

Stato, diritti sociali e *devolution*: verso un nuovo modello di welfare

di Silvio Gambino, Università della Calabria

1. Premessa

La dottrina costituzionale italiana, soprattutto nell'ultimo ventennio, ha prestato grande attenzione alle tematiche dell'assetto territoriale dei poteri sia nell'ottica della sussidiarietà della funzione pubblica sia in quella relativa ai rapporti fra decentramento territoriale e processi di governo (*governance*), sia, e soprattutto, in quella relativa alla garanzia dei diritti di cittadinanza (nazionale e sociale).

In tale quadro, la domanda generale rispetto ai 'processi federalisti' in corso, che si pone il giurista e prima ancora il cittadino, riguarda l'evoluzione attuale (o almeno quella tendenziale) della tradizionale organizzazione centralistica ed accentratrice dei pubblici poteri (e delle relative forme di legittimazione), verso forme istituzionali (e politiche) che mutano, nel fondo, quasi fino a confonderle, quelle poste a base degli ordinamenti di tipo federale.

Rispetto alle molte questioni sollevate dalle recenti revisione costituzionale in materia regionale, tuttavia, il tema della presente riflessione si limiterà ad affrontare il solo profilo relativo ai rapporti fra le nuove competenze riconosciute alle Regioni e le garanzia dei diritti di cittadinanza a prescindere dai territori regionali di appartenenza dei cittadini.

2. La *devolution* e lo Stato sociale

Il profilo centrale del tema in considerazione a noi pare quello che porta ad interrogarsi sul nuovo assetto delle competenze, per come disegnato dalla riforma costituzionale, rispetto alla garanzia del principio di eguaglianza fra i cittadini e con esso della garanzia dei diritti di cittadinanza (unitaria e sociale), posti a fondamento della vigente forma di Stato.

Alcune considerazioni s'impongono per inquadrare tale centrale profilo. Diversamente da quanto previsto nel precedente ordinamento regionale, il novellato Tit. V Cost. introduce un rapporto esplicito e diretto fra 'nuovo' regionalismo e novellate modalità di disciplina dei diritti sociali e civili. Rispetto al

precedente testo, la nuova formulazione dell'art. 117 Cost. prevede (e consente) ambiti competenziali in materie che hanno riflessi (non scevri di problematicità interpretative) sui diritti fondamentali, sia sociali che civili.

La quantità e la qualità della nuova allocazione delle competenze a livello regionale, a ben cogliere, risulta materialmente comparabile a quella operata nei sistemi federali (e perfino confederali), differenziandosene – oltre che per la cornice costituzionale della forma di Stato – per le tecniche istituzionali della allocazione e della relativa legislazione attuativa e integrativa.

Nell'assegnare alla legislazione esclusiva dello Stato la 'materia' (– ma che, non di rado, a ben vedere, costituisce una funzione, come ha già ricordato la Corte cost. in più sentenze, fra cui n. 282/2002, n. 407/2002, n. 510/2002, n. 88/2003, n. 303/2003 –) della "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali", la novellata disposizione costituzionale (art. 117, II co., lettera *m*) si prefigge di assicurare la garanzia del principio di eguaglianza di fronte alla legge – che deve intendersi, soprattutto, come eguaglianza di fronte alla Costituzione – "su tutto il territorio nazionale".

Omologa analisi dovrebbe farsi, in un'analisi compiuta (che in questa sede non è consentita), almeno, per 'la tutela della concorrenza', per la 'perequazione delle risorse finanziarie', per l'ordine pubblico e sicurezza', per l'ordinamento civile e penale', per la 'cittadinanza', così come la Corte costituzionale sta appunto ricostruendo l'unitarietà del sistema nella sua, recente, copiosa giurisprudenza.

Il legislatore di revisione, cioè, si è mosso in una cornice costituzionale nella quale si assume come definitivamente superato il risalente modello dell'uniformismo e del centralismo al quale ha corrisposto, nella prassi, una legislazione regionale sostanzialmente omologa.

Rispetto ad un simile orizzonte teleologico, si ponevano (e si pongono fattualmente) come evenienze possibili la lesione del principio di eguaglianza dei cittadini (eguaglianza interpersonale) all'interno di ogni singola Regione ma (soprattutto) con riferimento al luogo di residenza (eguaglianza interterritoriale).

Mentre rispetto alla prima situazione potevano risultare bastevoli le previsioni costituzionali di divieto di discriminazione fra i soggetti (art. 3, I co., Cost.), al contrario, le eventuali diseguaglianze interterritoriali sarebbero risultate senza copertura costituzionale; ciò soprattutto in considerazione della realtà socio-politica del Paese, tuttora caratterizzata da una persistente 'questione meridionale', da intendersi come (forte)

divario socio-economico fra Nord e Sud del Paese.

È soprattutto rispetto a tale possibile (ma, come sappiamo, reale) disuguaglianza che costituisce garanzia dei diritti di cittadinanza ('unitaria' e 'sociale') la richiamata previsione di cui alla lettera *m* dell'art. 117, II co., Cost., nonché la previsione dell'ulteriore limite costituito dai 'principi fondamentali' riservati alla legislazione dello Stato con riferimento alle competenze concorrenti delle Regioni.

Tuttavia, se alle possibili lesioni del principio di eguaglianza interpersonale e interterritoriale (anche in ragione delle previsioni di cui al novellato art. 116 Cost.) il legislatore di revisione costituzionale ha posto rimedio con le disposizioni di cui alla lettera *m* dell'art. 117, II co., Cost., nella stessa ottica garantistica (della cittadinanza 'unitaria' e 'sociale') opera l'intero sistema dei 'principi fondamentali' (e fra questi, in particolare, il principio personalistico e solidaristico, di cui all'art. 2 Cost.) e delle disposizioni costituzionali in materia di diritti fondamentali, in quanto 'patrimonio costituzionale' indisponibile alla stessa revisione costituzionale, in ragione del suo costituire "principio supremo" dell'ordinamento costituzionale, secondo una chiara definizione del Giudice costituzionale.

Nell'attuazione del principio di solidarietà, infatti, alla 'Repubblica' (ora intesa, ai sensi dell'art. 114 Cost., come l'insieme pari-ordinato costituzionalmente di tutti i pubblici poteri, statali e territoriali) spetta di far valere, a titolo di solidarietà e di 'coesione sociale', tutte quelle garanzie che concorrono, con il principio di eguaglianza sostanziale, a superare le disuguaglianze originate nel sistema economico, territoriale e sociale, rimuovendone gli squilibri e favorendo l'effettivo esercizio dei diritti della persona.

Al legislatore (statale e regionale) e al rimanente sistema autonomistico della Repubblica, nell'esercizio dei poteri normativi di cui sono rispettivamente attribuiti in via costituzionale, e nel rispetto del principio di sussidiarietà e di leale collaborazione, compete di assicurare la tutela della 'unità giuridica' e della 'unità economica'. Agli stessi soggetti compete, in particolare, la tutela dei 'livelli essenziali delle prestazioni' (LEP) concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali (art. 120, ult. co., Cost.), potendo (e non si comprende perché non dovendo) lo Stato-Governo, in tal senso, sostituirsi agli organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nelle ipotesi normative fissate in Costituzione (art. 120, II co.) e nel rispetto delle procedure di legge relative a tale controllo sostitutorio (art. 8 della l. n. 131/2003).

Se pure la previsione di cui all'art. 117 Cost., II co., lettera *m*, in via di principio, poteva non apparire strettamente necessaria ai fini della tutela dei diritti fondamentali costituzionali (– nel

novellato ordinamento regionale e locale, infatti, trovano piena applicazione, come si è già ricordato, i principi fondamentali posti a tutela dell'unità e dell'indivisibilità della Repubblica e le relative garanzie costituzionali -), tale disposizione costituzionale trova la sua *ratio* (contingente e potremmo perfino dire 'pedagogica') nell'esigenza (eminentemente garantistica) di rendere esplicito che il quadro costituzionale dei principi fondamentali non ha registrato modifiche sostanziali.

In tale ottica, l'ordinamento costituzionale registra i soli limiti – ormai pienamente costituzionalizzati nell'art. 117, I co., Cost. – posti dal rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Tanto brevemente richiamato, può ora sottolinearsi come le questioni interpretative sollevate dal nuovo testo costituzionale (art. 117, II co., lettera *m*, Cost.) concernono non tanto la *ratio* della richiamata disposizione quanto piuttosto i relativi contenuti materiali, e quindi la tipologia dei diritti civili e sociali (categoria – quest'ultima – per la prima volta entrata nella Carta costituzionale), da garantirsi su tutto il territorio nazionale nei 'livelli essenziali' delle relative prestazioni.

La legislazione 'concorrente' nelle nuove materie di cui risultano attributarie le Regioni – significativamente implementate rispetto al previgente art. 117 Cost. – e quella attribuita residualmente, cioè, dovrà esercitarsi (con le possibili differenziazioni di *status* delle Regioni medesime) senza mettere in questione lo 'statuto della cittadinanza', che dovrà restare 'nazionale' e 'sociale', assicurando, in tal modo, i livelli essenziali di prestazioni in materia di diritti civili e sociali, nonché l'inderogabilità dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale tra i soggetti e le diverse aree del Paese.

Nel suo fondarsi su una divaricazione 'innaturale' tra materie (e potestà/funzioni), da un lato, e interessi, dall'altro, il riparto operato dal legislatore di revisione costituzionale è apparso complesso, talora confuso e perfino (forse) "ingenuo" nella sua "pretesa" di fermare il moto irreversibile degli interessi a base dell'ordinamento. Ancora una volta, così, saranno lo sforzo dell'interprete e soprattutto quello del Giudice delle leggi a (dover) comporre in un quadro di compatibilità costituzionali le opzioni differenziate (nel tempo e nello spazio) del legislatore statale e di quello regionale. Fondamentale ai fini di tale ricomposizione (dottrinarie e giurisprudenziale), risulterà la previsione di cui alla lettera *m* dell'art. 117, II co., Cost. e la lettura che ne farà il Giudice delle leggi, come sta fin qui già facendo.

L'interpretazione dottrinarie dei contenuti materiali dell'art. 117 Cost. in materia di diritti (civili e sociali), tuttavia, ha fin qui rinviato a letture fra loro notevolmente differenziate, a seconda che sia prevalso o meno un orientamento (culturale e

istituzionale) di discontinuità rispetto alla disciplina previgente.

La questione nasce dall'individuazione dei limiti cui risulta sottoposta la potestà legislativa regionale concorrente – alla cui soluzione ha comunque provveduto in modo espresso il legislatore di revisione costituzionale quando ha limitato tale potestà con la determinazione (con leggi dello Stato) di 'principi fondamentali' – ma soprattutto dalla questione circa l'estensibilità (o meno) di tale regime di vincoli alla stessa potestà legislativa 'residuale'/'esclusiva' delle Regioni.

A tale fine, pare pienamente fondato quell'orientamento dottrinario che invoca la finalità garantistica di tutela del bene costituzionale della 'unità', ed in particolare la garanzia delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali a prescindere dai confini territoriali dei governi locali, come titolo di legittimazione della potestà legislativa statale nel giustificare l'eventuale intervento, oltre che attraverso 'principi fondamentali' anche attraverso una specifica disciplina, di natura trasversale, capace di penetrare nell'ambito regolativo della stessa potestà legislativa regionale (oltre che, naturalmente, in quella amministrativa).

Siamo dunque in presenza di un nuovo quadro costituzionale nel quale si è aperto, per le Regioni, un nuovo ambito regolativo e di garanzie in ordine alla materia dei diritti (civili e sociali); al contempo, si è confermata, per lo Stato, la competenza ad intervenire in tale disciplina regionale, sia attraverso la statuizione di 'principi fondamentali' della materia che attraverso regole legislative (sia pure non di dettaglio).

Pertanto, pur potendo – la riforma costituzionale – apparire come operante nel segno della (sostanziale) continuità, l'angolo di osservazione dei diritti civili e sociali dischiude un quadro ordinamentale autonomistico valorizzato nell'ambito dei suoi poteri e fra questi – diversamente da quanto era previsto nel previgente ordinamento – da ambiti normativi che si estendono alla stessa materia dei diritti civili e sociali, secondo una tendenza non sconosciuta agli ordinamenti a base federale.

Tuttavia, tali poteri conoscono un limite negativo, nel senso che le Regioni, sia nell'esercizio della potestà legislativa concorrente che in quella residuale/esclusiva, devono conformarsi ai 'principi fondamentali' e alle stesse regole legislative statali poste a garanzia dei beni fondamentali di cui alla lettera *m* (e all'art. 120, II co., Cost.).

È però da dirsi che in materia sono state proposte altre e divergenti interpretazioni. In una prima, l'essenzialità di cui alla lettera *m* viene interpretata come 'contenuto minimo'. A conforto di una tale lettura viene invocato l'approccio comparatistico e comunitario nel quale si rinviene, come clausola generale, quella del 'contenuto minimo essenziale' dei

diritti fondamentali (è il caso, ad es., dell'art. 19.2 della LFB, dell'art. 53.1 della Costituzione spagnola, dell'art. 18.3 della Costituzione portoghese, dell'art. 52.1 della Carta europea dei diritti fondamentali).

Più motivata e convincente appare, però, la lettura quasi unanime della dottrina costituzionalistica che sottolinea l'irriducibilità (anche semantica) del termine 'essenziale' a quello di 'minimo' e ciò sulla base di un'interpretazione (sia logico-grammaticale che sistematica) del novellato testo costituzionale, nella quale, accanto alle disposizioni della lettera *m*, si collocano quelle dell'art. 119 Cost., V co., e dell'art. 120 Cost., II co.

Tale lettura, peraltro, si pone in una linea di continuità con le più autorevoli interpretazioni della Costituzione *magis ut valeat*. Il termine 'essenziale', in quest'ottica, deve essere letto come formula relazionale, cioè come un dettato finalizzato a farsi carico del bisogno oggetto di protezione costituzionale. *Ad adiuvandum*, una conferma di tale interpretazione risulta rinvenibile nella considerazione secondo cui la natura dei 'livelli essenziali delle prestazioni' non riguarda solo i diritti sociali ma include anche quelli civili che, per consolidata dottrina – benché essi stessi diritti che 'costano' – non possono conoscere una riduzione/degradazione dei relativi contenuti.

D'altra parte, la disposizione costituzionale di cui all'art. 120 Cost., II co. – nel suo farsi carico delle ricadute organizzativo-amministrative di tali prestazioni, che sono erogate, oltre che dallo Stato, dalle Regioni e dagli altri enti autonomi della Repubblica, e nell'individuare la tutela dei 'livelli essenziali' delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali su tutto il territorio nazionale – conforta una lettura della 'essenzialità' non ridotta al contenuto 'minimo' di tali diritti.

Con ciò si conferma una possibile e convincente lettura di un non scomparso 'interesse nazionale', da ritenersi, pertanto, come vero e proprio titolo abilitativo statale ad intervenire su tutte le materie (riallocate, ai sensi degli artt. 117 e 118 Cost.), come ora è sottolineato in una recente, importante quanto discussa, pronuncia del Giudice delle leggi (sent. 303/2003).

Certo, non siamo in presenza della stessa nozione di 'interesse nazionale' di cui al previgente ordinamento regionale, in quanto l'interesse 'nazionale' di cui ora trattasi è l'interesse tipizzato nelle sue fattispecie, anche se queste ultime, a loro volta, meritevoli di interpretazione.

Nel fondo, e a conferma degli orientamenti appena richiamati, rimane che le chiavi di volta di questo difficile equilibrio risiedono nel valore della 'solidarietà', della 'coesione sociale' e negli strumenti della perequazione finanziaria (art. 119, III co., Cost.).

Possiamo concludere sottolineando come il rischio di uno

“scivolamento verso il basso” dei contenuti della nuova disciplina delle prestazioni essenziali in materia di diritti civili e sociali, e con esso di un difficile limite da opporre all’“arbitrio delle maggioranze” (parlamentari e regionali) nel tempo, potrebbe ritenersi scongiurato.

Ciò può e deve farsi attingendo alle più avanzate (e motivate) interpretazioni della Costituzione, *magis ut valeat*, nonché alla stessa giurisprudenza costituzionale che, nelle tecniche giurisdizionali fin qui utilizzate, ha saputo dare prova di equilibrio (ma anche di prudenza) nel bilanciamento dei beni costituzionali di volta in volta coinvolti nel processo costituzionale, comprensivo sia della necessaria gradualità nell’attuazione legislativa, sia dello stesso rispetto della discrezionalità del legislatore. Né, d’altronde, poteva essere altrimenti in uno Stato caratterizzato da una Costituzione rigida, nel quale la materia dei ‘contenuti essenziali’ dei diritti fondamentali (sia ascrivibili allo status *passivus* che a quello *activus*, per richiamare categorie dogmatiche della dottrina tedesca) si ricollega in modo stretto e indissolubile a quella dei “principi supremi” e dei “diritti inviolabili dell’uomo”, come la giurisprudenza (soprattutto, ma non solo, nella sent. della Corte cost. n. 1146/1988) e la dottrina costituzionale concordemente assumono quando richiamano la sottrazione della relativa disciplina costituzionale allo stesso potere di revisione costituzionale.

La questione così richiamata (sia pure nei suoi termini essenziali), non pone problemi interpretativi quando si faccia riferimento al ‘contenuto essenziale’ dei diritti di libertà classici (‘libertà negative’). Qualificandosi la protezione di tali diritti non in modo assoluto ma nel necessario bilanciamento reciproco (essi, infatti, sono riconosciuti e garantiti come “diritti fra diritti”), il contenuto degli stessi non può essere predeterminato *a priori* ma solo *ex post*, in ragione dello scrutinio costituzionale dell’irragionevolezza delle disposizioni legislative eventualmente limitatrici.

La questione, al contrario, resta posta con riferimento alla delicata e complessa questione dell’individuazione del ‘contenuto essenziale’ dei diritti sociali, per la cui esistenza giuridica si richiede come condizione necessaria l’*interpositio legislatoris*, nonché l’adozione di misure organizzative necessarie alla relativa implementazione amministrativa.

Pur nel rispetto del principio di gradualità e del bilanciamento con altri beni e interessi costituzionalmente protetti, è ragionevole chiedersi se la garanzia costituzionale riguardi il ‘contenuto essenziale’ dei diritti, con riferimento alla mera esistenza degli stessi, oppure, in senso contrario, se tale tutela non debba estendersi anche al *quantum* dei diritti medesimi, cioè al relativo *standard* di protezione.

Lo scrutinio della copiosa giurisprudenza costituzionale fa propendere per la prima soluzione, limitandosi tale controllo costituzionale a non mettere in questione la necessaria discrezionalità del legislatore nel dare attuazione ai principi e ai diritti fondamentali secondo criteri di gradualità e comunque condizionati dalla disponibilità delle risorse finanziarie e dal principio di equilibrio del bilancio statale.

Se ne può trarre la conclusione, invero non esaltante per l'orientamento fin qui sviluppato, che la stessa giurisprudenza costituzionale in materia di contenuto essenziale dei diritti sociali non sempre pare assicurare una tutela più salda e stabile di quanto non riesca a fare con le sue scelte politiche il legislatore (un tempo solo statale, oggi anche regionale).

3. La 'riforma della riforma': una 'devolution all'italiana'

La revisione del Tit. V Cost., tuttavia, non risulta compiuta quando si consideri che – prima di giungere all'attuale testo di revisione costituzionale – il Governo aveva approvato due successivi progetti di (ulteriore) revisione del Tit. V Cost. Il primo di tale disegni di legge costituzionale (ispirata alla c.d. *devolution* proposta dal Ministro Bossi) consisteva nell'integrazione, all'interno dell'art. 117 Cost., di una nuova disposizione attributiva di competenze esclusive alle Regioni (in materia di sanità, di istruzione e di polizia locale). L'art. 1 del ddl cost. c.d. Bossi, infatti, prevedeva che, dopo il IV co. dell'art. 117 della Costituzione, fosse inserito il seguente comma: "Le Regioni attivano la competenza legislativa esclusiva per le seguenti materie: a) assistenza e organizzazione sanitaria; b) organizzazione scolastica, gestione degli istituti scolastici e di formazione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche; c) definizione della parte dei programmi scolastici e formativi di interesse specifico della Regione; d) polizia locale". La *devolution* del ddl di revisione costituzionale (che in seguito, come vedremo, conoscerà una formulazione parzialmente diversa), veniva colta (dalla componente leghista della maggioranza parlamentare) come un'ulteriore tappa del cammino verso un federalismo autentico; tuttavia, essa si attestava su livelli decisamente diversi rispetto al processo devolutivo recentemente attuato in Gran Bretagna. Aggiungendo un ulteriore comma all'art. 117 Cost., il testo di revisione costituzionale in esame, così, conferiva alle Regioni competenze legislative esclusive in alcune materie (e per quanto concerne i profili materiali del nuovo regionalismo, in particolare, la competenza in materia di 'assistenza sanitaria e sociale' e di 'istruzione'), ritenute, dai promotori di tale progetto, fondamentali per i rapporti tra i poteri pubblici ed i cittadini a livello regionale.

La trasformazione della competenza legislativa regionale da 'concorrente' in 'esclusiva' produceva, così, l'effetto di

sopprimere, nelle materie indicate dal IV co. dell'art. 117 Cost., il limite dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, limite che, ancora oggi, continua a presiedere all'esercizio della potestà legislativa regionale nelle materie in considerazione (soprattutto, salute, assistenza sociale e istruzione).

Se, quindi, il legislatore regionale acquisisce, con la *devolution*, competenze legislative svincolate dal limite dei 'principi fondamentali', (è importante altresì sottolineare che) tale acquisizione, nel primo ddl governativo in materia, era subordinata ad una preventiva azione di 'attivazione' che doveva essere esperita dalle Regioni. Ne derivava un processo 'ascendente', un processo che partiva dal basso, e che, in quanto tale, risultava profondamente diverso dalla *devolution* britannica, nella quale le competenze sono trasferite dal centro alla periferia, restando comunque *sub iudice* del controllo parlamentare britannico.

Nel testo di revisione costituzionale ora definitivamente approvato (e soggetto a referendum costituzionale confermativo), tuttavia, scompare questa funzione di impulso da parte delle Regioni ad appropriarsi della richiamata materia, prevedendosi, in sostituzione del testo previsto nella precedente formulazione, una nuova disposizione secondo cui "Spetta alle Regioni la potestà legislativa esclusiva nelle seguenti materie a) assistenza e organizzazione sanitaria; b) organizzazione scolastica, gestione degli istituti scolastici e di formazione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche; c) definizione della parte dei programmi scolastici e formativi di interesse specifico della Regione; d) polizia locale; e) ogni altra materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato".

Al di là delle riflessioni sulle nuove logiche che sottendono la (ulteriore) revisione della Costituzione, il testo di revisione costituzionale ora in esame pone l'interrogativo (già autorevolmente sollevato da Luciano Vandelli) se esso sia da cogliersi come "una bolla di sapone oppure una bomba che rischia di far esplodere la forma di Stato italiana" delineata dalla Carta fondamentale della Repubblica.

Difatti, l'esclusività delle competenze che le Regioni vanno ad acquisire, se, da un canto, svincola il legislatore regionale dai principi fondamentali della materia, dall'altro, continua a sottoporlo ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (e non più dagli obblighi internazionali), ovviamente, del rispetto della Costituzione. Un limite – quest'ultimo – che non si esaurisce nel rispetto della sua parte prima e che si lega a quel II co. dell'art. 117 Cost., che riserva allo Stato competenze legislative esclusive in tutta una serie di materie e àmbiti, che vanno, fra l'altro, dalla 'determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali' e dall'ordinamento civile e penale, alla tutela dell'ambiente ed a quello della concorrenza.

È evidente, insomma, che l'esercizio delle competenze legislative di tipo esclusivo da parte delle Regioni libera le stesse dal solo limite dei 'principi fondamentali' della materia, con la conseguenza che la competenza legislativa regionale ex art. 117 Cost., IV co., Cost., è del tutto simile a quella derivante dal III co. dell'art. 117 Cost. La *devolution* "all'italiana" si risolverebbe, in quest'ipotesi, in una "bolla di sapone", che sarebbe, tuttavia, destinata a trasformarsi in "bomba" qualora la competenza legislativa esclusiva delle Regioni nelle materie di cui al IV co. dell'art. 117 Cost., coniugandosi con un'interpretazione da parte del sistema politico in sede di novellata 'costituzione materiale', venga intesa come un *tertium genus* che va ad affiancarsi a quella concorrente e a quella residuale. In questo caso, è evidente che i limiti trasversali del II co. dell'art. 117 sarebbero destinati (astrattamente parlando) a soccombere, con effetti dirompenti sulla forma di Stato delineata dalla Costituzione della Repubblica.

Anche sul versante delle materie interessate dalla *devolution* (assistenza e organizzazione sanitaria; organizzazione scolastica, gestione degli istituti scolastici e di formazione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche; definizione della parte dei programmi scolastici e formativi di interesse specifico della Regione; polizia locale), peraltro, numerosi sono i profili di riflessione problematica.

Al di là delle questioni interpretative, il dato più significativo della *devolution* "all'italiana" si colloca, però, nel rapporto tra tale progetto di revisione costituzionale e l'art. 119 Cost. il quale, al suo III co., stabilisce che "le risorse derivanti dalle fonti di cui ai commi precedenti consentono ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane e alle Regioni di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite".

In questo rapporto è possibile individuare il vero elemento di asimmetria insito nel disegno devolutivo di cui si tratta, visto che – proprio in considerazione del III co. dell'art. 119 Cost. – pare ragionevole (in realtà obbligato) assumere che non tutte le Regioni disporranno delle risorse per esercitare tali competenze.

Così, se alcune Regioni esercitano quelle competenze avendo le risorse per farlo, altre, che non ne dispongono (in ragione del limitato prelievo fiscale sul proprio territorio), continueranno a rimanere nel vecchio sistema, *melius* potranno assicurare quei soli servizi pubblici (anche nelle materie transitate alla competenza esclusiva delle regioni, secondo la previsione della 'riforma della riforma') che le saranno garantiti dalla quantità di risorse loro trasferite in sede di perequazione fiscale, rispetto alle quali, tuttavia, l'ordinamento novellato non garantisce alcuna esigibilità giustiziabile relativamente al *quantum*.

Pertanto, un primo (possibile) scenario è quello di una possibile asimmetria nelle prestazioni assicurate dallo Stato sociale per le

sole Regioni che godono di autonomia fiscale (allo stato, solo quattro Regioni, sul totale delle Regioni ordinarie, dispongono di capacità fiscale sufficiente a finanziare le funzioni loro attribuite dal novellato testo costituzionale). Per le altre Regioni, le garanzie dello Stato sociale (soprattutto in materia di istruzione, salute e assistenza sociale) sono solo quelle assicurate dalla competenza legislativa statale che, avendo natura trasversale (come ha già ricordato la Corte, fra l'altro, nelle sentenze n. 282 e n. 407 del 2002), si estendono anche alle competenze regionali, sia quelle concorrenti (III co.), sia quelle residuali (IV co.), sia quelle che sarebbero introdotte nel testo costituzionale qualora il testo di revisione costituzionale fosse approvato (in sostituzione del vigente IV co.).

Come si vede, dall'analisi essenziale del quadro normativo-costituzionale così innovato, non manca materia di riflessione per l'idea di cittadinanza accolta nelle più recenti (ed inopinate) utilizzazioni 'partigiane' della Costituzione.

Il diffuso e generale vaglio critico della dottrina può essere stato alla base dei ripensamenti da parte della maggioranza parlamentare, per come ora analizzabili alla luce del nuovo testo di revisione costituzionale. Come si ricorderà, infatti, nel ddl cost. 2544-B, la 'tutela della salute' scompare fra le materie regionali di competenza legislativa concorrente, venendo 'ritagliata', per la parte relativa alle 'norme generali sulla tutela della salute', in capo alla competenza esclusiva dello Stato (art. 117, II co., lettera *m-bis*) e venendo attribuite alla competenza legislativa esclusiva delle Regioni "l'assistenza e l'organizzazione sanitaria" (art. 117, IV co., lettera *a*).

Ponendo momentaneamente in un cono d'ombra gli interrogativi sulla validità complessiva del modello di *welfare* italiano (come non bisognerebbe fare), diviso fra competenze statali in materia di garanzia del diritto alla salute e all'istruzione, da una parte, e differenziazione (già comunque reale quanto ai gradi di efficacia e di efficienza) dei sistemi regionali di *welfare*, occorre chiedersi se il nuovo riparto di competenze (soprattutto in materia di salute, di assistenza sociale, di istruzione) prefigurato dalla 'riforma della riforma' del Titolo V Cost. costituisca un arretramento rispetto al vigente ordinamento costituzionale già riformato (con la l. cost. 3/2001) o se, piuttosto, sia possibile individuare una serie di 'reti' costituzionali capaci di riequilibrare – anche alla luce delle disposizioni della Prima Parte della Costituzione, nonché degli artt. 119 e 120 Cost. – il nuovo nesso tra autonomie regionali e principio di eguaglianza.

In una parola, ci si chiede se – alla luce del testo di revisione costituzionale – appaia o meno conciliabile (e secondo quali modalità) l'autonomia regionale con i livelli essenziali di prestazione, di cui alla lettera *m* del novellato art. 117 Cost.

La risposta che se ne potrebbe offrire è positiva per quanto

concerne l'ordine delle questioni costituzionali sollevate, soprattutto in considerazione della natura garantistica dei livelli essenziali, che anzi, alla luce della revisione costituzionale proposta, pare ulteriormente rafforzata dalla nuova qualificazione della competenza esclusiva statale in materia.

Tale garanzia, poi, non deve cogliersi solo come garanzia di un *quantum*, ma anche come garanzia di uno *standard* organizzativo, idoneo ad assicurare la stessa qualità delle prestazioni erogate, che devono essere comunque capaci di dimostrare la loro conformità ai 'livelli essenziali di prestazione in materia di diritti civili e sociali', ormai garantiti costituzionalmente e non più solo in via legislativa.

D'altra parte, se si eccettua una dottrina ampiamente minoritaria, nella prevalente dottrina costituzionale, come si è già ricordato, è pressoché unanime la lettura dell'art. 117, lettera *m*, in combinato disposto con l'art. 32, l'art. 33 e l'art. 3 Cost. (nonché con i novellati artt. 119 e 120 Cost.).

In tale interpretazione il 'contenuto essenziale' non è più letto come 'contenuto minimo', e ciò anche in ragione della considerazione secondo cui tale qualificazione del contenuto materiale del diritto (salute e istruzione, per quanto ora interessa) attiene appunto al contenuto essenziale dello stesso, che non è più determinabile discrezionalmente dal legislatore, come poteva avvenire per il 'contenuto minimo' alla luce del previgente ordinamento, ma è determinato dall'interpretazione della Costituzione, e quindi, in ultima istanza, dalla lettura che ne fa il giudice ordinario, quello amministrativo e, soprattutto quello costituzionale.

Chiarito che anche la nuova 'riforma della riforma' non potrà attingere in modo svalutativo ai contenuti essenziali dei diritti sociali, si tratta ora di chiedersi quali implicazioni comporti tale 'ritaglio' delle materie 'salute' e 'istruzione' sui contenuti materiali della competenza esclusiva della legge statale, prima e, quindi, di quella regionale.

Se ricorriamo al criterio ermeneutico già utilizzato dal Giudice delle leggi (fra l'altro, nella sentenza n. 282/2002), possiamo trarne la conclusione che siamo tuttora in presenza di materie 'trasversali', di materie-funzioni e che, anzi, tale trasversalità risulta valorizzata nei contenuti rispetto a quanto non fosse già consentito alla luce della mera previsione della legge statale chiamata a fissare i soli 'principi fondamentali' della materia. In materia, ha recentemente sottolineato il Giudice delle leggi (sent. n. 282/2002) che "Quanto poi ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, non si tratta di una 'materia' in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di

prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle”.

Sotto il profilo in considerazione, può dunque affermarsi che i contenuti materiali delle nuove materie assegnate alla competenza esclusiva dello Stato ‘ritagli’ ancora più profondamente la competenza concorrente delle Regioni di quanto non faccia, nel vigente regime, il ricorso ai ‘principi fondamentali’ della materia, intesi come limiti imposti alla competenza regionale concorrente.

Nel confermare la portata garantistica della lettera *m* dell’art. 117 Cost., il quadro che ne emerge evidenzia nuove e più complesse questioni che non possano che comportare talune (in realtà, molte) incertezze nella definizione delle linee di demarcazione tra ‘principi fondamentali’ e ‘norme generali’, nonché tra queste ultime e le altre norme attribuite alla competenza concorrente delle Regioni.

Una possibile evoluzione dell’ordinamento regionale (*melius*, degli ordinamenti regionali) conosce in tale novellata disciplina spazi nuovi e più ampi rispetto al vigente assetto (ivi compreso nella materia organizzativa), con la conseguenza che – in una paradossale eterogenesi dei fini perseguiti dai ‘nuovi’ legislatori di revisione – viene innovativamente prefigurato un quadro costituzionale per la *devolution*, in materia sanitaria e di istruzione, affievolito rispetto a quello vigente (in modo più o meno significativo, in ragione della discrezionalità utilizzata dal legislatore statale). Il legislatore statale, infatti, dispone di un ampio potere di penetrazione all’interno della stessa potestà regionale residuale/esclusiva e ciò sia ricorrendo alla predisposizione delle ‘norme generali’ sulla protezione della salute e dell’istruzione, sia adottando i relativi regolamenti attuativi, che l’ordinamento novellato riconosce alla stessa competenza statale (salva comunque la delega alle Regioni, secondo l’art. 117, VI co.).

Ancora una volta, così, il Giudice delle leggi potrà ben dipanare le intricate questioni che indubbiamente insorgeranno soprattutto in quei sistemi regionali che leggeranno la c.d. *devolution* in modo per così dire ‘ideologico’, cioè come uno spazio normativo pieno loro accordato dal testo di riforma.

Come si vede, dunque, la riforma regionale appare, per molti versi, più simbolica che reale. Essa sembrerebbe destinata a poco altro che soddisfare le pretese devolutive di pretesi ed inesistenti territori autonomi all’interno del Paese, come la ‘Padania’, presente nella sola fervida fantasia dei suoi sostenitori. Ancora una volta, dunque, un grande ‘movimentismo’ costituzionale destinato a garantire poco altro che la persistenza dell’esistente.

4. Il diritto alla salute fra LEP e relativa giustiziabilità

Per concludere queste brevi considerazioni sulle problematiche di ordine costituzionale in cui si cala l'attuale dibattito relativamente ai sistemi sanitari del Paese (con riferimento cioè alla loro differenziabilità, al concorso pubblico/privato, al sottofinanziamento e agli sprechi tuttora ampiamente presenti), occorre ora guardare al tema fin qui brevemente richiamato sotto il profilo della giustiziabilità della pretesa garantita, sia come diritto soggettivo perfetto sia come interesse legittimo, categorie normative – queste ultime – ambedue riguardate, alla luce degli artt. 32 e 117 Cost., dalla tematica in discussione sotto il profilo della effettività della tutela giudiziaria (cui ora l'ordinamento è/sarà chiamato anche dal 'Trattato costituzionale che istituisce una Costituzione per l'Europa', dagli artt. II-107/II-110 e all'art. II-95). Se condivisa, infatti, l'analisi che ora seguirà comporterà non lievi problematiche circa la responsabilità giuridica degli amministratori delle AUSL.

Rispetto alla previgente disciplina legislativa in materia sanitaria, oggetto di un processo importante di riforma nel corso degli anni '90, la costituzionalizzazione dei 'livelli essenziali delle prestazioni' (LEP), di cui si è fin qui detto sia pure in modo essenziale, costituisce una evoluzione di fondo nell'ordinamento salutare, che si qualifica per i suoi destinatari come nuove situazioni giuridiche protette con il rango proprio dei diritti soggettivi perfetti.

Se non leggiamo in modo errato l'evoluzione ordinamentale sanitaria alla luce della novella costituzionale, in altri termini, non ci sarà più spazio per una considerazione della natura del diritto alla salute come 'diritto finanziariamente condizionato', come ad es. la Corte cost. sanciva ancora nella sent. n. 356 del 1992, quando affermava che "in considerazione della limitatezza delle risorse, non potrebbe consentirsi a un impiego di risorse illimitato avendo riguardo solo ai bisogni; è viceversa la spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie", ancorché tale giurisprudenza fosse stata già modificata nel fondo in una serie di importanti pronunce degli anni '90 (sentt. n. 247/1992, n. 267/1998; n. 309/1999), e di recente nella sent. n. 509/2000, nella quale il Giudice delle leggi sottolineava che "il bilanciamento fra valori costituzionali e commisurazione degli obiettivi determinati dalle risorse esistenti *non può intaccare il nucleo irrinunciabile del diritto alla salute protetto costituzionalmente come valore inviolabile della dignità umana*" (corsivo nostro).

A tale giurisprudenza la Corte era pervenuta con riferimento al sindacato di costituzionalità di specifiche questioni poste, da ultimo, dalla disciplina positiva accolta nel d.lgs n. 502 del 1992, ed in particolare dalla determinazione da parte di quest'ultimo dei nuovi *standard* prestazionali, con correlativo abbandono del

previgente modello universalistico in favore di uno 'universalistico selettivo', chiamato a conformarsi alle risorse disponibili, da una parte, e ad ispirarsi ai nuovi criteri dei LEP, come imposti dalla necessità, dall'efficacia clinica e all'appropriatezza d'uso degli interventi sanitari previsti ed erogati.

La lettura che si vuole proporre, dunque, riguarda l'interrogativo se la novellata disciplina costituzionale non sia da esaminare anche con riferimento alla giustiziabilità di eventuali comportamenti omissivi delle amministrazioni sanitarie in quanto "enti obbligati ad offrire i servizi nelle aree comprese nei livelli essenziali". E, prima ancora, quello che porta a chiedersi se il rispetto dei 'livelli essenziali' non debba cogliersi come un vincolo organizzativo all'interno del quale soltanto può legittimamente esercitarsi l'autonomia funzionale delle organizzazioni sanitarie.

Nell'apprestare qualche osservazione rispetto al quesito proposto, preliminarmente, non può non sottolinearsi l'effetto novativo nel sistema salutare prodotto dalla costituzionalizzazione dei LEP, che al criterio interpretativo della successione delle leggi nel tempo aggiunge la forza propria della previsione costituzionale, gerarchicamente sovraordinata in forza della natura propria della disposizione costituzionale, in quanto legge superiore, *inner law*.

Ora, mentre nel sistema legislativo prevalente alla riforma costituzionale il riferimento ai livelli di tutela era indubbiamente inteso "al minimo" (ad es. art. 1, I co., lettera g della l. n. 421/1992, ma anche il d.lgs n. 229/1999; la l. n. 328/2000; PSN relativo al triennio 1998-2000, che distingueva fra livelli di assistenza 'necessari' e 'appropriati'), con la costituzionalizzazione dei LEP si è conferito allo Stato la competenza esclusiva per la loro individuazione e per la relativa garanzia, anche a protezione delle eguaglianze, personale e interterritoriale, dei soggetti; con essi si costituzionalizza, per la prima volta in modo formale, lo stesso *status* dei diritti sociali, che fin qui costituiva una mera qualificazione dottrinarica.

Naturalmente, un simile quadro normativo non può che comportare conseguenze positive in capo al soggetto interessato all'esercizio del diritto alla salute, e ciò sia in termini di riconoscimento positivo del diritto in considerazione sia in termini di effettività della tutela giurisdizionale apprestata. Quest'ultima include ormai la stessa tutela risarcitoria e inibitoria, propria dei diritti soggettivi perfetti, in presenza di danni causati da illegittimo esercizio della funzione pubblica (sent. n. 500/1999 della Corte di Cassazione; l. n. 205/2000).

Quanto poi al contenuto materiale della pretesa giuridica azionabile giurisdizionalmente, la richiamata disposizione costituzionale in materia di LEP pare assicurare piena copertura

costituzionale alla stessa censura di illegittimità in caso di inerzia degli enti tenuti ad organizzare ed erogare i servizi sanitari (come anche quelli socio-assistenziali). Già in passato (sent. n. 309/1999) la Corte aveva censurato la legislazione regionale che escludeva il diritto del cittadino al rimborso delle spese sanitarie sostenute all'estero pure in assenza di una previa richiesta (sent. n. 509/200), oppure fruite presso una struttura privata convenzionata o anche il ricorso a forme di assistenza indiretta (sent. n. 309/1999), ogni qualvolta il paziente versasse in condizioni di salute tali da far temere un danno grave. In altri termini, il 'bene della vita', e nella fattispecie la salvaguardia della vita stessa, non consente possibili affievolimenti del diritto alla prestazione dell'assistito che fossero dovuti all'esercizio del potere autorizzatorio della Regione.

Senza naturalmente frustare il potere/dovere di organizzazione del servizio sanitario, e pertanto i necessari e connessi gradi di discrezionalità del legislatore e dell'amministrazione sanitaria, il soggetto-assistito dal SSN che ritenga di trovarsi in presenza di comportamenti (più o meno gravemente) omissivi dell'amministrazione sanitaria (analisi sostanzialmente analoga deve farsi comunque anche per i soggetti/enti privati erogatori del servizio sanitario sulla base di procedure di autorizzazione e di accreditamento) può ricorrere al giudice invocando la lesione dei LEP costituzionalmente garantiti in materia di diritto sociale alla salute.

In altri termini, la gravità del bisogno del paziente con riferimento alle situazioni garantite nei LEP fonda una pretesa giuridica perfetta capace di portare alla censura di illegittimità del comportamento omissivo e – ciò che più rileva per l'amministrazione regionale e per l'amministrazione sanitaria – la stessa tutela del diritto mediate l'azione risarcitoria e inibitoria come si prevede per ogni altro diritto soggettivo perfetto.

Non devono trascurarsi, inoltre, i diritti esercitabili dal soggetto-assistito con riferimento alla disciplina (ora nuovamente novellata) della riforma del procedimento amministrativo (l. n. 241/1990, e succ. mod. e integr.). Né vanno trascurati in tale ottica di garanzia gli strumenti di standardizzazione dei LEP, intesi come "valori misurabili, idonei a soddisfare i bisogni che si assumono meritevoli di tutela". Tali valori non riguardano il solo contenuto materiale essenziale da garantire ma anche le relative modalità, ambedue costituendo uno *standard* che è parimenti invocabile dal soggetto in sede di tutela giurisdizionale. Di norma, le Carte di servizio sanitarie si presentano come uno degli strumenti più qualificati rispetto a tale finalità, essendo appunto previste per assicurare una forma di tutela alla qualità della prestazione cui il soggetto-assistito ha diritto. La loro violazione, che poi altro non significa che la violazione dei contenuti materiali della prestazione da erogare, e come tale autonomamente eccepibile dinanzi ad un giudice, è sanzionata

con misure di indennizzo automatico e preventivo.

5. Salute e assistenza sociale fra diritti esigibili e politiche sociali

Le osservazioni appena svolte, nel loro concentrarsi principalmente sulla materia della 'tutela della salute' – sia con riferimento all'attuale assetto delle competenze regionali sia in quello conseguente all'eventuale conclusione positiva dell'*iter* della 'riforma della riforma' – hanno sottolineato prospettive e limiti del nuovo *Welfare regionale-municipale-sociale*, che, in realtà, troverà compiuta attuazione solo a seguito della legislazione di attuazione dell'art. 119 Cost. (c.d. federalismo fiscale). Alla stessa valorizzazione di tale nuovo *Welfare* concorre anche la materia dell'assistenza sociale che, non rientrando nella elencazione delle competenze concorrenti delle Regioni, rientra ormai nella piena competenza esclusiva/residuale delle stesse (seppure queste ultime possano, in via astratta, non debbano necessariamente considerare, a mò di legislazione statale di principio, le opzioni/previsioni normative della l. n. 328/2000).

A quest'ultima disciplina, anche in ragione delle peculiarità che ne hanno fin qui caratterizzato il regime giuridico, saranno ora dedicate alcune riflessioni volte a sottolineare i limiti generali conosciuti in materia di attuazione legislativa dell'art. 38, I co., Cost., nonché la significativa disorganicità della disciplina di favore. In realtà, il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale, disciplinato nella richiamata disposizione costituzionale, nella metà di secolo che abbiamo appena lasciato alle spalle – come si dirà anche in seguito – conosce due principali letture/interpretazioni: una prima, che attrae la disciplina di favore nella materia previdenziale, e una seconda, nella quale si coglie un *favor* esplicito per i 'lavoratori', mentre i 'cittadini', nella loro condizione di soggetti deboli restano affidati sostanzialmente all'ambito delle politiche sociali, intese come erogazione di servizi alla persona e alla comunità.

Rispetto ai diversi e possibili approcci alle politiche pubbliche nell'ottica qui proposta, i servizi sociali devono cogliersi per ciò che nella realtà amministrativa essi sono effettivamente, e cioè prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche (ed ora anche a gestione privata) in tema di diritti costituzionalmente tutelati. Nel nostro ordinamento, i servizi sociali, quindi, costituiscono la concretizzazione amministrativa (ed ora anche sussidiaria, come fra poco diremo) dei diritti sociali.

Introdotti nel costituzionalismo contemporaneo del secondo dopoguerra, questi ultimi sono da cogliersi, come è noto, come pretese costituzionalmente garantite dei soggetti ad ottenere dallo Stato (ora dalla Repubblica) determinate prestazioni volte ad assicurare a tutti, ma soprattutto ai *soggetti deboli*, servizi amministrativi finalizzati a garantire l'eguaglianza sostanziale. In

tal senso, essi costituiscono una novità e una sfida dello Stato costituzionale contemporaneo volte ad assicurare l'integrazione indissolubile fra libertà ed eguaglianza, in una parola la giustizia sociale.

Fra i diritti sociali riconosciuti in Costituzione ricordiamo in un elenco essenziale almeno: il diritto al lavoro (art. 4), il diritto alla tutela della salute (art. 32), il diritto all'assistenza sociale per gli inabili sprovvisti di mezzi (art. 38.1), il diritto all'istruzione e all'educazione (artt. 33 e 34), il diritto all'educazione e all'avviamento professionale per gli inabili e i minorati (art. 38.3), il diritto dei lavoratori in caso di infortunio, malattia, invalidità e disoccupazione involontaria (art. 38.2), il diritto dei minori e delle donne lavoratrici (art. 37). Si tratta, con riferimento alla positivizzazione costituzionale di tali tutele, di evidenti diritti "differenziali", specificamente rivolti a rimuovere condizioni di minorità individuale e sociale, e quindi di debolezza di specifici soggetti, finalizzati a rimuoverle in un'ottica di eguaglianza delle condizioni di partenza di tutti nell'esercizio pieno dei diritti della persona.

L'analisi dell'attuazione di tale quadro normativo – come si è già osservato – descrive uno scenario di gradualità nella legislazione in materia e, più in generale, di una protezione peculiarmente rafforzata per il soggetto 'lavoratore', mentre le altre situazioni di minorità sociale restano ancorate ad una cultura risalente di 'beneficenza pubblica', quindi debitrice nel fondo di una cultura 'caritatevole', 'assistenzialistica' e 'paternalistica'.

Nel costituzionalismo europeo (sia pure con formule differenziate) ed in quello italiano, in particolare, come è noto, risulta pienamente positivizzato uno rapporto stretto fra concezione della cittadinanza e diritti fondamentali fondato sulla garanzia e sull'ampliamento delle situazioni giuridiche costituzionalmente protette e su una nuova concezione del concetto di eguaglianza: non più solo l'uguaglianza che proviene dalla tradizione classica, che vede come intollerabili le discriminazioni fondate sulle differenze di sesso, di religione e di razza, bensì un concetto di uguaglianza che ritiene inaccettabili le differenze che si fondano sul rapporto economico e sociale, apparendo intollerabili le differenze fondate sulla capacità di reddito.

I diritti sociali, unitamente a quelli classici di libertà, sono assunti, in tale concezione, come condizioni indefettibili, 'costitutive' del principio costituzionale di eguaglianza (art. 3 Cost.) e, al contempo, del valore della persona (art. 2 Cost.). Il relativo catalogo costituzionale possiede una sua inusuale ampiezza e sistematicità e la relativa tutela è quella propria dei diritti costituzionali e non, cioè, di quelli 'legali', benché in dottrina si sottolinei come, a ben vedere, le forme giurisdizionali della relativa tutela non sono quelle apprestate ai diritti soggettivi (con la forza propria della tutela risarcitoria nei

confronti di atti lesivi degli stessi) ma quelle degli interessi legittimi, atteso che fra il relativo esercizio e la previsione legale opera un *facere* amministrativo, che coinvolge la pubblica amministrazione con la sua supremazia speciale. Un approccio – quest’ultimo – destinato ad essere radicalmente riconsiderato alla luce dei principi comunitari, ma soprattutto della recente sentenza n. 500/1999 della Corte di Cassazione. Tuttavia, mentre altri ordinamenti disciplinano la materia mediante clausole generali (art. 20, I co., LFB o mediante “Principi informativi della politica sociale ed economica” (Cap. II del Tit. I e Cap. III Costituzione spagnola), la Costituzione italiana tutela i diritti sociali sia mediante principi fondamentali sia (e soprattutto) con disposizioni costituzionali di dettaglio.

Ma, se dalla definizione teorico-costituzionale dello Stato sociale e, più in particolare, dall’inquadramento dei diritti sociali come diritti inviolabili della persona, si passa a verificare il grado di effettività degli stessi, non può non cogliersi lo stridente contrasto tra la loro costruzione come diritti universali e assoluti e il relativo, deprimente, grado di effettività. L’argomento a sostegno di una simile situazione (fattuale) è dato dal fatto che i diritti sociali (istruzione, tutela della salute, assistenza sociale, previdenza, ecc.) costano e lo Stato (in Italia come altrove) affronta quindi seri problemi di fiscalità.

Più complessa appare l’analisi con riferimento allo statuto comunitario dei diritti sociali – la ‘cittadinanza sociale’ comunitaria – e alle relative garanzie rispetto agli ordinamenti costituzionali nazionali. Come è stato già osservato (M. Luciani), la disciplina comunitaria dei diritti sociali – anche se considerata dalla prospettiva *de jure condendo* (Carta dei diritti fondamentali dell’UE e TCE) – contrasta nel fondo con la loro concezione negli ordinamenti costituzionali nazionali (fra cui soprattutto quello italiano, quello spagnolo e quello tedesco). Ciò che rileva di tali diritti nell’azione e per la realizzazione delle finalità dell’ordinamento comunitario è la loro finalizzazione alle esigenze dello sviluppo economico e alle esigenze proprie del mercato comune. In una simile ottica, i diritti sociali, nell’ambito più generale della politica sociale comunitaria, per come disciplinata nel nuovo Cap. I del Tit. XI del Trattato CE (artt. 136-145), si trasformano in meri parametri di legittimità normativa di quest’ultima, assumendo per questo non più una validità in sé, bensì la natura di diritti complementari alle libertà economiche, riservandosene il relativo riconoscimento e la tutela al solo ambito interno degli Stati membri, mentre l’intervento normativo e giurisprudenziale europeo rimane esterno e subordinato alle tutele assicurate dalle legislazioni e dalle giurisdizioni degli Stati membri. I diritti sociali, così, nella costruzione dell’ordinamento comunitario (almeno fino al recente ‘Trattato che istituisce una Costituzione per l’Europa’), assumono una natura di diritti ‘residuali’, funzionalizzati agli obiettivi economici del mercato unico europeo, dovendosi giungere ad una conclusione, circa la normativa comunitaria in

materia sociale, secondo cui la stessa si limita a disciplinare mere disposizioni programmatiche, poco più che 'obiettivi', senza contenuti di prescrittività per le istituzioni comunitarie a dare attuazione alle stesse, se non nell'ottica della funzionalità sociale del mercato economico (C.G.C.E., causa 5/88, 13 luglio 1989, sent. *Wachauf*). La natura giuridica imprecisa e incerta di tali disposizioni pare, dunque, unicamente superabile con la loro positivizzazione in un 'catalogo' di diritti sociali, all'interno di una più ampia e rivisitata Carta europea dei diritti fondamentali (e dunque del TCE), su cui le istituzioni europee e la dottrina vanno discutendo negli ultimi anni, pur senza pervenire ancora ad un'intesa sui diritti da incorporare negli stessi Trattati comunitari.

Anche a partire da questa riflessione è da chiedersi come il 'nuovo' quadro costituzionale previsto per le Regioni e per le autonomie locali, in Italia, si rapporti a tali principi, dovendosi chiaramente assumere che l'architettura costituzionale della 'Repubblica' risulta significativamente innovata rispetto all'ordinamento costituzionale previgente, nel quale l'ambito costituzionale delle competenze legislative regionali poco (o nulla) incideva sullo statuto della cittadinanza. Le pur brevi considerazioni fin qui svolte portano ad osservare – in tale ottica – che le istituzioni regionali e le autonomie locali non costituivano in Italia, fino alle recenti riforme costituzionali nella materia territoriale, il terreno elettivo per un'indagine sulle tematiche relative alle modalità seguite (e da seguire) per rendere effettivi i diritti sociali, nella misura in cui alle Regioni e alle minori autonomie locali non era assegnata la competenza in materia di diritti, che rimaneva attribuita alle istituzioni statali, venendo protetta dalla relativa giurisdizione. La tematica dei diritti fondamentali nello Stato regionale, pertanto, non pare offrire una prospettiva di particolare rilievo teorico se considerata dall'ottica visuale del previgente ordinamento costituzionale; e ciò anche perché il livello regionale non ha consentito di evidenziare, almeno nella prassi, il profilo attuativo delle competenze regionali capace di influenzare l'effettività dei diritti sociali, tranne che nelle tematiche relative al rapporto amministrativo – così come innervato di nuovi diritti dalla più recente legislazione di riforma amministrativa (diritto di partecipazione al procedimento amministrativo, diritto di accesso agli atti e ai documenti amministrativi, diritto alla *privacy*) – e alla riforma dell'ordinamento locale (avviato con la l. n. 142/90 e succ. mod. e integr.).

Il tema dei diritti sociali, nel dibattito dottrinario italiano, pare doversi limitare così alle funzioni svolte dal giudice ordinario e soprattutto da quello costituzionale in tema di garanzia e di effettività degli stessi. L'intervento del Giudice costituzionale nella materia dei diritti sociali è stato richiesto prevalentemente con riferimento alla violazione del principio di eguaglianza e in presenza di comportamenti omissivi da parte del legislatore (come lucidamente sottolineava C. Mortati già nei primi anni

'50).

Dopo un'iniziale prudenza, l'orientamento del Giudice delle leggi si è affermato nel senso di riconoscere rango pienamente costituzionale ai diritti sociali, affermandosi, da parte dello stesso, una serie di criteri guida a cui il giudice stesso conforma la propria dottrina. Pur accompagnandosi con il riconoscimento della necessaria gradualità delle scelte legislative, lo sforzo della Corte costituzionale porta ad assicurare l'effettività dei diritti sociali, riconoscendoli come 'diritti perfetti' e assicurandone una protezione immediata, pur in quelle ipotesi in cui difettesse ancora un intervento regolativo e di protezione da parte del legislatore. Per la Corte, dunque, anche i diritti sociali, e *a fortiori* quelli a prestazione positiva legislativamente condizionati, assurgono, al pari degli altri diritti fondamentali, al rango di "diritti inviolabili e irretrattabili della persona, in quanto espressione di valori o principi costituzionali supremi".

In breve, nella giurisprudenza della Corte costituzionale si sottolinea come ai diritti sociali debba essere assicurata una protezione costituzionale pienamente comparabile a quella assicurata agli altri diritti fondamentali. Anche i diritti sociali, in quanto tali, sono irrinunciabili, inalienabili, indisponibili, intrasmissibili e inviolabili. Ciò non toglie, tuttavia, che l'immediata operatività di tali diritti, come diritti di pretesa di prestazioni pubbliche, possa e debba "essere accertata caso per caso, senza confondere ciò che è possibile in virtù della sola efficacia normativa della Costituzione con ciò che è storicamente possibile" (A. Pace), a seguito di leggi che abbiano assicurato una data disciplina della materia.

Le conclusioni che si possono trarre da un simile, essenziale, richiamo dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte costituzionale, nell'assicurare effettività ai diritti sociali portano, tuttavia, ad osservare come le tecniche giurisdizionali utilizzate da parte dei giudici costituzionali sono tali da rendere in qualche modo mutevole e instabile il grado di effettività assicurato a tali diritti. Le tecniche di bilanciamento fra interessi egualmente meritevoli di tutela portano, infatti, il Giudice costituzionale ad operare una comparazione continua fra diversi principi e valori costituzionali e ciò sulla base dell'assunto che il principio della ponderazione o del bilanciamento fra beni costituzionali rappresenta il parametro in base al quale devono essere determinati i limiti e il contenuto dei diritti fondamentali e tramite il quale vengono risolti i conflitti che possono insorgere tra beni costituzionalmente contigui. Una prospettiva – quest'ultima – che porta a cogliere la Corte costituzionale come vero e proprio legislatore positivo, le cui ambiguità tuttora preoccupano la più attenta dottrina in Italia, come più in generale la dottrina costituzionale europea (e non solo), quando si pone l'interrogativo sul *quis custodiet custodes*.

Riprendendo l'analisi con specifico riferimento al nuovo scenario

disegnato dal legislatore di revisione costituzionale, è da sottolinearsi come, nell'ottica del nuovo *welfare* (ora territorializzato), nel percorso della vita ogni soggetto può trovarsi ad essere soggetto debole; per tali condizioni di debolezza la Repubblica è chiamata a provvedere alla soddisfazione di bisogni primari (nel campo dell'istruzione, della tutela della salute, dell'assistenza sociale, del reddito minimo di sopravvivenza, della casa, ecc.) secondo *standard* definiti in modo unitario, che comunque assicurino l'essenzialità delle prestazioni volte a risolvere/superare i diversi bisogni. Tale opzione, secondo l'indirizzo mutuato dall'esperienza britannica, si prefigge, in sostanza, di dar vita ad un sistema universale e integrale di protezione sociale pubblica volta a garantire la sicurezza di tutti i cittadini dalla nascita alla morte, con l'obiettivo dichiarato – missione costituzionale – di perseguire finalità di 'liberazione dal bisogno', contro la logica 'caritatevole' dello Stato liberale e quella 'organicistico-autoritaria' dello Stato fascista.

L'intensità di tale modello si piega poi, in Italia come negli altri Paesi europei, alle esigenze consensuali proprie del sistema politico-istituzionale, spesso coniugandosi, in passato, con politiche finanziarie di *deficit spending* e comunque concentrandosi su tre principali ambiti materiali (pensionistico, sanitario e istruzione pubblica, in quest'ultima includendo la stessa istruzione universitaria).

In una prima osservazione di sintesi, prima di ritornare all'esame delle recenti riforme costituzionali, può rilevarsi che lo Stato sociale, a partire dal secondo dopoguerra, ha realizzato importanti successi nel campo delle politiche pubbliche relative ai diritti sociali e in particolare nelle materie appena richiamate. La natura e la stessa intensità dell'intervento legislativo nelle altre materie ricadenti nell'ambito delle politiche sociali sono state significativamente diverse.

Le scelte legislative in tali materie non hanno una corrispondenza pubblica comparabile nel campo degli altri servizi pubblico-sociali, nei quali l'attuazione dei già richiamati diritti sociali avrebbe dovuto concretizzarsi. In altri termini, e ciò deve dirsi almeno fino alla recente legge c.d. Turco-Napolitano (per quanto concerne l'assistenza sociale), i servizi sociali, in generale e con specifico riferimento ai soggetti deboli concretamente individuati nelle richiamate disposizioni costituzionali di favore verso questi ultimi, hanno segnato il passo, conoscendo ritardi e asimmetrie legislative.

In un'analisi di sintesi di tali politiche può cogliersi una persistenza della prospettiva 'caritatevole', 'assistenzialistica', 'paternalistica' piuttosto che l'attuazione di politiche fondanti pretese esigibili da parte dei soggetti fondate sulla "dignità della persona umana" e, dunque, un diritto civile costituzionale protetto del soggetto debole. L'analisi dei ritardi nel tempo degli

stessi contenuti della variegata legislazione (ad esempio nel campo dei soggetti diversamente abili), porta ad osservare una parcellizzazione eccessiva della disciplina legislativa di favore nonché la stessa assenza, in tale legislazione, di una cultura istituzionale pienamente rispettosa dei diritti della persona debole, della persona in difficoltà, a partire dal diritto costituzionale alla dignità. Se poi si considera, con riferimento ai soggetti deboli, la condizione di soggetto oggettivamente e soggettivamente dipendente (da altri, di norma dalla famiglia), si può osservare che l'obiettivo della protezione costituzionale del diritto civile e al contempo sociale della persona in difficoltà non sia stato conseguito.

Prima di procedere oltre – e anche al fine di richiamare (sia pure in modo essenziale) le politiche pubbliche nel campo che ora ci occupa – deve rilevarsi come esse hanno soprattutto risposto (in modo prevalente) alla logica di assicurare una tutela previdenziale, che nel tempo si è estesa fino ad integrare le politiche di sicurezza sociale, ambedue ispirate ad un criterio universalistico. Rispondono a tale finalità le previsioni della l. n. 80/1898, tese ad obbligare il datore di lavoro ad assicurarsi contro gli infortuni del lavoro. Tale previsione troverà più compiuta attuazione con le previsioni costituzionali e la relativa ispirazione al principio personalista, a quello lavorista e a quello solidarista. Principi – questi ultimi – ispirati al riconoscimento dei bisogni dei "lavoratori" ai quali, in tale ottica, è assicurato un trattamento costituzionale preferenziale rispetto agli altri "cittadini". Nella stessa ottica istituzionale della sicurezza sociale s'inscrivono poi le previsioni relative all'istituzione e al funzionamento dell'INPS, alle pensioni sociali, alle pensioni di vecchiaia, all'assegno di invalidità e alla pensione di invalidità, alle pensioni di inabilità, alla tutela contro la disoccupazione involontaria, agli assegni familiari (ancorché la disciplina in materia si sia poi evoluta in materia in modo fortemente restrittivo), agli infortuni sul lavoro e alle malattie professionali (cui fa capo una struttura operativa come l'INAIL), alle prestazioni sanitarie ora di competenza del Servizio sanitario nazionale.

A seguito della Costituzione del 1948, l'assistenza sociale ha conosciuto importanti mutamenti di indirizzo che, in verità, risultano più apprezzabili sul piano delle definizioni normative in materia che in termini di effettività delle connesse protezioni. In tale ottica, risultano centrali, indubbiamente, le previsioni del primo decreto presidenziale (9/1972) in materia di trasferimento di funzioni amministrativo-statali alle Regioni ('prima regionalizzazione'), ancorché persista in tale fonte normativa una forte ispirazione alla (risalente) cultura istituzionale della 'beneficienza pubblica' e alle sue forme organizzative (IPAB). A partire da tali opzioni, i servizi alla persona e alla comunità sono scorporati dalla prestazione previdenziale e restano ancorati nella responsabilità gestionale di specifici e risalenti enti nazionali, per ricadere nella competenza gestionale degli enti

locali e delle relative strutture, secondo opzioni stabilite dal legislatore regionale. È a partire da questa data che ha pieno inizio l'epoca del *welfare* regionale e municipale. Dal DPR 616/1977 fino alla l. n. 59/1997, l'assetto amministrativo relativo alla predisposizione e all'erogazione dei relativi servizi e interventi a favore della persona e della comunità vede la centralità del Comune nell'esercizio delle funzioni di ambito eminentemente locale, che, a sua volta, anticipa la cultura istituzionale e costituzionale della sussidiarietà, destinata a divenire principio legislativo, prima (con la l. n. 59/1997) e costituzionale, in seguito, con le recenti riforme costituzionali in materia regionale (art. 118 Cost.). Il legislatore di trasferimento delle competenze amministrative aveva individuato la soluzione ottimale nella specializzazione del Comune come ente operativo/gestionale, mentre alla Regione veniva assegnata la funzione (appropriata ad un ente di area vasta) di programmazione e di determinazione degli ambiti maggiormente adeguati per la gestione dei servizi sociali e sanitari, nonché per la promozione, economicamente incentivata, delle forme di collaborazione, anche obbligatorie, fra gli enti territoriali. La l. n. 142/90, prima, l'attuazione della l. n. 59/97, il d.lgs. n. 112/98, e infine il TUEL (d.lgs. n. 267/2000), definiranno in modo compiuto il quadro dei rapporti istituzionali chiamati a farsi carico delle politiche sociali.

A ben vedere, come si dirà anche in seguito, le scelte del legislatore di revisione costituzionale della fine degli anni '90, nel loro complesso, inquadrano innovativamente il nuovo ambito delle responsabilità istituzionali (regionali e locali), procedendo in una triplice direzione: a) assicurando la copertura istituzionale a tale legislazione mediante la positivizzazione costituzionale del principio di sussidiarietà (verticale e orizzontale); b) scorporando le competenze amministrative dal previgente parallelismo con quelle legislative e assegnandole costituzionalmente ai Comuni (art. 118, I co., Cost.), salvo che una legge statale o regionale, ognuna nel relativo ambito di competenza, non le assegni ad un livello istituzionale superiore, al fine di garantire interessi di ambito più vasto; c) assegnando, ora in modo definitivo, alla competenza regionale esclusiva/residuale la materia dell'assistenza sociale.

Se ne può concludere che lo scenario costituzionale disegnato dalla riforma, almeno in materia di assistenza sociale, è appunto quello di un nuovo *welfare* (regionale-municipale-sociale) che si sostituisce al previgente modello di *welfare* di ambito e responsabilità statale. In altri termini, le responsabilità – per come definite nei diritti e nei principi fondamentali della Costituzione e fra questi, soprattutto, in quello dell'eguaglianza sostanziale fra i soggetti e in quello solidaristico – che fin qui erano assegnate allo Stato-Repubblica, con la nuova lettera della Costituzione sono ora riallocate in forma radicalmente innovata nel novellato sistema/ordinamento repubblicano. In tale innovato quadro costituzionale, alla legge dello Stato

competete la disciplina dei *livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali*, in modo da assicurare che ai principi della unitarietà e indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost) corrisponda un trattamento giuridico eguale di tutti i cittadini, assicurando in tal modo la cittadinanza unitaria e sociale.

Il legislatore di revisione costituzionale, in tal senso, ha assegnato allo Stato-Governo il potere/facoltà di far valere tale unitarietà di trattamento come conseguenza obbligata dell'unità giuridica dell'ordinamento. A tal fine, il Governo è chiamato ad esercitare un potere di controllo sostitutorio nei confronti degli organi delle Regioni, delle Province e dei Comuni ogni qualvolta lo richieda, in particolare, la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali e la loro garanzia, a prescindere dai confini territoriali dei governi locali. Nel relativo esercizio, il Governo, come ora prevede la stessa l. n. 131/2003 di attuazione della riforma del tit. V Cost, potrà adottare i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nominare un apposito Commissario. Rispetto al testo della novellata Costituzione, il legislatore di attuazione ha previsto che l'intervento sostitutivo del Governo possa realizzarsi, oltre che per autonomo impulso del Governo, "anche su iniziativa delle Regioni e degli enti locali". Lo stesso Governo, al fine di dare contenuto concreto alla pari dignità dei soggetti che ora compongono la Repubblica (Stato, Regioni, Province, Comuni) potrà (dovrà?) promuovere la stipula di intese, in sede di Conferenza Stato-Regione o di Conferenza unificata (che include come è noto anche le autonomie locali), volte a favorire l'armonizzazione delle rispettive legislazioni o il raggiungimento di posizioni unitarie o il conseguimento di obiettivi comuni (art. 8.6 della l. n. 131/2003, e nello stesso senso sent. Corte cost. n. 303/2003).

In conclusione, alla sola legge dello Stato compete di assicurare gli inderogabili principi di eguaglianza dei cittadini, mentre alla legge regionale di farsi carico, con nuovo protagonismo, delle competenze assegnate alle Regioni, che sono sia concorrenti sia esclusive/residuali. Le prime, come è noto, assegnano alla Regioni competenze limitate dal solo rispetto dei principi fondamentali della materia fissate con legge dello Stato; le seconde assicurano alle Regioni piena libertà nella legislazione, fatto salvo il rispetto della Costituzione (e pertanto dei principi supremi e dei diritti costituzionali positivizzati nella prima parte della stessa), nonché il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Tali limiti, peraltro, risultano risolutivi anche nell'individuazione dell'ambito e dei limiti della potestà legislativa regionale nella (non auspicabile) ipotesi che il testo di revisione costituzionale (di 'riforma della riforma') concluda positivamente l'iter di integrazione dell'efficacia.

In tale ipotesi, infatti, la competenza in materia di tutela della

salute (come anche in materia di istruzione e di polizia locale), transitando dalla elencazione concorrente a quella esclusiva delle Regioni, sfuggirà al rispetto dei principi fondamentali della materia posti con legge statale (e quindi anche alla l. n. 833 del 1988, per quanto concerne la materia sanitaria), rimanendo assoggettata ai soli richiamati limiti di cui all'art. 117, I co., Cost., e pertanto (soprattutto per quanto qui ci riguarda) al rispetto della Costituzione.

Un simile scenario, ancorché non sia possibile ora esplorarlo in modo adeguato, comporta che le scelte regionali in materia sanitaria conoscerebbero l'inevitabile mannaia della Corte ogni qualvolta le Regioni volessero seguire nella loro legislazione percorsi asimmetrici rispetto ai livelli essenziali delle prestazioni definiti con legge statale o comunque tali da mettere in questione il principio dell'eguaglianza anche interterritoriale, nonché quello della solidarietà tra i cittadini della Repubblica. Rispetto a tale quadro, potranno determinarsi, infatti, soprattutto da parte delle Regioni forti (in quanto fiscalmente autonome), forti spinte volte alla differenziazione dei trattamenti, rispetto alla uniformità delle prestazioni previste dai LEA, potendo assistere così ad inevitabili affievolimenti dell'idea, un tempo quasi sacrale e intangibile, dei LEA in materia di diritti sociali.

Al momento, anche in ragione delle difficoltà politiche a concludere la 'lunga transizione' in corso nel Paese, in verità, le ragioni o forse meglio le preoccupazioni della 'coesione' sembrano ancora trovare qualche attenzione. Ne costituisce traccia evidente lo scorporo dalla l. n. 131/2003 delle disposizioni attuative dell'art. 119 Cost., soprattutto nella materia della perequazione fiscale (fondo perequativo, art. 119, III co., Cost.) e degli interventi volti ad assicurare lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, nonché per rimuovere gli squilibri economici e sociali e per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona (art. 119, V co., Cost.).

Così richiamate le nuove scelte del legislatore di revisione costituzionale (sia pure nei loro termini essenziali), s'impone ora di riflettere sulle problematiche costituzionali conosciute dalla materia dell'assistenza sociale nel novellato quadro e dell'estensione alla stessa delle previsioni della recente legge quadro in materia. Il primo profilo da considerare, in tal senso, riguarda appunto le 'sorti' della l. n. 328/2000, atteso che la stessa, in quanto precede temporalmente la richiamata revisione del tit. V Cost., non può più essere assunta come "principio fondamentale della materia" da rispettarsi prescrittivamente da parte delle Regioni nella loro legislazione (a meno che le stesse non decidano in modo diverso). Un secondo profilo riguarda, più in particolare, le conseguenze – di sicuro impatto innovativo – della costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, con il conseguente interesse costituzionalmente

protetto del privato (*ut sic* e non più privato-sociale, come si prevedeva nella l. n. 59/97) a vedere assicurata la propria iniziativa nello svolgimento di attività di interesse generale di competenza comunale, provinciale, regionale e statale. La gestione dei servizi pubblici alla persona e alla comunità in materia socio-assistenziale costituisce in modo indubbio una materia nella quale il privato può chiedere di collaborare con il soggetto pubblico (locale e non) che è titolare della corrispondente funzione amministrativa.

Quanto al primo profilo, all'analisi puntuale delle novellate disposizioni di cui all'art. 117.2, lettera o (previdenza sociale) e all'art. 117. III co., Cost. – che assegna la materia della 'previdenza sociale' alla legge dello Stato e quella della 'previdenza complementare ed integrativa' alla competenza concorrente della Regione – non pare potersi mettere in dubbio che la 'previdenza sociale' resti pienamente incardinata nella competenza statale, pur residuando qualche spazio operativo e secondario alle Regioni. Diversamente è da dirsi per quanto concerne le altre disposizioni disciplinate nell'art. 38 Cost., e in particolare per quanto concerne il "diritto al mantenimento e all'assistenza sociale", di cui è titolare, per statuizione costituzionale, ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere; situazioni fattuali – queste ultime – che, in quanto generano discriminazioni, impongono, ai sensi dell'art. 3, II co., Cost., di essere rimosse a cura della Repubblica (ora non più solo a cura dello Stato).

Il parametro costituzionale della essenzialità del diritto al "mantenimento e all'assistenza sociale" da garantire ai richiamati soggetti può bene individuarsi, con un'interpretazione sistematica delle disposizioni costituzionali in materia, nella quale si assuma, d'accordo con E. Balboni, che "l'inabile è colui il quale non può lavorare e al quale, dunque, la situazione personale di disagio inibisce la possibilità di guadagnare il "salario sociale" di cui all'art. 36 Cost. Dunque, il contenuto minimo essenziale dell'assistenza deve consistere in un insieme di prestazioni che – considerate complessivamente – consentano all'inabile di vivere una vita libera e dignitosa, che sia almeno paragonabile e/o assimilabile a quella di un lavoratore ... e di ciò e alla fine può e deve essere *dominus un iudex*".

Se confrontiamo tale lettura con le previsioni generali della legislazione generale in materia di assistenza sociale e, da ultimo, con quelle accolte nella stessa l. n. 328/2000, può affermarsi che, pur colmando un ritardo in materia, la stessa, che si presenta (anche formalmente) come una legge-quadro, non pare essere riuscita a farsi carico di una compiuta e adeguata garanzia del nucleo essenziale del diritto al mantenimento e all'assistenza per gli inabili al lavoro e per i poveri, né ad assicurare a tali soggetti lo strumentario più congruo per garantire l'esigibilità di un diritto sociale fondamentale, quale è appunto, dal punto di vista costituzionale,

il diritto dei soggetti ora in considerazione. Né, a tal fine, può costituire convincente argomentazione in senso contrario quella ascrivibile alla scarsità delle risorse disponibili, restando pertanto confermato che la garanzia costituzionale dei soggetti destinatari della norma di favore, così come per altri diritti sociali (ad es. le pensioni), potrà solo essere assicurata dal sindacato di ragionevolezza/proporzionalità del Giudice delle leggi e dal giudice ordinario e amministrativo, ognuno nel suo ambito di competenza giurisdizionale. Una recente ordinanza (5 maggio 2001), adottata ai sensi dell'art. 700 cpc dal Tribunale di Firenze - Sez. lavoro, argomentando sulla base dell'art 32 Cost. (ma parimenti avrebbe potuto fare ai sensi dell'art. 38.1 Cost.), conferma tale analisi. Nel caso sottoposto al suo giudizio, il giudice ordina al Comune 'di corrispondere ad una portatrice di handicap che non dispone di familiari per le cure necessarie' (e pur a fronte di un reddito mensile da pensione di lire 1.600.000, goduto dalla medesima e integralmente destinato alla propria sussistenza ed alle spese di locazione) "il sostegno economico complessivo di lire 5.000.000, già comprensivo dell'eventuale contribuzione previdenziale e di ogni altro onere necessario per l'assunzione da parte della ricorrente di personale addetto alla sua assistenza continuativa per tutte le 24 ore giornaliere". Come correttamente argomenta il richiamato giudice, "ciò si rende possibile perché la legge regionale Toscana 3 ottobre 1997 n. 72 stabilisce che il Comune è l'ente titolare delle funzioni in materia di assistenza sociale. Tale legge prevede, inoltre, il sostegno economico 'per la vita indipendente o aiuto personale per persone con gravi disabilità', da attuarsi in base a 'piani individualizzati di interventi' " (in *Giur. cost.*, 2001, p. 2692).

Rimangono ora da considerare le questioni poste dalle nuove competenze esclusive regionali in materia assistenziale, che, come si è già ricordato, spostano in capo all'ordinamento di ciascuna Regione l'obbligo costituzionale di dare attuazione all'art. 38, I co., Cost., secondo misure e opzioni legislative liberamente disponibili in capo alla discrezionalità del legislatore regionale quanto alle forme, ma obbligate quanto all'esistenza di norme specifiche in materia capaci di garantire l'essenzialità di tale diritto. Nulla, certo, impedisce che la Regione - ogni Regione - faccia proprie le opzioni di principio della l. n. 328/2000, ma si tratta, appunto, di una fra le possibili scelte legislative. In tale scelta, indubbiamente, le modalità di organizzazione del servizio sociale restano pienamente ascrivibili alle opzioni regionali; come pure restano disponibili in capo alla stessa le forme del coinvolgimento del privato nella gestione sussidiaria del sistema assistenziale, fatto comunque salvo il limite dell'eccesso di potere nell'ipotesi di diniego di avvalimento dello stesso, qualora richiestone. La novellata disposizione costituzionale in materia, pertanto, si limita alla sola previsione relativa all'oggettività delle prestazioni erogate nel servizio; del rispetto di tale essenzialità sarà poi competente il giudice ordinario e più in generale il Giudice delle leggi.

Rimane da affrontare, in conclusione e sempre in termini essenziali, la questione posta dalla costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale e dunque dal nuovo regime dei rapporti pubblico/privato nella gestione dell'assistenza sociale. La stessa l. n. 328/2000 – prima ancora del novellato art. 118, ultimo comma, Cost., ed in modo certamente innovativo – aveva già previsto un ruolo attivo dei privati, soprattutto dei privati del terzo settore, tanto nella gestione dei servizi sociali quanto nella loro programmazione e valutazione. Tale protagonismo dei privati conosce ora la sola omologazione, all'interno della categoria dei soggetti privati, fra privati *ut sic* e privati-sociali ai fini dell'identificazione del contenuto materiale prescritto dal legislatore di revisione, secondo il quale gli enti autonomi della Repubblica "favoriscono" l'avvalimento del privato nell'erogazione delle prestazioni amministrative.

Un primo criterio che potrà/dovrà guidare le amministrazioni pubbliche nella definizione dei relativi ambiti di potere, nel decidere di conservare in capo a sé la funzione amministrativo-sociale o piuttosto di cederla al privato per la relativa gestione, riguarda il carattere economico o meno della prestazione in questione, cioè del servizio richiesto dal privato a titolo di 'gestione sussidiaria'. In altri termini, altro è la questione del privato volontario o delle associazioni di volontariato che collabora/collaborano spontaneamente con i fini pubblici delle amministrazioni, altro è la questione che si pone allorché (ed è la norma) l'ente titolare della funzione proceda a cedere all'esterno l'esercizio della funzione che implichi erogazioni finanziarie o si qualifichi, in generale, come servizio a contenuto economico, dovendo l'amministrazione pubblica, in tale ipotesi, individuare costi, forme di erogazione, *standard* qualitativi e in una parola garanzie dei soggetti destinatari della stessa, nel più ampio quadro del rispetto delle previsioni costituzionali in materia di imparzialità e di buon andamento.

Nell'ipotesi di servizi sociali a contenuto economico, le previsioni di cui all'art. 117, I co., Cost. e all'art 117, II co., lettera e, non possono che fondare la competenza dell'amministrazione di volta in volta interessata – ma ciò vale anche per la competenza legislativa regionale – a prevedere istituti e misure comunque idonei ad assicurare la "tutela della concorrenza" e pertanto la funzionalità del mercato, e più in generale ad escludere che l'attuazione della sussidiarietà orizzontale possa comportare remissione al privato di funzioni/compiti regolativi o comunque legati alla titolarità della funzione stessa. Naturalmente, tale principio non potrà che bilanciarsi con altri principi costituzionali come, in particolare, quello volto ad assicurare il funzionamento democratico ed efficiente dell'amministrazione pubblica (art. 97 Cost.). Le istanze dei privati, così, dovranno conformarsi alle regole dell'azione amministrativa e fra queste, in particolare, a quelle dell'accreditamento istituzionale e dell'evidenza pubblica e comunque non potranno essere soddisfatte che a seguito dello scrutinio comparativo da parte dell'amministrazione pubblica

titolare della funzione, nel quale la stessa accerti che l'attribuzione delle funzioni ai privati richiedenti non comporti oneri pubblici superiori a quelli della gestione amministrativa diretta e che sia assegnato adeguato valore all'efficacia e all'efficienza rispetto ai risultati pubblici da conseguire (carte dei servizi).

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

In conclusione, si può sottolineare che il nuovo ordinamento delineato dalle riforme, in un'ottica di pluralismo istituzionale e sociale, propone nuove sfide capaci di assicurare anche al privato di inserirsi nella nuova architettura istituzionale-costituzionale della Repubblica, rivitalizzando un esangue pluralismo istituzionale-territoriale e, soprattutto, valorizzando le amministrazioni più prossime al cittadino, come quelle comunali. Si tratta, sotto tale profilo, di dare vita, mediante adeguate scelte legislative delle Regioni, ad un sistema di raccordi e di intese fra enti locali e Regioni (valorizzando in tal senso anche il Consiglio delle autonomie di cui all'art. 123 Cost.), affinché i primi e le seconde sappiano compiutamente ispirarsi alle nuove scelte costituzionali, specializzando ogni livello istituzionale del governo locale alla dimensione più appropriata degli interessi da governare e da soddisfare. In questa nuova rete istituzionale e di riallocazione delle competenze amministrative, – se vogliamo, nel nuovo scenario imposto alla *governance* territoriale – occorre anche individuare le funzioni più adeguate per un livello intermedio come quello provinciale, che è emerso dalle riforme senza missioni chiaramente individuate. Si tratta, inoltre, di dare attuazione con sapiente regia alla sussidiarietà orizzontale, che significa dare vita ad una 'società solidale', *in unum* con le nuove missioni del privato nella gestione dei servizi di interesse generale, compatibili con le protezioni del privato destinatario dei servizi medesimi. Nel leale rispetto dei principi posti a base della riforma costituzionale, il cittadino (e quindi anche

l'imprenditore) è chiamato a svolgere nuovi ruoli rispetto a quelli tradizionali di protagonismo-partecipazione con le missioni della Repubblica. In tale quadro, sia la legislazione regionale (come di recente ha fatto il legislatore regionale toscano) che gli statuti locali possono assicurare uno spazio di maggiore rilievo e protagonismo per quel tipo di imprese che, non perseguendo finalità di lucro, si trovano già, per così dire istituzionalmente, nelle condizioni ottimali per soddisfare a quel necessario compito cui sono chiamate in via generale le amministrazioni pubbliche. Con riserva tuttavia – come ricorda da ultimo l'art 7.1 della l. n. 131/2003 – che la funzione volta a favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini nello svolgimento di attività di interesse generale, qualora includa incentivazioni economiche o comunque impiego di risorse pubbliche, debba conformarsi alle previsioni di trasparenza sancite nell'art. 12 della l. n. 241/1990. In tal modo – come hanno già sottolineato Giuseppe Ugo Rescigno ed Ettore Jorio – l'obbligo della motivazione da parte dell'amministrazione nella decisione di riconoscere al privato la gestione della medesima la pone nelle migliori condizioni per assicurare, al contempo, sia la legittimità dell'azione amministrativa sia la valorizzazione in modo differenziale di quelle imprese private che, per statuto giuridico, perseguono finalità di solidarietà sociale (volontariato, organizzazioni *no profit*). È questo il nuovo quadro in cui verranno a trovarsi i privati se vorranno – *ex novo* o in continuità rispetto all'esperienza in essere – collaborare nella gestione con le amministrazioni pubbliche. Si tratta di cogliere i contenuti innovati della legislazione ma anche i relativi limiti. Solo a queste condizioni, il nuovo *welfare* (regionale-locale-sociale) potrà non trasformarsi – come non pare da escludere in via di principio – in un processo di liberalizzazione generalizzato delle funzioni pubbliche (statali, territoriali) o peggio ancora in un lucroso affare (economico o politico).

Bibliografia essenziale:

Per utili approfondimenti, di recente, fra gli altri, cfr. S. Gambino, "Regioni e diritti fondamentali. La riforma costituzionale italiana nell'ottica comparatistica", in S. Gambino (a cura di), *Regionalismo, federalismo, devolution*, Milano, Giuffrè, 2003; S. Gambino, "Federalismo e salute", in *federalismi.it* (n. 4/2005); S. Gambino (a cura di), *Assistenza sociale e tutela della salute. Verso un nuovo Welfare regionale-locale*, Roma, Philos, 2004; L. Chieffi (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio*, Torino, Giappichelli, 2003; R. Balduzzi, "La creazione di nuovi modelli sanitari regionali e il ruolo della Conferenza Stato-Regioni (con una digressione sull'attuazione concreta del principio di sussidiarietà orizzontale)", in *Quaderni regionali*, 2004, 1; A. Aronica e C. De Vincenti, *La Sanità nella transizione al federalismo*, Roma, Ricerche, 1/2003; E. Menichetti, "La tutela della salute nella riforma della riforma del Titolo V della Costituzione: una devolution mitigata?", in

[http://www.amministrazioneincammino.luiss.it.](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it;); L. Castelli, P. Gambale, E. Menichetti e M. Procaccini, "Il nuovo Welfare state dopo la riforma del Titolo V. Sanità e assistenza a confronto", in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>.

(2 febbraio 2006)
