



ALESSANDRO MANGIA
I DIRITTI SOCIALI TRA ESIGIBILITÀ E PROVVISITA FINANZIARIA*

1. Intanto, come chi mi ha preceduto, ringrazio anche io il Direttivo dell'associazione per avermi affidato il compito di presiedere l'andamento dei lavori nella seconda sessione di questo convegno e di offrirne una sintesi. Ma, in aggiunta a questo, devo dire subito che il compito di animare questa sessione è stato particolarmente facile e persino piacevole, visto il vivace accavallarsi di interventi che si sono susseguiti e che avrebbero potuto essere anche più numerosi, non foss'altro per il nutrito numero di interventi programmati che hanno integrato per diversi aspetti i temi compresi nelle relazioni di A. Rovagnati e di L. Trucco. Il che, forse, ha avuto il solo effetto negativo di sottrarre qualche spazio al dibattito su un tema che oggi appare centrale nella tutela del sistema di garanzie sociali presenti nel nostro ordinamento.

Sullo sfondo di tutti questi interventi (Cavasino, Foglia, Sandri, Monaco, Bruno) sta la questione del condizionamento che il bilancio e, in genere, la provvista finanziaria sono in grado di spiegare sul soddisfacimento dei diritti sociali, visti innanzi tutto come diritti a prestazione.

Il che impone una precisazione preliminare, derivante dal fatto che la categoria dei diritti sociali, contrariamente a quanto si pensa e a quanto si è detto in questi giorni, è una categoria tutt'altro che unitaria. Essa coinvolge senz'altro un complesso di diritti (e di interessi) a ricevere una qualche prestazione da parte delle strutture pubbliche – e in questo modo deve essere intesa con riferimento al tema della provvista finanziaria – ma comprende anche una serie di diritti che non necessariamente devono vedere negli apparati pubblici un interlocutore e si spiegano principalmente nella dimensione dei rapporti interprivati. E' il caso, ad es., di tutti quei diritti enunciati in costituzione che riguardano il rapporto di lavoro: dal diritto alla giusta retribuzione al diritto al riposo, fino, probabilmente a toccare il tema delle libertà sindacali.

E, come è emerso in diversi momenti di queste tre giornate, e come vedremo, non è nemmeno scontato che, nella sfera dei classici diritti a prestazione, e cioè sanità, istruzione, previdenza ed assistenza, debba essere il pubblico ad erogare direttamente queste prestazioni.

Sta di fatto che, avendo riguardo alla struttura del nostro ordinamento, quando si parla di diritti sociali in rapporto al bilancio, si dà per acquisito che la categoria dei diritti sociali possa essere convenzionalmente delimitata al complesso di posizioni soggettive che la costituzione garantisce al cittadino (anche se questa è una terminologia in via di ridefinizione a fronte delle tensioni che

* RELAZIONE DI SINTESI DELLA III SESSIONE

attraversano l'istituto della cittadinanza), che hanno per oggetto una pretesa giuridica a ricevere una qualche prestazione da parte della stessa amministrazione e che, a livello legislativo, assumono, di volta in volta, la veste del diritto o dell'interesse legittimo.

Il che equivale a porsi in primo luogo il problema che le enunciazioni costituzionali sui diritti sociali possano tradursi in pretese giuridiche definite nei confronti dell'amministrazione e, in secondo luogo, che queste pretese giuridiche possano trovare prima tutela in sede giurisdizionale e quindi effettivo soddisfacimento: possano cioè tradursi in prestazioni effettivamente erogate da parte dell'amministrazione. Si tratta di aspetti diversi – quello della azionabilità e quello dell'effettivo soddisfacimento - che normalmente vengono riassunti nella formula della 'effettività' del diritto, ma che in realtà, come vedremo, sarebbe bene tenere distinti, in quanto rinviano a due diversi modi di guardare ai diritti sociali.

Del resto porsi il problema della 'effettività' di questi diritti, è praticamente un passaggio obbligato, almeno da quando dei diritti sociali si è predicato (Schmitt 1984, 227) il carattere 'legislativo': ovverosia il fatto che i diritti sociali, essendo diritti a una prestazione da parte dell'amministrazione, non potrebbero essere compiutamente delineati soltanto da una enunciazione costituzionale, ma, per giungere a realizzazione, avrebbero bisogno di una struttura specializzata e, dunque, di un successivo intervento del legislatore e, soprattutto, dell'amministrazione. Di qui l'idea per cui i diritti sociali sarebbero diritti costituzionali soltanto abbozzati, definiti in modo incompiuto dalla costituzione, che, per giungere ad effettività, richiederebbero un percorso di delineazione e precisazione – l'attuazione costituzionale – affidata al legislatore e che, per questo, rischiano di ridursi a ciò che il legislatore vuole che siano (Forsthoff 1973). Non è casuale, del resto, che in queste prime prospettazioni, la categoria dei diritti sociali, intesi come diritti a prestazione, fosse accostata alla categoria, parzialmente diversa, della garanzie istituzionali, ossia a semplici garanzie contro un intervento del legislatore volto a sopprimerne la presenza all'interno dell'ordinamento legislativo (Schmitt, 1984, 229). Non si tratta, contrariamente a quanto si ritiene, di dottrine necessariamente riduttive del ruolo e delle garanzie sociali: semmai si tratta di dottrine che sostengono la tesi per cui le garanzie dello stato sociale dovrebbero essere, per forza, garanzie di ordine materiale: e cioè garanzie di ordine politico ed economico connesse alla struttura della società. E che poco avrebbero da guadagnare dall'essere comprese in un sistema di garanzie formali (Forsthoff 1973).

2. In realtà sappiamo che, da questo punto di vista, riflettere sui diritti sociali come categoria giuridica significa riflettere sugli sforzi elaborati dagli studiosi per allontanarsi da questo prima, originaria raffigurazione, attraverso strategie argomentative diverse, ma comunque accomunate dall'insoddisfazione verso gli elementi caratterizzanti questo modello. E' questo un problema che in Italia si è impostato e si è creduto di risolvere, almeno da un punto di vista culturale, con il superamento della alternativa tra norme precettive e programmatiche e che, se applicata ai diritti sociali, aveva il non trascurabile inconveniente di fare dei diritti sociali dei diritti integralmente conformati dalla politica. E dunque dei 'falsi' diritti costituzionali. Di qui la scelta di guardare ai diritti sociali innanzi tutto attraverso la lente della applicazione giurisdizionale.

Così, in questa chiave, si è sottolineato il carattere fondamentale (la 'fondamentalità') dei diritti sociali, che devono essere riconosciuti a prescindere dalla situazione politica - o economica – concreta in quanto connessi ad una idea di dignità dell'uomo (qualcosa di simile emergeva, mi sembra, nella relazione di L. Trucco e in diversi altri interventi, soprattutto sui nuovi diritti sociali); il fatto che nei diritti sociali confluiscono posizioni soggettive diverse, che non possono più essere ridotte soltanto a pretese giuridiche ad una prestazione da parte dell'amministrazione, potendo coinvolgere situazioni di libertà e diritti verso soggetti diversi dall'amministrazione (Luciani 2011);

il fatto che, alla fine, tutti i diritti richiedono per la loro tutela e per la loro traduzione in realtà un apparato statale di *enforcement* che, in mancanza di altro, viene ad essere l'apparato giudiziario dello stato, come è normale che avvenga per i diritti cd. di prima generazione (Holmes-Sunstein); il fatto che ormai frequentemente le Corti, costituzionali e sovranazionali, vedono nelle enunciazioni costituzionali sui diritti cd. sociali fonte di obblighi immediati a carico degli apparati pubblici attraverso strategie argomentative diverse, ma destinate a procedere in parallelo (si veda, in questo convegno la relazione di A. Guazzarotti). E altro si potrebbe aggiungere.

Si tratta di affermazioni che costituiscono ormai un patrimonio comune tra gli studiosi e che ricorrono nella giurisprudenza delle Corti nazionali e, in misura più limitata, delle Corti europee. E tuttavia non riesco ad allontanarmi dall'idea che, se le cose stessero davvero così e il discorso sui diritti sociali potesse essere condotto soltanto in rapporto alla dimensione costituzionale di questi diritti, noi non avremmo bisogno di stare a ragionare del rapporto tra diritti sociali e provvista finanziaria. Tutto sarebbe già stato scritto in costituzione.

Tutto dovrebbe essere posto in essere dal legislatore e dall'amministrazione sotto dettatura della costituzione e la questione dei mezzi necessari al soddisfacimento delle pretese connesse a questi diritti dovrebbe ridursi ad un problema secondario ed accessorio, i termini del quale dipenderebbero, da un lato, dall'interpretazione dalle scelte racchiuse nelle enunciazioni costituzionali e, dall'altro, concreto manifestarsi dei bisogni. Insomma, se inteso in questa prospettiva, il problema dei diritti sociali si ridurrebbe, alla fine, al problema della 'applicazione' della costituzione e il bilancio, ovverosia lo strumento attraverso cui lo stato reperisce e distribuisce le risorse per soddisfare (anche) questi diritti, dovrebbe essere una variabile dipendente dal *quantum* necessario per soddisfarli. Tuttavia, impostare il problema in questi termini, e cioè nella prospettiva della applicazione costituzionale e della supplenza delle Corti nei confronti del legislatore, porta con sé, che lo si voglia o no, una specifica teoria dei rapporti tra diritti sociali e provvista finanziaria e pone in capo al legislatore (e alle amministrazioni pubbliche) un obbligo giuridico innanzi tutto a reperire e, in secondo luogo, a destinare in bilancio somme sufficienti per il soddisfacimento di questi diritti.

Il che desta l'impressione che qualcosa non torni: e la mia ipotesi è che queste raffigurazioni, per quanto vere, colgano solo una parte dei problemi e pecchino di completezza. E siano incomplete per due ordini di ragioni.

In primo luogo perché assai spesso la questione della precettività delle norme costituzionali sui diritti sociali viene impostata per generalizzazioni che lasciano da parte la complessità e la eterogeneità (di struttura e di contenuto) delle pretese giuridiche riassunte sotto la formula del diritto sociale: quasi che, definito una volta il diritto alla salute come diritto immediatamente azionabile, tutte le altre pretese ed aspettative che si riannodano alle previsioni costituzionali sui diritti sociali dovessero seguire la stessa sorte. Da qui, ad es., viene l'idea, ricorrente, che l'evoluzione delle interpretazioni relative al diritto alla salute abbia impresso una trasformazione definitiva a tutta la materia relativa ai diritti sociali. Sul che, personalmente, nutro qualche perplessità, innanzi tutto perché sappiamo – e la relazione di A. Rovagnati ce lo ha ricordato molto bene - che soltanto alcune delle pretese giuridiche fondate sull'art. 32 cost. hanno raggiunto questa dimensione, mentre molto di ciò che si riassume nella formula del diritto alla salute resta nella sfera del controverso, come sta a dimostrare il contenzioso quotidiano avanti i giudici ordinari e amministrativi in punto di prestazioni sanitarie, davanti ai quali il primo problema da affrontare continua ad essere, anche se in misura minore che in passato, quello del riparto di giurisdizioni. O come stanno a dimostrare le sentenze della Corte, quale la dec. 40/1991, in cui la questione viene rigettata perché tale da coinvolgere la discrezionalità del legislatore.

In secondo luogo, queste raffigurazioni mi sembrano insoddisfacenti perché, seguendo questa via, e guardando ai diritti sociali senza metterne in luce le peculiarità di struttura, si lascia fuori dal raggio dell'indagine la dimensione dell'amministrazione e i condizionamenti che l'organizzazione amministrativa è in grado di imprimere alla loro conformazione: ciò che sinteticamente intendiamo con la formula della attuazione costituzionale (Angiolini 1995, 156; Mangia 1998). Lasciamo da parte, cioè, la 'libertà' del legislatore e dell'amministrazione nel conformare queste posizioni soggettive: non perché di libertà in senso proprio si debba parlare con riferimento al modo in cui queste due funzioni (legislazione e amministrazione) sono esercitate, ma semplicemente perché, per consentire alle enunciazioni costituzionali di passare alla dimensione del 'diritto' a quella del 'fatto', e di inverarsi nella realtà dei rapporti sociali, è necessaria una attività successiva, che non è disciplinata direttamente dalla costituzione e che, in mancanza di meglio, rimettiamo genericamente alla sfera della 'politica'. Si tratta di ciò che, in altre parole, definiamo 'discrezionalità legislativa', nei confronti della quale, stante l'art. 28 della l. 87/1953, è consentito soltanto un sindacato molto limitato da parte della giurisprudenza costituzionale, ispirato ai canoni della 'ragionevolezza' se non a categorie specifiche, come è ad es., con riferimento al diritto alla salute, la dottrina giurisprudenziale del 'nucleo essenziale'.

Tanto è vero che, quando si scende dalla sfera delle enunciazioni costituzionali alla dimensione più minuta e frastagliata delle diverse amministrazioni e dei diversi livelli di governo che debbono spendere per erogare pensioni, sussidi e prestazioni le cose si fanno molto meno certe e un quadro, che, a livello di enunciazioni costituzionali, sembra comporre un disegno organico e sufficientemente chiaro, si ingarbuglia e si fa malcerto. Ci si scontra, innanzi tutto, con la discrezionalità del legislatore nel dettare discipline che traducano in realtà le enunciazioni costituzionali e, in secondo luogo, con il problema della provvista finanziaria in tutta la sua forza condizionante, che, a ben vedere, altro non è se non una manifestazione particolare della 'libertà' della 'politica' nella 'attuazione' della costituzione.

A fronte di questo dato di fatto, il problema viene fatto scivolare sul rapporto tra ciò che fa l'amministrazione fa in base alla legge (e ai suoi atti di organizzazione, tra i quali, evidentemente, rientrano anche gli strumenti di programmazione della spesa) e ciò che si assume il privato dovrebbe ricevere sulla base delle prescrizioni costituzionali. L'approdo classico di questo percorso è quello di invocare l'intervento o del giudice (ordinario e amministrativo) o della Corte per riportare giustizia. L'intervento di G. Monaco, tutto incentrato sulle nuove forme di tutela degli obblighi di *facere* della pubblica amministrazione elaborate dalla giurisprudenza amministrativa, va nettamente in questa direzione e offre un buon esempio di questo modo di procedere.

Il punto è che, seguendo questa prospettiva, ci si appaga dell'idea che, attraverso l'intervento del giudice (l'applicazione costituzionale), giustizia possa esser fatta, senza curarsi troppo di altri aspetti, primo fra tutti il rilievo per cui, anche nel più banale dei giudizi civili sulla riscossione di un credito esigibile - non a caso stiamo parlando di esigibilità dei diritti sociali - il fatto che un creditore veda la sua pretesa assistita da una sentenza di condanna a pagare è cosa ben diversa dal fatto che quel creditore riceva quanto gli spetta. Innanzi tutto perché non è troppo infrequente scoprire, senza troppa sorpresa, che il debitore condannato è incapiente e quindi non ha i mezzi per dare quanto la sentenza del giudice gli impone di dare: oppure, per quanto sembri paradossale, gli è vietato di spendere.

E' questo un modo di ragionare che, tradizionalmente, è alieno dal modo di pensare dei giuspubblicisti, avvezzi a pensare in termini di infinita capienza del debitore-stato o, se preferiamo, di universalità e di potenziale illimitatezza del bilancio pubblico (anche se realisticamente dovremmo parlare del bilancio dei diversi soggetti deputati a spendere per prestare), proprio in omaggio al principio della 'libertà' della 'politica' nell'attuare le enunciazioni costituzionali. Si

tratta di un argomento rimodulato di recente da M. Luciani, quando ci ha ricordato che il problema del reperimento delle risorse ‘sta assai meno nel loro totale che non ... nella loro distribuzione e nei vari impieghi’ (Luciani 2011, 14). Il che, da un certo punto di vista è vero: e tuttavia ci riporta al tema del rapporto tra applicazione e attuazione della costituzione o, se si preferisce, del rapporto tra giurisdizione e politiche amministrative nel rendere effettivi questi diritti.

Il punto è che, se invece di rifarci ad una immagine dello stato ormai irreale, e che si riduce alla figura dello stato che batte liberamente moneta ed è padrone del suo bilancio, ci rifacciamo alla realtà delle amministrazioni locali strette dal Patto europeo di stabilità e crescita (Trattato di Amsterdam) e dai patti interni di limitazione della spesa pubblica (si pensi ai vari ‘Patti per la salute’ stipulati con cadenza biennale dal governo con le regioni), l’accostamento è molto meno fantasioso di quanto non si creda. E se riflettiamo sui vincoli alla spesa pubblica in via di introduzione a seguito di un trattato internazionale chiamato ‘Fiscal compact’ (Patto di bilancio europeo), che si sovrappone in modo problematico al Trattato di Amsterdam, e che prevede un abbattimento del 5% annuo dello stock del debito pubblico per i prossimi venti anni, ci rendiamo conto che il discorso appena fatto rischia di essere ancora meno fantasioso.

In altre parole, risolvere il problema della effettività dei diritti sociali nella questione della loro tutela giurisdizionale è un modo di procedere forse compatibile con l’assetto dei vincoli di bilancio presente qualche tempo fa, ma che oggi deve confrontarsi con una situazione radicalmente mutata (Pitruzzella 2011), in cui non solo lo stato ha rinunciato alla sua libertà di manovrare il bilancio a seguito del recepimento di vincoli esterni allo stato stesso, ma soprattutto si è posto, con la l. cost. 1/2012, un vincolo, e cioè quello del pareggio tendenziale di bilancio, che potrà anche essere scarsamente vincolante da un punto di vista strettamente giuridico, ma che, assistito dalla forza dei condizionamenti che provengono dall’Europa, si traduce in un complesso di limiti alla spesa difficilmente derogabile da parte delle amministrazioni locali. E cioè di quelle amministrazioni su cui grava, in primo luogo, l’erogazione delle prestazioni riconducibili alla categoria dei diritti sociali.

Non solo: impostare il problema della effettività dei diritti sociali in termini di pura ‘applicazione’ giurisdizionale è un modo di ragionare che può valere per le singole controversie, e che da questo punto di vista può essere apprezzabile, ma che pone diversi problemi di equità, non ultimo tra i quali quello derivante dal fatto che una pretesa giuridica assistita da una decisione del giudice che obbliga l’amministrazione a prestare nel caso concreto può essere giusta alla luce del processo che la ha originata, ma non necessariamente ha da essere giusta in sé e da ogni punto di vista. E ciò perché, se si conviene che garantire un diritto (sociale o meno) significa sempre distribuire risorse (Holmes–Sunstein 2009), si deve anche convenire sul fatto che garantire un diritto in via giurisdizionale significa semplicemente che a distribuire le risorse è il giudice e non l’amministrazione.

Il punto è che il giudice si muove, e non può che muoversi, nella dimensione e nel limite del caso concreto dedotto in giudizio. Sicché è facile capire che un giudice che fa giustizia in un determinato caso rischia, con la sua decisione, di dirottare risorse da una classe di pretese ad un’altra, senza essere tenuto ad operare alcuna valutazione comparativa in ordine alla opportunità di quella allocazione di risorse (Antonini 2013, 60). E, probabilmente, senza neanche averne l’attrezzatura logica o culturale: semplicemente perché non è suo compito allocare risorse in una prospettiva che vada al di là del caso dedotto. Non solo: il giudice, quando accerta un diritto e condanna a pagare (o a prestare) non si deve preoccupare delle conseguenze economiche che la sua sentenza di condanna ha sulla parte soccombente. Se lo facesse, verrebbe meno ai suoi doveri.

Né, d'altro canto, si può sostenere che questo non sia giusto o coerente con la sua funzione: il giudice ha l'obbligo di applicare la legge (o la costituzione) in relazione al caso concreto; e non ha anche quello di effettuare una valutazione comparativa sulla opportunità di allocare risorse per soddisfare questo o quell'interesse ugualmente in cura all'amministrazione. Anzi, se tenesse in considerazione queste esigenze, verrebbe meno alla sua funzione, che è quella di rendere giustizia nel caso concreto. Questo, semmai, è un compito che spetta alla politica o, a livelli più bassi, all'amministrazione.

E' questo uno degli inconvenienti – e non il minore – della via scelta per realizzare l'effettività dei diritti costituzionali a prestazione a fronte delle insufficienze dell'amministrazione: e che si risolve poi nel sostituire, per quanto possibile l'applicazione alla attuazione della costituzione. Si tratta di un percorso, per la verità, non esclusivo della vicenda italiana, che si riallaccia al processo, attualmente in corso, di proliferazione delle pretese giuridiche rivestite della forma del diritto (si pensi solo alla relazione di S. Scagliarini sui 'nuovi diritti sociali), e che tende a sostituire all'intervento redistributivo della politica il ruolo della giurisdizione. Di qui il richiamo condotto da autori come R. Bellamy, non a caso cresciuti in un contesto culturale, come quello britannico, dominato dalla centralità della politica e del parlamento, a riflettere sulla attitudine dei diritti di porsi come assi pigliatutto nella distribuzione delle risorse e la proposta di riscoprire un 'political constitutionalism' che restituisca ai giudici un ruolo eccezionale nella loro azione di supplenza della politica (cfr. criticamente sul punto Bellamy 2009). Non sto a chiedermi se l'idea, che sta sullo sfondo di queste posizioni, per cui il processo democratico sarebbe il modo migliore e più efficiente per soddisfare i diritti, sia praticabile, e in quali modi, nel contesto italiano. Mi limito a richiamare alcuni aspetti di struttura del problema dell'effettività dei diritti sociali e a lasciare aperto il discorso.

Ma le perplessità non finiscono qui. Da quando si è diffusa la consapevolezza che ormai tutti i diritti costano e che, da questo punto di vista, i diritti a prestazione nei confronti dell'amministrazione non sarebbero diversi dagli altri, è rituale l'osservazione per cui non avrebbe senso sostenere che la decisione del giudice in questo ambito porrebbe dei problemi, innanzi tutto finanziari, di esecuzione, dal momento che, come detto, tutti i diritti sarebbero uguali. Non sto a richiamare tutti coloro che, anche al di fuori delle scienze giuridiche, hanno fatto propria questa osservazione, che mi pare del tutto realistica. Anche io sono convinto che tutti i diritti, alla fine, costano. Però ho l'impressione che, percorrendo questa strada, più che risolvere il problema del soddisfacimento dei diritti sociali, si ritorni al punto di partenza accompagnati dal fastidioso sospetto che non solo i diritti sociali, ma anche i diritti di libertà, o, come si dice oggi, i diritti civili, siano condizionati dal bilancio. Insomma, se si accetta – come si deve fare - che tutti i diritti costano, si rischia solo di scoprire che quello che Schmitt diceva dei diritti sociali rischia di valere per tutti i diritti previsti in costituzione: e cioè anche per i diritti di libertà.

Il che, per la verità, mi fa stare meno tranquillo, soprattutto se, al di là dei diritti classici di libertà, concepiti per proteggere l'individuo dal potere pubblico, si estende questa osservazione ad altri diritti, come possono essere i diritti di voto o i diritti che rientrano nell'alveo delle cd. libertà politiche. Solo per fare un esempio, uno degli argomenti che tradizionalmente vengono adottati contro le consultazioni referendarie è quello per cui i referendum costano e con le risorse impiegate per finanziare si possono fare altre cose. Senza scomodare il livello nazionale, basta rivedere i lavori preparatori che hanno preceduto gli statuti regionali di seconda generazione per rendersi conto che la limitatezza del bilancio può essere un argomento utile a circoscrivere l'ampiezza di un diritto non solo con riferimento ai diritti sociali. Il rischio, insomma, percorrendo la strada di Holmes e Sunstein, è di tornare ancora una volta a Schmitt e scoprire che alla fine i valori si convertono sempre in valori economici (Schmitt 2008).

3. Personalmente trovo che impostare il problema dei diritti sociali soltanto in questi termini sia riduttivo e non colga tutti i termini del problema, soprattutto alla luce della tesi per cui lo stato sociale – e la categoria della redistribuzione che questo realizza – costituirebbe una funzione irrinunciabile della società industriale (Forsthoff 2011), senza la quale gli equilibri della produzione e della crescita, che sono la vera costituzione materiale dello stato moderno, non potrebbero essere mantenuti. Ma trovo che comunque offra degli interessanti spunti di ragionamento, soprattutto in relazione a quelle che si prospettano essere le evoluzioni future dello stato sociale.

Intanto ci induce a chiederci cosa intendiamo veramente quando parliamo di ‘effettività’ dei diritti sociali. La questione della ‘effettività’ dei diritti sociali si ricollega, come si diceva prima, ad una fase in cui poteva sembrare attuale la distinzione tra norme ‘precettive’ o ‘programmatiche’. Superata, anche culturalmente, quella fase, la questione della ‘effettività’ si è convertita nella questione della ‘applicazione’ giudiziale dei diritti sociali (si pensi a quella che è stata la parabola del diritto alla salute): e cioè nella questione di garantire al privato, in caso di omissioni o di comportamenti illegittimi della amministrazione, possibilità di reazione giurisdizionale, facendo valere un diritto garantito direttamente dalla costituzione se non dalla legge. Sicché il problema della effettività è stato visto essenzialmente come il problema di garantire la azionabilità di questi diritti e in ciò si è convertito.

A fronte di questa evoluzione, però, mi chiedo se il problema della ‘effettività’ dei diritti sociali non sia altro, e cioè il problema di garantire di fatto il soddisfacimento della aspettativa di tutela garantita dal disegno costituzionale, a prescindere dal fatto che questa garanzia debba essere ritrovata nella costituzione o nella giurisdizione: per restare all’esempio fatto sopra, il fatto che il creditore riceva effettivamente i suoi soldi (o la prestazione che gli spetta) a prescindere dal fatto che ci sia o meno una sentenza di condanna a pagare (o a prestare). Il che ci dovrebbe far capire che, costruito in questi termini, il problema della effettività dei diritti sociali (e dei diritti in genere) prescinde, almeno in parte, dal problema della loro azionabilità o della loro tutela giudiziale. I due profili possono coincidere, ma non è detto che questo debba avvenire sempre e comunque: l’amministrazione, come il privato, non ha la provvista finanziaria perché il bilancio è quello che è e l’amministrazione è obbligata dalla legge a fare anche altro; o comunque può avvalersi dei limiti di bilancio per non fare o posporre la prestazione dovuta; o, peggio ancora, l’amministrazione ha, in termini finanziari, la capacità di erogare, ma i vincoli alla spesa pubblica glielo vietano. Detto in altri termini, l’attuazione costituzionale occasionalmente può passare attraverso l’applicazione della costituzione. E tuttavia l’applicazione non può prendere il posto della attuazione, innanzi tutto per i limiti strutturali che si richiamavano prima e che sono impliciti nella struttura delle valutazioni proprie della giurisdizione.

Ora, sullo sfondo di questo problema sta – come è facile capire – il problema del bilancio, ovvero della provvista finanziaria, e, soprattutto, l’idea, non del tutto vera in passato, ma anche meno vera oggi, che le pubbliche amministrazioni possano manovrare il loro bilancio liberamente, eventualmente reperendo nuove risorse per far fronte a nuovi obblighi. Con qualche semplificazione, spero perdonabile, è questa la tesi esposta in sessione da P. Carrozza. Si tratta, a mio parere, di un assunto tutto sommato accettabile in tempi di crescita illimitata e di sovranità monetaria e di bilancio, ma che oggi, in tempi di ‘Fiscal compact’ e di riforma dell’art. 81, appare assai meno convincente che in passato. E rischia, di esserlo ancor meno in futuro. Di qui il senso di ragionare oggi, diversamente da quanto si è fatto finora, sulla ‘capienza’ del debitore-amministrazione.

E infatti, la mia impressione, riflettendo sulla vicenda dei diritti sociali, è che i questi anni si sia guardato all’applicazione giurisdizionale dei diritti sociali come al modo migliore per aggirare gli

inconvenienti derivanti dalla attuazione mancata, o parziale o incompleta di questi stessi diritti, senza essere nelle condizioni di capire che, alla fine, tanto l'attuazione come l'applicazione dei diritti sociali si scontrano con il problema della reperibilità delle risorse e della provvista finanziaria.

E, infatti, anche quelle prospettazioni del problema che tendono a vedere nelle enunciazioni costituzionali in punto di diritti sociali la fonte di una doverosità diffusa all'interno del corpo sociale di 'prestare' a favore di chi si trovi in una situazione di bisogno (Angiolini 2008; Luciani 2011, 14), se hanno il merito di porre in discussione il paradigma per cui la prestazione garantita dalla costituzione dovrebbe essere erogata dalle strutture pubbliche, non risolvono il problema dei limiti di disponibilità finanziaria che si incontra non appena si passi ad esaminare la questione in questi termini. Qui, semmai, il discorso sulla incapacità del soggetto tenuto a prestare è anche più calzante di quanto non sia stato in passato per il pubblico, essendo le risorse private, per definizione, lontane dal principio della illimitata capienza che ha finora caratterizzato il nostro modo di guardare al bilancio pubblico. Ma comunque postula un intervento del legislatore - ancora una volta una attuazione - che stabilisca positivamente questi obblighi a carico dei privati, ripartendone gli oneri secondo un principio di proporzionalità e di ragionevolezza. Sicchè, nella logica del discorso che si sta conducendo, il risultato non cambia.

Semmai, se è utile richiamare questa impostazione che vorrebbe drenare sul privato i costi delle prestazioni sociali - cosa senz'altro compatibile con il disegno costituzionale - è perché mette in luce, per contrasto, il ruolo centrale dell'amministrazione e delle strutture organizzative nella tutela dei diritti sociali. E mette in luce, altresì, il tema, più generale, del rapporto tra amministrazione e costituzione nella ricostruzione di questi diritti. Da questo punto di vista, ad es., può essere interessante osservare, che, fra i cultori del diritto amministrativo, l'idea che i diritti sociali siano diritti condizionati dal bilancio non desta alcuno stupore, ma rappresenta, semmai, un dato di fatto con cui è del tutto normale fare i conti. Basta pensare alle raffigurazioni che, neanche troppo tempo fa, dei diritti sociali sono state fornite da autori come G. Corso (Corso 1981) o F. Merusi (Merusi 1984) per rendersi conto che, in questa diversa prospettiva, i diritti sociali vengono inquadrati, forse più realisticamente, in rapporto ai problemi di efficienza e di contenimento dei costi delle pubbliche amministrazioni che li erogano, e, dunque, senza il timore di porre la questione dei diritti sociali in rapporto alle modalità di organizzazione delle strutture preposte alla erogazione delle prestazioni.

4. In realtà questa divaricazione di interpretazioni in punto di diritti sociali nasce dal fatto che la lettura affermatasi in questi anni presso i cultori del diritto costituzionale è stata largamente influenzata dalla attrazione che il modello dei diritti di libertà di prima generazione - pieni, perfetti, direttamente applicabili attraverso le strutture della giurisdizione - ha esercitato nei confronti degli schemi attraverso i quali si è guardato alla vicenda dei diritti sociali, sulla base della necessità di superare culturalmente, ancor prima che in termini di tutela giurisdizionale, la ritenuta 'minorità' di questi rispetto ai primi. Essendo tutti diritti compresi in costituzione ed essendo la costituzione permeata dalla stessa normatività - questo, in fondo, è stato l'approdo della vicenda delle norme programmatiche (Dogliani 1982) - anche i diritti enunciati in costituzione avrebbero dovuto avere la stessa tutela, senza alcuna differenza tra diritti di prima e seconda generazione. E si è dimenticato che di diritto in senso pieno ha senso parlare solo quando l'organizzazione corrispondente sia modellata su di esso e non su potestà o prerogative indipendenti che si rifanno, in ultima analisi, alla libertà della politica (Berti 1986, 126).

Dunque, percorrere questa via - e cioè la via della giurisdizione - per garantire i diritti sociali richiedeva che si dovesse negare ogni reale differenza tra questi e i classici diritti di libertà,

mettendo in luce dei diritti di libertà il loro raccordo con strutture organizzative di tutela e dei diritti sociali la capacità di porsi, talvolta, in termini di diritti soggettivi perfetti. Il che, se ha portato ad una migliore consapevolezza del modo non sempre lineare in cui si atteggiavano le libertà costituzionali, ha probabilmente contribuito a lasciare in ombra il fatto che tra diritti sociali e diritti di libertà sussiste comunque una differenza di funzione, che prescinde dalla normatività che li sorregge. E questa differenza è dovuta al fatto che i primi, pur essendosi trasformati e divenuti altro nel tempo, sono stati concepiti e progettati per proteggere sfere di libertà nei confronti dell'azione statale; mentre i secondi sono stati pensati - e si sono sviluppati - come *diritti di partecipazione*, e più precisamente come diritti ad avere parte (*Teilhabe*) del livello di benessere interno ad una società. Per questo, oggi come ieri, pur dopo tutti i riconoscimenti che vanno tributati alla loro 'fondamentalità', quando si parla di diritti sociali si allude ad un complesso di posizioni soggettive strettissimamente legate alla idea di redistribuzione: e cioè di redistribuzione del reddito all'interno di una società; o, se si preferisce, del benessere concentrato in certe parti, limitate, della società.

Tuttavia, se si conviene su questo, e si saldano i diritti sociali alla categoria della redistribuzione, è facile capire che i diritti sociali sono diritti che, per assolvere la funzione che gli è propria, devono costare, posto che altrimenti verrebbe meno la loro stessa ragion d'essere, che è poi quella di realizzare all'interno di un gruppo sociale quel principio di giustizia distributiva che sta alla base di ogni costituzione sociale. In un certo senso si potrebbe dire che i diritti sociali altro non sono se non i 'modi' pensati dal costituente per realizzare quel disegno di rapporto tra stato e società che è tratteggiato nella seconda parte dell'art. 3 cost.

Il che, probabilmente, ci aiuta anche a cogliere le ragioni che stanno alla base di quel difetto di unitarietà che caratterizza la categoria dei diritti sociali (diritti del lavoro/diritti a prestazione) e che si è rilevata in apertura. Pur essendo destinati ad operare su un piano diverso, e cioè sul piano dei rapporti interprivati, i diritti del lavoro non sono meno coesenziali dei diritti a prestazione alla realizzazione del progetto sociale descritto in costituzione: innanzi tutto perché contribuiscono a regolare già all'interno della impresa, e cioè del luogo in cui si concentra la produzione della ricchezza, le modalità di redistribuzione del reddito. E' la redistribuzione, in altre parole, a legare assieme diritti del lavoro e diritti a prestazione, a prescindere dall'ambito di operatività che li differenzia naturalmente.

Ora, ponendo l'accento sulla categoria della redistribuzione non voglio dire che altri diritti non costino e non gravino sul bilancio statale: tanto per fare un esempio, la libertà di circolazione, per essere effettiva, postula la predisposizione di infrastrutture che consentano l'esercizio di questa libertà, così come postula l'esistenza di organizzazioni specializzate che controllino e gestiscano queste stesse infrastrutture. Quel che dico è altro: e cioè che, diversamente da altri diritti riconosciuti in costituzione, è lo stesso fatto di costare che consente ai diritti sociali di assolvere alla loro funzione originaria di imporre per redistribuire; mentre per gli altri diritti, e cioè i diritti di libertà e i diritti politici, il fatto costare e di richiedere un apparato è secondario e strumentale al raggiungimento del fine loro attribuito dall'ordinamento. Che non è necessariamente la redistribuzione della ricchezza.

Se questo è vero, però, ne viene anche che, proprio per questo, i diritti sociali sono diritti esposti direttamente, se non in misura maggiore di altri, ai condizionamenti della situazione concreta: o perlomeno lo è la possibilità che questi diritti assolvano alla loro funzione primaria. E quando dico situazione concreta intendo riferirmi non tanto al generico mutamento delle politiche di attuazione di questi diritti, quanto al condizionamento oggettivo che la situazione economica è in grado di imprimere alla loro conformazione.

Certo, che il legislatore abbia visto grandemente ridursi il suo margine di intervento sui diritti sociali è una conquista del costituzionalismo moderno e non solo italiano. La affermazione di un ‘nucleo essenziale’ sottratto alle manipolazioni legislative è una esigenza avvertita e riconosciuta all’interno di tutti i sistemi costituzionali: penso alla ‘riserva del possibile’ (*Vorbehalt des Möglichen*) elaborata ancora anni fa dal BVG (come ci ha ricordato in sessione A. Sandri con riferimento all’esperienza tedesca) o penso al nesso tra diritti sociali, minimo esistenziale e dignità umana elaborato in altre esperienze straniere. O penso ancora alla dottrina del ‘nucleo essenziale’ affermatasi presso la nostra Corte costituzionale come strumento per consentire una qualche forma di controllo sulle modalità seguite dal legislatore nell’esercizio della sua attività discrezionale in punto di attuazione del diritto alla salute.

Tuttavia, se si ha chiara la connessione tra diritti sociali e redistribuzione, ci si scontra anche con un dato di fatto difficilmente superabile, e cioè con il fatto che non si può redistribuire ciò che non c’è. Ci sono diritti, per così dire, il cui riconoscimento e tutela può essere detto a ‘somma zero’, o quasi (si pensi alla questione del riconoscimento delle unioni civili o dei matrimoni omosessuali): tanto è vero che, in tempi di crisi economica e di scarsità delle risorse, questi sono i diritti che tendono ad espandersi. Purtroppo i diritti sociali non sono tra questi e, in tempi di crisi, e cioè in tempi di riduzione della base da redistribuire, tendono invece a ridursi e a porre in forme diverse il problema della loro tutela. Che è poi il problema della ‘misura’ della loro tutela: una misura direttamente parametrabile in base a valori economici e a scelte di bilancio. Per questo ho nutrito in passato e continuo a nutrire qualche perplessità in ordine alla strategia seguita in questi ultimi anni e che mi sembra essere stata orientata a sostituire l’attuazione dei diritti sociali con la loro semplice applicazione.

Non solo, ma da qui discende, credo, anche il senso della relazione affidatami e cioè il tema delle ‘esigibilità’ (a rigore, secondo gli schemi del diritto privato, il fatto che una obbligazione non sia sottoposta termine e condizione) in connessione alla provvista finanziaria (la base da redistribuire direttamente o sotto forma di prestazione: il che vuol dire la quota di bilancio pubblico riservata al loro soddisfacimento).

5. Nello svolgimento dei lavori, il tema del condizionamento finanziario sui diritti sociali è emerso in due prospettive diverse e, in qualche misura, complementari. Da una parte (Rovagnati) la provvista finanziaria è stata vista come un limite alla esigibilità dei diritti, soprattutto in via di tutela giurisdizionale. Per altri versi la provvista finanziaria è stata esaminata sul versante dei procedimenti per definire, in forme giuridiche, la base da redistribuire o le prestazioni da erogare (Trucco, ma anche Foglia) con riferimento alle categorie dei LEP e dei LEA.

Ora, se un merito va riconosciuto alla relazione di A. Rovagnati, io credo che questo merito debba essere visto nella attenta ricostruzione della vicenda relativa al riconoscimento del diritto alla salute presso la giurisprudenza costituzionale e, soprattutto, nell’aver offerto alla riflessione diversi elementi che consentono di porre in relazione modalità di conformazione del diritto e andamento delle vicende economiche.

E’ significativo, insomma, che la dec. 992/1988, con cui la Corte dichiara il diritto alla salute come un ‘diritto primario e fondamentale’, che impone ‘piena ed esaustiva tutela’, non sia stata altro se non il momento in cui la Corte fa propria una tendenza già variamente affermatasi all’interno della giurisdizione di merito. In questo modo il diritto alla salute diveniva un diritto a ottenere prestazioni ritenute indispensabili dal singolo, non risultando definitive le diverse scelte compiute a questo riguardo dagli organi legislativi o amministrativi. In questo caso che, è bene ricordarlo, riguardava il caso di un privato che, non avendo ricevuto tempestiva tutela presso le strutture pubbliche si era rivolto ad una struttura privata e chiedeva il rimborso di quanto anticipato,

il diritto alla salute diveniva un diritto soggettivo perfetto; poteva essere oggetto di cognizione da parte della giurisdizione ordinaria; il giudice ordinario avrebbe potuto sostituire la propria valutazione alle valutazioni tecniche condotte dall'amministrazione. Nel contesto di quegli anni – che, non dimentichiamocelo, sono ancora anni di lenta ma costante crescita economica – ci dice Rovagnati la Corte sembrava avere aperto le porte ad una tutela sanitaria apparentemente illimitata. Ne veniva che la provvista finanziaria non era un limite o, se lo era, era un limite che appariva ancora lontano. Insomma, dalle affermazioni racchiuse nella 992/1988, se presa in sé, discende l'idea per cui, sulla base dell'art. 32 cost., il sistema della sanità pubblica avrebbe dovuto erogare tutto quanto, nei limiti delle acquisizioni medico scientifiche, potesse ritenersi cura e fosse ritenuto indispensabile. E, in una prospettiva non troppo diversa, deve essere collocata la dec. 185/1998 sulla vicenda della 'somatostatina', con la sua declaratoria di incostituzionalità limitata nel tempo.

Che questa fosse una conseguenza potenzialmente devastante emerge dagli episodi giurisprudenziali successivi: proprio mentre presso i giudici di merito si diffonde e si consolida questo orientamento, la Corte comincia a porre dei paletti ed avviare negli anni successivi una garbata retromarcia o, se si preferisce, un affinamento delle posizioni. Ad es. nella dec. 455/1990 la Corte ci ricorda che il diritto alla salute è un diritto perfetto in caso di lesione o di danno, ma, quando diventa diritto ad una prestazione sanitaria, è un '*diritto costituzionale condizionato*' e cioè condizionato dalla attuazione legislativa e dal bilanciamento con altri interessi costituzionali, primo fra tutti l'interesse di bilancio. Tanto è vero che l'anno dopo, con la dec. 40/1991, la Corte dichiara manifestamente inammissibile una questione relativa ad una richiesta di rimborso per cure all'estero, semplicemente rinviando alla discrezionalità del legislatore il potere di determinare o meno l'obbligo delle amministrazioni sanitarie di rimborsare queste cure. In altre parole, la costituzione sul punto è muta ed è una scelta del legislatore decidere se il bilancio della sanità debba coprire queste cure oppure no. Qualche anno fa R. Bin (Bin 1992, 111) e C. Pinelli (Pinelli 269), commentando questa giurisprudenza, ci dicevano che la Corte, quando confronta qualche diritto a prestazioni sociali con le esigenze di bilancio, e le presenta entrambe come 'esigenze parimenti apprezzabili', compie un falso bilanciamento, dal momento che eleva artificialmente a dignità di principio un semplice fatto. Si tratta di affermazioni che ritengo corrette. Mi chiedo però, ora, se questo discorso possa essere tenuto fermo nel momento in cui l'art. 81 cost. - come appena riformato senza troppo clamore da parte di nessuno – impone a chiare lettere il vincolo del pareggio (tendenziale) di bilancio.

Un punto di equilibrio veniva poi trovato nella 304/1994 nel momento in cui veniva elaborata la dottrina del 'nucleo essenziale' come limite al bilanciamento irragionevole operato dal legislatore: non la pretesa a ottenere qualunque prestazione sanitaria, ma pretesa ad accedere solo a prestazioni ritenute indispensabili per rispondere a esigenze indifferibili. Sicché il diritto alla salute veniva scisso in due parti: una parte intangibile e irrinunciabile e una parte rimessa alla disponibilità del legislatore in ragione delle esigenze di bilancio. Non voglio intrattenermi troppo sulla diffusione che ha avuto questo modo di intendere il diritto alla salute, fino ad arrivare al punto in cui il 'nucleo essenziale' si interseca alla disciplina dei 'livelli essenziali' (Pinelli 2012; Luciani 2011); questo è già stato fatto da diversi tra coloro che hanno partecipato alla sessione. Mi limito solo a dire che, probabilmente, la dottrina del 'nucleo essenziale' non intende alludere ad una sostanza del diritto alla salute, per cui certe pretese sarebbero tutelate dalla costituzione ed altre no, secondo la logica diritto/interesse legittimo. Si tratta piuttosto, di uno strumento attraverso cui la Corte costituzionale ha inteso riservarsi la possibilità di sindacare la discrezionalità delle scelte legislative in punto di attuazione del diritto, valutando di volta in volta cosa deve e non deve essere ascritto a questa categoria. Insomma, ho l'impressione che se andassimo a scavare a fondo nella logica di questa dottrina ci troveremmo di fronte ad un problema di indeterminatezza molto simile a quello che caratterizza il limite dei 'principi fondamentali' alla revisione costituzionale o dei 'principi supremi' che dovrebbero ostare all'ingresso del diritto comunitario nel nostro ordinamento. E ciò perché il

‘nucleo essenziale’ non è il riconoscimento di una parte intangibile del diritto, definibile ‘a priori’ rispetto alle scelte del legislatore: piuttosto è un controlimito alla discrezionalità di questi in materia di salute, creato dalla Corte per condurre un sindacato più stretto rispetto a quello che sarebbe praticabile in termini di pura ragionevolezza. Sicchè, se alla fine il ‘nucleo intangibile’ è ciò che di volta in volta la Corte ritiene esser tale nella sua opera di controllo, il rischio è che, ad onta di quanto si ritiene, ciò che deve essere ascritto al ‘nucleo intangibile’ possa mutare nel tempo, innanzi tutto perché a mutare drammaticamente – come sta avvenendo – può essere il contesto in cui questa dottrina si trova ad operare.

6. La relazione di L. Trucco ha messo in luce le dinamiche istituzionali che si sono avviate nell’ultimo decennio sul versante della provvista finanziaria, vuoi in rapporto alla riforma dell’art. 117 cost. e al discorso sui livelli essenziali, vuoi in rapporto alla disciplina in materia di assistenza (l. /). Tra i molti – forse troppi – spunti contenuti nella sua amplissima relazione mi sembra il caso di approfondirne almeno uno: e cioè quello relativo alle criticità della l. 42/2009 sul federalismo fiscale e soprattutto del d.lgs. 68/2011, su cui hanno posto l’accento anche E. Cavasino e M. Foglia. Di tutto rilievo, qui, è il passaggio dal metodo della spesa storica (e del ripianamento a piè di lista delle spese sostenute dalle amministrazioni regionali) al metodo della concertazione tra stato e regioni in ordine ai livelli della spesa e che si è concretato nei diversi ‘patti per la salute’ siglati in sede di conferenza tra stato e regioni.

In particolare, il d. lgs. 68/2011 costituisce un meccanismo giocato su tre parametri

- a) fabbisogno nazionale standard
- b) fabbisogno regionale standard (costruito dalla somma delle prestazioni erogabili e programmate)
- c) costo standard regionale nel settore sanitario

e su un principio di equivalenza tra sommatoria dei fabbisogni regionali programmati e fabbisogno nazionale, al fine di porre limiti preventivi e, per quanto possibile, non derogabili alla destinazione di fondi nella programmazione finanziaria dello stato. Tutti hanno convenuto sulla situazione di tensione che si viene così a creare tra provvista finanziaria ed esigenza di tutela dei diritti.

Giacchè, in astratto, delle due l’una: o si parte dalla necessità di erogare un complesso di prestazioni (i LEP e i LEA come quantità fissa) affidando poi agli apparati pubblici il compito di reperire le risorse in ragione dei bisogni (un modello, per intenderci, vicino a quello adombrato dalla dec. 992/1988 di sanità illimitata, a prescindere dai costi); oppure, se si parte dal fabbisogno predeterminato come quantità fissata in sede di programmazione, lo sbocco non può essere se non quello della limitazione della quantità di prestazioni complessivamente sostenibili dal sistema compatibilmente con i tetti programmati e cioè qualcosa di simile al modello britannico di sanità. Anche da qui, per inciso, deriva molto del discorso svolto in apertura di questa relazione sulla opportunità di continuare ad identificare la questione della effettività dei diritti sociali con la questione della loro immediata azionabilità avanti le autorità giurisdizionali.

Il punto – come è emerso negli interventi di Trucco, Cavasina ed altri – è che i bisogni non sono programmabili e che impostare rigidamente il problema in questi termini rischia di condurre al risultato per cui il diritto alla salute – come ogni altro diritto sociale – rischia di svuotarsi nella sua capacità prescrittiva, divenendo una variabile dipendente dal bilancio, fatta salva una qualche forma di tutela, elastica e indefinibile a priori, del ‘nucleo essenziale’ da parte della Corte.

In realtà la strada battuta in questi anni dal legislatore – e seguita anche dal d. lgs. 68/2011 – è stata una strada intermedia, che ha cercato di incunearsi nella alternativa teorica appena prospettata.

Scartata l'idea di proporzionare il finanziamento delle prestazioni connesse ai diritti sociali alla capacità contributiva dei singoli territori (Antonini 2013, 40), la scelta del governo, in sede di attuazione della delega, è stato quello di tenere, per quanto possibile, costanti entrambi i termini della relazione tra spesa programmata e prestazioni da erogare, mettendo di fatto le regioni nella situazione di dovere inseguire dei forti recuperi in termini di efficienza del sistema e di riduzione dei costi. E, in seconda battuta, imponendo alle regioni il compito di procurarsi sul territorio le risorse necessarie alla compensazione di un eventuale sfondamento del fabbisogno programmato.

Il che, per la verità, dopo l'esperienza dei piani di rientro approvati dopo il primo salvataggio del 2008 non sembra un obiettivo disdicevole, soprattutto a fronte delle prassi avviate in alcune regioni per colmare i disavanzi, tra cui non ultima è la scelta, eccezionalmente autorizzata dal Governo, di utilizzare per colmare i buchi di bilancio delle aziende sanitarie i fondi Fas (Fondi per le Aree Sottoutilizzate) erogati annualmente dal Governo attraverso la legge finanziaria e destinati allo sviluppo.

Sicché è facile capire anche perché, di fatto, il legislatore abbia effettuato una non scelta tra i termini del problema come impostato sopra, mirando semmai a delineare un regime transitorio di dialogo tra stato e regioni finalizzato alla delineazione dei costi standard e dei singoli fabbisogni regionali per realizzare quei recuperi di efficienza che si dicevano sopra. In questo senso un ruolo centrale viene giocato dalla istituzione del Nuovo Sistema Informativo della Sanità, che dovrebbe procedere alla raccolta dei dati sulle prestazioni materialmente erogate negli anni precedenti per condurre una elaborazione realistica dei fabbisogni e dei costi standard. Il che è stato pensato avendo in mente due obiettivi: e cioè quello di realizzare, per quanto possibile, una convergenza tra spesa storica e fabbisogni standard e, in secondo luogo, quello di uniformare quanto più possibile i livelli di efficienza delle singole amministrazioni sanitarie sul territorio che, da quando si è avviato il processo di aziendalizzazione delle ASL, presentano delle disparità sensibilissime (Balduzzi 2011, 156).

In questo quadro, come è evidente, il rischio è che le Regioni non riescano ad attenersi ai tetti di spesa predeterminati e che vadano ancora una volta in deficit, rivolgendosi ai territori per reperire le risorse come previsto dalla riforma. Oppure, qualora la situazione sia insostenibile, la strada è ancora una volta, quella dell'intervento statale con ulteriore aggravio del bilancio del governo.

Ma non è solo l'unico rischio. L'alternativa a questa ipotesi può essere quella per cui, inseguendo l'obiettivo finanziario assegnato, le regioni non siano più in grado di assicurare l'appropriatezza delle prestazioni e finiscano con l'abbassare quantità o qualità delle prestazioni stesse. Il che non solo darebbe problemi di tenuta complessiva del sistema, ma, soprattutto darebbe luogo ad una accentuazione delle disparità già presenti sul territorio in termini di erogazione dei servizi sanitari, alla luce di quel principio, facilmente comprensibile, per cui le regioni che più pesano sul bilancio pubblico sono inevitabilmente quelle che hanno la minor qualità di servizio erogato (Antonini 2013).

7. Ciò che emerge, insomma, è che, al di là delle dottrine che affidano la tutela dei diritti sociali alla applicazione giudiziaria, manca, a tutt'oggi una riflessione articolata sulla relazione intercorrente tra esigenze di tutela dei diritti e vincoli di bilancio che vadano al di là delle dottrine giurisprudenziali del 'nucleo essenziale' e della 'ragionevolezza' del bilanciamento operato dal legislatore tra interessi confliggenti.

Non che manchino spunti in questo senso. Una osservazione preziosa ed esemplare è già stata fornita, e di recente, da M. Luciani (Luciani 2011, 14) nel momento in cui ha osservato, proprio con

riferimento all'argomento della scarsità di risorse disponibili, che, se è vero che il totale delle risorse economiche in un concreto sistema sociale è rappresentato da una quantità definita e comunque non illimitata, è altrettanto vero che la distribuzione di quel totale tra le varie voci di bilancio non è affatto data. Ed è semmai rimessa, ancora una volta, alla discrezionalità delle scelte effettivamente praticate in punto di politiche di bilancio. Sicchè, tanto per capirci, non è affatto scontato che in tempi di riduzione della spesa pubblica, questa riduzione debba gravare proporzionalmente sulla spesa destinata al sistema delle prestazioni sociali. E' questa, semmai, una questione esclusivamente politica e, più propriamente, di politica di bilancio.

Tuttavia nemmeno questa osservazione appare troppo rassicurante, se si osserva, molto banalmente, che in tempi di crisi economica (e di bilancio condizionato da vincoli esterni) il problema della distribuzione delle risorse si risolve, classicamente, in un problema di confronto tra interessi sociali e, normalmente, non sono gli interessi più deboli – o gli interessi dei soggetti più deboli – a prevalere nella lotta per la distribuzione di una ricchezza in diminuzione.

Non è detto, però, che questo sia un destino ineluttabile. Uno spunto interessante, emerso nel dibattito, è quello offerto da A. Bruno, con la sua relazione sul modo in cui il tema della 'riserva del possibile', ossia il vincolo costituzionale alla destinazione delle risorse, è stato affrontato negli ordinamenti extraeuropei, e più precisamente, nell'ordinamento brasiliano. Qui, ad esempio, accanto ad una norma che prescrive, come ora fa in Italia l'art. 81 cost., il vincolo del pareggio di bilancio, il costituente, seguendo una tradizione radicalmente diversa dalla nostra, ha inserito in costituzione un sistema di riserve, e cioè di percentuali minime del bilancio statale, destinate a finanziare i settori della salute, della istruzione, della occupazione, della sicurezza sociale, della lotta alla povertà con il risultato di circoscrivere in premessa la discrezionalità del legislatore nel governo del bilancio medesimo.

Il sistema è assai complesso e si risolve, essenzialmente, nella apposizione, per ciascuna delle voci sopra indicate, di un vincolo di destinazione alle imposte riscosse da ciascun livello di governo (comuni, stati e federazione), secondo una logica che incrocia il meccanismo delle tasse di scopo con quelli del federalismo fiscale.

Questa struttura della disciplina costituzionale del processo di bilancio si accompagna, peraltro, a due ulteriori elementi. Da un parte, infatti, sta l'inclusione dei diritti sociali, così finanziati, nell'ambito dei diritti fondamentali, con la conseguenza di estendere al complesso dei diritti sociali e alle loro clausole di finanziamento la possibilità di avvalersi della principio costituzionale di irriducibilità *in peius*. Dall'altra sta un ruolo molto forte giocato dalla Corte costituzionale nella difesa della effettività della tutela costituzionale dei diritti sociali e del minimo esistenziale previsto in costituzione fino ad ammettere, come ci ha segnalato S. Bruno nella sua relazione, interventi eccezionali del giudice costituzionale sul bilancio.

Non voglio dilungarmi troppo in questa sede nella descrizione di questo modello. Né so esprimermi sul suo funzionamento concreto e sulla sua resa effettiva. Certo è che, astraendo dalla realtà dell'ordinamento brasiliano, che deve valere solo come spunto di riflessione, quello descritto è un modello di tutela nettamente alternativo a quello che, di fatto, va affermandosi in Italia a seguito della riforma dell'art. 81 cost., che sembra muovere dalla premessa per cui i diritti sociali sono finanziariamente condizionati dall'equilibrio tra costi e ricavi e, perciò, alla fine, non identificabili come fondamentali (Perez 2011).

Non è questa la sede per analizzare nel dettaglio i problemi connessi al trapianto nell'ordinamento italiano di un esempio del genere, innanzi tutto in termini di controllo e giustiziabilità effettiva di una legge e di un processo di bilancio costruiti alla luce di questi principi.

Mi limito a ricordare che qualcosa del genere è già stato accennato, e di recente, da autori come G. Ferrara (Ferrara 2012).

Mi sembra però importante chiudere il discorso con la consapevolezza che il percorso di riduzione della tutela dei diritti sociali che si profila all'orizzonte non è un destino ineluttabile. Se, al di là delle declamazioni di maniera sulla fundamentalità dei diritti sociali, intendiamo la fundamentalità (anche) come necessità costituzionale di finanziare questi diritti, e non aggiriamo il problema con le invocazioni alle Corti e al controllo che queste possono praticare sul terreno quanto mai scivoloso della discrezionalità legislativa, non è detto che lo smantellamento dello stato sociale o, meglio, il suo svuotamento finanziario, sia destinato a realizzarsi nelle forme, preoccupanti, che si prospettano. E del resto è soltanto paradossale che, in un momento di crisi e di diminuzione complessiva della risorse, ad essere ridimensionate siano proprio quelle garanzie che, storicamente, sono comparse negli ordinamenti europei nel momento in cui c'è stato bisogno, negli anni '30, di fare fronte al problema della caduta del reddito attraverso la redistribuzione.

In una battuta, se vogliamo ammettere che i diritti sociali, essendo diritti di redistribuzione, sono, più degli altri, diritti condizionati dal bilancio, credo che la strada maestra da percorrere per garantirne la tutela sia semplicemente quella di condizionare il bilancio; e di condizionarlo a livello costituzionale, lasciando da parte quel dogma della libertà della politica nella formazione del bilancio cui siamo, più o meno consapevolmente, legati sulla base delle prassi di governo sviluppatesi in margine alla vecchia dizione dell'art. 81 cost. In fondo, se ci pensiamo, questo dogma è già caduto: ed è caduto prima a livello europeo attraverso il Patto di stabilità e crescita, e ora la riforma dell'art. 81 cost., che da quegli stessi obblighi europei è stata imposta. E si ridimensionerà ancora con la ratifica del Patto di bilancio (*fiscal compact*) attualmente in corso di elaborazione.

Non è scontato, insomma, che l'unico condizionamento al bilancio possibile sia quello, mutuato dall'esperienza del *Grundgesetz*, del principio di corrispondenza tra costi e ricavi nel finanziamento delle attività statali. Accanto a questo, la strada può essere anche quella, diversa, della introduzione delle riserve di bilancio in costituzione e, dunque, della introduzione di vincoli formali allo svolgimento del processo di bilancio.

Certo, non è detto che sia questa la strada destinata ad essere percorsa, soprattutto a fronte del fatto che in questo modo il legislatore dovrebbe apporre a se stesso vincoli ulteriori rispetto a quelli già esistenti: e dunque vedrebbe ulteriormente ridursi quel tradizionale spazio di manovra che già oggi si è fortemente ristretto rispetto al passato. Dobbiamo però essere consapevoli che l'alternativa sarà quella di consegnarci definitivamente al modello attuale di formazione del bilancio statale, confidando nelle mediazioni che la politica sarà in grado di offrire a fronte degli obblighi comunitari di bilancio. Confidando, cioè, nella discrezionalità del legislatore nella ripartizione di risorse che, realisticamente, saranno risorse decrescenti.

Bibliografia

- Angiolini V., *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova 1995
Angiolini V., *Sulle premesse culturali dell'inserimento dei 'diritti sociali' nella Costituzione*, in www.costituzionalismo.it, 2008
Antonini L. *Federalismo all'italiana*, Venezia, 2013

- Balduzzi, *Alcune conclusioni: la difficile equivalenza dei sottosistemi sanitari regionali*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M. Grisolia (a cura di), *Il diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, a cura di, Torino 2011, p. 149 ss.
- Bellamy R., *Political constitutionalism. A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge 2007
- Berti G., *Diritto e stato. Riflessioni sul cambiamento*, Padova 1986
- Bin R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992
- Corso G., *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in Riv. trim. dir. pubbl. 1981, 755 ss.
- Dogliani, *Interpretazioni della costituzione*, Milano 1982
- Ferrara G., *Regressione costituzionale*, in www.costituzionalismo.it, 2012
- Forsthoff E., *Stato di diritto in trasformazione* (trad. it. di *Rechtsstaat im Wandel*, 1964), Milano 1973
- Forsthoff E., *Lo Stato della società industriale* (trad. it di *Der Staat der Industriegesellschaft* 1971), Milano 2011
- Guarino G., L'Europa imperfetta
- Holmes S. – Sunstein R., *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse* (trad. it. di *The Cost of Rights: why freedom depends on taxes*, 1999) , Bologna 2000
- Luciani M., *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M. Grisolia (a cura di), *Il diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Torino 2011, p. 9 ss.
- Mangia A., *Attuazione e applicazione del diritto alla salute*, in Dir. pubbl. 1998, p. 751 ss.
- Merusi F., *I servizi pubblici negli anni Ottanta* (1984), in F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna 1990, p. 30 ss.
- Pinelli C., *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario* (1994), in C. Pinelli, *Nel lungo andare. Una costituzione alla prova dell'esperienza*, Torino 2012, p. 269 ss.
- Perez R., *La nuova disciplina di bilancio in Germania*, in *Giornale di diritto amministrativo* 2011, p. 95 ss.
- Pitruzzella G., *Chi governa la finanza pubblica in Europa*, in *Quaderni costituzionali* 2012, p. 9 ss.
- Schmitt C., *Dottrina della costituzione* (trad. it. di *Verfassungslehre*, 1928), Milano 1984
- Schmitt C., *La tirannia dei valori* (trad. it di *Die Tyrannei der Werte*, 1960), Brescia 2008