando l'attenzione sulla definizione della titolarità del diritto e su quei meccanismi specificamente volti ad assicurare l'uguaglianza nella fruizione delle prestazioni sanitarie.

2.1. *Le molte facce del “derecho a la protección de la salud”.*

a) *La multidimensionalità dell'art. 43 commi 1 e 2 CE.*

Il punto di partenza obbligato per la presente trattazione è rappresentato dall'art. 43 CE, ed in particolare dai suoi commi 1 e 2; se infatti con il primo

“[s]e reconoce el derecho a la protección de la salud”,

con il secondo, in base allo schema tipico dei principi rettori contenuti nel Capitolo III del Titolo I CE, si indirizza ai pubblici poteri un mandato ad agire per il perseguimento di uno specifico fine di rilevanza sociale, indubbiamente connesso con la qualificazione dello Stato spagnolo come *democratico e sociale* (art. 1.1 CE, v. *retro*, Parte II, Capitolo II); nel comma 2 dell'articolo in esame si legge infatti:

“Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto¹¹⁵”.

Nel commentare i due commi appena visti, la dottrina spagnola ha spesso e volentieri colto l'occasione per sottolineare come il riconoscimento all'interno della Carta

¹¹⁵ L'art. 43 CE si conclude con un terzo comma, in base al quale “[l]os poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio”, che, pur rappresentando una novità assoluta nel panorama costituzionale europeo, non fu accolta con particolare entusiasmo dai primi commentatori della nuova Carta Fondamentale spagnola (si vedano al riguardo F. Garrido Falla, *Artículo 43*, in F. Garrido Falla (coord.), *Comentarios a la Constitución. 2ª ed. ampliada*, Civitas, 1985, pp. 792 ss.; E. Borrajo Dacruz, *Artículo 43. Protección de la salud*, in O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978. Vol. IV*, Edersa, 1996, pp. 199-201). Scarsamente coinvolto nell'attività giurisprudenziale del Tribunal Constitucional (K. Santiago Redondo, *Artículo 43*, in M. E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Fundación Walters-Kluwer España, 2009, p. 1071, che cita come unica pronuncia di rilievo la STC 194/1998 relativa all'attività dei professori e laureati in educazione fisica), esso esula dall'area di interesse della presente trattazione e non sarà pertanto oggetto di approfondimento in questa sede.

Fondamentale del 1978 di un diritto alla protezione della salute *tout court*, distinto da quello alla protezione della salute dei lavoratori o comunque, per così dire, non contestualizzato, sia un'assoluta novità nel panorama costituzionale spagnolo¹¹⁶. La presenza nel testo costituzionale vigente di altre disposizioni, anch'esse contenute nel Capitolo III del Titolo I, che contengono riferimenti più o meno espliciti alla tutela del bene "salute" ed in particolare ai riflessi che la protezione di essa comporta sulla condizione di particolari categorie di soggetti "deboli"¹¹⁷, non è sufficiente a far pervenire a differenti conclusioni. La progressiva configurazione di un diritto alla protezione della salute autonomo e svincolato da ogni interazione con altre – pur rilevanti - circostanze di fatto, segna un'importante svolta concettuale nell'impianto costituzionale e valoriale spagnolo. Formulato in termini molto ampi, sui quali fu sostanzialmente unanime l'accordo in sede costituente¹¹⁸, l'art. 43 CE evidenzia chiaramente un netto mutamento rispetto ai previgenti documenti costituzionali. Innanzitutto, emerge la titolarità generalizzata dei diritti e doveri relativi alla tutela della

¹¹⁶ Come nota J. Pemán Gavín, *Derecho a la salud y administración sanitaria*, Real Colegio de España, 1989, p. 60, la Costituzione della Monarchia spagnola del 1929 menzionava quale requisito di validità del contratto di lavoro la salubrità delle condizioni lavorative (art. 28, par. 2) e ricordava che lo Stato avrebbe provveduto al mantenimento della salute del lavoratore con il concorso del medesimo, tramite modalità essenzialmente assicurative (art. 28, par. 5), mentre la Costituzione repubblicana del 1931 attribuiva allo Stato il compito di prestare assistenza agli infermi, agli anziani, alle madri e ai fanciulli (art. 43.6) e demandava alla "legislazione sociale della Repubblica" il compito di regolamentare le ipotesi di assicurazione per malattia, infortunio, disoccupazione involontaria, vecchiaia, invalidità o morte. Per completezza, vari Autori (J. Pemán Gavín, *loc. ult. cit.*, I. Tajadura Tejada, *La protección de la salud (art. 43 CE)*, in J. Tajadura Tejada (dir.), *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, 2004, p. 210-211) segnalano in materia anche il Principio IX della Legge sui Principi Fondamentali del Movimento Nazionale del 17 maggio 1958, emanata in pieno regime franchista, che sancisce il diritto di tutti gli spagnoli a beneficiare dell'assistenza e previdenza sociale, nonché il Principio XII, che impegna lo Stato, con tutti i mezzi a sua disposizione, a migliorare la salute fisica e morale di tutti gli spagnoli, nonché ad assicurare loro degne condizioni di lavoro. Sebbene contenuto all'interno di un vero e proprio documento costituzionale, bensì di una dichiarazione essenzialmente politica priva di quella legittimazione democratica propria della Costituzione del 1978, tale Principio rappresenterà la base sulla quale poggerà la costruzione del sistema sanitario pubblico spagnolo vigente fino all'avvio, nel 1986, di un lungo processo di riforma destinato a protrarsi per oltre un ventennio (v. *infra*); così G. Escobar Roca, *El derecho a la protección de la salud*, in Id. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 1074.

¹¹⁷ Così, l'art. 40.2 CE impone ai pubblici poteri di vigilare sulla sicurezza e l'igiene delle condizioni di lavoro, mentre gli articoli 49 e 50 CE contemplano un intenso impegno dei medesimi finalizzato rispettivamente alla cura, riabilitazione e inserimento dei disabili e alla promozione di servizi sociali che tutelino e promuovano, fra gli altri aspetti, anche la salute degli anziani; l'art. 51 CE prevede infine una esplicita responsabilità dei pubblici poteri in materia di protezione della sicurezza e della salute dei consumatori. Particolarmente rilevante, per i motivi che saranno esaminati nel prosieguo della trattazione, l'art. 41 CE, che impone ai pubblici poteri il mantenimento di un sistema pubblico di *Seguridad Social*, che garantisca "assistenza e prestazioni sociali sufficienti" a far fronte alle situazioni di necessità. Chiudono il cerchio gli artt. 45 e 47 CE, che sanciscono, il primo, il diritto "di ciascun individuo al godimento di un ambiente adeguato allo sviluppo della propria persona" e i correlativi impegni di vigilanza e di promozione gravanti sui pubblici poteri, ed il secondo il diritto di tutti gli spagnoli ad un'abitazione "degna e adeguata".

¹¹⁸ Come sottolineano E. Borrajo Dacruz, *cit.*, p. 168 e I. Tajadura Tejada, *cit.*, p. 211.

salute pubblica (il comma 2 si riferisce espressamente a “*derechos y deberes de todos*”). In secondo luogo, l’accezione che le *Cortes Constituyentes* intesero conferire a quest’ultima è particolarmente estesa, come risulterebbe non solo dal riferimento esplicito alle “misure preventive” da organizzarsi a cura dei pubblici poteri inserito nel testo finale dell’articolo, ma anche dalle riflessioni emerse nel corso del dibattito parlamentare ad esso relativo¹¹⁹. Poco importa, infatti se ai termini “*sanidad*” e “*higiene*” contenuti nel testo originario dell’*Anteproyecto* di Costituzione, e che riecheggiano antichi compiti statali incentrati su attività amministrative tipiche della cd. polizia sanitaria, sia stata sostituita l’espressione “*sanidad pública*”, ad essi tradizionalmente quasi sovrapponibile¹²⁰: alla luce dei progressi scientifici e di una concezione più penetrante dei compiti propri di uno Stato sociale e democratico di diritto, che si proponga di promuovere il pieno sviluppo dell’individuo in condizioni di libertà ed uguaglianza (art. 9.2 CE), questa non può che comprendere oggi un vasto spettro di misure non solo preventive, curative e riabilitative, ma anche educative e promozionali¹²¹, che dimostrano così una inarrestabile tendenza espansiva del concetto di salute¹²².

Alla luce di queste considerazioni, il combinato disposto dei commi 1 e 2 dell’art. 43 CE acquisisce dunque una struttura bifronte¹²³, che conferma pienamente quella multidimensionalità delle norme contenenti diritti sociali più volte messa in evidenza

¹¹⁹ Celebre in proposito l’intervento dell’On. Sánchez-Castiñeiras nella seduta del 30 agosto 1978, che, nel corso del dibattito parlamentare relativo all’emendamento che proponeva la sostituzione dei termini “*sanidad*” e “*higiene*” con l’attuale “*sanidad pública*”, riprendeva la definizione di *public health* fornita dallo statunitense C. E. A. Winslow (*The untilled fields of public health*, in *Science*, 9, Jan., 1920, Vol. 1, no. 1306, pp. 23-33): “Como concepto más amplio - y ya termino- voy a recordarles otra definición, dada por Winslow, que *amplía y completa* el concepto de salud pública: «La salud pública es la ciencia y el arte de: primero, impedir las enfermedades; segundo, prolongar la vida, y, tercero, fomentar la salud y la eficiencia mediante el esfuerzo realizado de la comunidad para el saneamiento del medio; el control de las enfermedades transmisibles; la educación de los individuos en higiene personal; la organización de los servicios médicos y de enfermería para el diagnóstico temprano y el tratamiento preventivo de las enfermedades; y el desarrollo de un mecanismo social que asegure a cada uno un nivel de vida adecuado para la conservación de la salud, organizando estos beneficios de tal modo que cada ciudadano se encuentre en condiciones de gozar de su derecho natural a la salud y a la longevidad»; Senado, *Diario de Sesiones, Comisión de Constitución*, n. 46, 1978, p. 2079.

¹²⁰ J. Pemán Gavín, *Derecho a la salud y administración sanitaria*, cit., p. 67.

¹²¹ S. Muñoz Machado, *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, cit., p. 98. Contraria ad una simile impostazione è invece l’impostazione di E. Borrajo Dacruz, cit., pp. 189 e 192-193, che, propendendo per una concezione ristretta del concetto di *salud pública*, esclude ogni pretesa individuale a prestazioni curative nei confronti dello Stato dal mandato costituzionale di cui all’art. 43.2 CE. Contesta questa visione, definendola “inaccettabile” ed “inammissibile”, in quanto fondata su una divisione ormai superata tra sanità (collettiva) e sicurezza sociale (individuale), I. Tajadura Tejada, cit., pp. 223-224.

¹²² G. Escobar Roca, cit., p. 1092.

¹²³ L. E. de la Villa Gil, *El derecho constitucional a la salud*, in M. E. Casas Baamonde, F. Durán López, J. Cruz Villalón (coord.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley-Wolters Kluwer, 2006, p. 976.

con riferimento ad entrambi i sistemi giuridici oggetto del presente lavoro. Dall'articolo in esame, emerge intanto una dimensione *oggettiva*, riguardante il complesso di misure che i pubblici poteri devono adottare al fine di prevenire le infermità e di migliorare le condizioni sanitarie generali, indipendentemente da quelle che siano le concrete situazioni individuali¹²⁴. L'oggetto dell'attività statale è dunque in questo caso proprio quella salute collettiva alla quale faceva riferimento il binomio “*sanidad-higiene*” con il quale generalmente si identificava la tradizionale concezione di *salud pública*. Tale finalità protettiva individuabile all'interno dell'art. 43 CE è perseguita dallo Stato centrale o dalle autorità autonome, nell'esercizio delle rispettive competenze, mediante strumenti sanzionatori di diritto penale o amministrativo ed interventi regolatori sostanziali che possono estendersi ai più disparati settori nei quali il bene “salute” è coinvolto, direttamente o indirettamente¹²⁵.

Il diritto alla protezione della salute presenta tuttavia anche una innegabile dimensione *individuale soggettiva*, espressione del cambio di passo che la Carta del 1978 intende dare all'ordinamento costituzionale spagnolo. Essa a sua volta si sostanzia da un lato in una *pretesa* (negativa) *all'astensione* da parte di qualunque altro soggetto pubblico o privato, dal compimento di comportamenti lesivi della propria sfera di salute. Tale interpretazione evidenzia, com'è ovvio, lo strettissimo legame intercorrente fra il diritto alla protezione della salute e il diritto fondamentale alla vita e all'integrità fisica sancito dall'art. 15 CE¹²⁶. Dall'altro lato, il riferimento collocato nel comma 2 dell'art. 43 CE al mandato gravante sui pubblici poteri per l'organizzazione di misure, prestazioni e servizi necessari alla tutela della salute intesa nell'accezione ampia sopra precisata, consente altresì di descrivere il diritto alla protezione della salute come *pretesa* (positiva) *individualizzata* (vedremo poi se ed in che termini azionabile) a determinate prestazioni di tipo assistenziale o farmaceutico¹²⁷. Come si è avuto modo di accennare, il linguaggio generico impiegato dalla Costituzione consente di ricavarne una chiara presa di posizione a favore della *universalità* del diritto alla protezione della salute, che dev'essere inoltre fruibile da tutti i possibili interessati in condizioni di

¹²⁴ S. Muñoz Machado, *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, cit., p. 95.; J. Pemán Gavín, *Derecho a la salud y administración sanitaria*, cit., p. 80.

¹²⁵ J. Pemán Gavín, *Derecho a la salud y administración sanitaria*, cit., pp. 88-93.

¹²⁶ S. Muñoz Machado, *loc. ult. cit.*; il collegamento con l'art. 15 CE è messo in luce in particolare da J. Pemán Gavín, *Derecho a la salud y administración sanitaria*, cit., p. 94; per un'analisi sintetica ma estremamente documentata dal punto di vista della giurisprudenza più significativa in materia, si rinvia al contributo di K. Santiago Redondo, *Artículo 43*, cit., pp. 1070-1082.

¹²⁷ J. Pemán Gavín, *Derecho a la salud y administración sanitaria*, cit., p. 79; G. Escobar Roca, cit., p. 1093.

uguaglianza, come risulta chiaro leggendo l'art. 43 CE nella prospettiva fornita dagli artt. 9.2, 14 e 149.1.1 CE¹²⁸. Così, la dottrina indica di volta in volta, quali titolari del diritto in esame, tutti i *cittadini*¹²⁹, tutti i *residenti* sul territorio spagnolo¹³⁰, ogni *persona*, con le sole differenze di trattamento che siano ragionevolmente giustificate in ragione della finalità che le sorregge e proporzionate all'obiettivo che con tali regimi differenziati si intende raggiungere¹³¹. Niente sembra invece ricavabile dal dettato costituzionale in merito al *quantum* di prestazione che i pubblici poteri sarebbero tenuti a garantire mediante la propria opera organizzativa *ex art. 43.2 CE*, salvo la (forse pleonastica) puntualizzazione secondo la quale il diritto che l'articolo in oggetto riconosce e si propone di tutelare è il "diritto alla *protezione* della salute" e non il "diritto alla salute" *tout court*, con ciò consentendo di qualificare civilisticamente l'impegno dei pubblici poteri come obbligazione di mezzi e non di risultato¹³².

Sebbene contribuiscano ad evidenziare la struttura dei precetti costituzionali esaminati, le riflessioni fin qui svolte non ne chiariscono però fino in fondo la natura giuridica: se è vero infatti che la configurazione concreta del diritto alla protezione della salute è rimessa al necessario intervento del legislatore, occorrerà tuttavia verificare quanto l'art. 43 CE sia cogente dal punto di vista dei contenuti costituzionalmente imposti, quali posizioni giuridiche soggettive esso garantisca e quali meccanismi di tutela sia possibile attivare qualora queste ultime siano violate. Il diritto alla protezione della salute è insomma un *diritto fondamentale* o un *principio retto*?

b) *Diritto fondamentale o principio retto?*

Secondo la dottrina maggioritaria, il diritto alla protezione della salute riconosciuto dall'art. 43 CE avrebbe la natura di principio retto, ovvero, secondo quanto si è avuto modo di precisare in dettaglio nel capitolo precedente, di mandato costituzionalmente vincolante rivolto a tutti i pubblici poteri, statali ed autonomici, affinché essi orientino le proprie attività al perseguimento di determinate finalità espresse dalle norme che li

¹²⁸ *Ibidem*, p. 83.

¹²⁹ F. Garrido Falla, *Artículo 43*, *cit.*, p. 789.

¹³⁰ E. Borrajo Dacruz, *cit.*, p. 181.

¹³¹ G. Escobar Roca, *cit.*, p. 1137-1142, nelle quali in particolare esamina il regime di accesso all'assistenza sanitaria per gli stranieri non residenti in Spagna.

¹³² E. Borrajo Dacruz, *cit.*, p. 183. La formulazione dell'art. 43.1 CE sembra del resto coerente con l'art. 12 del Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali dell'ONU (1966), che impegna gli Stati contraenti al riconoscimento del diritto di tutti al raggiungimento dello "*highest attainable standard*" di salute fisica e mentale.

racchiudono. Sul piano applicativo, dunque, a differenza di quanto accade per gli artt. 15-29 CE, i principi rettori contenuti nel Capitolo III del Titolo I CE non contengono veri e propri diritti fondamentali, dotati di un contenuto essenziale e pertanto direttamente invocabili in sede giurisdizionale, ma si traducono in diritti azionabili solo a seguito di uno specifico intervento legislativo che ne precisi contenuto e modalità di tutela¹³³. Pretendere di ricondurre l'art. 43 CE alla categoria dei diritti fondamentali sarebbe infatti in primo luogo una inammissibile forzatura del tenore letterale della Costituzione, che non a caso qualifica come *principi* i precetti del Capitolo III del Titolo I CE, collocazione che detto articolo condivide con una congerie disomogenea di altri mandati redatti con terminologia vaga e volutamente incompleta¹³⁴. L'art. 43 CE sarebbe quindi una "norma di azione"¹³⁵ e il diritto in essa menzionato una mera aspettativa di diritto, che attende l'intervento trasformatore del legislatore per poter acquisire il pieno *status* di diritto soggettivo¹³⁶. Particolarmente interessante risulta al riguardo l'interpretazione fornita da J. Pemán Gavín, il quale, discostandosi parzialmente dalla interpretazione classica del diritto alla protezione della salute come principio rettoro e guardando alla dimensione soggettiva pretensiva di esso, afferma comunque l'esistenza di un *mínimo asistencial*, individuabile dalle valutazioni sociali e culturali dominanti nonché dagli sviluppi della scienza medica, la cui garanzia da parte del legislatore sarebbe da ritenersi essenziale per la protezione della salute. Tale nucleo irrinunciabile del diritto svolgerebbe così lo stesso ruolo che il *contenido esencial* riveste per i diritti fondamentali di cui ai Titoli I e II CE¹³⁷.

Una posizione intermedia è riscontrabile invece in quegli Autori che, nell'intento di offrire una soluzione che garantisca con maggior efficacia il diritto in esame ma che al tempo stesso sia rispettosa del dettato letterale della Carta Fondamentale, riconducono il diritto alla protezione della salute alla categoria dei *diritti costituzionali*, nella quale rientrerebbero tanto i diritti fondamentali di cui agli artt. 15-29 CE quanto i diritti desumibili con chiarezza dalle disposizioni del Capitolo III del Titolo I CE. Il diritto di cui all'art. 43 CE è infatti dotato di una formulazione sufficientemente completa ed

¹³³ A. Gil-Robles y Gil-Delgado, *Los derechos de los ciudadanos en el sistema sanitario*, in *Derecho y Salud*, Vol. 2, n. 1, ene.-dic. 1994, p. 82.

¹³⁴ L. E. de la Villa Gil, *cit.*, p. 979.

¹³⁵ F. Garrido Falla, *Artículo 43*, *cit.*, p. 789.

¹³⁶ J.-L. Beltrán Aguirre, *Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos*, in *Derecho y Salud*, Vol. 2, n. 1, ene.-dic. 1994, p. 88.

¹³⁷ J. Pemán Gavín, *Derecho a la salud y administración sanitaria*, *op. cit.*, p. 84.

esplicita da consentire di ascriverlo fra i diritti costituzionali¹³⁸; ma l'assenza di contenuto essenziale rende impossibile la sua diretta giustiziabilità e comunque necessario un intervento "concretizzatore" da parte del legislatore. Il diritto alla protezione della salute sarebbe così un *diritto costituzionale di configurazione legale*¹³⁹. Ciò non pregiudicherebbe in alcun modo la sua efficacia giuridica, che resterebbe però limitata a quella prevista dall'art. 53.3 CE.

Secondo altre ricostruzioni, il diritto alla protezione della salute sarebbe senza dubbio da annoverare fra i diritti fondamentali in senso proprio, forzando sì la lettera della Costituzione, ma in nome di una più attenta interpretazione di essi, che tenga conto delle differenze di struttura normativa, superando una visione rigidamente positivista della tavola costituzionale dei diritti e consentendo così una più efficace tutela di quelle posizioni giuridiche che risultino immediatamente azionabili¹⁴⁰. Varie sono poi le giustificazioni che consentono di qualificare il diritto in esame come diritto fondamentale. Tralasciando gli approfondimenti sul legame scontato intercorrente fra l'art. 43 CE e il diritto alla vita e all'integrità fisica di cui all'art. 15 CE, si segnalano a conclusione di questo *excursus* due ricostruzioni in particolare. La prima argomenta sulla scorta della teoria delle necessità fondamentali che, sebbene la Costituzione del 1978 differenzi chiaramente i diritti fondamentali dai principi rettori, l'intenso dibattito politico, l'interesse giuridico ed i molteplici interventi in primo luogo legislativi incentrati sulla predisposizione di strumenti e strutture organizzative finalizzate alla tutela e promozione del "diritto alla salute" ne dimostrerebbero una sorta di "*fondamentalità di fatto*" in grado di rimediare alle carenze del dettato costituzionale¹⁴¹. Diversa è invece l'impostazione di chi cerca un ancoraggio costituzionale alla fondamentalità del diritto alla protezione della salute, finendo per trovarlo non tanto nella dignità umana (10.1 CE), della quale si sottolinea la persistente indeterminatezza, quanto piuttosto nei valori di libertà (art. 1.1 CE) e libero sviluppo della personalità, (art. 10.1 CE). La pretesa astensiva insita nel diritto alla protezione della salute e la

¹³⁸ E. Borrajo Dacruz, *cit.*, p. 194.

¹³⁹ S. Muñoz Machado, *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, *op. cit.*, p. 102.

¹⁴⁰ J. L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete, *I. La «asistencia sanitaria» como «derecho fundamental» y el «Sistema Nacional de Salud» como «garantía institucional»: balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador*, in J. L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete, M. N. Moreno Vida (dirs.), *Comentario práctico a la legislación reguladora de la Sanidad en España*, Comares, 2007, p. 23-24.

¹⁴¹ J. Martínez Pisón, *El derecho a la salud: un derecho social esencial*, in *Derechos y libertades*, n. 14, Época II, enero 2006, pp. 129-150.

pretesa individuale a prestazioni da parte dei pubblici poteri sarebbero in tal modo ricondotte ad unità e presidiate entrambe dalle massime garanzie costituzionali¹⁴².

Per la ricchezza di sfaccettature, merita infine di essere ricordata la recente elaborazione di M. León Alonso. L'Autrice, pur ricordando che il diritto alla protezione della salute enunciato dall'art. 43 CE deve oggi essere considerato un "*derecho fundamental como un todo*", ne individua comunque tre diverse dimensioni (che solo parzialmente si sovrappongono con quelle appena ricordate), ovvero "diritto alla salute", "diritto alla protezione della salute in senso stretto" e "diritto all'assistenza sanitaria". Ciascuna di esse, in ragione della sua differente struttura, godrebbe di uno statuto giuridico specifico di intensità "graduata": così, in ragione della sua connessione con il diritto alla vita e all'integrità fisica, il diritto alla salute sarebbe un vero e proprio diritto fondamentale, al pari di quelli contenuti nella Sez. I del Capitolo II del Titolo I CE; nel diritto alla protezione della salute in senso stretto e nel diritto all'assistenza sanitaria, invece, la dimensione oggettiva prevarrebbe su quella soggettiva, rendendo indispensabile l'intervento del legislatore per la definizione di contenuti, titolari e meccanismi di tutela¹⁴³.

c) I rapporti fra assistenza sanitaria (art. 43 CE) e Seguridad Social (art. 41 CE): cenni sulle ricostruzioni possibili.

Si è accennato poco sopra agli intrecci che legano l'art. 43 CE agli altri precetti costituzionali che coinvolgono, direttamente o indirettamente, la salute quale bene protetto. Fra questi, dal punto di vista soggettivo-prestazionale che qui più ci interessa, merita particolare attenzione il rapporto intercorrente fra art. 43 CE ed art. 41 CE. Quest'ultimo afferma infatti:

"Los poderes públicos mantendrán un regime público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la *asistencia* y prestaciones sociales suficientes antes situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y las prestaciones complementarias serán libres" (corsivo aggiunto).

Dalla constatazione dell'esistenza di due differenti previsioni costituzionali, che nella terminologia utilizzata sembrano essere incentrate su due diritti completamente

¹⁴² G. Escobar Roca, *cit.*, pp. 1099-1100.

¹⁴³ M. León Alonso, *La protección constitucional de la salud*, La Ley-Wolters Kluwer, 2010, pp. 156-163.

differenti, la dottrina maggioritaria conclude molto presto¹⁴⁴ per la netta ed irreversibile separazione, voluta dai costituenti, fra il diritto all'assistenza sanitaria, la cui configurazione concreta è rimessa ai pubblici poteri a partire dal principio rettore enunciato nell'art. 43.2 CE, e il diritto alle prestazioni assistenziali da erogarsi a carico del sistema di *Seguridad Social* che i pubblici poteri sono obbligati a mantenere ex art. 41 CE. Se infatti (come si è già avuto modo di sottolineare *supra*) la lettera dell'art. 43 CE costruisce un diritto alla protezione della salute svincolato da qualunque altra condizione concreta che non sia quella della cittadinanza o residenza, lo stesso pare non potersi affermare dell'art. 41 CE con riferimento alle prestazioni della *Seguridad Social*: legate per natura ad una matrice storico-giuridica di stampo lavoristico, esse saranno erogate solo a coloro che presentino la condizione di *assicurato*. Possibili profili di sovrapposizione fra i due articoli in esame emergono però immediatamente qualora ci si soffermi ad analizzare il termine "assistenza" utilizzato dall'art. 41 CE: esso comprende anche le prestazioni sanitarie, erogate agli assicurati dal sistema pubblico di *Seguridad Social* oppure le esclude, ricomprendendo così solo prestazioni di natura economica? Oppure autorizza un'interpretazione che includa l'assistenza sanitaria oggetto dell'art. 43.2 CE all'interno del sistema di *Seguiridad Social*, facendone una delle tante prestazioni assistenziali che esso è tenuto a garantire? Alcuni Autori escludono una vera e propria presa di posizione della Carta Fondamentale al riguardo, considerando piuttosto il dettato costituzionale aperto a molteplici soluzioni e lasciando al legislatore il compito di verificare quale modello concreto sia più adeguato a garantire la miglior protezione della salute dei cittadini¹⁴⁵, coerentemente con la struttura tipica dei principi rettori. Altre letture recenti sottolineano inoltre che una chiara presa di posizione all'indomani dell'approvazione della Costituzione a favore tanto della separazione quanto della coincidenza o parziale sovrapposizione degli ambiti coperti dagli articoli in esame fosse estremamente difficile, stante la congerie di norme infracostituzionali allora vigenti, che rendevano impossibile inquadrare il sistema assistenziale dell'epoca nell'uno piuttosto che nell'altro precetto: sebbene allora prevalessse nettamente la fisionomia contributivo-previdenziale dell'assistenza sanitaria, era perfettamente chiaro che

¹⁴⁴ F. Garrido Falla, *Artículo 43, cit.*, p. 789.

¹⁴⁵ E. Borrajo Dacruz, *cit.*, p. 177, che tuttavia poco dopo (p. 180) esprime una leggera preferenza per un sistema di *Seguridad Social* che includa anche le prestazioni sanitarie assistenziali ex art. 43.2 CE; S. Muñoz Machado, *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos, op. cit.*, p. 92.

“la protección que predica el artículo 43 respecto de la salud va más allá de la cobertura que puede prestar la Seguridad Social¹⁴⁶”.

Secondo altre ricostruzioni, la Costituzione effettuerebbe invece una netta scelta a favore della costruzione di un servizio sanitario pubblico incaricato di erogare tutte le prestazioni sanitarie, anche assistenziali, che resterebbero così sottratte al sistema di *Seguridad Social*¹⁴⁷.

Occorre a questo punto avvertire che per approfondire le posizioni qui tracciate e delineare il percorso evolutivo dei rapporti fra assistenza sanitaria e *Seguridad Social* è necessario partire dalle premesse degli artt. 43 e 41 CE per proseguire poi analizzando il riparto di competenze che sorregge gli interventi legislativi con i quali il diritto all'assistenza sanitaria è stato concretamente configurato e verificando quale fisionomia essi abbiano disegnato per il servizio pubblico incaricato dell'erogazione delle relative prestazioni. Rimandando alle pagine successive ogni ulteriore considerazione, si ritiene fin da adesso di poter concordare con quella parte della dottrina che individua fra i due articoli considerati una relazione di *coimplicazione*, secondo la quale il diritto alle prestazioni assistenziali della *Seguridad Social* e il diritto alla protezione della salute sono e rimangono due diritti distinti, solo parzialmente intersecantisi. Così, da un lato il diritto sancito dall'art. 41 CE è parte del diritto alla protezione della salute, ma al tempo stesso non coincide esattamente con quest'ultimo: l'organizzazione e il mantenimento di un sistema di *Seguridad Social* comprende altri aspetti che eccedono l'attività dei servizi sanitari in senso stretto; contemporaneamente, come già si è notato, l'assistenza sanitaria è solo uno dei molteplici aspetti del diritto alla protezione della salute ed eccede dunque l'ambito strettamente previdenziale delle prestazioni della *Seguridad Social*¹⁴⁸. Se è vero dunque che la Costituzione non sembra indicare una chiara predilezione per un modello organizzativo concreto delle prestazioni assistenziali sanitarie, la scelta di dedicare un articolo autonomo alla “protezione della salute” è un indice evidente della volontà di universalizzare la prestazione sanitaria, svincolandola da quegli aspetti lavoristici e contributivi mantenuti altrove (art. 41, ma anche art. 40.2 CE) e spostando - o comunque estendendo - di conseguenza l'attenzione delle politiche

¹⁴⁶ J. A. Maldonado Molina, *Los niveles del derecho a la protección de la salud: competencias autonómicas en asistencia sanitaria*, in J. L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete, M. N. Moreno Vida (dirs.), *op. cit.*, pp. 100-101.

¹⁴⁷ *Ivi.*

¹⁴⁸ J. Martínez Pisón, *cit.*, pp. 143-144.

pubbliche dagli interventi meramente riparatori a quelli più strettamente preventivi e promozionali¹⁴⁹.

Una lettura congiunta delle diverse interpretazioni fornite circa la natura di principio rettore o di diritto fondamentale del diritto alla protezione della salute ed in merito alle relazioni individuabili fra gli art. 41 e 43 CE, conduce infine ad un'ultima riflessione. Indipendentemente dal punto di vista adottato, è indubbio che l'intervento del legislatore contribuisca notevolmente alla concreta giustiziabilità del diritto alla protezione della salute, in particolar modo della sua dimensione soggettiva prestazionale. Se infatti non vi sono dubbi che nella sua dimensione di diritto di libertà (o di pretesa all'astensione) esso risulti immediatamente tutelabile di fronte alla magistratura ordinaria civile o penale¹⁵⁰, non è altrettanto semplice individuare quale sia il giudice competente per tutelare le pretese a prestazioni derivanti dal diritto alla protezione della salute *ex art. 43.2 CE*. Attualmente, il riparto di giurisdizione si gioca fra giurisdizione sociale e giurisdizione contenzioso-amministrativa. A quest'ultima sono generalmente ascritte quelle controversie relative all'assenza o insufficienza delle prestazioni sanitarie, alla mancata prestazione per cause ascrivibili al personale sanitario, nonché ai danni cagionati dall'amministrazione sanitaria. La giurisdizione della prima, invece, oggi decisamente minoritaria, si fonda sulla tradizionale inclusione nel concetto di *Seguridad Social* (cfr. artt. 9.5 *Ley Orgánica del Poder Judicial* 6/1985 e ss. mod. e art. 2 lett. o *Ley de la Jurisdicción Social* 36/2011) anche di quei diritti a prestazioni sanitarie che oggi, a seguito della conclusione del processo di costruzione del *Sistema Nacional de Salud* (v. *infra*, par. 2.2), ne risulterebbero ormai svincolati¹⁵¹. E' questo un ulteriore indicatore della presenza di un nodo ancora irrisolto nella definizione dei rapporti fra assistenza sanitaria e prestazioni assicurativo-contributive della *Seguridad Social*.

¹⁴⁹ S. del Rey Guanter, *El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional*, in *Derechos y libertades*, Vol. III, n. 6, 1995, pp. 164-167 in particolare.

¹⁵⁰ G. Escobar Roca, *cit.*, pp. 1175-1176.

¹⁵¹ *Ibidem*, pp. 1169-1175.

2.2. *Le garanzie di uguaglianza nel godimento del diritto all'assistenza sanitaria in un sistema decentrato.*

2.2.1. *Il regime competenziale in materia di assistenza sanitaria.*

Per poter adeguatamente comprendere lo sviluppo della legislazione spagnola in materia di assistenza sanitaria, individuarne i principali assi evolutivi ed i problemi oggi ancora aperti, occorre in primo luogo analizzare le indicazioni fornite al riguardo dal Titolo VIII CE con riferimento al riparto di competenze, e verificare come esse si proiettano sul complesso rapporto fra art. 41 CE e art. 43 CE, ovvero fra diritto alla protezione della salute nella sua dimensione prestazionale e assistenza erogata dalla *Seguridad Social*. Ciò che emerge dagli artt. 148 e 149 CE non sembra tuttavia determinante per risolvere la questione. Se infatti da un lato l'art. 148.1.21 CE consente anche alle CCAA cd. "della via lenta" di assumere fin da subito la piena competenza in materia di "*sanidad e higiene*", dall'altro l'art. 149.1.16 CE attribuisce allo Stato la competenza esclusiva su "*sanidad exterior*", "*bases y coordinación general de la sanidad*" e "*legislación sobre productos farmacéuticos*", fissando così il limite massimo all'estensione delle competenze delle CCAA, in prima battuta per le CCAA storiche ed assimilate, che accedono immediatamente al più ampio regime competenziale configurato dalla Costituzione, e poi per tutte le altre CCAA, che, *ex art.* 148.2 CE, potranno ampliare le proprie competenze all'interno del quadro fissato dall'art. 149 CE una volta trascorsi cinque anni dall'approvazione dei relativi statuti. L'art. 149.1.17 CE, infine, sancisce la competenza statale esclusiva sulla legislazione basica e regime economico della *Seguridad Social*, lasciando comunque alle CCAA la competenza esecutiva sui relativi servizi. Se dunque il riparto competenziale sembra avvalorare l'intento dei costituenti di *separare* le due materie, esso non pare tuttavia esprimere una chiara opzione per l'uno o l'altro modello di configurazione concreta del diritto all'assistenza sanitaria¹⁵²; anzi, a complicare il quadro, intervengono inoltre varie discrepanze terminologiche. Innanzitutto, in nessuno dei titoli competenziali citati, troviamo riferimenti al termine "*salud pública*" impiegato dall'art. 43.2 CE, dal quale si fa discendere normalmente il diritto individuale all'assistenza sanitaria; inoltre, l'art.

¹⁵² Nonostante l'opinione di una autorevole e risalente dottrina, che riteneva chiaro l'intento del Costituente di escludere il diritto alla protezione della salute (nella sua dimensione soggettiva prestazionale) dall'alveo competenziale della *Seguridad Social*; cfr. F. Garrido Falla, *Artículo 43*, *cit.*, p. 791-

148.1.21 CE utilizza la dicitura “*sanidad e higiene*”, riferibile alla sola salute collettiva, inizialmente inclusa nell’originaria redazione dell’art. 43.2 CE e successivamente sostituita con l’attuale “*salud pública*”, la cui portata, come si è visto, risulta oggi comprendere molte sfaccettature. Infine, l’art. 149.1.16 CE include solo il termine “*sanidad*”¹⁵³.

Qual è dunque l’esatta collocazione del diritto all’assistenza sanitaria? La scelta, solo storicamente e non costituzionalmente condizionata, non è di poca importanza: configurare il diritto in esame come una delle varie prestazioni della *Seguridad Social* attiverebbe automaticamente la norma di cui all’art. 149.1.17 CE, che per l’ampiezza della riserva statale, è generalmente ritenuto un titolo “centralizzatore”; al contrario, l’art. 149.1.16 CE consentirebbe un maggior decentramento politico e gestionale, lasciando allo Stato competenza esclusiva sulle *bases* e la funzione essenziale di coordinamento¹⁵⁴. Non bisogna poi dimenticare l’incidenza che sul quadro fin qui tracciato hanno il titolo competenziale trasversale enunciato dall’art. 149.1.1 CE, in base al quale lo Stato ha competenza esclusiva nella disciplina delle condizioni basiche che garantiscono l’uguaglianza di tutti gli spagnoli nell’esercizio dei diritti (e nel compimento dei doveri) costituzionali (cfr. *retro*, Parte II, Capitolo II, par.3.3), della clausola di uniformità contenuta nell’art. 139.1 CE, secondo cui tutti gli spagnoli hanno i medesimi diritti ed obblighi in qualunque parte del territorio nazionale, nonché, come parte della dottrina ha ben presto sottolineato¹⁵⁵, dell’art 158.1 CE, che allude alla possibilità di destinare risorse specifiche del bilancio statale alla garanzia di un livello minimo delle prestazioni concernenti i servizi pubblici fondamentali in tutto il territorio nazionale.

Per verificare come le norme sul riparto di competenze appena citate abbiano in concreto interagito e come continuino tutt’oggi a sorreggere l’impianto legislativo statale ed autonomico che sviluppa il mandato costituzionale di cui all’art. 43.2 CE, si rende a questo punto necessario ripercorrere brevemente le principali tappe del processo di formazione del servizio sanitario pubblico spagnolo, evidenziando di volta in volta quei profili che più coinvolgono le garanzie dell’uguaglianza in un contesto che lascia ampio spazio alla differenziazione.

¹⁵³ M. León Alonso, *op. cit.*, p. 315.

¹⁵⁴ J. L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete, *cit.*, p. 27; i vantaggi derivanti da una configurazione dell’assistenza sanitaria come prestazione della *Seguridad Social* ex art. 149.1.17 CE, e dunque di una sua gestione centralizzata, sono enumerati da J. L. Beltrán Aguirre, *¿Sistema Nacional de Salud o asistencia sanitaria de la Seguridad Social?*, in *Ciudadanía sanitaria*, Vol. 1, 2007, p. 28.

¹⁵⁵ J. Pemán Gavín, *Derecho a la salud y administración sanitaria*, *op. cit.*, p. 98.

2.2.2. *Le principali tappe nella costruzione del Sistema Nacional de Salud e della configurazione concreta del diritto all'assistenza sanitaria.*

2.2.2.1. *Verso la riforma.*

Il legislatore prenderà finalmente posizione sulla complessa questione sopra descritta nel 1986, approvando la fondamentale *Ley 14/1986, de 2 de abril, General de Sanidad* (LGS), intervenendo radicalmente e con una forte carica progettuale, sull'assetto normativo all'epoca vigente, ormai caotico e del tutto inadeguato al dettato della Carta Fondamentale approvata otto anni prima. Non potendoci in questa sede addentrare in una descrizione approfondita della legislazione precostituzionale¹⁵⁶, basti solo ricordare che, in continuità con quanto stabilito dalla legge istitutiva dell'assicurazione obbligatoria per malattia del 1942, essa configurava le prestazioni assistenziali sanitarie unicamente come prestazioni della *Seguridad Social*. Ciò risulta evidente dal *corpus* normativo rappresentato dalla *Ley de Seguridad Social* del 1966 e dal *Texto refundido de la ley general de Seguridad Social* del 1974¹⁵⁷, che riunirono sotto un unico schema contributivo-assicurativo le diverse modalità assistenziali che si erano venute ad affermare nei decenni precedenti (con riferimento alle diverse fasce della popolazione e ai diversi fattori di rischio), sotto la gestione dell'*Instituto Nacional de Previsión* e concretamente erogate da appositi centri. La forte settorializzazione derivante da un simile assetto, la frammentazione conseguente, l'alto tasso di burocratizzazione, l'enorme mole di risorse economiche ogni anno canalizzate verso la *Seguridad Social*, nonché i progressi nella scienza medica e la crescente consapevolezza degli operatori del settore sanitario, fecero ben presto emergere l'esigenza di una riforma non più rimandabile¹⁵⁸. La creazione del *Ministerio de Sanidad y Seguridad Social* con il r. d. 2838/1977 del 15 ottobre rappresenta forse il più importante passo precostituzionale

¹⁵⁶ Per approfondimenti sul punto si rimanda a S. Muñoz Machado, *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, cit., pp. 15 ss.; J. Pemán Gavín, *Derecho a la salud y administración sanitaria*, op. cit., pp. 103 ss.; Id., *Del seguro obligatorio de enfermedad al Sistema Nacional de Salud. El cambio en la concepción de la asistencia sanitaria pública durante el último cuarto del siglo XX*, in Id., *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*, Comares, 2005, pp. 3-42; M. León Alonso, op. cit., pp. 293-310;

¹⁵⁷ J. Pemán Gavín, *Del seguro obligatorio de enfermedad al Sistema Nacional de Salud. El cambio en la concepción de la asistencia sanitaria pública durante el último cuarto del siglo XX*, cit., p. 11.

¹⁵⁸ Id., *Derecho a la salud y administración sanitaria*, op. cit., pp. 146 ss.

verso una concezione unitaria dell'assistenza sanitaria¹⁵⁹. Una settimana prima dell'approvazione della Costituzione, l'*Instituto Nacional de Previsión* viene soppresso: dalle sue ceneri nascono vari enti di gestione dei servizi di *Seguridad Social*, salute e impiego, fra i quali spicca l'INSALUD (*Instituto Nacional de Salud*, istituito con r. d. 185/1979), incaricato della gestione ed amministrazione dei servizi sanitari, dei centri e del personale ad essi relativo, dello sviluppo ed esecuzione delle politiche di promozione e tutela della salute e del coordinamento fra operatori pubblici e privati del settore sanitario¹⁶⁰. La stragrande maggioranza dei servizi sanitari presenti sul territorio spagnolo rimane in tal modo ancora legata alla *Seguridad Social*.

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, l'approvazione degli Statuti di autonomia contribuisce alla creazione di quel quadro normativo sul quale la LGS interverrà alla metà degli anni Ottanta: così, gli Statuti delle CCAA cd. "della via lenta" assumono competenze di sviluppo legislativo ed esecuzione della materia contenuta nell'art 148.1.21 CE ("*sanidad e higiene*"), avviando così il trasferimento delle relative funzioni amministrative; per quanto riguarda invece le CCAA storiche ed assimilate, l'accesso immediato al massimo tetto competenziale nel quadro dell'art. 149.1 CE comporta la necessità di trasferire *ex art.* 149.1.16 CE ad esse i centri assistenziali afferenti all'INSALUD, mediante una serie di decreti reali promulgati fra il 1981 e il 1994.

Fondamentale nel preparare la strada alla *Ley General de Sanidad* è infine il ruolo svolto dal Tribunal Constitucional, che con la sentenza 32/1983 chiarisce molti aspetti del dettato costituzionale, indicando di fatto al legislatore la via da percorrere. La sentenza, pur dichiarando nullo per insufficienza di rango l'art. 2 del r.d. 2824/1981, che attribuiva all'amministrazione sanitaria statale una serie di competenze di

¹⁵⁹ L'urgenza di procedere alla riorganizzazione complessiva della sanità pubblica appare con chiarezza proprio dalle parole pronunciate dal titolare del nuovo dicastero di fronte alla *Comisión de Sanidad y Seguridad Social* del *Congreso* nel corso di una seduta informativa tenutasi il 1 dicembre 1977. Indicando fra le azioni prioritarie il riordino della vera e propria "giungla legislativa" che governava la sanità pubblica spagnola all'epoca, il Ministro sottolineava che "tanto la Sanidad como la Seguridad Social necesitan de una remodelación y de una reconsideración conceptual filosófica y operativa de la misma" ed indicava nella promulgazione di una *Ley General de Sanidad* la rotta da percorrere a questo fine, specificando che essa avrebbe dovuto "delimitar competencias y estructurar órganos y ordenar medios, servicios y actividades; debe ser una legislación sanitaria que no confunda lo sanitario con el concepto genérico de bienestar y de beneficencia, que son conceptos superados, en estos momentos insertos en unos conceptos de servicios públicos que son extrasanitarios; debe racionalizar la estructura administrativa y el sistema sanitario que hoy rige; debe ordenar materias fundamentales, como son el personal, el análisis de los costes, la supresión o refundición de organismos y servicios y, por último, debe ser netamente descentralizadora y democrática [...]". Cfr. *Congreso de los Diputados, Diario de sesiones, Comisión de Sanidad y Seguridad Social*, 1 dicembre 1977, p. 1182-1183.

¹⁶⁰ M. León Alonso, *op. cit.*, p. 310.

coordinamento e pianificazione sanitaria *ex art. 149.1.16 CE*, afferma che tali competenze spettano in effetti allo Stato, con una dettagliata motivazione sul significato e la portata dei termini *bases* e *coordinación* utilizzati dalla Costituzione. Con particolare attenzione alla fonte deputata alla definizione delle *bases*, il TC afferma infatti che, se da un lato il Governo potrà certamente regolamentare con una fonte sublegislativa alcuni aspetti concreti della legislazione basica, ciò che sicuramente non potrà fare è

“definir en términos generales y por Real Decreto lo que es básico, pues es al legislador postconstitucional a quien corresponde establecer lo que entiende por bases de una materia, delimitando así lo que es competencia estatal y definiendo al mismo tiempo el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma su competencia de desarrollo legislativo¹⁶¹”,

sebbene la competenza relativa alla determinazione delle *bases*, possa comunque estendersi alla determinazione di

“medidas concretas por su contenido, pero necesariamente generales en cuanto a su ámbito territorial de eficacia [...] inseparables de otras medidas de ordenación normativa básica y [...]por ello incluidas en el concepto de bases de competencia estatal” (F.J. 2)”,

lasciando, com'è ovvio, ogni competenza esecutiva alle CCAA. Naturalmente una applicazione così ampia del concetto di *bases* dovrà essere giustificata da stringenti esigenze di unità normativa: esse si rintracciano nella

“exigencia constitucional de que exista un *sistema normativo de la sanidad nacional*” (corsivo aggiunto)¹⁶²

a loro volta derivabile da una lettura combinata degli articoli 43 e 51 CE con le clausole di cui agli artt. 149.1.1 e 139 CE. L'art. 149.1.1 CE finisce così per svolgere un ruolo fondamentale nella determinazione concreta del regime competenziale in materia di assistenza sanitaria: esso infatti non è utilizzato come titolo competenziale autonomo, ma piuttosto quale riferimento per l'interpretazione del contenuto delle *bases* menzionate dall'art. 149.1.16 CE¹⁶³.

Estremamente puntuale è anche la definizione che il TC dà della competenza statale di coordinamento. Finalizzata all'integrazione delle varie parti che costituiscono il sistema, essa dev'essere così intesa:

¹⁶¹ Considerano imprudente l'utilizzo della definizione di “sistema normativo” J. L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete, *cit.*, p. 34. La definizione di *bases* come punto di partenza e limite al tempo stesso per l'attività normativa delle CCAA è ripresa anche dalla più recente STC 98/2004, F.J. 6, in materia di assistenza sanitaria e prestazioni farmaceutiche.

¹⁶² Le ragioni di garanzia che sorreggono una concezione anche formale di *bases* sono espresse con precisione da J.-L. Beltrán Aguirre, *Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos*, *cit.*, pp. 91-92.

¹⁶³ J. Pemán Gavín, *Derecho a la salud y administración sanitaria*, *op. cit.*, p. 98.

“a) Aunque constituye un reforzamiento o complemento de la noción de bases, es una competencia distinta a la de fijación de las bases, [...]; b) [...] presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado, esto es, presupone la existencia de competencias de las Comunidades en materia de sanidad, [...] nunca ni la fijación de bases ni la coordinación general deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias de las Comunidades; c) [...] esa coordinación le corresponde hacerla al Estado; d) [...] debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario” (F.J. 3).

Infine, la STC in esame si sofferma sulla competenza di alta ispezione, non prevista dal dettato costituzionale, ma riservata allo Stato dagli Statuti delle CCAA, descrivendola come

“una competencia estatal de vigilancia, pero no un control genérico e indeterminado que implique dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas respecto a la Administración del Estado, sino un instrumento de verificación o fiscalización que puede llevar en su caso a instar la actuación de los controles constitucionalmente establecidos en relación con las Comunidades Autónomas, pero no a sustituirlos convirtiendo a dicha alta inspección en un nuevo y autónomo mecanismo directo de control” (F.J. 2).

Per la precisione con cui si esprime e la rilevanza delle argomentazioni utilizzate, la STC 32/1983, alla quale farà eco la STC 42/1983, viene così a rappresentare un tassello essenziale del percorso verso la LGS, che, come si vedrà tra breve, in molti casi seguirà alla lettera le indicazioni tracciate del giudice delle leggi.

2.2.2.2. *La scelta del legislatore: la Ley General de Sanidad (1986).*

Il 25 aprile 1986 viene finalmente promulgata la *Ley General de Sanidad*. Preceduta da un’ampia *esposición de motivos*, che sottolinea in più punti la volontà di procedere ad una ristrutturazione complessiva dell’assistenza sanitaria pubblica¹⁶⁴ spagnola tramite la valorizzazione delle istituzioni autonome (punti 2 e 3), la legge dichiara subito di essere “*norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.16 CE*” (art. 2.1 LGS), dettata al fine di garantire l’effettività del diritto alla protezione della salute riconosciuto dall’art. 43 CE (art. 1.1 LGS), e di riservare alle CCAA la possibilità di svilupparne il

¹⁶⁴ Conformemente a quanto si legge in Costituzione (art. 38 CE), l’art. 89 LGS riconosce la libertà d’iniziativa economica privata in ambito sanitario. Per un’analisi delle principali forme di gestione privata o di partnership pubblico-privata in ambito sanitario, si rinvia alle considerazioni svolte in S. Muñoz Machado, *La organización, las prestaciones y otros problemas jurídicos actuales de los servicios sanitarios*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 57, 2000, pp. 59-65 e I. Villar Cañada, *Régimen jurídico de la organización y gestión sanitaria. El nuevo modelo legal de la sanidad pública: el Sistema Nacional de Salud*, in J. L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete, M. N. Moreno Vida (dirs.), *op. cit.*, pp. 123-143

dettato nel rispetto delle relative competenze statutarie (art. 2.2 LGS). Definendo inoltre i soggetti titolari del diritto alla protezione della salute, l'art. 1.2 LGS precisa immediatamente che esso spetta a *tutti* gli spagnoli e ai cittadini stranieri regolarmente residenti in Spagna. Fin dai primissimi articoli della LGS, il legislatore, che dimostra di aver appreso la lezione della STC 32/1983, pare dunque prendere nettamente posizione sull'annosa questione del rapporto fra assistenza sanitaria e *Seguridad Social*, scegliendo di svincolare la prima dalla seconda tramite la proclamazione dell'universalità del diritto alla protezione della salute e il riferimento esplicito al solo art. 149.1.16 CE. In ossequio al mandato che l'art. 43.2 CE affida al legislatore, la LGS provvede inoltre a definire, sebbene in termini molto generali, i diritti (essenzialmente informativi, di scelta e di prestazione, art. 10) e i doveri (art. 11) di tutti nei confronti delle diverse amministrazioni sanitarie pubbliche, mentre l'art. 40 LGS definisce le competenze amministrative dello Stato, di fatto elevando al rango legislativo la quasi totalità delle disposizioni contenute nel r.d. 2824/1981 ritenuto incostituzionale dalla STC 32/1983. Con il combinato degli artt. 10, 11 e 40 LGS, il legislatore provvede dunque a fissare uno *status* giuridico-sanitario *básico* per tutti gli spagnoli ed un livello minimo di protezione della salute da garantirsi in condizioni di uguaglianza su tutto il territorio nazionale¹⁶⁵.

Di importanza fondamentale è poi l'apporto della LGS con riferimento all'organizzazione dei servizi di assistenza sanitaria. Decidendo di superare la frammentarietà fino a quel momento vigente, l'art. 44 LGS conferisce infatti natura sistemica al complesso dei servizi sanitari esistenti, integrandoli tutti all'interno di un unico *Sistema Nacional de Salud* (SNS), che diviene così il "*conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas*" (art. 44.2 LGS). A sua volta, il SNS integra tutte le funzioni e prestazioni sanitarie che, in accordo con la legge, sono responsabilità dei poteri pubblici per il necessario compimento del diritto alla protezione della salute (art. 45 LGS). Ciascuna CA dovrà poi organizzare il proprio Servizio di Salute integrato da tutti i centri, servizi e istituti presenti sul proprio territorio (art. 50 LGS), delimitando al proprio interno delle Aree di Salute, quali strutture fondamentali responsabili della gestione unitaria dei centri integrati nel servizio di salute (art. 56.2 LGS), secondo i criteri definiti dall'art. 56.4 LGS. Esse saranno a loro volta suddivise in Zone basiche

¹⁶⁵ J. Pemán Gavín, *Derecho a la salud y administración sanitaria*, cit., pp. 206-207.

(artt. 62 ss. LGS), nelle quali saranno collocati i Centri di salute incaricati di prestare assistenza primaria. La visione globale che anima il legislatore del 1986 si estende così tanto all'offerta dei servizi, che vengono integrati in ragione di una concezione ampia e moderna della protezione della salute, quanto alla prospettiva territoriale, nel rispetto di quell'opzione a favore del decentramento già esercitata dal Costituente¹⁶⁶. Il SNS è dunque strutturato attorno ai due assi tipici della Costituzione spagnola: il binomio uguaglianza/differenziazione e quello unità/pluralità¹⁶⁷.

La *ley de bases* del 1986 disciplina altresì la competenza statale di coordinamento, recependo letteralmente (cfr. in particolare l'art. 73 LGS) le indicazioni fornite dalla STC 32/1983, con l'obiettivo di garantire l'omogeneità di fondo del sistema: spetterà dunque al Governo l'elaborazione di indici per la valutazione delle necessità strutturali e di personale, fini o obiettivi minimi comuni in materia di prevenzione, protezione, promozione ed assistenza sanitaria, azioni prioritarie finalizzate all'armonia, coesione e solidarietà del sistema, nonché alla valutazione del rendimento minimo di esso. I criteri generali così elaborati dovranno essere "tenuti in conto" dalle CCAA nella formulazione dei rispettivi piani di salute, destinati poi a confluire in un unico piano nazionale integrato (artt. 70 e 74 LGS). Nell'assetto qui sommariamente descritto, gioca un ruolo essenziale il *Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud* (CISNS), definito dall'art. 47.2 LGS come organo permanente di comunicazione ed informazione dei diversi servizi di salute fra loro e fra di essi e l'amministrazione statale, svolgendo anche alcuni compiti in materia di pianificazione; sarà composto, secondo un criterio rigorosamente paritario, da un rappresentante per ciascuna CA e da altrettanti membri dell'amministrazione statale, e presieduto dal Ministro della Sanità. Il coordinamento in materia sanitaria diviene così uno strumento chiave nelle mani dello Stato centrale

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 201. Non tutti i commentatori sono però concordi con la scelta operata dalla LGS: ad es., J. Rey del Castillo, *Análisis del origen, situación y perspectivas de futuro del proceso de descentralización sanitario español*, in *Revista española de salud pública*, n. 72, 1998, pp. 16 e 20 ss., sottolinea come a suo parere, il decentramento sia stato guidato più da ragioni contingenti di natura politica piuttosto che tecnica, finendo in tal modo per produrre una visione essenzialmente economicistica della sanità e per scatenare meccanismi competitivi fra CCAA. Più positivi sulla scelta "decentrata" effettuata dalla LGS G. López-Casasnovas e A. Rico, *La descentralización, ¿parte del problema sanitario o de su solución?*, in *Gaceta sanitaria*, vol. 17, n. 4, 2003, pp. 320 ss. in particolare, che invece vi individuano un importante canale attraverso il quale la politica sanitaria ha ottenuto visibilità, stimolando altresì un miglior coordinamento nella gestione dei servizi e l'incremento qualitativo degli stessi; tuttavia gli Autori avvertono anche dei rischi che comporta un utilizzo del decentramento non accompagnato da adeguati meccanismi di coordinamento, ed in particolare del possibile aggravarsi di situazioni già esistenti di disuguaglianza fra servizi delle diverse CCAA e dunque fra condizioni concrete di esercizio del diritto all'assistenza sanitaria. Sulla stessa lunghezza d'onda sembra essere anche I. Villar Cañada, *cit.*, pp. 118-119.

¹⁶⁷ E. de la Villa Gil, *cit.*, p. 980.

finalizzato ad assicurare l'uguaglianza effettiva nella fruizione del diritto alla protezione della salute¹⁶⁸. Le competenze di coordinamento e fissazione delle *bases* appaiono dunque strettamente connesse: come un'autorevole dottrina ha evidenziato, essa si configura come meccanismo di “*retroalimentazione*”, che permette di correggere “in corsa” le eventuali disfunzioni e diseguaglianze riscontrate nel concreto funzionamento del sistema¹⁶⁹.

L'art. 43 LGS è infine dedicato alla competenza di alta ispezione che gli Statuti di autonomia riservano allo Stato: al comma 1, essa è definita come funzione di garanzia e verifica dell'adempimento delle competenze spettanti allo Stato e alle CCAA in materia di sanità, ed è poi articolata nei sette punti del comma 2, ai quali seguono ulteriori indicazioni per le ipotesi di inadempimento.

Ma quali sono i servizi autonomici che vengono integrati nel SNS per come appena descritto? Per rispondere adeguatamente a questa domanda, occorre ricordare che all'epoca dell'entrata in vigore della LGS coesistevano sul territorio nazionale servizi sanitari autonomici per quelle CCAA che già avessero assunto competenze in materia *ex art. 149.1.16 CE*, alcuni servizi sanitari autonomici istituiti in base alla competenza *ex art. 148.1.21 CE*, nonché i (numericamente prevalenti) servizi sanitari assistenziali della *Seguridad Social*, la cui gestione era affidata all'INSALUD. Abbandonata per queste ragioni l'idea di creare immediatamente una struttura unitaria, la LGS sceglie piuttosto di tracciare un *cammino progressivo* verso l'integrazione sanitaria, subordinando (disp. ad. VI LGS) l'inclusione dei centri sanitari della *Seguridad Social* all'assunzione da parte delle CCAA delle competenze in materia di “assistenza sanitaria della *Seguridad Social*”, affidando, nel mentre, il coordinamento fra Servizi di Salute autonomici e centri sanitari della *Seguridad Social* all'interno delle CCAA che ancora non avessero acquisito le competenze ricordate ad una apposita Commissione. Dunque, secondo questo schema, solo alcune CCAA hanno ricevuto immediatamente il pieno trasferimento dei centri di assistenza della *Seguridad Social* e di conseguenza hanno potuto organizzare il proprio servizio sanitario secondo la forma integrata prevista dalla LGS¹⁷⁰, verificandosi in tal modo una prima rilevante disarmonia del sistema, potenzialmente foriera di pericolose asimmetrie.

¹⁶⁸ J. Pemán Gavín, *Derecho a la salud y administración sanitaria*, op. cit., p. 207.

¹⁶⁹ E. Cobrerros Mendazona, *La coordinación sanitaria estatal y las Comunidades Autónomas*, in *Documentación Administrativa*, n. 230-231, abr.-sept. 1992, p. 312.

¹⁷⁰ S. Muñoz Machado, *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, op. cit., p. 121.

Il completo svincolamento dell'assistenza sanitaria dalla *Seguridad Social* appare inoltre ancora lontano, come dimostrano anche altre disposizioni della LGS. Di particolare rilievo, quelle relative al finanziamento delle prestazioni sanitarie, che secondo l'art. 79 LGS saranno coperte dai contributi versati alla *Seguridad Social*, versati poi alle CCAA insieme ad altri trasferimenti, secondo quanto stabilito dal bilancio generale dello Stato (per le CCAA che abbiano assunto le competenze nel quadro dell'art. 149.1.16 CE) o del bilancio generale della *Seguridad Social* (per tutte le altre), come stabilito dall'art. 82 LGS.

Infine, dal punto di vista della universalizzazione del diritto e dunque dell'accesso ai servizi sanitari in ossequio all'art. 43.1 CE e all'art. 1.2 LGS, si segnala che, se da un lato l'art. 81 LGS dispone che l'assegnazione a ciascuna CCAA delle risorse per il finanziamento dei servizi di salute sarà effettuata sulla base della popolazione coperta dall'assistenza sanitaria, dall'altro l'art. 80 LGS rinvia ad una successiva regolamentazione governativa la disciplina del finanziamento dell'assistenza sanitaria per coloro che, non essendo iscritti alla *Seguridad Social*, non hanno accesso alle prestazioni sanitarie fornite dai centri ad essa relativi, salvo garantire l'accesso gratuito all'assistenza per coloro che siano sprovvisti di risorse economiche adeguate (poi regolamentata dal r.d. 1088/1989). Occorre infine segnalare che la LGS non prevede la necessaria gratuità delle prestazioni sanitarie erogate dal SNS¹⁷¹, sebbene questa si sia poi affermata nella prassi successiva, ma abilita il legislatore ad imporre forme di compartecipazione alla spesa sanitaria (artt. 16.3, 83, 64.1.d., 79.1 LGS).

L'estensione generalizzata della copertura sanitaria per come delineata dalla LGS ed affermata dal suo art. 3.2 risulta dunque ancora un obiettivo “*da raggiungere progressivamente*” (disp. trans. V.2): il gioco delle competenze autonome e la conseguente convivenza di due diversi sistemi di erogazione dell'assistenza sanitaria (uno costruito sulla base dell'art. 149.1.16 CE e della LGS, l'altro ancorato alla *Seguridad Social*) non permettono ancora il completamento del disegno universalistico tracciato dalla legge del 1986, subordinandolo obbligatoriamente ad una riforma degli

¹⁷¹ Come nota, fra gli altri, il recentissimo contributo di G. Escobar Roca, *cit.*, p. 1118, universalità non significa infatti gratuità del sistema, bensì equità nell'accesso ai servizi che esso offre. Conseguentemente, l'imposizione di forme di compartecipazione alla spesa sanitaria non sono affatto da ritenersi incostituzionali, se rispettano i criteri di proporzionalità correlati al principio di uguaglianza sostanziale. La totale e generalizzata gratuità delle prestazioni rischierebbe infatti di vanificare quell'intento redistributivo che è insito nella costruzione di un sistema sanitario pubblico universale (cfr. per queste considerazioni, che sembrano fare eco a quelle di G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, II, 1981, p. 781-782, V. Navarro, *El derecho a la protección de la salud*, in *Derecho y libertades*, Vol. III, n. 66, 1995, pp. 137 ss.).

Statuti di autonomia e ad un successivo trasferimento di funzioni¹⁷². La differenziazione su base territoriale nell'accesso all'assistenza sanitaria risulta così inevitabile. Ad essa inoltre si affianca quella fondata sulla titolarità del diritto: sopravvivono ancora numerosi regimi previdenziali speciali, che forniscono assistenza sanitaria agli assicurati in ragione di titoli differenti rispetto alla sola cittadinanza o all'iscrizione alla *Seguridad Social*, facenti capo a distinti istituti ed enti gestori, non ricompresi né nel SNS né nell'INSALUD.

2.2.2.3. *Il SNS, l'“identità divisa” e la conclusione del trasferimento delle competenze in materia di assistenza sanitaria.*

Nel corso degli anni Novanta, vari sono i provvedimenti normativi che, sviluppando alcuni aspetti chiave del disegno complessivo tracciato dalla LGS, preparano la strada al suo compimento. Come si vedrà tra breve, non sempre essi sono però il frutto di una riflessione organica e soprattutto coerente con le premesse della stessa LGS, evidenziando le conseguenze di un non ancora completo distacco della assistenza sanitaria dalla *Seguridad Social*, per evidenti ragioni legate alla mancata assunzione da parte delle CCAA cd. “della via lenta” delle competenze relative all'assistenza sociale della *Seguridad Social*, come peraltro prescritto dalla stessa LGS. Se da un lato dunque si promuovono studi approfonditi in vista di possibili future riforme¹⁷³, dall'altro si

¹⁷² Così del resto era stato previsto dalla disp. trans. III.1 LGS: “El Instituto Nacional de la Salud continuará subsistiendo y ejerciendo las funciones que tiene atribuidas, en tanto no se haya culminado el proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas con competencia en la materia”.

¹⁷³ Risale al 1991 il rapporto della Commissione per l'analisi, la valutazione e la proposta di miglioramenti da apportare al SNS (cd. *Commissione Abril*), istituita dal CISNS su richiesta del Governo, a seguito della proposta del Congresso dei Deputati del 18 gennaio 1990. Il rapporto (consultabile in versione integrale in <http://www.riberasalud.com/ftp/biblio/07102010131536resumen%20informe%20abril.pdf>), pur non riscontrando particolare seguito nella legislazione successiva, segnala alcuni difetti strutturali del sistema sanitario pubblico spagnolo, proponendo di far fronte ad essi mediante: il potenziamento delle funzioni di coordinamento affidate al CISNS; l'utilizzo di forme di gestione dei servizi più efficienti, efficaci e volte alla corresponsabilizzazione; l'impiego di forme di collaborazione tra settore pubblico e settore privato; l'individuazione e la diversa disciplina delle prestazioni sanitarie fondamentali e complementari, per far fronte ad una spesa sanitaria sempre crescente; la riforma del sistema di finanziamento della sanità pubblica. Nel 1997, è poi istituita la Subcommissione parlamentare per la modernizzazione e il consolidamento del SNS, il cui lavoro sfocia in un accordo siglato il 18 dicembre 1998 (consultabile in <http://www.cfnavarra.es/salud/anales/textos/vol21/n2/legis3.html>) tra le diverse forze politiche presenti nella Commissione Sanità del *Congreso*, incentrato principalmente sui seguenti punti programmatici: decisa universalizzazione del diritto all'assistenza sanitaria e definizione del contenuto delle prestazioni ad esso relative, così da configurarlo come vero e proprio “diritto pubblico soggettivo, personale e non contributivo”, proseguendo in quel processo di separazione dalla *Seguridad Social* che la LGS aveva solo iniziato; procedere alla riforma dei meccanismi di finanziamento della sanità pubblica; orientare l'azione dei servizi sanitari pubblici alle reali necessità della popolazione, da identificarsi attraverso un utilizzo

prosegue nell'attuazione dei molti aspetti che la LGS lascia in sospeso in attesa di future determinazioni legislative o regolamentari.

Particolare importanza riveste a questo proposito il r.d. 63/1995, che disciplina le prestazioni sanitarie erogate dal SNS, dando concretezza a quei diritti dei cittadini-utenti del sistema sanitario pubblico elencati in termini piuttosto astratti dall'art. 10 LGS e configurando così il diritto del cittadino all'assistenza sanitaria come vero e proprio diritto soggettivo dotato finalmente di un contenuto pienamente azionabile¹⁷⁴, secondo lo schema tipico dei principi rettori. Il real decreto classifica dunque cinque diverse categorie di prestazioni sanitarie (assistenza di base, assistenza specializzata, prestazioni farmaceutiche, prestazioni complementari, servizi di informazione e documentazione sanitaria), elencando poi le prestazioni necessarie che ciascuna di esse andrà a comprendere. Indipendentemente dall'analisi delle singole prestazioni menzionate e dell'opportunità di disciplinare con una fonte governativa gli aspetti essenziali del diritto alla protezione della salute¹⁷⁵, preme qui sottolineare ancora una volta la mancanza di chiarezza che emerge dalle motivazioni introduttive al decreto: con uno scarto notevole rispetto alle affermazioni che aprivano la LGS, come *marco competencial* di riferimento, esso indica infatti tanto l'art. 149.1.16 CE quanto il 149.1.17 CE, richiamando altresì, oltre all'art. 43 CE, anche all'art. 41 CE¹⁷⁶. Il doppio binario *SNS - Seguridad Social* non è abbandonato neppure (e non potrebbe essere altrimenti) in relazione alla definizione del sistema di finanziamento delle prestazioni elencate nel r.d. in esame: esse infatti sono destinate ad essere finanziate “*con cargo a*

oculato e consapevole dei piani di salute autonomici; completare conseguentemente il processo di decentramento della sanità pubblica e il trasferimento dei servizi alle CCAA, potenziando altresì il ruolo del *Consejo Interterritorial del SNS*. Nonostante intervengano a distanza di sette anni, gli studi effettuati dalle due commissioni ricordate concordano su molti punti essenziali, tracciando così la rotta delle azioni future e mettendo ancora una volta in evidenza l'intreccio che lega separazione del diritto all'assistenza sanitaria dalla *Seguridad Social*, progressivo compimento della sua universalizzazione e completamento del processo di *descentralización* delle relative competenze. Cfr. per un brevissimo commento E. M. Álvarez González, *El Sistema Nacional de Salud como sistema: realidad y carencias*, in *Derecho y Salud*, Vol. 15, n. 1, ene.-jun. 2007, pp. 3-6. La necessità di riformare il CISNS era già stata segnalata da E. Cobreros Mendazona, *La coordinación sanitaria estatal y las Comunidades Autonomas*, cit., pp. 315-319.

¹⁷⁴ J. PemánGavín, *La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes*, in *Derecho y Salud*, Vol. 9, n. 1, 2001, pp. 105-106.

¹⁷⁵ Forti perplessità a riguardo sono state avanzate, fra gli altri, da J. L. Beltrán Aguirre, *Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos*, cit., e J. Pemán Gavín, *La culminación del proceso de descentralización de la sanidad española. El Sistema Nacional de Salud tras el cierre de la transferencias y la aplicación del nuevo sistema de financiación*, in *Informe Comunidades Autónomas 2001*, Institut de Dret Public, 2002.

¹⁷⁶ Un intervento legislativo di segno uguale e contrario sarà compiuto di lì a poco dalla legge 24/1997, di consolidamento e razionalizzazione del sistema di *Seguridad Social*, che includerà fra le prestazioni offerte da quest'ultima anche l'assistenza sanitaria nei casi di maternità, malattia comune o professionale e infortuni sul lavoro, definendo inoltre l'assistenza sanitaria come “*prestazione universale e non contributiva della Seguridad Social*”.

la Seguridad Social o fondos estatales adscritos a la sanidad”, con questo lasciando aperta l’alternativa fra il mantenimento del meccanismo vigente (artt. 79 ss. LGS) e il finanziamento a carico del prelievo fiscale generale, indipendente da qualunque forma di versamento contributivo-previdenziale. Nonostante che il r.d. 63/1995 “eluda¹⁷⁷” il problema del suo inquadramento normativo come disciplina propriamente sanitaria o della Seguridad Social, non si deve dimenticare che esso è comunque dettato anche in attuazione della clausola trasversale *ex art. 149.1.1 CE*, come affermato nelle motivazioni che precedono l’articolato e nella disp. ad. VI. Leggendo in quest’ottica la disp. ad. V del r.d., secondo la quale

“Lo dispuesto en este Real Decreto no afecta a las actividades y prestaciones sanitarias realizadas por las Comunidades Autónomas, con cargo a sus propios recursos o mediante precios, tasas u otros ingresos, con arreglo a sus Estatutos de Autonomía y normas de desarrollo”,

risulta chiaro l’intento di configurare le prestazioni enumerate come nucleo al tempo stesso essenziale e minimo garantito a tutta la popolazione, tramite finanziamenti statali, lasciando al tempo stesso la possibilità alle CCAA di istituire prestazioni addizionali da finanziarsi mediante entrate proprie¹⁷⁸. Come sappiamo, il margine di manovra autonomico non è però identico per tutte le CCAA: le CCAA cd. “della via lenta” (*ex art. 143 CE*) non hanno ancora ricevuto il trasferimento delle competenze. Per permettere che ciò avvenga e che si compia così il disegno originario della LGS, occorre che gli Statuti di autonomia siano adeguatamente modificati, come avverrà infatti fra il 1996 e il 1999. Ancora una volta, però, è riscontrabile una differenza importante fra il percorso seguito dalle CCAA storiche e assimilate e le altre CCAA: se infatti le prime sono fin da subito abilitate ad esercitare competenze di sviluppo legislativo in materia di assistenza sanitaria nel quadro della materia “*sanità*” per come delimitata dagli artt. 148.1.21 e 149.1.16 CE, le CCAA *ex art. 143 CE* ottengono questa abilitazione assumendo competenze in materia di *assistenza sanitaria della Seguridad Social* (art. 149.1.17 CE) e preparando così il terreno al trasferimento dei centri gestiti dall’INSALUD¹⁷⁹.

¹⁷⁷ L’espressione è di J. L. Beltrán Aguirre, *¿Sistema Nacional de Salud o asistencia sanitaria de la Seguridad Social?*, *cit.*, p. 30.

¹⁷⁸ J. PemánGavín, *La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes*, *cit.*, p. 100.

¹⁷⁹ Questa soluzione, sebbene forse l’unica praticabile, non ha mancato di sollevare forti critiche da parte di alcuni settori della dottrina; si veda in proposito J. L. Beltrán Aguirre, *Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad*, in *Derecho y Salud*, Vol. 10, n. 1, 2002, pp. 17-19.

Resta tuttavia da risolvere il nodo del finanziamento delle prestazioni: il percorso (pure incerto, ma ormai piuttosto nettamente tracciato) verso l'universalizzazione del diritto all'assistenza sanitaria richiede infatti l'eliminazione di qualunque forma contributivo-previdenziale per realizzare così il passaggio ad un finanziamento da effettuarsi a carico del prelievo fiscale generale e contemporaneamente responsabilizzare le CCAA per la gestione *anche* finanziaria dei servizi sanitari che ad esse saranno trasferiti. La soluzione è quindi quella di incorporare il finanziamento della sanità pubblica all'interno del quadro generale del finanziamento delle CCAA offerto dalla *Ley Organica de Financiación de las Comunidades Autónomas* (LOFCA, l.o. 8/1980) attraverso la l.o. 7/2001 che la modifica recependo l'accordo concluso tra Stato e CCAA alla metà del 2001. Il nuovo meccanismo prevede quindi che i servizi di assistenza sanitaria siano finanziati principalmente attraverso: a) il *Fondo general*, corrispondente ad una quota del gettito proveniente dai tributi ceduti alle CCAA, ripartita fra le varie CCAA in base a criteri demografici e calcolata con riferimento all'anno 1999, adottato come anno riferimento per ogni successivo aggiustamento; b) il *Fondo de suficiencia*, destinato a coprire la differenza fra le risorse provenienti dal gettito fiscale autonomico e le reali necessità di spesa di ciascuna CA; c) alcuni fondi speciali, tra cui spiccano, per la loro finalità perequativa, il *Fondo de cohesión sanitaria* (finalizzato a coprire per ciascuna CA l'assistenza sanitaria prestata agli stranieri residenti e ai cittadini spagnoli temporaneamente collocati in una CA diversa da quella di residenza, regolato dal r.d. 1207/2006) e le *asignaciones de nivelación* (assegnazioni complementari *ex art.* 158.1 CE, trasferite alle CCAA che non riescano tramite il *Fondo general* e i tributi propri a coprire la spesa corrispondente ai livelli minimi delle prestazioni sanitarie)¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Si segnala inoltre che, pure nel quadro rinnovato di un finanziamento incentrato sul prelievo fiscale generale, permane un elemento di continuità, ancorato alla *Seguridad Social*. Secondo il denominato "principio di condizionamento" (*principio de afectación*), le CCAA sono infatti obbligate a destinare ogni anno all'assistenza sanitaria un determinato volume di risorse, da aggiornare a partire dalla quota di risorse destinate nell'anno 1999 al finanziamento delle competenze sanitarie (afferenti come si sa alla *Seguridad Social*), cosicché questo finanziamento sia distintamente individuabile in ragione della finalità perseguita (J. Tornos Más, *Sistema de seguridad social versus sistema nacional de salud*, in *Derecho y salud*, Vol. 10, n. 1, 2002, p. 9). Per ulteriori approfondimenti sul sistema di finanziamento della sanità pubblica delineato dalla riforma del 2001, si vedano J. Pemán Gavín, *La culminación del proceso de descentralización de la sanidad española. El Sistema Nacional de Salud tras el cierre de la transferencias y la aplicación del nuevo sistema de financiación*, cit., pp. 6 ss.; J. M. Cabasés, *La financiación sanitaria en el Sistema Nacional de Salud descentralizado*, in *Derecho y salud*, Vol. 10, n. 1, 2002, pp. 29-37; J. Zornoza Pérez, *La financiación del Sistema Nacional de Salud*, in L. Parejo, A. Palomar, M. Vaquer (eds.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, 2004, 253-283 e la bibliografia ivi citata.

Una volta riformati gli Statuti di autonomia delle CCAA *ex art.* 143 CE e rimodellato il sistema di finanziamento dell'assistenza sanitaria pubblica tramite il suo inquadramento nel meccanismo di finanziamento generale autonomico delineato dalla LOFCA, è possibile dunque procedere al trasferimento dei servizi, centri e funzioni in materia di assistenza sanitaria ancora gestiti dall'INSALUD e pertanto legati alla *Seguridad Social*. Il 1 gennaio 2002 entrano finalmente in vigore i decreti reali 1471-1480/2001¹⁸¹. Si completa così il percorso tracciato circa quindici anni prima dalla LGS: integrati nel SNS tutti i servizi sanitari autonomici, l'INSALUD cessa di esistere¹⁸². Se però parte della dottrina dà ormai per concluso il processo di separazione tra assistenza sanitaria e *Seguridad Social*¹⁸³, altri Autori¹⁸⁴ evidenziano i molti profili che ancora non consentono di parlare di piena universalizzazione del diritto all'assistenza sanitaria: troppi sono ancora i soggetti esclusi dall'accesso ai servizi offerti dal SNS, magari perché affiliati a regimi previdenziali speciali ancora in vigore; la legislazione in materia sanitaria è ancora troppo caotica e necessita di importanti aggiornamenti sulla base dei recenti cambiamenti strutturali occorsi al SNS; infine, la presenza di ormai diciassette Sistemi Autonomici di Salute, tutti aperti a legittime differenziazioni, richiede un potenziamento dei compiti statali di coordinamento. La *Ley de Cohesión y Calidad del SNS* tenderà nel 2003 di affrontare le varie questioni ancora aperte.

2.2.2.4. *La Ley de Cohesión y Calidad (2003), la valorizzazione del coordinamento e la definizione del contenuto del diritto all'assistenza sanitaria.*

Gli anni Duemila si aprono nel segno di una marcata soggettivizzazione degli interventi legislativi in materia di diritto all'assistenza sanitaria¹⁸⁵. Da un lato infatti, viene promulgata, significativamente in attuazione dell'art. 149.1.1 CE, la legge

¹⁸¹ L. Bohígas, *La Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud*, in *Gaceta Sanitaria*, vol. 17, n. 4, 2003, p. 317, critica la disparità di trattamento riscontrabile nel trasferimento in blocco delle competenze alle dieci CCAA cd. "della via lenta", rispetto a quanto avvenuto con le sette CCAA storiche ed assimilate, per le quali il trasferimento era stato negoziato bilateralmente.

¹⁸² Rimane oggi l'*Instituto Nacional de Gestión Sanitaria* (INGESA) per la gestione dei servizi di assistenza sanitaria delle città autonome di Ceuta e Melilla, alle quali non è stata trasferita alcuna competenza in materia.

¹⁸³ J. Tornos Más, *cit.*, pp. 4 ss..

¹⁸⁴ J. PemánGavín, *La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes*, *cit.*, pp. 107 ss.; Id., *La culminación del proceso de descentralización de la sanidad española*, *cit.*, pp. 25 ss. in particolare.

¹⁸⁵ La constatazione è di T. de la Quadra-Salcedo, *Igualdad, derechos de los pacientes y cohesión del Sistema Nacional de Salud*, in L. Parejo, A. Palomar, M. Vaquer (coords.), *op. cit.*, p. 12.

41/2002, “*básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*” (LAP), nella quale si assiste alla compenetrazione fra le due prospettive soggettive astensiva e pretensiva del diritto individuale alla protezione della salute (brevemente descritte *retro*, par. 2.1, lett. a). Il diritto riconosciuto nel comma 1 dell’art. 43 CE, nella sua veste di vero e proprio diritto di libertà, consente infatti di attrarre a sé tutta una serie di corollari che favoriscono e potenziano l’esercizio delle posizioni giuridiche connesse alla fruizione della prestazione assistenziale, come i diritti di informazione sanitaria, autonomia e riservatezza affermati e disciplinati in dettaglio dalla legge 41/2002¹⁸⁶.

Dall’altro lato, come accennato, si approfondiscono i meccanismi di coordinamento e garanzia di unità del SNS, come conseguenza della conclusione del processo di decentramento in materia di assistenza sanitaria, con l’obiettivo di assicurare uguali condizioni di base nel godimento del diritto alla protezione della salute pur facendo salvi gli ormai ampi margini di differenziazione autonomici. Due sono essenzialmente gli ambiti di maggior interesse per il presente lavoro¹⁸⁷ sui quali interviene la *Ley de Cohesión y Calidad del SNS 16/2003 (LCC)*: in primo luogo, si occupa del contenuto del diritto all’assistenza sanitaria, definendo il catalogo delle prestazioni del SNS e rinviando ad una successiva Carta dei servizi la definizione concreta e dettagliata (anche da un punto di vista tecnico) delle stesse; in secondo luogo, riorganizza la funzione di coordinamento, di esclusiva spettanza statale ex art. 149.1.16 CE, incidendo in modo consistente sulla struttura e sui compiti del *Consejo Interterritorial del SNS*. I due profili affrontati sembrano dunque strettamente complementari, proponendosi di affrontare il tema dell’uguaglianza nel godimento del diritto all’assistenza sanitaria tanto da un punto di vista soggettivo, definendone il contenuto *básico*, quanto da un punto di vista oggettivo, coordinando le decisioni fra gli attori politico-istituzionali coinvolti ai vari livelli territoriali.

Prima di ripercorrere in sintesi i tratti principali della LCC, occorre segnalare che, nonostante la disp. fin. I indichi come titoli competenziali di riferimento gli artt. 149.1.1, 149.1.16 e 149.1.17 CE, la dottrina afferma un ormai irreversibile assorbimento

¹⁸⁶ Per approfondimenti sul contenuto della LAP, si rimanda al contributo di J. Pemán Gavín, *Reflexiones en torno a la regulación básica de los derechos de los pacientes en la Ley 41/2002, de 14 noviembre*, in Id., *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, op. cit., pp. 255-314.

¹⁸⁷ Il contenuto della legge è in realtà estremamente eterogeneo, stante la volontà di adeguare il SNS all’avvenuta conclusione del processo di trasferimento dell’assistenza sanitaria dallo Stato alle CCAA. Essa si occupa dunque anche di salute pubblica, personale sanitario, ricerca scientifica e medica, disciplina del settore farmaceutico, sistema di informazione del SNS, pianificazione e qualità del SNS.

dell'assistenza sanitaria della *Seguridad Social* all'interno dell'assistenza sanitaria *ex artt. 149.1.16 e 43 CE*¹⁸⁸. L'ormai aperta vocazione universalistica del SNS è ribadita infatti proprio dai suoi articoli di apertura: *l'aseguramiento universal y público por parte del Estado* del diritto alla protezione della salute è indicato fra i principi che informano la LCC (art. 2.1 lett. a) e successivamente ripreso al momento di indicare i titolari del diritto, ovvero tutti gli spagnoli e gli stranieri residenti nei termini della LO 4/2000, tutti i cittadini di Stati membri dell'Unione Europea e di altri Stati, in base ai trattati sottoscritti ed applicati dalla Spagna (art. 3.1 LCC). Il documento amministrativo di riferimento per ciascun utente sarà la tessera sanitaria disciplinata dall'art. 57 LCC e successivamente regolamentata dal r.d. 183/2004.

A tutti i soggetti indicati come titolari saranno garantite le prestazioni sanitarie, inerenti a specifici settori indicati dalla legge¹⁸⁹, definite dall'art. 7 LCC come

“servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos”

e ricomprese in un catalogo delle prestazioni, finalizzato a garantire “*las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención*”. L'effettività delle prestazioni è subordinata alla adozione in seno al CISNS e alla successiva promulgazione mediante real decreto, di una Carta dei Servizi, ovvero

“el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias”

dalla quale saranno escluse tutte quelle tecniche o misure la cui efficacia scientifica non sia stata sufficientemente comprovata e che sarà soggetta ad aggiornamento periodico¹⁹⁰. Dopo un periodo transitorio nel quale (come previsto dalla disp. trans. unica della LCC) è rimasto in vigore il vecchio r.d. 63/1995, la *Cartera de Servicios Comunes* è stata infine approvata con r.d. 1030/2006. In ossequio al dettato dell'art. 20.2 LCC, essa rinvia alle carte dei servizi autonome, che dovranno adottare

¹⁸⁸ T. de la Quadra-Salcedo, *cit.*, p. 24. Critico verso la menzione del titolo di cui all'art. 149.1.17 CE J. L. Beltrán Aguirre, *Anotaciones a la ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud*, in *Derecho y salud*, Vol. 11, 2003, pp. 125-126. Non convinta dell'avvenuta separazione dell'assistenza sanitaria dalla *Seguridad Social* è invece E. M. Álvarez González, *cit.*, p. 25.

¹⁸⁹ Ovvero (art. 7.2 LCC) salute pubblica, assistenza primaria, assistenza specializzata, assistenza sociosanitaria, assistenza d'urgenza, prestazioni farmaceutiche, ortoprotesiche, prodotti dietetici e trasporto sanitario.

¹⁹⁰ Parte della dottrina ha sottolineato che tra il catalogo delle prestazioni e la Carta dei Servizi non pare essere riscontrabile una particolare differenza concettuale, quanto piuttosto una differenza nel grado di concretezza che anima le due fonti normative considerate; J. Pemán Gavín, *La nueva configuración del Sistema Nacional de Salud tras la Ley de cohesión y calidad (ley 16/2003, de 28 de mayo)*, in *Id., Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud, op. cit.*, pp. 236-237.

quantomeno il contenuto della Carta comune, ferma restando la possibilità di inserire ulteriori prestazioni in essa non previste, con l'impegno di farvi fronte attraverso risorse proprie, ulteriori rispetto a quelle trasferite nel quadro del meccanismo di finanziamento generale delle CCAA e finalizzate a coprire i costi delle prestazioni incluse nella Carta dei servizi comuni¹⁹¹. L'art. 7.3 LCC ricorda infine che tutte le prestazioni incluse nel catalogo e specificate nella Carta dei Servizi saranno erogate in ossequio a quanto stabilito dalla LAP (l. 41/2002).

Per quanto riguarda invece la revisione dei meccanismi di coordinamento¹⁹², occorre fin da subito segnalare l'importante riforma della composizione del CISNS, definito dall'art. 69 LCC

“órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios de salud entre ellos y con la Administración del Estado, que tiene como finalidad promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud a través de la garantía efectiva y equitativa de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado”,

nel quale adesso siedono, in modo paritario¹⁹³, il Ministro della Salute e i diciassette consiglieri autonomici per la sanità. Le numerosissime funzioni del CISNS, notevolmente ampliate rispetto a quanto previsto dalla LGS, sono raggruppate dall'art. 71 in quattro categorie (funzioni essenziali nella configurazione del SNS, funzioni di consulenza, pianificazione e valutazione all'interno del SNS, coordinamento, cooperazione fra Stato e CCAA). Negli ambiti ivi contenuti ed in altri disciplinati da altre norme della LCC (riconducibili a settori quali informazione e qualità del sistema, pianificazione e cooperazione, definizione del contenuto del diritto tramite l'aggiornamento della Carta dei Servizi Comuni), il CISNS potrà adottare *per consenso* (art. 73.2 LCC), e non a maggioranza, accordi vincolanti sotto forma di raccomandazioni, mentre in altri (ad es., ricerca medica o statistica) svolgerà una mera

¹⁹¹ Ciò risulta dal combinato disposto degli artt. 10 e 20.2 LCC e 11.2 rd. 1030/2006. Gli artt. 23-29 LCC si preoccupano inoltre di stabilire una serie di garanzie nella prestazione dei servizi afferenti al catalogo delle prestazioni: esse riguardano l'accessibilità alle prestazioni in condizioni di effettiva uguaglianza, la possibilità di accedere alle prestazioni sanitarie indipendentemente dalle condizioni materiali del luogo di residenza, un tempo massimo di attesa per l'accesso alle prestazioni sanitarie, nonché una serie di garanzie di informazione e la garanzia di ottenere la prestazione necessaria in condizioni di sicurezza.

¹⁹² Ritenuta assolutamente necessaria, anche alla luce di gravi difetti di funzionamento dei meccanismi delineati dalla LGS: si pensi all'assoluta mancanza di alcuni interventi a livello statale: il famoso “piano integrato di salute” indicato nella legge del 1986 non è mai stato approvato, così come del resto i criteri generali di coordinamento, mentre gran parte degli accordi conclusi in seno al CISNS hanno carattere bilaterale e non multilaterale come sarebbe auspicabile. Per approfondimenti, si vedano le riflessioni di J. M. Sala Arquer, F. Villar Rojas, *Análisis de la cooperación en un sector determinado: la sanidad pública*, in *Derecho y salud*, Vol. 10, n. 1, ene.-jun. 2002, pp. 79 ss..

¹⁹³ Criterio che dimostra l'ormai avvenuto superamento di ogni differenza fra CCAA in base al titolo competenziale sulla scorta del quale esse hanno ricevuto il trasferimento di funzioni, secondo quanto nota T. de la Quadra-Salcedo, *cit.*, p. 29.

funzione consultiva¹⁹⁴. Dalla procedura di adozione per consenso sono esclusi gli accordi di sola *cooperazione*. Lo Stato esercita poi numerose altre attività di coordinamento, in relazione ad esempio alla informazione sanitaria, alla predisposizione di un sistema statistico e di piani integrali di salute (che comprendano tanto prevenzione e diagnosi quanto trattamento e riabilitazione) e di qualità, alla ricerca medica e agli interventi in materia di salute pubblica. Con l'obiettivo di assicurare un miglior coordinamento settoriale, la LCC favorisce altresì la creazione di strutture specializzate all'interno del Ministero della Sanità¹⁹⁵.

Il giudizio complessivo sulla LCC è per la dottrina maggioritaria decisamente positivo: la tenuta unitaria del sistema ne esce rafforzata, grazie al ruolo di primo piano affidato al CISNS, e le CCAA vedono notevolmente ampliate la propria quota di responsabilità nella gestione concreta non solo dei servizi autonomici di salute, ma anche del SNS nel suo complesso, tanto che un importante Autore ha persino parlato di vero e proprio “governo collegiale” della sanità spagnola¹⁹⁶. Tuttavia, molti aspetti della LCC rinviano a successivi interventi attuativi, rimessi essenzialmente alla volontà politica del momento¹⁹⁷; inoltre, manca ancora quella completa universalizzazione della copertura sanitaria che sembra essere inseguita, con alterne fortune, fin dall'epoca della LGS. Rimangono ancora esclusi dal SNS e dalla copertura da esso offerta alcuni istituti mutualistici, mentre restano affiliati alla *Seguridad Social* i funzionari civili dello Stato, il personale delle forze armate e dell'amministrazione della giustizia.

2.2.2.5. *Dal rafforzamento dell'uguaglianza (l. 33/2011, General de Salud Pública) all'inversione di rotta (r.d.l. 16/2012).*

Negli ultimi cinque-sei anni, il dibattito relativo ai diritti alla protezione della salute pare essersi nuovamente animato, a seguito di alcuni importanti episodi normativi, i cui riflessi sembrano destinati a proiettarsi con forza nell'immediato futuro.

¹⁹⁴ M. Vaquer Caballeria, *La coordinación y el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud*, in L. Parejo, A. Palomar, M. Vaquer (coords.), *op. cit.*, p. 124, al quale più in generale si rimanda per una importante digressione sulla natura giuridica dell'organo CISNS, vera e propria conferenza di settore *sui generis*, che l'Autore definisce come “órgano administrativo colegiado de creación legal, de colaboración interadministrativa multilateral y de relevancia política” (p. 126).

¹⁹⁵ Per un commento approfondito alle differenti competenze di coordinamento elencate per sommi capi, si rinvia a J. Pemán Gavín, *La nueva configuración del Sistema Nacional de Salud tras la Ley de cohesión y calidad (ley 16/2003, de 28 de mayo)*, *cit.*, pp. 197-207 in particolare.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 250.

¹⁹⁷ J. L. Beltrán Aguirre, *Anotaciones a la ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud*, *cit.*, p. 139.

Innanzitutto, gli Statuti di autonomia approvati dal 2006 in poi, particolarmente generosi nell'elencare una vasta gamma di "diritti sociali ed economici", riservano ampio spazio al diritto alla protezione della salute, approfondendone in particolare le due prospettive astensiva e pretensiva della dimensione individuale¹⁹⁸. Il punto di vista autonomico, tanto statutario quanto legislativo, arricchisce notevolmente il significato del diritto alla protezione della salute, contribuendo a tratteggiarne una fisionomia sempre più complessa, anche alla luce dei nuovi e sempre più rapidi sviluppi scientifici e dei mutamenti della sensibilità collettiva. L'efficacia e la natura giuridica dei diritti statutari sono però uscite fortemente ridimensionate a seguito delle due sentenze del Tribunal Constitucional 247/2007 e 31/2010 (v. *supra*, Parte II, Capitolo II, par. 3.4). Dagli Statuti riformati è altresì eliminato ogni riferimento alla competenza statale di alta

¹⁹⁸ E. Expósito, *La regulación de los derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía*, in *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n. 5, 2007, p. 186. Il contributo di quest'Autrice, redatto prima delle sentenze del Tribunal Constitucional relative agli Statuti valenziano e catalano e chiaramente favorevole all'inclusione di veri e propri diritti all'interno degli Statuti di autonomia, segnala che gli Statuti avrebbero di fatto convertito il generico dettato costituzionale in materia di diritto alla salute in veri e propri diritti soggettivi. Varie sono le soluzioni adottate dagli Statuti di recente approvazione. Così, da un lato lo Statuto della Comunità Valenciana rinvia qualunque ulteriore precisazione in merito *anche* al diritto alla protezione della salute ad una successiva carta dei diritti sociali (art. 10.2), mentre lo Statuto aragonese si limita a recepire alcune delle più evidenti conseguenze dell'interpretazione costituzionale e dello sviluppo legislativo in materia di diritto alla salute nell'art. 14, che ribadisce il diritto ad accedere ai servizi sanitari di qualità in condizioni di universalità ed uguaglianza, sottolineando l'impegno dei pubblici poteri autonomici per garantire un servizio sanitario pubblico che a tali principi si ispiri, nonché il pieno esercizio del diritto al consenso informato e alla manifestazione anticipata della propria volontà in ordine ai trattamenti medici che intendano ricevere. Più "audace" è invece l'art. 25 dello Statuto delle Isole Baleari, che oltre a riconoscere il contenuto classico del diritto alla protezione della salute per come ormai generalmente condiviso, vi aggiunge il diritto alle cure palliative, ad esprimere anticipatamente la propria volontà sul fine-vita, nonché ad un tempo massimo di attesa per l'accesso ai servizi e trattamenti sanitari, rinviando poi a successive leggi autonome per la definizione delle relative discipline concrete. Ancor più dettagliati ed esaustivi sul punto sono infine gli Statuti di Catalogna, Castilla-León e Andalusia, che in molti casi contengono numerose disposizioni fortemente innovative (e in taluni casi controverse). Lo Statuto catalano, ad esempio, include nel proprio art. 23 la gratuità dei servizi sanitari pubblici e una serie particolarmente dettagliata di diritti di informazione, riservatezza e libertà di scelta in ambito medico sanitario, ai quali si aggiunge il "diritto a vivere con dignità il processo della morte", articolato nei due commi dell'art. 20. Anche in questo caso, abbondano i rinvii a future leggi autonome incaricate di specificare i termini e modi di fruizione dei diritti riconosciuti. Parte della dottrina (C. Rosado Villaverde, *Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 13, 1^{er} semestre 2009, p. 170) nota poi che lo Statuto andaluso è il più completo sul punto che qui ci interessa, al quale dedica il sostanzioso art. 22. Tra i contenuti più originali e innovativi, anche nell'ottica di una futura evoluzione del diritto alla salute, si segnalano il diritto alla consulenza genetica e alla medicina predittiva, ad una seconda opinione su diagnosi e trattamenti medici, alla riservatezza dei propri dati anche genetici; l'art. 20 sancisce il diritto al testamento biologico. Infine, lo Statuto di Castilla-León riserva al "diritto alla salute" il comma 2 del proprio art. 13, arricchendone il contenuto classico con le principali innovazioni apportate dagli Statuti catalano e andaluso e sottolineando un impegno specifico a tutela della salute di coloro che sono affetti da malattie mentali o malattie croniche o invalidanti e che appartengano a gruppi sociali esposti a particolari rischi sanitari.

ispezione, che dunque è oggi esercitabile solo nei confronti di quelle CCAA che la riconoscano espressamente¹⁹⁹.

La *ley orgánica* 3/2009 e la *ley* 22/2009 hanno poi modificato il meccanismo di finanziamento delle CCAA, introducendo nella LOFCA la garanzia di un livello base di finanziamento dei servizi pubblici fondamentali (secondo l'art. 15.2, scuola, sanità e servizi sociali) per ciascuna CA (art. 2 lett. c) e il principio di corresponsabilità finanziaria tanto dello Stato quanto delle CCAA, ciascuna nel rispetto delle proprie competenze (art. 2 lett. d). Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, le CCAA vedono aumentato il novero dei tributi ceduti (ovvero imposti dallo Stato, ma trasferiti alle CAA, *ex art.* 10 LOFCA) e conseguentemente il potere di spesa e di gestione del volume di risorse così acquisito. Ciò non garantisce tuttavia la piena copertura del finanziamento dei servizi pubblici fondamentali: con riferimento al primo punto, dunque, l'eventuale differenza fra il fabbisogno effettivo di ciascuna CA e le risorse proprie sarà coperta dal *Fondo de suficiencia global*, destinato a finanziare tutte le competenze trasferite. Completano il quadro i due fondi di *cooperazione* e di *competitività* istituiti dagli artt. 22 e 23 della l. 22/2009, il primo finalizzato ad armonizzare lo sviluppo economico delle CCAA, il secondo ad incrementare l'efficienza e l'equità nel finanziamento delle necessità fondamentali di ciascuna CA, tramite l'assegnazione di risorse supplementari a quelle CCAA che abbiano un reddito medio pro capite inferiore alla media nazionale. Parte della dottrina ha giudicato positivamente la preoccupazione statale di assicurare "lo statuto giuridico fondamentale del diritto all'assistenza sanitaria"²⁰⁰ tramite un finanziamento basico uguale per tutte le CCAA, mentre altri commentatori hanno sottolineato la persistente asimmetria che ancora governa il sistema di finanziamento delle CCAA, dotate oggi di grande autonomia di gestione e di spesa, ma non di quella autonoma potestà impositiva più volte rivendicata da alcune CCAA²⁰¹. Ad affrontare alcuni degli aspetti problematici fin qui evidenziati prova nel 2011 la legge 33, *General de Salud Pública* (LGSP). Con specifica attenzione al punto di vista scelto per l'analisi fin qui condotta, si ritiene opportuno sottolineare innanzitutto che, ai sensi della sua disp. fin. IV, la legge ha natura di *norma básica*, dettata in applicazione del *solo art.* 149.1.16 CE. L'assenza di

¹⁹⁹ E. Cobrerros Mendazona, *Artículo 149.1.16ª*, in M. E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (dirs.), *op. cit.*, p. 2378.

²⁰⁰ M. León Alonso, *op. cit.*, p. 495.

²⁰¹ Questo il giudizio di G. G. Carboni, *Il federalismo fiscale dinamico in Spagna*, in www.federalismi.it, 5 maggio 2010, al quale si rinvia per un esame più esaustivo della riforma finanziaria del 2009.

riferimenti all'assistenza sanitaria della *Seguridad Social*, la nozione estremamente ampia di *salud pública*, che codifica l'ormai consolidata definizione dottrinale e i suggerimenti offerti dai tecnici consultati²⁰² e la centralità del principio di uguaglianza (art. 3.1 lett. a e art. 6 LGSP), sono i principali indici a conferma della volontà politica di procedere ad una definitiva universalizzazione del diritto all'assistenza sanitaria. Tale intento è infatti esplicitato dalla disp. ad. VI LGSP, che al comma primo lo estende a tutti gli spagnoli, residenti sul territorio nazionale, ai quali tale diritto non sia riconosciuto da altre norme dell'ordinamento. Il contenuto minimo del diritto così esteso sarà corrispondente a quanto previsto dalla Carta dei Servizi Comuni del SNS. L'estensione sarà efficace a partire dal 1 gennaio 2012 per coloro che abbiano esaurito il sussidio di disoccupazione (altrimenti sprovvisti di qualunque via d'accesso al SNS); tuttavia, e discutibilmente in linea di principio, per le altre categorie interessate (ad es., i lavoratori autonomi) essa si realizzerà *gradualmente, in considerazione dell'evoluzione dei conti pubblici*. Le tre categorie tradizionalmente escluse dal SNS perché soggette ad altro regime mutualistico (funzionari pubblici, delle forze armate e dell'amministrazione della giustizia) manterranno il proprio regime differenziato, ma i rispettivi istituti previdenziali saranno tenuti a garantire ai propri iscritti il contenuto della Carta dei Servizi Comuni (disp. ad. IV LCC, come modificata dalla disp. fin. II LGSP).

In tempi recentissimi, la configurazione universalistica del diritto all'assistenza sanitaria e dello stesso SNS è stata tuttavia radicalmente messa in discussione dalle misure urgenti adottate dal Governo con il *real decreto ley* 16/2012, in vigore dal 1 settembre 2012, che, sulla scorta dell'incremento inarrestabile della spesa sanitaria²⁰³ e delle pressioni esercitate sui conti pubblici spagnoli dalla crisi economica in atto, arriva a capovolgere i presupposti che sorreggono la titolarità del diritto in esame. Tralasciando qui ogni considerazione in merito all'opportunità di adottare un

²⁰² Secondo l'art. 1.2 LGSP, "La salud pública es el conjunto de actividades organizadas por las Administraciones públicas, con la participación de la sociedad, para prevenir la enfermedad así como para proteger, promover y recuperar la salud de las personas, tanto en el ámbito individual como en el colectivo y mediante acciones sanitarias, sectoriales y transversales". Una simile definizione era già stata proposta dal rapporto informativo commissionato dal Governo alla *Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria* (SESPAS). Le conclusioni del gruppo di lavoro possono leggersi nell'articolo a cura di R. Urbanos, *Recomendaciones para una futura Ley de Salud Pública en España*, in *Gaceta Sanitaria*, Vol. 24, n. 1, 2010, pp. 89-94.

²⁰³ Si veda al riguardo il contributo di B. Díaz Díaz, *La dimensión económica de la protección de la salud: tendencias en materia de gasto sanitario*, in J. Tomillo Urbina, J. Cayón de las Cuevas, *Estudios sobre derecho de la salud. Selección de intervenciones en el III Encuentro Interautonómico sobre protección jurídica del paciente como consumidor*, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 469-489.

provvedimento tanto complesso quanto incisivo per mezzo di una fonte governativa, eludendo in tal modo ogni confronto parlamentare, è sorprendente il cambio di passo che emerge dall'art. 1 di tale decreto legge. Esso sostituisce l'art. 3 LCC, nel quale si affermava il diritto all'assistenza sanitaria di tutti gli spagnoli e di tutti gli stranieri residenti sul territorio nazionale, con un nuovo articolo rubricato “*Della condizione di assicurato*”, secondo il quale l'assistenza sanitaria in Spagna verrà erogata solo a coloro che dimostrino la condizione di assicurato e che siano dunque lavoratori dipendenti o autonomi affiliati alla *Seguridad Social*, pensionati della *Seguridad Social*, percettori di altre prestazioni erogate dalla medesima oppure, per i disoccupati, aver esaurito il sussidio di disoccupazione ed essere iscritti nelle liste di collocamento. I cittadini spagnoli e quelli stranieri regolarmente residenti che non soddisfino le condizioni sopra descritte potranno usufruire dell'assistenza sanitaria solo dimostrando di percepire un reddito inferiore ad una soglia da stabilirsi mediante successivo regolamento. Saranno invece *beneficiari* di un assicurato (ed avranno quindi diritto all'assistenza sanitaria pubblica) il coniuge di un assicurato, i figli minori di ventisei anni o con invalidità pari o superiore al 65%. Tutti coloro che non soddisfano le condizioni elencate sono di fatto esclusi dall'assistenza sanitaria pubblica, a meno che non paghino la prestazione corrispondente a seguito della stipulazione di un accordo speciale. Gli stranieri irregolari avranno diritto all'assistenza sanitaria solo in casi di estrema gravità, gravidanza, o minore età (art. 3-ter LCC come modificato dal r.d.l. 16/2012). Si modifica inoltre la struttura della Carta dei Servizi comuni, affiancando ad una Carta comune di base, le cui prestazioni sono gratuite, una carta complementare ed una carta dei servizi accessori, le cui prestazioni sono invece soggette a meccanismi di compartecipazione alla spesa da parte degli utenti (cfr. i nuovi artt. 8, 8-bis, 8-ter, 8-quater e 8-quinquies LCC come modificati dal r.d.l. 16/2012). Escludendo ampie categorie della popolazione dall'assistenza sanitaria pubblica, rivedendo le condizioni di accesso ad essa e incrementando notevolmente i meccanismi di compartecipazione alla spesa sanitaria grazie ad una revisione del catalogo di prestazioni concretizzato nella Carta dei Servizi, il r.d.l. 16/2012 segna a detta di molti commentatori la fine dell'universalità del diritto all'assistenza sanitaria in Spagna²⁰⁴.

²⁰⁴ Tra i contributi più facilmente reperibili si segnalano A. García Rada, *New legislation transforms Spain's health system from universal access to one based on employment*, in *British Medical Journal*, 2012, 344; N. Amarilla, *Un real decreto para gobernarlos a todos*, in *Actualidades del derecho sanitario*, n. 195, 2012, pp. 436-440; J. J. Solozábal Echavarría, *El tiempo de la precipitación*, in *El País*, 1 maggio 2012, http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/04/30/actualidad/1335812296_924515.html.

L'attuazione delle "misure urgenti" approvate dal Governo ha dato luogo a reazioni differenziate fra le varie CCAA, alcune delle quali hanno ad esempio rifiutato di dare seguito alle disposizioni relative all'assistenza sanitaria degli stranieri²⁰⁵. Asturie, Andalusia e Navarra hanno inoltre impugnato il r.d.l. 16/2012 di fronte al Tribunal Constitucional (ricorsi nn. 4530-2012, 4585-2012, 4123-2012), che ha ammesso tutti e tre i *recursos de inconstitucionalidad*.

Il giudice delle leggi spagnolo potrebbe dunque essere determinante nel definire concretamente i limiti entro i quali il legislatore può riconfigurare il contenuto di un diritto sociale senza snaturarlo, arretrando di conseguenza la relativa soglia di tutela.

²⁰⁵ Così la Comunità Valenciana: J. Prats, *Valencia prolonga la atención sanitaria a los 'sin papeles'*, in *El País*, 10 luglio 2012, consultabile alla pagina web sociedad.elpais.com/sociedad/2012/07/10/actualidad/1341949201_354304.html

BIBLIOGRAFIA

- Adagio, C., Botto, A., *Storia della Spagna democratica. Da Franco a Zapatero*, Bruno Mondadori, 2006.
- Aicardi, N., *La sanità*, in Cassese, S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Tomo I, Giuffrè, 2003, pp. 625-710.
- Aja, E., *El artículo 149.1.1 de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social*, in *La función del artículo 149.1.1 CE en el sistema de distribución de competencias. Seminario celebrado en Barcelona el 7 de junio de 1991*, Institut d'Estudis Autònoms, 1991, pp. 27-46.
- Aja, E., *L'eguaglianza dei diritti in Spagna. Con particolare riferimento alla competenza dello Stato di regolare le condizioni fondamentali che garantiscono la eguaglianza dei cittadini (art. 149, c. 1, n. 1 CE)*, in Rolla, G. (a cura di), *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati. Atti del convegno dell'Associazione Italiana di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo (Pontignano, Università degli Studi di Siena, 10-11 maggio 2002)*, Giappichelli, 2003, pp. 163-176.
- Akandji-Kombe, J.-F., *Avant-propos sur l'inscription des droit sociaux dans la Convention européenne des droits de l'homme. Préalables méthodologiques sur la justiciabilité des droits sociaux*, in *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, n. 3, 2004, pp. 83-91.
- Akandji-Kombé, J.-F., *Charte sociale européenne et Convention européenne des droits de l'homme: quelles perspectives pour les 10 prochaines années?*, intervento al *Seminar to mark the 10th anniversary of the Revised Charter*, Consiglio d'Europa, 3 maggio 2006, consultabile in http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/presentation/10Anniversary/AkandjeKombe10Anniv_fr.asp
- Akandji-Kombe, J.-F., *Le droit à la non-discrimination vecteur de la garantie des droits sociaux*, in F. Sudre, H. Sirel (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention Européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2008, pp. 183-196.
- Alpa, G., *Salute (diritto alla)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice IV, UTET, 1986, pp. 913-921.
- Álvarez Conde, E., *La legislación básica del Estado como parámetro de validez de la normativa autonómica*, in *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 2, jul.-dic. 2004, pp. 24-42.
- Álvarez Conde, E., *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, Iustel, 2007.
- Álvarez González, E. M., *El Sistema Nacional de Salud como sistema: realidad y carencias*, in *Derecho y Salud*, Vol. 15, n. 1, ene.-jun. 2007, pp. 1-28.
- Amarilla, N., *Un real decreto para gobernarlos a todos*, in *Actualidades del derecho sanitario*, n. 195, 2012, pp. 436-440.
- Amato, G., *Regioni e assistenza sanitaria: aspetti costituzionale*, in *Problemi della sicurezza sociale*, n. 3, 1969, pp. 547-557.
- Andreis, M., *La tutela giurisdizionale del diritto alla salute*, in Pezzini, B., Gallo, C. E. (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Giuffrè, 1998, pp. 193-235.
- Aparicio Pérez, M. Á., Barceló i Serramalera, M., *Manual de derecho constitucional*, Atelier, 2009.

- Aparicio Pérez, M. Á., *El Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, in Cámara Villar, G., Cano Bueso, J., (eds. y coords.), *Estudios sobre el estado social. El estado social y la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Tecnos, 1993, pp. 47-71.
- Aparicio, M. Á., Barceló i Serramalera, M., *Marco general. Los derechos públicos estatutarios*, in Aparicio, M. Á. (ed.), Castellá Andreu, J. M^a., Expósito, E., (coords.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, 2008, pp. 13-35.
- Aragón Reyes, M., *Artículo 1*, in Casas Baamonde, M. E., Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Fundación Walters-Kluwer España, 2009, pp. 25-52.
- Aragón, M., *Los problemas del Estado social*, in *Sistema*, 118-119, 1994, pp. 23-32.
- Assemblea Costituente, seduta del 9 settembre 1946, I Sottocommissione, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. VI*, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, 1971.
- Assemblea Costituente, seduta del 2 ottobre 1946, I Sottocommissione, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. VI*, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, 1971.
- Assemblea Costituente, seduta del 25 ottobre 1946, Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. VI*, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, 1971.
- Assemblea Costituente, seduta del 28 novembre 1946, Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. VI*, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, 1971.
- Assemblea Costituente, seduta del 4 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. I*, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, 1970.
- Assemblea Costituente, seduta del 5 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. I*, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, 1970.
- Assemblea Costituente, seduta del 8 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. I*, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, 1970.
- Assemblea Costituente, seduta del 17 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. I*, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, 1970.
- Assemblea Costituente, seduta del 24 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. II*, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, 1970.
- Assemblea Costituente, seduta del 19 aprile 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. II*, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, 1970.
- Assemblea Costituente, seduta del 21 aprile 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. II*, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, 1970.

- Assemblea Costituente, seduta del 22 aprile 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. II*, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, 1970.
- Assemblea Costituente, seduta del 23 aprile 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. II*, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, 1970.
- Assemblea Costituente, seduta del 24 aprile 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. II*, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, 1970.
- Assemblea Costituente, seduta dell'8 luglio 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. Vol. II*, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, 1970.
- Balaguer Callejón, F. (coord.), Cámara Villar, G., Balaguer Callejón, M. L., Montilla Martos, J. A., *Manual de derecho constitucional (6ª ed.). Vol. II: Derechos y libertades fundamentales. Deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales.*, Tecnos, 2011.
- Balaguer Callejón, F. (coord.), Cámara Villar, G., Balaguer Callejón, M. L., Montilla Martos, J. A., *Manual de derecho constitucional (3ª ed.). Vol. I: Constitución y fuentes del derecho, derecho constitucional europeo, Tribunal Constitucional, Estado autonómico*, Tecnos, 2008.
- Balboni, E., *Gli standard strutturali delle istituzioni di assistenza tra livelli essenziali e principi fondamentali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, pp. 4333-4347.
- Balboni, E., *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione*, in *Le Regioni*, n. 6, 2003, pp. 1183-1199.
- Balboni, E., *Il concetto di "livelli essenziali e uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 6, 2001, pp. 1103-1111.
- Balboni, E., Rinaldi, P. G., *Livelli essenziali, standard e leale collaborazione*, in www.forumcostituzionale.it, 7 settembre 2006.
- Baldassarre, A., *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XII, Treccani, 1989.
- Baldassarre, A., *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XII, Treccani, 1989.
- Baldassarre, A., *Diritti sociali*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XII, Treccani, 1989.
- Baldassarre, A., *Libertà. I) Problemi generali*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XXI, Treccani, 1989.
- Baldassarre, A., *Proprietà*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XXVIII, Treccani, 1992.
- Balduzzi, R., *Alcune conclusioni: la difficile equivalenza dei sottosistemi sanitari regionali*, in Catelani, E., Cerrina Feroni, G., Grisolia, M. C., *Diritto alla salute fra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Giappichelli, 2011, pp. 150-163.
- Balduzzi, R., *Quanti sono i sistemi sanitari italiani? Un'introduzione*, in Balduzzi, R. (a cura di), *I servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenza di sistema*, Giuffrè, 2005, pp. 9-37.
- Balduzzi, R., *Salute (diritto alla)*, in Cassese, S., (dir.), *Dizionario di diritto pubblico. Vol. VI*, Giuffrè, 2006, pp. 5393-5402.
- Balduzzi, R., *Titolo V e tutela della salute*, Balduzzi, R., Di Gaspare, G. (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Giuffrè, 2002, pp. 11-34.

- Ballestrero, M. V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia bilancia il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, XII, n. 2, primavera 2008, pp. 371-392.
- Baño Leon, J. M., *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 24, sept.-dic., 1988, pp. 155-179.
- Barcelò i Serramalera, M., *Las declaraciones de derechos y deberes estatutarias. Especial referencia al Estatuto de Autonomía de Cataluña*, in Castellá Andreu, J. M^a, Olivetti, M. (coords.), *Nuevos Estatutos y reforma del Estado. Las experiencias de España e Italia a debate*, Atelier, 2009, pp. 135-150.
- Barceló i Serramalera, M., *Los efectos de la sentencia 31/2010 en el catálogo de derechos, deberes y principios del Estatuto de Autonomía de Cataluña: una desactivación más aparente que real*, in *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 12, marzo 2011, pp. 61-91.
- Barceló, M., *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*, Institut d'Estudis Autonòmics, Civitas, 1991.
- Barnés, J., *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1^a CE*, Institut d'Estudis Autonòmics, 2004.
- Belletti, M., *Diritti costituzionali e Regioni*, in Nania, R., Ridola, P., *I diritti costituzionali. Vol. III*, Giappichelli, 2006, pp.1051-1097.
- Belletti, M., *Il difficile rapporto tra "tutela della salute" ed "assistenza sanitaria". Percorsi di una prevalenza che diviene cedevole*, in www.forumcostituzionale.it, 7 settembre 2006.
- Beltrán Aguirre, J. L., *¿Sistema Nacional de Salud o asistencia sanitaria de la Seguridad Social?*, in *Ciudadanía sanitaria*, Vol. 1, 2007, pp. 27-39.
- Beltrán Aguirre, J. L., *Anotaciones a la ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud*, in *Derecho y salud*, Vol. 11, 2003, pp. 123-140.
- Beltrán Aguirre, J. L., *Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad*, in *Derecho y Salud*, Vol. 10, n. 1, 2002, pp. 15-28.
- Beltrán Aguirre, J.-L., *Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos*, in *Derecho y Salud*, Vol. 2, n. 1, ene.-dic. 1994, pp. 87-95.
- Benassi, D., *William Beveridge e il Piano del 1942: alle origini dei welfare state*, in Beveridge, W., *Alle origini del welfare state. Il Rapporto su Assicurazioni sociali e servizi assistenziali*, Franco Angeli, 2010, pp. 7-38.
- Beveridge, W., *Alle origini del welfare state. Il Rapporto su Assicurazioni sociali e servizi assistenziali*, Franco Angeli, 2010.
- Bickel, A. M., *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*, The Bobbs-Merrill Company, 1962.
- Bifulco, D., *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, 2003.
- Bifulco, R., *"Livelli essenziali", diritti fondamentali e statuti regionali*, in T. Groppi, M. Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, 2^a ed., Giappichelli, 2003, pp. 135-145.
- Bifulco, R., Cartabia, M., Celotto, A., *Introduzione*, in Bifulco, R., Cartabia, M., Celotto, A., (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Il Mulino, 2001.
- Bifulco, R., *Nuovi statuti regionali e («nuovi») diritti regionali*, in *Giurisprudenza italiana*, 8/9, 2001, pp. 1757-1763.

- Biglino Campos, P., *La reforma de los Estatutos de Autonomía: un problema que se desplaza, otro que se agudiza y otros por resolver*, in *Cortes. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 25, 2011, pp. 19-35.
- Bilancia, F., *Note critiche sul cd. "pareggio di bilancio"*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, n. 2, 2012, 17 aprile 2012.
- Bin, R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992.
- Bin, R., *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, n. 14, 2000, pp. 15-25.
- Blanco Valdés, R. L., *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, 2a ed. (a cura di Iacometti, M.), Giappichelli, 2009.
- Bobbio, N., *Diritti dell'uomo e società*, in Bobbio, N., *L'età dei diritti*, Einaudi, 2009, pp. 66-85.
- Bobbio, N., *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, 2009.
- Bobbio, N., *Sui diritti sociali*, in Neppi Modona, G. (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Einaudi, 1996, pp. 115-124.
- Böckenförde, E. W., *I diritti sociali fondamentali nella struttura della Costituzione*, in Böckenförde, E. W., *Stato, Costituzione, Democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, (a cura di Nicoletti, M., Brino, O.), Giuffrè, 2006, pp. 189-207.
- Bohígas, L., *La Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud*, in *Gaceta Sanitaria*, vol. 17, n. 4, 2003, pp. 316-318.
- Borrajo Dacruz, E., *Artículo 43. Protección de la salud*, in Alzaga Villaamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978. Vol. IV*, Edersa, 1996, pp. 167-203.
- Brancasi, A., *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali: note esegetiche sul nuovo art. 119 Cost.*, in *Le Regioni*, a. XXXI, n. 1, febbraio 2003, pp. 41-115.
- Briggs, A., *The welfare state in historical perspective*, in *Archives Européennes de Sociologie*, vol. II, 1961, pp. 221-258.
- Bruno, A. S., *La identificazione dei LEP come clausola di «non retrocessione»*, in Campanelli, G., Carducci, M., Grasso, N., Tondi della Mura, V. (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Giappichelli, 2010, pp. 247-256.
- Caamaño, F., *Sí, pueden. (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, ene.-abr. 2007, pp. 33-46.
- Cabasés, J. M., *La financiación sanitaria en el Sistema Nacional de Salud descentralizado*, in *Derecho y salud*, Vol. 10, n. 1, 2002, pp. 29-37.
- Cabellos Espiérrez, M. Á., *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, CEPC, 2001.
- Cabellos Espiérrez, M. Á., *La regulación de los derechos: el papel del Estado y de las Comunidades Autónomas a partir del artículo 149.1.1 CE*, in *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*, Institut d'Estudis Autònoms, 2007, pp. 83-112.
- Cabellos Espiérrez, M. Á., *La relación derechos-Estado autonómico en la sentencia sobre el Estatuto Valenciano*, in *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 7, octubre 2008, pp. 106-144.

- Calamandrei, P., *Costituzione e questione sociale*, articolo originariamente pubblicato nel 1946 su *Il Ponte*, oggi in P. Calamandrei, *Lo Stato siamo noi*, Chiarelettere, 2011, pp. 47-54.
- Calamandrei, P., *L'avvenire dei diritti di libertà*, introduzione a F. Ruffini, *Diritti di libertà*, 2^a edizione, La Nuova Italia, 1946 (rist. anast. 1975), pp. VII-LVI.
- Canotilho Gomez, J. J., *Il diritto costituzionale portoghese*, (a cura di Orrù, R.), Giappichelli, 2006.
- Caravita di Toritto, B., *Art. 81 Cost., stato sociale e intervento della Corte Costituzionale*, in *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81, u.c. della Costituzione*, Giuffrè, 1993, pp. 225-230.
- Caravita di Toritto, B., *Salute e federalismo fiscale*, in Catelani, E., Cerrina Feroni, G., Grisolia, M. C., *Diritto alla salute fra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Giappichelli, 2011, pp. 75-82.
- Caravita, B., *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, n. 2, 1984, pp. 21-60.
- Carboni, G. G., *Il federalismo fiscale dinamico in Spagna*, in www.federalismi.it, 5 maggio 2010.
- Caretti, P., De Siervo, U., *Istituzioni di diritto pubblico*, 6^a ed., Giappichelli, 2002.
- Caretti, P., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, 2^a edizione, Giappichelli, 2005.
- Caretti, P., *I diritti sociali nella Costituzione italiana e gli strumenti di garanzia*, in Facury Scaff, F., Romboli, R., Revenga, M., (a cura di), *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali: prima giornata internazionale di diritto costituzionale: Brasile, Spagna, Italia*, Giuffrè, 2009, pp. 54-68.
- Caretti, P., *La disciplina dei diritti fondamentali è materia di riservata alla Costituzione*, in *Le Regioni*, a. XXXIII, n. 1-2, febbraio-aprile 2005, pp. 27-29.
- Carlassare, L., *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in Alessi, R. (a cura di), *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. L'ordinamento sanitario. I. L'amministrazione sanitaria*, Neri Pozza Editore, 1967, pp. 105-117.
- Carrillo Salcedo, J. A., *Protección de derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales*, in *Revista de instituciones europeas*, 1991, n. 2 (mayo-agosto), pp. 431-453.
- Cartabia, M., *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, 2010, pp. 221-245.
- Casajo Castro, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- Cassese, A., *I diritti umani oggi*, Laterza, 2009.
- Castellá Andreu, J. M^a., 3. *La Constitución territorial*, in Escobar Roca, G. (coord.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 376-403.
- Castellá Andreu, J. M^a., *Apuntes sobre los preámbulos y sus valor jurídico*, relazione al seminario *El control constitucional del preámbulo* (12 novembre 2009), promosso dalla *Fundación Ciudadanía y Valores*, consultabile alla pagina web http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1258391838_josep_maria_castella.pdf

- Castellá Andreu, J. M^a., *Derechos en la STC 31/2010: ¿rectificación o depuración de la doctrina del Tribunal Constitucional en la sentencia 247/2007?*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 16, 2º semestre 2010, pp. 261-299.
- Catelani, A., *La sanità pubblica*, in Santaniello G., (dir.), *Trattato di diritto amministrativo*. Vol. 40, Cedam, 2010.
- Cavino, M., *L'eccezione di incostituzionalità delle leggi*, in Cavino, Di Giovine, M. A., Grosso, E. (a cura di), *La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, Giappichelli, 2010, pp. 123-148.
- Cecchetti, M., *Le intese fra Stato e Regioni su atti necessari. Come preservare il valore della "codecisione paritaria" evitandone gli effetti perversi (nota a Corte Cost. 27/2004)*, in www.forumcostituzionale.it.
- Chessa, O., *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, pp. 1170-1177.
- Cintioli, F., *Diritto alla salute, interessi pubblici e ruolo delle Regioni*, in Catelani, E., Cerrina Feroni, G., Grisolia, M. C., *Diritto alla salute fra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Giappichelli, 2011, pp. 35-56.
- Cobrerros Mendazona, E., *Artículo 149.1.16^a*, in Casas Baamonde, M. E., Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Fundación Walters-Kluwer España, 2009, pp. 2373-2382.
- Cobrerros Mendazona, E., *La coordinación sanitaria estatal y las Comunidades Autónomas*, in *Documentación Administrativa*, n. 230-231, abr.-sept. 1992, pp. 297-320.
- Cobrerros Mendazona, E., *Reflexion general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 19, sept.-dic. 1987, pp. 27-59.
- Colapietro, C., *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, CEDAM, 1996.
- Colapietro, C., *Le pronunce «erogatorie» della Corte costituzionale ed il vincolo costituzionale della copertura finanziaria: le «additive di prestazione» sono per loro natura esenti dai vincoli e limiti dell'art. 81 Cost.*, in *Giurisprudenza italiana*, Vol. CXLI, I-I, 1989, cc. 1249-1260.
- Comisión para análisis, evaluación y propuesta de mejoras del Sistema Nacional de Salud, *Informe*, 1991, consultabile in <http://www.riberasalud.com/ftp/biblio/07102010131536resumen%20informe%20abril.pdf>
- Commissione Europea, *Comunicazione sulla natura della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, COM (2000) 644 definitivo, 11 ottobre 2000.
- Conde, E. Á., Garrido Mayol, V., Tur Ausina, R., *Derecho constitucional*, Tecnos, 2011.
- Congreso de los Diputados, *Comisión de Sanidad y Seguridad Social*, seduta del 1 dicembre 1977, Congreso de los Diputados, *Diario de sesiones*, n. 32, 1977.
- Congreso de los Diputados, seduta del 5 maggio 1978, *Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas*; Congreso de los Diputados, *Diario de Sesiones*, n. 59, 1978.

- Congreso de los Diputados, seduta dell'8 maggio 1978, *Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas*; Congreso de los Diputados, *Diario de Sesiones*, n. 60, 1978.
- Congreso de los Diputados, seduta dell'11 maggio 1978, *Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas*; Congreso de los Diputados, *Diario de Sesiones*, n. 64, 1978.
- Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, *Raccomandazione 1354 (1998)*, 28 gennaio 1998, consultabile a partire dal sito web <http://assembly.coe.int>.
- Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, *Raccomandazione 1415 (1999)*, 23 giugno 1999, consultabile a partire dal sito web <http://assembly.coe.int>.
- Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, *Raccomandazione 1795 (2007)*, 24 maggio 2007, consultabile a partire dal sito web <http://assembly.coe.int>.
- Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, *Raccomandazione 1958 (2011)*, 28 gennaio 2011, consultabile a partire dal sito web <http://assembly.coe.int>.
- Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, *Risoluzione 1792 (2011)*, 28 gennaio 2011, consultabile a partire dal sito web <http://assembly.coe.int>.
- Conti, F., Silei, G., *Breve storia dello stato sociale*, Carocci, 2005.
- Corbetta, C., *Sanità*, in Cassese, S. (dir.), *Dizionario di diritto pubblico. Vol. VI*, Giuffrè, 2006, pp. 5412-5419.
- Coronato, S., *Il federalismo fiscale: i costi e i fabbisogni standard in sanità*, in *Il diritto sanitario moderno*, a. LIX, n. 2, pp. 105-117.
- Corso, G., *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, II, 1981, pp. 755-784.
- Cossio Díaz, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, CEPC, 1989.
- Costa, J. P., *Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe?*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, pp. 141-154.
- Costa, P., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 3. La civiltà liberale*, Laterza, 2001.
- Costa, P., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 4. L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Laterza, 2001.
- Costa, P., *Diritti*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, 2008, pp. 37-58.
- Costanzo, P., *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione Europea*, in Facury Scaff, F., Romboli, R., Revenga, M., (a cura di), *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali: prima giornata internazionale di diritto costituzionale: Brasile, Spagna, Italia*, Giuffrè, 2009, pp. 93-112.
- Crisafulli, V., *Partiti, Parlamento, Governo*, Relazione al I Congresso Nazionale di Dottrina dello Stato: "La funzionalità dei partiti nello Stato democratico" (Trieste, 1966), pubblicata nei relativi *Atti*, Milano 1967; ora in Crisafulli, V., *Stato, Popolo, Governo*, Giuffrè, 1985, pp. 207-226.
- Crisafulli, V., *Costituzione e protezione sociale*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, I, 1950, pp. 5-29.
- Crisafulli, V., *Efficacia delle norme costituzionali «programmatiche»*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, 1951, n. 2, pp. 356-687.

- Crisafulli, V., *La Corte Costituzionale ha vent'anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, pp. 1694-1708.
- Crisafulli, V., *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, in Crisafulli, V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, ne *I quaderni della Costituzione*, Giuffrè, 1952, pp. 27-50.
- Crosetti, A., *Il servizio sanitario. Profili organizzativi*, in Ferrara, R. (a cura di), *Salute e sanità*, Giuffrè, 2010, pp. 153-254.
- Cuocolo, L., *I livelli essenziali delle prestazioni: spunti ricostruttivi ed esigenze di attuazione*, in *Diritto dell'economia*, n.2/3, 2003, pp. 389-405.
- Cuocolo, L., *La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo. Profili di diritto interno e comparato*, Giuffrè-Luiss University Press, 2005.
- Cuocolo, L., *Sanità, a chi l'organizzazione?*, consultabile alla pagina web amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2010/04/cuocolo.pdf
- D'Aloia, A., *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, anno XXXI, n. 6, dicembre 2003, pp. 1064-1139.
- D'Atena, A., *intervento* in Berti, G., De Martin, G. C., *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici. Atti del Convegno – Roma, 9 giugno 2003*, Giuffrè, 2003, pp. 25-34.
- De Cesare, G., *Sanità*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XLI, Giuffrè, 1989, pp. 245-262.
- De la Quadra-Salcedo, T., *Igualdad, derechos de los pacientes y cohesión del Sistema Nacional de Salud*, in Parejo, L., Palomar, A., Vaquer, M. (eds.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, 2004, pp. 11-35.
- De la Villa Gil, L. E., *El derecho constitucional a la salud*, in Casas Baamonde, M. E., Durán López, F., Cruz Villalón, J. (coord.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley-Wolters Kluwer, 2006, pp. 969-1004.
- De Palma Rainone, E., *La tutela della salute come diritto pubblico soggettivo*, in *Problemi della sicurezza sociale*, n. 1, 1968, pp. 5-18.
- De Salas, A., *Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Liberté, justice, tolerance. Mélanges Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, 579-589.
- De Siervo, U., *Corte Costituzionale e materia sanitaria*, in Balduzzi R., (a cura di), *Cittadinanza, corti e salute*, Cedam, 2007, pp. 97-106.
- De Witte, B., *The trajectory of fundamental social rights in the European Union*, in De Búrca, G., De Witte, B. (a cura di), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, pp. 152-168.
- Del Rey Guanter, S., *El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional*, in *Derechos y libertades*, Vol. III, n. 6, 1995, pp. 161-168.
- Díaz Díaz, B., *La dimensión económica de la protección de la salud: tendencias en materia de gasto sanitario*, in Tomillo Urbina, J., Cayón de las Cuevas, J., *Estudios sobre derecho de la salud. Selección de intervenciones en el III Encuentro Interautonómico sobre protección jurídica del paciente como consumidor*, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 469-489.
- Díez Picazo, L. M^a., *Federalismo, regionalismo e welfare state*, in *Il Mulino*, n. 368, 1996, pp. 1120-1130.

- Díez-Picazo, L. M^a., *¿Pueden lo Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, sept.-dic. 2006, pp. 63-75.
- Díez-Picazo, L. M^a., *La idea de derechos fundamentales en la Constitución española*, in *Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del 'derecho constitucional comparado' de M. García-Pelayo*, Fundación M. García-Pelayo, 2000, pp. 393-410.
- Dirindin, N., *Federalismo fiscale e tutela della salute: quale futuro per il S.s.n.?*, in *Ragiusan*, n. 211/212, 2001, pp. 86-97.
- Elia, L., *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale (ottobre 81 – luglio 82)*, in *In onore di Vezio Crisafulli, Vol. I: La giustizia costituzionale*, CEDAM, 1985, pp. 299-324.
- Escobar Roca, G., *El derecho a la protección de la salud*, in Escobar Roca, G., (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 1073-1178.
- Esping-Andersen, G., *The three worlds of welfare capitalism*, Polity Press, 1990.
- Eula, E., *Magistratura e Costituzione*, in *Rivista penale*, 1956, I, pp. 337-356.
- Expósito Gómez, E., Cabellos Espiérrez, M. Á., *Conclusiones generales: derechos y principios en los Estatutos de Autonomía*, in Aparicio, M. Á. (ed.), Castellá Andreu, J. M^a., Expósito, E., (coords.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, 2008, pp. 345-363.
- Expósito, E., *La regulación de los derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía*, in *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 5, 2007, pp. 147-202.
- Facchi, A., *Breve storia dei diritti umani*, Il Mulino, 2007.
- Ferrioli, E. A., *Le disposizioni dei nuovi Statuti regionali sulla tutela dei diritti sociali: tanti «proclami» e scarsa efficacia*, in E. Catelani, E. Cheli (a cura di), *I principi negli statuti regionali*, Il Mulino, 2008, pp. 45-65.
- Ferrioli, E. A., *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia ed eguaglianza*, in www.forumcostituzionale.it, 21 giugno 2006.
- Fernández Rodríguez, J. J., *La incostitucionalidad por omisión*, Civitas, 1998.
- Ferrara, A., Salerno, G. M., *Il "federalismo fiscale": commento alla legge n. 42 del 2009*, Jovene, 2010.
- Ferrara, R., *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in Ferrara, R. (a cura di), *Salute e sanità*, Giuffrè, 2010, pp. 3-63.
- Ferrara, R., *Salute (diritto alla)*, in *Digesto (discipline pubblicistiche)*, Vol. XIII, p. 513-539.
- Ferraro, L., *La crisi finanziaria e lo Stato autonomo spagnolo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, n. 4, 2012, 13 novembre 2012.
- Ferrera, M., *Le trappole del welfare*, Il Mulino, 1998.
- Ferrera, M., *The 'Southern model' of welfare in social Europe*, in *Journal of European Social Policy*, vol. 6, n. 1, 1996, pp. 17-37.
- Ferrera, M., *The European welfare state. Golden achievements, silver prospects*, in *West European Politics*, Vol. 31, n. 1-2, Jan-Mar. 2008, pp. 82-107.
- Ferrera, M., *Verso una cittadinanza sociale "aperta". I nuovi confini del welfare nell'Unione Europea*, in *Working papers del Dipartimento di studi sociali e*

- politici dell'Università di Milano*, n. 8, 2004, consultabile in http://www.sociol.unimi.it/papers/2004-4-21_Maurizio%20Ferrera.pdf
- Figueras, J., Mossialos, E., McKee, M., Sassi, F., *Health Care Systems in Southern Europe: Is there a Mediterranean Paradigm?*, in *International Journal of Health Sciences*, Vol. 5, no. 4, 1994, pp. 135-146.
- Fioravanti, M., *Appunti di storia delle costituzioni moderne. I. Le libertà fondamentali*, 2ª edizione, Giappichelli, 1995.
- Fioravanti, M., *Stato e Costituzione*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, 2008, pp. 3-36.
- Flora, P., Albers, J., *Sviluppo dei "welfare states" e processi di modernizzazione e democratizzazione nell'Europa occidentale*, in Flora, P., Heidenheimer, A. J., *Lo sviluppo del welfare state in Europa e in America*, Il Mulino, 1983, pp. 55-114.
- Flora, P., Heidenheimer, J., *Il nucleo storico e il cambiamento dei confini del «welfare state»*, in Flora, P., Heidenheimer, A. J., *Lo sviluppo del welfare state in Europa e in America*, Il Mulino, 1983, pp. 25-51.
- Forsthoff, E., *Concetto e natura dello Stato sociale di diritto*, in Forsthoff, E., *Stato di diritto in trasformazione*, (a cura di Amirante, S., Giuffrè), 1973, pp. 31-70.
- Gaeta, L., Visconti, A., *L'Italia e lo Stato sociale*, in Ritter, G. A., *Storia dello Stato sociale*, Laterza, 1996, pp. 227-277.
- Gallo, C. E., *La configurazione delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti*, in Ferrara, R. (a cura di), *Salute e sanità*, Giuffrè, 2010, pp. 381-444.
- Gallo, C. E., *Organizzazione sanitaria e diritto alla salute*, in Pezzini, B., Gallo, C. E. (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Giuffrè, 1998, pp. 133-151.
- Gambino, S., *Dai diritti naturali ai diritti sociali. Un approccio storico-costituzionale nella prospettiva comparata*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Vol. 1, 2000, pp. 110-139.
- Gambino, S., *Les droits sociaux dans le constitutionnalisme contemporain et dans l'Union Européenne*, intervento al *Troisième forum Nord-Sud des droits humains: la discrimination*, Seminario organizzato dall'Unione Internazionale degli Avvocati e dall'Ordine degli Avvocati di Bologna (Bologna, 9-10 settembre 2011), in www.federalismi.it, 31 ottobre 2011, consultabile alla pagina web http://www.federalismi.it/document/31102011170327.pdf?CFID=37999594&CF_TOKEN=65178807
- García Herrera, M. Á., *Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española*, in *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59, (2004-2003), pp. 279-304.
- García Macho, R., *De los derechos sociales a los principios rectores*, in M. Balado, J. A. García Regueiro (dirs.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50. aniversario*, CIEP-Bosch, 1998, 363-370.
- García Prats, F. A., *Stability pact and multi-level Governance. European Constraints and local public finance: the Spanish experience*, intervento al convegno *Patto di stabilità e governance multilivello. Vincoli europei e finanza locale nelle esperienze nazionali*, Roma, 28 novembre 2011, consultabile alla pagina web www.fondazioneifel.it/content/download/225/1639/file/Garcia+Prats+Spagna+intervento+versione+testo.PDF.

- García Rada, A., *New legislation transforms Spain's health system from universal access to one based on employment*, in *British Medical Journal*, 2012, pp. 344-346.
- García Vicente, J. R., *Comentario alla STC 138/2005 de 26 de mayo*, in *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 70, ene.-abr. 2006, pp. 538-559.
- García-Pelayo, M., *El Estado social y democrático de derecho en la Constitución española*, in García-Pelayo, M., *Las transformaciones del estado contemporáneo*, Alianza Editorial, 1993, pp. 92-104.
- Garrido Falla, F., *Artículo 1*, in Garrido Falla, F. (coord.), *Comentarios a la Constitución. 2ª ed. ampliada*, Civitas, 1985, pp. 23-30.
- Garrido Falla, F., *Artículo 43*, in Garrido Falla, F. (coord.), *Comentarios a la Constitución. 2ª ed. ampliada*, Civitas, 1985, pp. 788-800.
- Garrido Falla, F., *Artículo 53*, in Garrido Falla, F. (coord.), *Comentarios a la Constitución. 2ª ed. ampliada*, Civitas, 1985, pp. 882-897.
- Garrorena Morales, Á., *El Estado español como estado social y democrático de derecho*, Tecnos, 1984.
- Giannini, M. S., *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Vol. I*, pp. 141-165.
- Gil-Robles y Gil-Delgado, A., *Los derechos de los ciudadanos en el sistema sanitario*, in *Derecho y Salud*, Vol. 2, n. 1, ene.-dic. 1994, pp. 81-85.
- Giordano, M., *Spesa sociale, diritti sociali, federalismo*, in *Studi Zancan*, n. 3-4, 2009, pp. 113-121.
- Giorgis, A., *Diritti sociali*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico, Vol. III*, pp. 1903-1915.
- Giorgis, A., *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, 1999.
- Giorgis, A., *La sent. n. 134 del 1994: una conferma dell'esistenza di limiti costituzionali alla riduzione dello Stato sociale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 3153-3169.
- Girotti, F., *Welfare state*, Carocci, 1998.
- Giubboni, S., *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione Europea*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 27, 2004, pp. 9-30.
- Giubboni, S., *I diritti sociali nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità*, relazione presentata al Convegno *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani* (Perugia, 25-26 marzo 2011) consultabile alla pagina web http://principi-ue.unipg.it/Documenti/Giubboni_relazione_perugina.pdf
- Giubboni, S., *I diritti sociali tra Costituzione italiana e ordinamento dell'Unione Europea*, in *Rivista critica di diritto del lavoro pubblico e privato*, n. 4, 2008, 1119-1144.
- Glendon, M. A., *Rights in Twentieth Century Constitutions*, in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 59, No. 1, *The Bill of Rights in the Welfare State: a Bicentennial Symposium* (Winter, 1992), pp. 519-538.
- Gómez Fernández, I., *El sistema de protección de los derechos sociales en el marco del Consejo de Europa*, in Facury Scaff, F., Romboli, R., Revenga, M., (a cura di),

- Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali: prima giornata internazionale di diritto costituzionale: Brasile, Spagna, Italia, Giuffré, 2009, pp. 70-92.*
- González Pascual, M. I., *El proceso autonómico ante la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales*, IVAP, 2007.
- Greco, R., *Il modello sociale della Carta di Nizza*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, LVII, n. 3, 2006, pp. 519-535.
- Gregorio, M., *Quale Costituzione? Le interpretazioni della giuspubblicistica nell'immediato dopoguerra*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXV, 2006, pp. 849-913.
- Griglio, E., *Principio unitario e neopolicentrismo. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, Cedam, 2008.
- Griglio, E., *Unità e decentramento nella tutela del diritto alla salute in Spagna*, in Balduzzi, R. (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria. Spunti e materiali per un'analisi comparata*, Il Mulino, 2009, pp.247-298.
- Grossi, P., *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in Grossi, P., *Mitologie giuridiche della modernità*, 2ª edizione, Giuffré, 2005, pp. 85-124.
- Grossi, P., *L'Europa del diritto*, Laterza, 2009.
- Grossi, P., *Proprietà e contratto*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, 2008, pp. 37-58.
- Grosso, E., *La sent. n. 88 del 1992: un'alternativa alle «additive di prestazione»?* , in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, pp. 2374-2394.
- Grosso, E., *Sentenze di spesa "che non costino"*, Giappichelli, 1991.
- Guiglia, G., *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza della Corte costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, in Cavaleri, P. (a cura di), *Temì di diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale dopo le riforme*, Giappichelli, 2008, pp. 107-183.
- Guiglia, G., *Le prospettive della Carta Sociale Europea*, consultabile alla pagina web www.forumcostituzionale.it/.../0234_guiglia.pdf
- Harris, D., J., *The European Social Charter*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 13, No. 3, (Jul., 1964), pp. 1076-1087.
- Hecló, H., *Verso un nuovo "welfare state"?*, in Flora, Heidenheimer, Heidenheimer, A. J., *Lo sviluppo del welfare state in Europa e in America*, Il Mulino, 1983, pp. 465-498.
- Hogan, G. W., Whyte, G. F., *J. M. Kelly: The Irish Constitution*, 4th ed., LexisNexis Butterworths, 2003.
- Holmes, S., Sunstein, C. R., *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Il Mulino, 2000.
- Imarísio, L., *Norme costituzionali programmatiche e tutela dei diritti sociali: alcune riflessioni sulle esperienze italiana e francese*, in Associazione Italiana di Diritto Comparato, *I diritti fondamentali in Europa. XV colloquio biennale, Messina-Taormina, 31 maggio-2 giugno 2002*, Giuffré, 2002, pp. 559-603.
- Innocenti, E., *Il finanziamento della spesa sanitaria nella recente giurisprudenza costituzionale: tra tutela della salute, coordinamento della finanza pubblica e*

- (in)attuazione dell'art. 119 Cost., in *Le Regioni*, a. XXXVI, n. 3, maggio 2008, pp. 571-600.
- Jiménez Campo, J., *¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 27, sept.-dic. 1989, pp. 39-92.
- Jiménez Campo, J., *Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales*, in Alzaga Villaamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978, Vol. IV*, EDERSA, 1996, pp. 427-528.
- Johnson, M. G., Symondes, J., *The Universal Declaration of Human Rights. A history of its creation and implementation, 1948-1998*, Unesco Publishing, 1998.
- Jorio, E., *D.l.vo n. 68 del 2011 sulla finanza di regioni e province, sulla perequazione e sui costi-fabbisogni standard nella sanità*, in *Ragiusan*, n. 325/326, 2011, pp. 6-8.
- Jorio, E., Jorio, F., *Riforma del welfare, devoluzione e federalismo della salute*, in *Sanità pubblica*, Vol. 22, n. 5, 2002, pp. 603-649.
- Jorio, E., *Pareggio di bilancio: le ricadute (o le implicazioni) sui Comuni e sul sistema sanitario*, in www.federalismi.it, 16 maggio 2012.
- Jorio, E., *Un primo esame del d.lgs. 68/2011 sul federalismo regionale e provinciale, nonché sul finanziamento della Sanità*, in *Sanità pubblica e privata*, fasc. 5, 2011, pp. 24-33.
- Kazepov, Y., Carbone, D., *Che cos'è il welfare state*, Carocci, 2007.
- Kenner, J., *Economic and social rights in the EU legal order: the mirage of indivisibility*, in Hervey, T., Kenner, J. (a cura di), *Economic and social rights under the Eu Charter of fundamental rights. A legal perspective*, Oxford Portland, 2006, pp. 1-25.
- Koutnatzis, S. G., *Social rights as a constitutional compromise: lessons from comparative experience*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 44, no. 75, (2005-2006), pp. 74-133.
- Lanchester, F., *Le Costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn. Introduzione e testi*, Giuffrè, 2002.
- Lavagna, C., *Sulle sentenze "additive" della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, CXXI, 1969, IV, cc. 145-152.
- León Alonso, M., *La protección constitucional de la salud*, La Ley-Wolters Kluwer, 2010.
- Lessona, S., *La tutela della salute pubblica*, in P. Calamandrei, A. Levi, *Commebtario sistematico alla Costituzione italiana*, I, Barbera, 1950, pp. 333-340.
- Longo, E., *I diritti sociali al tempo della crisi. La Consulta salva la social card e ne ricava un nuovo titolo di competenza statale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, pp. 164-182.
- Longo, E., *Regioni e diritti. La tutela dei diritti nelle leggi e negli statuti regionali*, Edizioni Università di Macerata, 2007.
- Longo, N., *I livelli essenziali delle prestazioni quale clausola di omogeneità sul territorio nazionale*, Aracne, 2012.
- López Guerra, L., Espín, E., García Morillo, J., Pérez Tremps, P., Satrústegui, M., *Derecho constitucional. Vol. I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant Lo Blanch, 2011.

- López Guerra, L., *La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 149.1.1 CE*, in *La función del artículo 149.1.1 CE en el sistema de distribución de competencias. Seminario celebrado en Barcelona el 7 de junio de 1991*, Institut d'Estudis Autonòmics, 1991, pp. 9-24.
- López-Casasnovas, G., Rico, A., *La descentralización, ¿parte del problema sanitario o de su solución?*, in *Gaceta sanitaria*, vol. 17, n. 4, 2003, pp. 319-326.
- Luciani, M., *A proposito del «diritto alla salute»*, in *Diritto e società*, n. 2, 1979, pp. 407-413.
- Luciani, M., *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, XXXI, n. 3, settembre 2000, pp. 367-405.
- Luciani, M., *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell' art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione*, in *Politica del diritto*, a. XXXIII, n. 3, settembre 2002, pp. 345-358.
- Luciani, M., *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in Catelani, E., Cerrina Feroni, G., Grisolia, M. C., *Diritto alla salute fra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Giappichelli, 2011, pp. 9-33.
- Luciani, M., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, n. 2, 1980, pp. 767-811.
- Luciani, M., *Salute. I) diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enciclopedia giuridica*, Vol. XXXII, Treccani, 1994.
- Luciani, M., *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Vol. II, Cedam, 1995, pp. 97-134.
- Maldonado Molina, J. A., *Los niveles del derecho a la protección de la salud: competencias autonómicas en asistencia sanitaria*, in Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M. N. (dirs.), *Comentario práctico a la legislación reguladora de la Sanidad en España*, Comares, 2007, pp. 99-116.
- Mannori, L., Sordi, B., *Giustizia e amministrazione*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, 2008, pp. 59-101.
- Marshall, T. H., *Cittadinanza e classe sociale*, (a cura di Mezzadra, S.), Laterza, 2002.
- Martínez Pisón, J., *El derecho a la salud: un derecho social esencial*, in *Derechos y libertades*, n. 14, Época II, enero 2006, pp. 129-150.
- Marzanati, A., *Il ruolo dello Stato nel policentrismo repubblicano: l'assistenza sociale*, in Balboni, E., (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali. Vol. I*, Jovene, 2008, pp. 257-307.
- Mazzotti, M., *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XII, Giuffrè, 1964, pp. 802-807.
- Mazzotti, M., *Lo spirito del diritto sociale nelle costituzioni e nelle leggi della Francia rivoluzionaria*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, Vol. CXLVII (1954), pp. 50-104.
- Modugno, F., *Ancora sui controversi rapporti tra Corte Costituzionale e potere legislativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, II-I, pp. 16-25.
- Molaschi, V., *I livelli essenziali delle prestazioni*, in Ferrara, R. (a cura di), *Salute e sanità*, Giuffrè, 2010, pp. 445-547.

- Molaschi, V., *Sulla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni»: riflessioni sulla vis expansiva di una materia*, in *Sanità pubblica e privata*, n. 3, 2005, pp. 523-342.
- Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., *I. La «asistencia sanitaria» como «derecho fundamental» y el «Sistema Nacional de Salud» como «garantía institucional»: balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador*, in Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M. N. (dirs.), *Comentario práctico a la legislación reguladora de la Sanidad en España*, Comares, 2007, pp. 3-50.
- Montuschi, L., Art. 32, in Branca, G., (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti etico sociali*, Zanichelli, 1976, pp. 146-167.
- Morana, D., *La “tutela della salute”: punti fermi e perduranti incertezze nella giurisprudenza costituzionale*, in Balduzzi R., (a cura di), *Cittadinanza, corti e salute*, Cedam, 2007, pp. 197-210
- Morana, D., *Principi e diritti negli Statuti regionali di seconda generazione*, in J. M^a Castellá Andreu, M. Olivetti (coords.), *Nuevos estatutos y reforma del Estado. Las experiencias de España e Italia a debate*, Atelier, 2009, pp. 151-170.
- Morgante, D., *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, in www.federalismi.it, 11 luglio 2012.
- Mortati, C., *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, originariamente in *Il Foro italiano*, 1970, V, cc. 153-191, ora in Mortati, C., *Raccolta di scritti. Vol. III*, Giuffé, 1972, pp. 925-993.
- Mortati, C., *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, I, 1961, pp. 1-11.
- Mortati, M., (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, Sansoni, 1946.
- Muñoz Machado, S., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza, 1995.
- Muñoz Machado, S., *La organización, las prestaciones y otros problemas jurídicos actuales de los servicios sanitarios*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 57, 2000, pp. 49-65.
- Navarro, V., *El derecho a la protección de la salud*, in *Derecho y libertades*, Vol. III, n. 66, 1995, pp. 137-160.
- Nigro, M., *Le giurisdizioni sui pubblici poteri fra sistema normativo e spinte fattuali*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1984, pp. 445-462.
- O’Leary, S., *Solidarity and citizenship rights in the Charter of fundamental rights of the European Union*, in De Búrca, G., De Witte, B. (a cura di), *EU law and the Welfare State. In search of solidarity*, Oxford University Press, 2005, pp. 39-87.
- Office of the High Commissioner for Human Rights, *CESCR General Comment n. 3*, 14th December 1990, consultabile in [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument)
- Oliván, F., *Epílogo*, in Tajadura Tejada, J. (dir.), *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, 2004, pp. 455-494.
- Pace, A., *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Politica del diritto*, a. XIX, n. 4, dicembre 1988, pp. 683-709.
- Pallante, F., *I diritti sociali tra federalismo e principio di uguaglianza sostanziale*, in *Diritto pubblico*, 1/2011, pp. 250-292.

- Palmer Valero, R., *Los problemas socioeconómicos en la Constitución de 1931*, CEPC, 1997.
- Panzer, C., *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali*, in Campanelli, G., Carducci, M., Grasso, N., Tondi della Mura, V. (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Giappichelli, 2010, pp. 57-105.
- Panzer, C., *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, pp. 3372-3402.
- Panzer, C., *Legislature, giudici e Corte Costituzionale di fronte al diritto alla salute (verso un inedito "circuito" di produzione normativa?)*, in Bianchi, P. (a cura di), *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte Costituzionale*, Plus-Pisa University Press, 2006, pp. 85.
- Paris, D., *Il ruolo delle Regioni nell'organizzazione dei servizi sanitari e sociali a sei anni dalla riforma del Titolo V: ripartizione delle competenze e attuazione del principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, a. XXXV, n. 6, dicembre 2007, pp. 983-1024.
- Pasquini, M., *La tutela della salute nell'ordinamento italiano*, in *Problemi della sicurezza sociale*, n. 2, 1966, pp. 253-283.
- Peces-Barba Martínez, G., *Diritti sociali: origini e concetto* (trad. it. di A. Greppi), in *Sociologia del diritto*, vol. 27, 2000, pp. 33-50.
- Pemán Gavín, J., *Acerca de la uniformidad de las condiciones de vida como principio constitucional en el Estado de las Autonomías*, in *Revista de Administración Pública*, núm. 119, mayo-agosto 1989, pp. 173-198.
- Pemán Gavín, J., *Artículo 149.1.1ª. La cláusula de igualdad en condiciones básicas*, in Casas Baamonde, M. E., Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Fundación Walters-Kluwer España, 2009, pp. 2264-2275.
- Pemán Gavín, J., *Del seguro obligatorio de enfermedad al Sistema Nacional de Salud. El cambio en la concepción de la asistencia sanitaria pública durante el último cuarto del siglo XX*, in Pemán Gavín, J., *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud, Estudios jurídicos*, Comares, 2005, pp. 3-42.
- Pemán Gavín, J., *Derecho a la salud y administración sanitaria*, Real Colegio de España, 1989.
- Pemán Gavín, J., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Universidad de Zaragoza, 1992.
- Pemán Gavín, J., *La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes*, in *Derecho y Salud*, Vol. 9, n. 1, 2001, pp. 91-132.
- Pemán Gavín, J., *La culminación del proceso de descentralización de la sanidad española. El Sistema Nacional de Salud tras el cierre de la transferencias y la aplicación del nuevo sistema de financiación*, in *Informe Comunidades Autónomas 2001*, Institut de Dret Public, 2002.
- Pemán Gavín, J., *La nueva configuración del Sistema Nacional de Salud tras la Ley de cohesión y calidad (ley 16/2003, de 28 de mayo)*, in Pemán Gavín, J., *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud, Estudios jurídicos*, Comares, 2005, pp. 187-251.
- Pemán Gavín, J., *Reflexiones en torno a la regulación básica de los derechos de los pacientes en la Ley 41/2002, de 14 noviembre*, in Pemán Gavín, J., *Asistencia*

- sanitaria y Sistema Nacional de Salud, *Estudios jurídicos*, Comares, 2005, pp. 255-314.
- Pérez Luño, A. E., *Los derechos sociales y su status normativo en la Constitución española*, in *Documentación Administrativa*, núm. 271-272, ene.-ago. 2005, pp. 13-37.
- Pérez Royo, J., *Curso de derecho constitucional*, 5ª ed., Marcial Pons, 1998.
- Pérez Royo, J., *Curso de derecho constitucional. 12ª ed., revisada y puesta al día por M. Carrasco Durán*, Marcial Pons, 2010.
- Pergolesi, F., *Tutela costituzionale della salute*, in *Corriere amministrativo*, 1961, pp. 991-1003.
- Pesaresi, E., *La «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni» e la materia «tutela della salute»: la proiezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nell'era del decentramento istituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, II, 2006, pp. 1733-1764.
- Pezzini, B., *Diritto alla salute e diritto all'assistenza, tra tensione all'uniformità e logiche della differenziazione*, in Balduzzi, R., Di Gaspare, G. (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Giuffrè, 2002, pp. 87-110.
- Pezzini, B., *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, n. 1, 1983, pp. 21-91.
- Pezzini, B., *La decisione sui diritti sociali*, Giuffrè, 2001.
- Pezzini, B., *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in Pezzini, B., Gallo, C. E. (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Giuffrè, 1998, pp. 1-56.
- Pinelli, C., *Sui «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, co. 2, lett. m Cost.)*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2002, pp. 881-907.
- Pinelli, P., *Il discorso sui diritti sociali fra Costituzione e diritto europeo*, relazione al Convegno *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani* (Perugia, 25-26 marzo 2011), consultabile alla pagina web http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Pinelli_relazione_convegno1.pdf
- Pisarello, G., *II. La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español*, in Pisarello, G. (ed.), García Morales, A., Olivas Díaz, A., *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Editorial Bomarzo, 2009, pp. 35-78.
- Pitruzzella, G., *Sanità e Regioni*, in *Le Regioni*, a. XXXVII, n. 6, 2009, pp. 1177-1183.
- Poiaras Maduro, M., *The double constitutional life of the Charter of fundamental rights of the European Union*, in Harvey, T., Kenner, J., *Economic and social rights under the Eu Charter of fundamental rights. A legal perspective*, Oxford Portland, 2006, pp. 269-299.
- Polacchini, F., *Il principio di eguaglianza*, in L. Mezzetti (a cura di), *Principi costituzionali*, Giappichelli, 2011, pp. 291-339.
- Politi, F., *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Giappichelli, 2011.
- Politi, F., *Il «costo» delle sentenze della Corte Costituzionale nella recente riflessione dottrinale*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin. Vol. IV*, Jovene, 2004, pp. 1753-1797.

- Prada Fernández de Sanmamed, J. L., *Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 122, oct.-dic. 2003, pp. 269-316.
- Prats, J., *Valencia prolonga la atención sanitaria a los ‘sin papeles’*, in *El País*, 10 luglio 2012, consultabile alla pagina web sociedad.elpais.com/sociedad/2012/07/10/actualidad/1341949201_354304.html
- Prieto Sanchís, L., *Sobre las declaraciones de derechos y los nuevos Estatutos de Autonomía*, in *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 49, dic. 2010, pp. 12-150.
- Principato, L., *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 46-I, 2001, pp. 873-901.
- Ragone, S., *Las normas estatutarias programáticas en la reciente jurisprudencia de la Corte Costituzionale italiana*, in G. Ruiz-Rico Ruiz, *Las reformas de los estatutos de autonomía. Actas del IV Congreso nacional de la asociación de constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 245-256.
- Razzano, G., *Lo “statuto” costituzionale dei diritti sociali*, relazione al convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa” “*I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*” (Trapani, 8-9 giugno 2012), (versione provvisoria), consultabile alla pagina web <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/05/trapanirazzano.pdf>
- Relazione della Quinta Sottocommissione “Organizzazione sanitaria”*, in Ministero per la Costituzione, Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all’Assemblea Costituente. Vol. III: Enti pubblici non territoriali – Organizzazione sanitaria*, Stabilimento Tipografico Failli, 1946, pp. 295-321.
- Rescigno, G. U., *I diritti civili e sociali fra legislazione esclusiva dello Stato e delle Regioni*, in Gambino, S. (a cura di), *Il “nuovo” ordinamento regionale. Competenze e diritti*, Giuffrè, 2003, pp. 107-136.
- Rey del Castillo, J., *Análisis del origen, situación y perspectivas de futuro del proceso de descentralización sanitario español*, in *Revista española de salud pública*, n. 72, 1998, pp. 13-24.
- Rey Pérez, J. L., *La naturaleza de los derechos sociales*, in *Derechos y Libertades*, n. 16, época II, enero 2007, pp. 137-156.
- Ritter, G. A., *Storia dello stato sociale*, Laterza, 1996.
- Rodríguez de Santiago, J. M^a, *Artículo 53.3. La forma de vincular de los preceptos del Capítulo Tercero del Título Primero de la Constitución española*, in Casas Baamonde, M. E., Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Fundación Walters-Kluwer España, 2009, pp. 1187-1192.
- Rodríguez de Santiago, J. M^a, *Una vez más sobre la declaraciones de derechos (y otras regulaciones materiales) en lo Estatutos de Autonomía*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 7, 2009, pp. 1-23.
- Romano, S., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in Romano, S., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, 1969, pp. 5-26.
- Romboli, R., *I rapporti tra giudici comuni e Corte Costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia: l’esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale*, consultabile alla pagina web <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/16.pdf>.

- Roosevelt, F. D., *Annual message to Congress on the State of the Union*, 6 gennaio 1941, consultabile in <http://www.fdrlibrary.marist.edu/pdfs/fftext.pdf>.
- Roosevelt, F. D., *Annual message to Congress on the State of the Union*, 11 gennaio 1944, consultabile in http://www.fdrlibrary.marist.edu/archives/address_text.html
- Rosado Villaverde, C., *Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 13, 1^{er} semestre 2009, pp. 131-192.
- Rose, R., *Il ruolo dello Stato nel "Welfare Mix"*, in Baldassarre, A. (a cura di), *I limiti della democrazia*, 2^a ed., Laterza, 1996, pp. 143-169.
- Rosini, M., *Le norme programmatiche dei nuovi statuti*, in Carli, M., Carpani, G., Siniscalchi, A. (a cura di), *I nuovi statuti delle regioni ordinarie. Problemi e prospettive*, Il Mulino, 2006, pp. 33-52.
- Rossi, E., *Principi e diritti nei nuovi Statuti regionali*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2005, pp. 51-96.
- Rovagnati, A., *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lett. m), Il comma, art. 117 Cost.*, in *Le Regioni*, a. XXXI, n. 6, dicembre 2003, pp. 1141-1176.
- Rovagnati, A., *La pretesa a prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, relazione al convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" "I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza" (Trapani, 8-9 giugno 2012), consultabile in versione provvisoria alla pagina web <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/05/trapanirovagnati.pdf>
- Roversi-Monaco, F., Bottari, C., *Art. 1*, in Roversi-Monaco, F., Bottari, C., (coord.), *Il Servizio Sanitario Nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, Giuffrè, 1979, pp. 1-13.
- Rubio Llorente, F., *El bloque de Constitucionalidad*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 27, sept.-dic. 1989, pp. 9-37.
- Ruggeri, A., *La Corte, la «denormativizzazione» degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale*, in *Le Regioni*, a. XXXIII, n. 1-2, febbraio-aprile 2005, pp. 41-48.
- Ruggeri, A., *Neoregionalismo e tecniche di regolazione dei diritti sociali*, in *Diritto e società*, n. 2, 2001, pp. 191-243.
- Ruggeri, A., *Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali*, in www.giurcost.org, 26 aprile 2011.
- Ruiz Miguel, A., *Derechos liberales y derechos sociales*, in *Doxa*, n. 15-16, 1994, pp. 651-674.
- Ruiz-Rico Ruiz, G., *El Estado social autonómico: eficacia y alcance de las normas programático-sociales de los Estatutos de Autonomía*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 65, mayo-agosto 2002, pp. 11-48.
- Ruiz-Rico Ruiz, G., *Fundamentos sociales y políticos en los derechos sociales de la Constitución española*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 71, ene.-mar. 1991, pp. 171-195.
- Sáenz Royo, E., *Estado social y descentralización política. Una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España*, Thomson Civitas, 2003.
- Sala Arquer, J. M., Villar Rojas, F., *Análisis de la cooperación en un sector determinado: la sanidad pública*, in *Derecho y salud*, Vol. 10, n. 1, ene.-jun. 2002, pp. 79-94.

- Salazar, C., *'A Lisbon story': la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea da un tormentato passato...ad un incerto presente?*, relazione al Convegno "I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema" (Reggio Calabria, 5 novembre 2011), consultabile alla pagina web <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2011/12/SALAZAR-diritti-sociali-2011.pdf>
- Salazar, C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisionali della Corte Costituzionale a confronto*, Giappichelli, 2000.
- Salazar, C., *I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: un "viaggio al termine della notte"?*, in Ferrari, G. F., (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, 2001, pp. 239-256.
- Salazar, C., *I diritti sociali alla prova della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista di diritto e sicurezza sociale*, n. 2, 2004, pp. 505-551.
- Santiago Redondo, K., *Artículo 43*, in Casas Baamonde, M. E., Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Fundación Walters-Kluwer España, 2009, pp. 1070-1082.
- Santilli, M., Giusti, A., *Salute. II) Tutela della salute – dir. civ.*, in *Enciclopedia giuridica*, Vol. XXXII, Treccani, 1994.
- Santinello, P., *Sanità pubblica*, in *Digesto (discipline pubblicistiche)*, Vol. XIII, pp. 545-561.
- Scaccia, G., *Il potere di sostituzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003. Prime note*, reperibile alla pagina web <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/poteresostitutivo/index.html>
- Scaccia, G., *Legge e diritti fondamentali nell'art. 117 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, a. XXIII, n. 3, settembre 2003, pp. 531-549.
- Scarciglia, R., Del Ben, D., *Spagna*, Il Mulino, 2005.
- Schmidt, W., *I diritti fondamentali sociali nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 1981, pp. 785-807.
- Scoppola, P., *La Costituzione italiana tra democrazia e diritti sociali*, in G. Neppi Modona (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Einaudi, 1996, pp. 125-140.
- Senado, seduta del 30 agosto 1978, *Diario de Sesiones, Comisión de Constitución*, n. 46, 1978.
- Serrano, J. L., *Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 56, abr.-jun. 1987, pp. 95-119.
- Simoncini, A., Longo, E., *Art. 32*, in Bifulco, R., Celotto, A., Olivetti, M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Vol. I*, UTET, pp. 655-674.
- Solozábal Echavarría, J. J., *Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 71, ene.-mar. 1991, pp. 87-109.
- Solozábal Echavarría, J. J., *Artículo 2*, in M. E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Fundación Walters-Kluwer España, 2009, pp. 53-63.
- Solozábal Echavarría, J. J., *El Estado social como Estado autonómico*, in *Teoría y realidad constitucional*, núm. 3, 1^{er} semestre 1999, pp. 61-78.

- Solozábal Echavarría, J. J., *El tiempo de la precipitación*, in El País, 1 maggio 2012, in sociedad.elpais.com/sociedad/2012/04/30/actualidad/1335812296_924515.html
- Sonelli, S., *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 58, n. 2, 2004, pp. 1439-1458.
- Subcomisión parlamentaria para modernización y consolidación del Sistema Nacional de Salud, *Acuerdo parlamentario de 18 de diciembre de 1998*, consultabile in <http://www.cfnavarra.es/salud/anales/textos/vol21/n2/legis3.html>
- Sudre, F., *La «permeabilité» de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux*, in *Pouvoir et liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, pp. 467-478.
- Sudre, F., *La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l'homme*, in Unione Avvocati Europei, *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, Bruylant, 1999, pp. 103-126.
- Sudre, F., *La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme: un exercice de «jurisprudence fiction»?*, in *Revue trimestrelle des droits de l'homme*, n. 55, 2003, pp. 755-779.
- Tajadura Tejada, I., *La protección de la salud (art. 43 CE)*, in Tajadura Tejada, J. (dir.), *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, 2004, pp. 203-261.
- Tajadura Tejada, J., *Funzione e valore dei preamboli costituzionali*, in *Quaderni Costituzionali*, anno XXIII, n. 3, pp. 509-530.
- Tarchi, R., Bessi, D., *Art. 123*, in Bifulco, R., Celotto, A., Olivetti, M., (a cura di) *Commentario alla Costituzione. Vol. III*, UTET, 2006, pp. 2451-2480.
- Tomuschat, C., *Social Rights under the European Convention on Human Rights*, in *Human rights, democracy and the rule of law. Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Dike-Nomos, 2007, pp. 837-863.
- Torchia, L., *Sistemi di welfare e federalismo*, in *Quaderni costituzionali*, anno XXII, n. 4, dicembre 2002, pp. 713-740.
- Tornos Más, J., *Sistema de seguridad social versus sistema nacional de salud*, in *Derecho y salud*, Vol. 10, n. 1, 2002, pp. 1-13.
- Trucco, L., *I livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, relazione al convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" "I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza" (Trapani, 8-9 giugno 2012), consultabile alla pagina web <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/05/trapanitrucco.pdf>
- Trujillo Pérez, I., *La questione dei diritti sociali*, in *Ragion pratica*, n. 14, 2000, pp. 43-63.
- Urbanos, R., *Recomendaciones para una futura Ley de Salud Pública en España*, in *Gaceta Sanitaria*, Vol. 24, n. 1, 2010, pp. 89-94.
- Vandelli, L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, Giuffrè, 1980.
- Vaquer Caballería, M., *La acción social. (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de derecho)*, Institut de Dret Públic, 2002.
- Vaquer Caballería, M., *La coordinación y el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud*, in Parejo, L., Palomar, A., Vaquer, M. (eds.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, 2004, pp. 111-134.

- Villacorta Mancebo, L., *La construcción del Estado democrático español: algunas perspectivas*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 109, jul.-sept. 2000, pp. 73-102.
- Villar Cañada, I., *Régimen jurídico de la organización y gestión sanitaria. El nuevo modelo legal de la sanidad pública: el Sistema Nacional de Salud*, in Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M. N. (dirs.), *Comentario práctico a la legislación reguladora de la Sanidad en España*, Comares, 2007, pp. 117-143.
- Villar Uribarri, J. M., *Antecedentes inspiradores y peculiaridades propias de los derechos fundamentales y libertades públicas en la constitución española de 1978*, in *X jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales. Vol. I*, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de la Justicia, 1988, pp. 609-626.
- Virga, P., *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, originariamente in *Rassegna di diritto pubblico*, I, 1948, pp. 255-256, ora in F. Gentile, P. G. Grasso (a cura di), *La Costituzione criticata*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, pp. 74-75.
- Vivaldi, E., *I diritti sociali tra Stato e Regioni. Il difficile temperamento tra il principio unitario e la promozione delle autonomie*, intervento al convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" "I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza" (Trapani, 8-9 giugno 2012), consultabile alla [pagina web http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/09/VivaldiDEF.pdf](http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/09/VivaldiDEF.pdf)
- Waltz, S., *Reclaiming and rebuilding the history of the Universal Declaration of Human Rights*, in *Third World Quarterly*, Vol. 23, n. 3 (Jun., 2002), pp. 437-448.
- Zagrebelsky, G., *La Corte Costituzionale e il legislatore*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, 1982, pp. 108-113.
- Zagrebelsky, V., *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 19 dicembre 2007, in <http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&id=64&op=5>
- Zanzucchi, M. T., *Formazione, struttura estrinseca e caratteri della nuova Costituzione*, originariamente in *Istituzioni di diritto pubblico secondo la nuova Costituzione*, Giuffrè, 1948, ora in F. Gentile, P. G. Grasso (a cura di), *La Costituzione criticata*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, pp. 76-88.
- Zornoza Pérez, J., *La financiación del Sistema Nacional de Salud*, in Parejo, L., Palomar, A., Vaquer, M. (eds.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, 2004, pp. 253-284.