

I DIRITTI A PRESTAZIONE IN TEMPO DI CRISI: ISTRUZIONE E SALUTE AL VAGLIO DELL'EFFETTIVITÀ**

1. Premessa. – 2. I diritti a prestazione in tempo di crisi: garanzie di effettività del singolo diritto e garanzie di sistema. – 3. L'attuazione delle norme costituzionali sui diritti a prestazione: l'effettività tra legislazione, amministrazione e giurisdizione. – 4. Diritto all'istruzione e diritto alla salute: due casi esemplari. – 4.1. Il diritto all'istruzione. – 4.2. Il diritto a prestazioni per la tutela della salute ed il diritto degli indigenti a cure gratuite.

1. Premessa

L'avvento dei diritti sociali nelle Carte costituzionali del ventesimo secolo non rappresenta soltanto un arricchimento del catalogo delle garanzie individuali ma produce conseguenze più sottili, magistralmente colte da Antonio D'Atena nel saggio dedicato a *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*¹. In particolare, la presenza di tali diritti non solo ha attenuato “la relazione costitutiva tra la costituzione ed i diritti fondamentali” ma ha modificato perfino la stessa “percezione della costituzione”. Le norme costituzionali sui diritti sociali, infatti, necessitano, com'è noto, di una regolazione di attuazione affinché possano conseguire la piena realizzazione dei rispettivi scopi di tutela; ciò contribuisce a far intendere la stessa Costituzione “come una disciplina preliminare, non solo dipendente – quanto alla sua efficacia pratica – dalla disciplina attuativa e di svolgimento, ma anche aperta ad operazioni di bilanciamento da parte delle giurisdizioni costituzionali”².

Da tali premesse occorre muovere per ragionare intorno all'effettività dei diritti sociali in tempo di crisi. È inevitabile infatti che siano proprio i diritti sociali, stante la loro strutturale predisposizione a soddisfare l'universo dei bisogni della persona in una prospettiva di solidarietà sociale, a risentire maggiormente della congiuntura negativa che oramai si protrae da diversi anni. Con la conseguenza, per certi aspetti drammatica, di una profonda sofferenza dei sistemi di welfare nelle democrazie europee, che non di rado si traduce in una diffusa inadeguatezza a fronteggiare le situazioni di bisogno e di fragilità individuale.

Ciò emerge con particolare nettezza per i cosiddetti diritti a ricevere prestazioni positive, che possono ritenersi – pur nell'assenza di una condivisa definizione della stessa “socialità” dei diritti e nella consapevolezza delle difficoltà classificatorie sottolineate in dottrina – come un sottoinsieme del più ampio “arcipelago” dei diritti sociali³. L'ampiezza del tema e le peculiarità dei tanti diritti a prestazione riconosciuti nella Co-

* Straordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”.

** Il presente scritto, dedicato agli Studi in onore del Prof. Antonio D'Atena, trae spunto dalla relazione su “Los derechos de prestación, en especial, el derecho a la salud y el derecho a la educación” presentata alla Jornada de Estudio Italo-Francesa-Española de las Asociaciones de Derecho Constitucional (Madrid, 4 ottobre 2013) dedicata al tema “La efectividad de los derechos fundamentales en tiempos de crisis”.

¹ A. D'ATENA, *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Lezioni di diritto costituzionale*, 3ª ediz., Torino, 2012, pp. 1 ss.

² *Ibidem*, p. 11.

³ Sulle molteplici posizioni giuridiche soggettive riconducibili all'ampia famiglia dei “diritti sociali” v. P. GROSSI, *Qualche riflessione per una corretta identificazione e sistemazione dei diritti sociali*, in *Studi in onore di Mario Grandi*, Padova, 2005, pp. 305 ss., ripubblicato in P. GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, 2ª ed., Padova, 2008, pp. 13 ss., al quale si rinvia anche per la distinzione tra i diritti a prestazioni positive e il più ampio genus dei diritti c.d. civili (comprensivo anche di quelli che non impongono alla controparte – Stato o enti pubblici – l'obbligo di fornire una prestazione di fare o di dare). Sulla difficoltà ad individuare una definizione unitaria di ogni aspetto della natura giuridica dei diritti sociali riconosciuti nella Costituzione italiana, rappresentando questi ultimi “un arcipelago formato da entità di diversa natura e di diversa consistenza” – così A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, p. 29 – e sulle connesse difficoltà classificatorie, v. G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir.*

stituzione italiana non consentono in questa sede di svolgere una trattazione esaustiva: le riflessioni che seguono si limiteranno ad evidenziare alcune questioni ricorrenti nel dibattito sull'effettività dei diritti in tempo di crisi⁴, per poi soffermarsi sul diritto all'istruzione e sul diritto alla salute, con particolare riguardo alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana.

2. I diritti a prestazione in tempo di crisi: garanzie di effettività del singolo diritto e garanzie di sistema

Il tema dell'effettività dei diritti in tempo di crisi si presenta in tutta la sua ampiezza proprio per i diritti a prestazione, giacché, in relazione ad essi, immediato e diretto appare il rapporto tra la disponibilità di risorse e l'effettiva soddisfazione del bisogno presidiato dalla corrispondente posizione giuridica soggettiva. Tali diritti consistono nella pretesa del soggetto a ricevere determinate prestazioni (attività, servizi, utilità) da parte dello Stato, degli altri enti pubblici territoriali e di quelli non territoriali, e talvolta anche di soggetti privati (come accade per taluni diritti che spettano al lavoratore nei confronti del datore di lavoro). Si tratta, dunque, di diritti *relativi* quanto alla struttura (giacché risultano opponibili nei confronti di uno o più soggetti determinati), che condividono con la più ampia famiglia dei diritti di credito il carattere della patrimonialità e dunque la suscettibilità di estimazione pecuniaria⁵: patrimonialità che ovviamente qualifica il contenuto del diritto (*non* il bene o valore protetto attraverso il diritto) e quindi la prestazione che è oggetto della pretesa del soggetto (ad esempio, la singola prestazione diagnostica in sanità o il bonus libri per gli studenti delle scuole dell'obbligo).

Proprio in ragione delle caratteristiche strutturali appena richiamate, l'impatto della crisi economico-finanziaria su tali diritti si presenta estremamente articolato e in un certo senso amplificato: essi risentono infatti non solo delle politiche di riduzione della spesa a carico del bilancio statale che immediatamente impattano sulla quantità delle risorse a disposizione nei distinti settori interessati (la sanità o l'istruzione), ma anche degli effetti complessivi che la crisi determina sul sistema delle tutele giuridiche che presidiano l'intero assetto dei diritti fondamentali (quindi di tutti i diritti costituzionali).

Quanto al primo profilo, è evidente che la contrazione delle risorse, sotto forma di tagli alla spesa pubblica, incide non solo sulla prestazione (divisibile) che di volta in volta corrisponde al bisogno del soggetto, ma anche sui processi organizzativi finalizzati all'erogazione delle prestazioni (anch'essi suscettibili di una quantificazione in termini di risorse e dunque di costi, sebbene "naturalmente" indivisibili) nonché sulle tutele oggettive finalizzate alla protezione del medesimo bene presidiato dal diritto a prestazione. E ciò ha spesso conseguenze palpabili sul piano della qualità della prestazione e dunque sull'effettività del corrispondente diritto che rischia di divenire una sorta di simulacro, un guscio gradualmente svuotato di contenuto.

E così, ad esempio, il venire meno di interventi a sostegno della formazione degli insegnanti non può che svilire qualitativamente il diritto all'istruzione dei discenti; ed ancora, la contrazione di risorse per la prevenzione di malattie sociali, colpendo il bene della salute come interesse della collettività, comporta dei costi epidemiologici elevati, che si riverberano poi negativamente sulla salute del singolo (nonché sulla futura "domanda" di prestazioni sanitarie).

Ma la crisi, come già accennato, travolge anche le garanzie di sistema, che circondano l'intero spettro dei diritti costituzionali e che assicurano la tutela del soggetto al di là della singola prestazione: colpisce cioè l'insieme delle "prestazioni" (funzioni) pubbliche finalizzate alla concreta garanzia dei diritti, anzitutto attraverso la loro protezione giudiziaria. Protezione, quest'ultima, che deve ritenersi implicita nel riconosci-

pubbl., 1981, p. 758. Sulla problematicità della nozione di "diritto sociale" e sulle diverse elaborazioni presenti nella dottrina italiana v.: B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001, pp. 19 ss.; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, pp. 15 ss.; M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., V, Torino, 2012, pp. 223 ss.

⁴ Nell'ambito di una cospicua letteratura dedicata all'impatto della crisi economico-finanziaria sul godimento dei diritti, in particolare quelli sociali, v., senza pretesa di esaustività, I. CIOLLI, *I diritti sociali*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica. Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012*, Napoli, 2012, pp. 83 ss.; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012, A. D'ALOIA, *I diritti sociali nell'attuale momento costituzionale*, in www.gruppodipisa.it, 2012, M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid Rassegna*, n. 3/2013, F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionali e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della Parte prima (quella "intoccabile") della Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013, nonché da ultimo C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali, Relazione al XVIII Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013.

⁵ P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, 2ª ediz. ampl., Torino, 1991, p. 274.

mento costituzionale di *ogni* diritto (di tutti i diritti, anche di quelli di libertà che pure si distinguono sul piano strutturale dai diritti a prestazioni), grazie agli istituti predisposti a tal fine dalla Costituzione e comuni a tutte le altre situazioni giuridiche soggettive di pari rilievo costituzionale⁶.

Più in generale, si assiste ad un deficit di effettività di sistema, che rispecchia l'atteggiarsi a *sistema* dei diritti costituzionali. Vi è infatti un "condizionamento" reciproco tra i diversi diritti, pur aventi struttura e natura diversa, che emerge drammaticamente in una fase di recessione economica. La mancata soddisfazione dei bisogni sociali più elementari ma fondamentali, l'accentuarsi delle disparità in fatto, che palesano l'inadeguatezza o il fallimento degli interventi volti a realizzare una minore disparità sociale, l'assenza di risposta alle domande plurali di inclusione sociale (delle fasce più deboli), incidono anzitutto sulla dignità della persona, limitano le concrete opportunità di scelta del soggetto, per poi condizionare il godimento dei diritti di cittadinanza in senso ampio, di tutti i diritti⁷. Lo stesso equilibrio tra le (pur distinte) esigenze della dignità umana e della libertà⁸ rischia di essere travolto, compromettendo la relazione di paritaria compresenza che l'art. 36 della Costituzione delinea con estrema chiarezza nel garantire il diritto ad una retribuzione in ogni caso sufficiente ad assicurare un'esistenza *libera* e *dignitosa* al lavoratore ed alla sua famiglia.

Soltanto in tale prospettiva, peraltro, credo possa accettarsi la nota riflessione di Holmes e Sunstein sul costo dei diritti (dal significativo sottotitolo: *Perché la libertà dipende dalle tasse*)⁹. Se è vero che tutti i diritti "costano" (o forse, per meglio dire: costa ogni forma di organizzazione sociale che pretenda di garantire plurime aspettative individuali) è pur vero che non tutti "costano" allo stesso modo, nel senso che l'incidenza delle risorse rispetto all'effettività dei diritti si atteggia in modo diverso perché diverso è il *proprium* strutturale di ciascuno di essi. Il soddisfacimento delle libertà, infatti, secondo la più convincente ricostruzione dottrinale¹⁰, non necessita di alcuna "prestazione" positiva da parte dei soggetti pubblici o degli altri consociati, richiedendo piuttosto che nessuno intervenga a turbare la sfera di interessi riservata al godimento del titolare del diritto. Il "costo" delle libertà può predicarsi in relazione alle garanzie di sistema, come la protezione giudiziaria sopra ricordata, e ad alcuni fattori che possono potenziarne o renderne più agevole il godimento, ma non incide sulla *conformazione* del diritto, come invece accade direttamente per i diritti a prestazione¹¹.

Credo tuttavia che sarebbe miope o insincero appiattare il problema dell'effettività dei diritti a prestazione nell'esperienza italiana sulla sola dimensione economico-finanziaria (senza negare ovviamente la rilevanza centrale di quest'ultima) e quindi sulla contrazione del flusso di risorse destinabili alla soddisfazione dei singoli diritti.

Il tema dell'effettività in tempo di crisi deve cioè essere declinato anche in termini di crisi istituzionale, di crisi nella capacità di governo delle politiche sociali e fiscali, di crisi dei processi decisionali chiamati a monitorare i bisogni sociali e a dare risposte corrispondenti a tali bisogni; ad ancora, come crisi nella democraticità degli "strumenti" (e delle formule organizzative) chiamati a realizzare politiche di redistribuzione e più in generale ad invertere le amplissime finalità di eguaglianza sostanziale che gravano sulla Repubblica ai sensi dell'art. 3, comma 2, della Costituzione italiana (non a caso definito la "norma madre" di tutti i diritti so-

⁶ Così P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., p. 276, nel corso della nota 3, con riferimento agli istituti contemplati negli artt. 24, 25, 113 e 134 Cost.; v. anche, sulla struttura dei diritti di libertà come diritti assoluti, che non si caratterizzano e non si diversificano per la presenza di un "oggetto", "ma esclusivamente per la loro proiezione o direzione o, se si preferisce, per il loro contenuto: che è costituito dal permanente interesse a non essere costretto od impedito da altri in un certo settore della vita di relazione", *ivi*, p. 264.

⁷ Da questo angolo visuale, in un momento contrassegnato dalle straordinarie dimensioni della crisi economico-finanziaria, può convenirsi con M. A. CABIDDU, *Democrazia e governo dell'economia*, in G. C. DE MARTIN - D. MORANA (a cura di), *Amministrazione e democrazia*, Padova, 2013, pp. 209 e 217, che "le differenze di ordine economico e sociale sono tali da pregiudicare la stessa libertà" e che "senza eguaglianza, anche la libertà si rovescia nel suo contrario e i diritti diventano privilegi per qualcuno e concessione o carità per altri".

⁸ Sulla distinzione concettuale tra libertà e dignità, anche con riferimento all'art. 36 Cost., v. P. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Diritto e società*, 2008, pp. 31 ss.; sulla giurisprudenza costituzionale italiana in tema di dignità umana, v. M. RUOTOLLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà, Dal "diritto alla sicurezza" alla "sicurezza dei diritti"*, Napoli, 2012, spec. pp. 179 ss.

⁹ Il riferimento è alla nota riflessione di S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, trad. it., Bologna, 2000.

¹⁰ Secondo il magistrale insegnamento di C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, p. 14: "il riconoscimento di una libertà giuridica non richiede specifica attività legislativa per tradursi in atto ma (come libertà di diritto) che le leggi si astengano dal disporre contro la riconosciuta libertà, e che gli organi esecutivi e giurisdizionali impediscano ogni lesione di essa libertà".

¹¹ Su tali profili sia consentito rinviare a D. MORANA, *Eguale godimento dei diritti versus autonomia regionale: brevi note sulla specificità del regime costituzionale dei diritti di libertà*, in *Le autonomie in cammino. Scritti dedicati a Gian Candido De Martin*, Padova, 2012, pp. 237 ss.

ciali). In una parola, crisi della socialità, dell'assetto globale dello Stato sociale, di cui i diritti a prestazione costituiscono il volto determinante.

Da questa prospettiva, l'esperienza italiana degli ultimi anni non consente di approdare a considerazioni confortanti.

Non si può negare, infatti, che la legge abbia perso il suo ruolo centrale tra le fonti del diritto. Anzi, la crisi della legge è indice di una più generale fuga dai luoghi primari della decisione democratica, che determina, ancor più in un momento di difficoltà economica e in un quadro di rinnovata configurazione dei vincoli europei al governo dei conti pubblici, alcuni evidenti effetti "destrutturanti": non solo sul sistema delle fonti, ma anche sulla forma di governo, nella quale gli esecutivi tendono ad assumere una posizione preminente, e sulla stessa forma di Stato¹². In altre parole, le criticità della produzione legislativa, si riflettono sulla tenuta delle garanzie costituzionali dei diritti e giungono ad investire l'azione amministrativa che dovrebbe trovare fondamento proprio in quella scelta: anche l'amministrazione di prestazione, che rappresenta l'interfaccia principale (anche se non esclusivo) per il cittadino, per la persona, nel soddisfacimento del diritto¹³.

3. L'attuazione delle norme costituzionali sui diritti a prestazione: l'effettività tra legislazione, amministrazione e giurisdizione

Le brevi considerazioni svolte evidenziano come il tema dell'effettività dei diritti a prestazione, in una prospettiva costituzionalistica, si sovrapponga per larga parte con quello dell'attuazione delle norme costituzionali che li riconoscono.

Vi è infatti una specificità che caratterizza lo status costituzionale di tali diritti e che condiziona ogni ulteriore riflessione sulla loro effettività "sostanziale": quella che ruota intorno al carattere non autosufficiente della relativa disciplina costituzionale, bisognosa di "trovare il proprio sviluppo nella normativa di attuazione"¹⁴, quindi in interventi anzitutto legislativi che predispongano le premesse per "riempire" di effettività la pretesa a ricevere prestazioni. In altre parole, l'assenza di immediatezza che, al contrario, caratterizza i diritti di libertà.

È evidente, però, che la mancanza di autosufficienza delle norme costituzionali che danno fondamento ai diritti a prestazione non equivale ad affermare che tali diritti siano nella piena *disponibilità* del legislatore e nemmeno ad ammettere una forma di discrezionalità nell'*an* in relazione alla loro concreta soddisfazione. Piuttosto, residuano spazi per la *discrezionalità* del legislatore nella scelta del *quomodo*, quindi delle modalità attraverso le quali assicurare le prestazioni: discrezionalità non surrogabile dall'intervento del Giudice costituzionale, certo, ma senz'altro da esso sindacabile, come evidenzia una cospicua (seppur problematica) giurisprudenza della Corte costituzionale tesa a salvaguardare il nucleo "essenziale" o "indefettibile" o "incomprimibile" di taluni diritti a prestazione.

Può richiamarsi, a tale proposito, una significativa pronuncia della Corte, la n. 27 del 1998, nella quale viene sinteticamente delineato il rapporto tra discrezionalità legislativa e ruolo del sindacato di legittimità costituzionale in tema di diritti sociali nei termini che seguono: se "alla Corte costituzionale non è dato sovrapporre le proprie valutazioni di merito a quelle che spettano e sono riservate al legislatore nelle determinazioni volte a predisporre i mezzi necessari a far fronte alle obbligazioni dello Stato nella materia dei cosiddetti diritti sociali", giacché "solo il legislatore è [...] costituzionalmente abilitato a compiere gli apprezzamenti necessari a comporre nell'equilibrio del bilancio le scelte di compatibilità e di relativa priorità nelle quali si sostanziano le politiche sociali dello Stato", tuttavia è lo stesso Giudice delle leggi ad assumersi il ruolo di garantire, nell'esercizio del controllo di costituzionalità sulle leggi, "la *misura minima essenziale* di protezione delle situazioni soggettive che la Costituzione qualifica come diritti, misura minima al di sotto della quale si determinerebbe, con l'elusione dei precetti costituzionali, la violazione di tali diritti"¹⁵. Si tratta però di una

¹² Per un'approfondita analisi degli effetti del vincolo di bilancio sul sistema delle fonti, sul rapporto tra Parlamento e Governo e sull'assetto delle autonomie territoriali in Italia, v. G. RIVOCCHETTI, *Amministrazione, governo dell'economia e vincoli di bilancio*, in G. C. DE MARTIN - D. MORANA (a cura di), *Amministrazione e democrazia*, cit., pp. 141 ss., spec. pp. 162 ss.; sui riflessi della crisi economica sulla forma di governo e sulla forma di Stato v. A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in *Consulta online*, settembre 2012.

¹³ Per ulteriori rilievi e riferimenti bibliografici, se si vuole, D. MORANA, *L'effettività dei diritti costituzionali, tra crisi della legge e (in)disponibilità di risorse*, in G. C. DE MARTIN - D. MORANA (a cura di), *Amministrazione e democrazia*, cit., pp. 69 ss.

¹⁴ L'espressione è di A. D'ATENA, *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 10.

¹⁵ Così Corte cost., sent. n. 27/1998 (red. Zagrebelsky) in tema di diritto all'indennizzo per danno da vaccinazione obbligatoria (corsivo aggiunto).

misura “minima”, che sconta altresì l’indeterminatezza della nozione di “essenzialità” – tante volte evidenziata in dottrina, sia con riferimento al concetto di “nucleo essenziale” dei diritti¹⁶ sia riguardo alla determinazione dei livelli essenziali (non minimi)¹⁷ delle prestazioni di cui all’art. 117, comma 2, Cost.¹⁸ – e che pertanto appare assai lontana da un’idea forte di effettività dei diritti a prestazione.

Più in generale può osservarsi che l’omessa, tardiva o parziale attuazione legislativa non osta alla diretta applicabilità della previsione costituzionale che riconosce il diritto a prestazione e dunque non impedisce in assoluto una qualche forma di soddisfazione del diritto, anzitutto in sede giurisdizionale. Tuttavia, il più delle volte proprio la carente o incompleta attuazione normativa non consentirà di garantire la piena effettività del diritto.

In altri termini, l’intermediazione del legislatore, sebbene la sua assenza non sia ostativa all’immediata efficacia delle norme costituzionali di riferimento (norme cosiddette programmatiche, nell’insegnamento di Vezio Crisafulli), suscettibili di diretta applicazione in sede amministrativa e giurisdizionale¹⁹, è tuttavia condizione per la piena effettività (sostanziale) del diritto, intesa come corrispondenza (quantitativa e soprattutto qualitativa) della prestazione alla pretesa individuale, valutabile in relazione alla completezza ed alla adeguatezza degli interventi positivi che gravano sul complesso dei pubblici poteri (e talvolta, anche dei privati) rispetto al soddisfacimento dei bisogni della persona.

Sottolineo questo aspetto perché credo sia centrale in ogni riflessione sull’effettività dei diritti a prestazione, ancor più in una riflessione dedicata all’istruzione e alla salute: la nozione di effettività risente infatti di profili qualitativi che si costruiscono nel *rapporto tra bisogno individuale e prestazione attesa* e che sempre più impongono risposte altrettanto individualizzate, direi “personalizzate”, fondate su politiche sociali selettive ma non per questo inique.

È evidente il ruolo di primaria importanza assunto dal legislatore in vista del conseguimento dell’effettività dei diritti a prestazione; spetta ad esso, infatti, assumere responsabilmente le decisioni di fondo in tema di risorse organizzative, finanziarie ed umane necessarie per assicurare le prestazioni oggetto del diritto. Da tali decisioni emergono le linee portanti delle politiche sociali e delle connesse politiche fiscali, l’individuazione dei bisogni e delle priorità (sempre che tali priorità non siano già espresse nella stessa Costituzione a farlo, come dirò a breve), la selezione dei parametri di valutazione del benessere e del grado di equità sociale²⁰: in una parola, la concreta conformazione dello Stato sociale anche e soprattutto sul piano dell’effettività dei molteplici diritti riconosciuti dall’ordinamento costituzionale. Diritti che, com’è noto, nella Costituzione italiana spaziano dal diritto al lavoro (art. 4) e dai distinti diritti del lavoratore e della lavoratrice madre (artt. 35-37), al diritto all’assistenza ed alla previdenza (art. 38), dal diritto dei non abbienti al gratuito

¹⁶ Sul contenuto essenziale dei diritti, anche per ulteriori riferimenti alla giurisprudenza costituzionale ed al dibattito dottrinale, cfr. D. MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, 2012, spec. pp. 201 ss.

¹⁷ V. su punto R. BALDUZZI, *Livelli essenziali di assistenza versus livelli minimi*, in G. BARBERIS, I. LAVANDA, G. RAMPA, B. SORO (a cura di), *La politica economica tra mercati e regole*, Soveria Mannelli, 2005, pp. 49 ss.

¹⁸ Cfr., in particolare, A. D’ALLOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in E. BETTINELLI, F. RIGANO (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2004, p. 122, il quale, nel sottolineare la “forte carica di a-giuridicità” connessa al concetto di essenzialità, sottolinea come “la nozione di livello (o contenuto) essenziale dei diritti (o delle prestazioni concernenti) appare effettivamente non traducibile in significati univoci, oggettivi, e soprattutto definitivi”. Sulla relatività della nozione v. anche A. GIORGIS, *Le garanzie giurisdizionali dei diritti costituzionali all’uguaglianza distributiva*, in A. D’ALLOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, p. 121, dove si sottolinea come la definizione, in concreto, della misura del “contenuto minimo essenziale” di un diritto costituisca un’operazione non solo complessa ma anche, in talune circostanze, impossibile: “in presenza di risorse (inevitabilmente) scarse, e in un contesto culturale eterogeneo nel quale, talvolta, ci sono opinioni differenti anche su che cosa debba (in un determinato momento) considerarsi necessario avere per condurre una vita dignitosa, distinguere nell’ambito del contenuto di ogni diritto costituzionale ciò che deve considerarsi essenziale e ciò che può considerarsi, per così dire, accidentale è, infatti, un’operazione caratterizzata da un elevato tasso di discrezionalità (e forse anche di arbitrarietà)”.

¹⁹ Se è vero che il legislatore rappresenta il destinatario “privilegiato” delle norme costituzionali che riconoscono diritti a prestazione, ciò non esclude che tali norme (come tutte le norme cosiddette programmatiche) vincolino lo svolgimento della funzione di indirizzo politico nonché le attività amministrative e giurisdizionali, nei casi in cui, per queste ultime, sussistano “zone di discrezionalità” per il loro esercizio: V. CRISAFULLI, *Le norme “programmatiche” della Costituzione*, in ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, pp. 68 ss. Sugli effetti delle norme programmatiche nel pensiero di Vezio Crisafulli, v. A. D’ATENA, *Teoria delle fonti, teoria dell’atto e problematicismo nel pensiero di Vezio Crisafulli*, in *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Padova, 1994, pp. 91 ss., P. GROSSI, *Intervento*, in *Atti della Giornata in ricordo del Giudice emerito della Corte costituzionale Vezio Crisafulli* (Palazzo della Consulta, 5 novembre 2010), Roma, 2011, pp. 3-4; con riferimento alle disposizioni relative ai diritti a prestazioni, v. altresì P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., p. 279.

²⁰ Considerazioni di estremo interesse in F. GALLO, *Disuguaglianze, giustizia distributiva e principio di progressività*, in *Rass. trib.*, 2012, pp. 287 ss.

patrocinio (art. 24) al diritto a provvidenze per la formazione della famiglia e l'adempimento dei relativi compiti (art. 31), dal diritto alla salute (art. 32) al diritto all'istruzione (art. 34); e si potrebbe continuare.

Se dunque il legislatore non rappresenta l'unico attore dell'effettività dei diritti a prestazione, perché un ruolo attivo spetta sia all'amministrazione che alla giurisdizione, tuttavia proprio al legislatore è attribuito un ruolo determinante, che aumenta al crescere del livello di programmaticità delle corrispondenti norme costituzionali.

Mi limito a richiamare con brevi cenni alcune questioni che circondano attualmente il dibattito sull'effettività dei diritti a prestazione e che toccano direttamente anche il diritto alla salute ed il diritto all'istruzione.

La prima ruota intorno alla stessa nozione di programmaticità. Occorre infatti precisare che la natura (cosiddetta) programmatica delle norme che riconoscono diritti a prestazione non equivale a negare prescrittività alla previsione della corrispondente posizione giuridica soggettiva né a degradare quest'ultima al rango di mero interesse occasionalmente e indirettamente protetto.

Mi soffermo su questo aspetto perché a me sembra che nel dibattito dottrinale si continui a manifestare una certa "insofferenza" nei confronti della nozione di programmaticità, alla quale viene ascritta una sorta di responsabilità "morale" per il crescente deficit di effettività dei diritti sociali in tempo di crisi. Come se, insomma, parlare di programmaticità delle norme equivalesse a qualificare i diritti a prestazione come diritti di *serie b*, assiologicamente recessivi rispetto ad altri diritti proprio perché non adeguatamente presidiati a livello costituzionale.

Molteplici sono le ragioni (ulteriori rispetto a quelle già ricordate ed attinenti alla struttura dei diritti a prestazione) che sembrano invece condurre ad una diversa prospettazione del rapporto tra programmaticità ed effettività.

Anzitutto, è la stessa ratio giustificativa delle norme programmatiche che accompagnano la previsione di diritti a prestazione ad impedire una lettura riduttiva delle corrispondenti disposizioni nel rapporto con la legislazione di attuazione: si tratta infatti di dichiarazioni costituzionali che si propongono "il raggiungimento di risultati materiali, la soddisfazione di esigenze di fatto e perciò svolgimento di attività legislativa o esecutiva, adeguantesi, secondo la mutevolezza delle circostanze, al raggiungimento del fine"²¹ e che pertanto si rivolgono *naturaliter* ad una normazione futura.

Inoltre, non è la programmaticità delle norme costituzionali ma piuttosto la latitanza, la frammentarietà e talvolta la contraddittorietà delle scelte legislative e normative a mettere a repentaglio l'effettività dei diritti a prestazioni, ancor più in tempo di crisi quando è necessario intervenire per ridistribuire risorse scarse. Tali criticità si riverberano poi sugli apparati e sui processi organizzativi dell'intera amministrazione di prestazione, che costituisce a sua volta una risorsa determinante per il recupero di effettività nel godimento dei diritti in questione, soprattutto se si accoglie una nozione di effettività che valorizzi, come già accennato, la corrispondenza tra il bisogno individuale e la prestazione attesa e che quindi presupponga la capacità di interpretare e individuare le aree critiche del bisogno e quella di fornire risposte qualitativamente corrispondenti.

Infine, come già ricordato, la totale o parziale inattuazione legislativa delle norme costituzionali programmatiche non significa inefficacia delle corrispondenti previsioni costituzionali: ed il primo (ma non esclusivo) effetto di tali previsioni è quello di consentire la giustiziabilità della disciplina legislativa che si ponga in contrasto con la garanzia del diritto a prestazioni presidiato dalla norma programmatica (che dunque funge da parametro di costituzionalità)²².

Da questo punto di vista può senz'altro aggiungersi che la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana ha in più occasioni contribuito all'effettività di taluni diritti sociali ed allo sviluppo di un ordinamento in sintonia rispetto al "programma" costituzionale, anche attraverso pronunce additive e moniti al legislatore. E non può certo disconoscersi che la giurisdizione costituzionale costituisca tuttora un fondamentale presidio per sottrarre all'arbitrio della maggioranza la soluzione delle tensioni tra i (plurimi) diritti sociali di rango costituzionale²³. E tuttavia è evidente che, proprio laddove si ragioni intorno all'effettività di tali diritti in tempo di crisi, l'intervento del giudice costituzionale non può e non deve ritenersi risolutivo: nulla può nell'organizzare

²¹ Ancora C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., p. 14, nel riflettere sulle ipotesi in cui deve ritenersi ammissibile la norma programmatica.

²² Più in generale, sugli effetti delle disposizioni costituzionali in attesa di attuazione, e sul dibattito dottrinale in argomento, v. P. GROSSI, *Attuazione ed inattuazione della Costituzione*, Milano, 2002, pp. 4 ss.

²³ Sul punto v. ancora A. D'ATENA, *I principi ed i valori costituzionali*, in *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 36.

le risorse destinate alla soddisfazione dei (tanti) diritti a prestazione né per assicurarne una tutela tempestiva, completa, appropriata.

E qui vengo alla seconda questione che mi sembra centrale nel dibattito odierno.

La Corte costituzionale può sì colpire le arbitrarie discriminazioni, l'irragionevole esclusione dell'una o dell'altra categoria dall'accesso a determinate prestazioni (o l'esclusione di determinate prestazioni nella "risposta" che l'insieme dei soggetti pubblici è chiamato a dare alla domanda di beni, servizi ed attività volti al soddisfacimento di un diritto), ma non può, ancora una volta, sostituirsi al legislatore nell'allocazione delle risorse (nelle scelte di politica fiscale e di politica sociale). Le sentenze additive di prestazione (sentenze di spesa, pur se nella forma dell'addizione di principio), anche prima dei più ampi vincoli di bilancio enunciati oggi nel novellato art. 81 Cost.²⁴, lasciavano (e lasciano) irrisolto il problema della compatibilità della scelta additiva, operata caso per caso, rispetto al soddisfacimento di *altri* diritti a prestazione. Insomma, l'allocazione di un *quantum* di risorse ha bisogno di una comparazione tra le domande di prestazioni, radicate nella medesima fonte costituzionale, per deciderne le priorità, per rispondere alle urgenze sociali.

Certo, il canone della ragionevolezza orienta le operazioni di bilanciamento tra i diversi diritti costituzionali, che possono presentarsi di volta in volta confliggenti o concorrenziali, ma non può ovviamente esaurire quel ruolo di selezione e di mediazione che solo può garantire (con risorse decrescenti) un equilibrio di sistema dei tanti diritti a prestazione²⁵.

Senza considerare, inoltre, che il giudizio di costituzionalità può colpire le singole previsioni legislative *rebus sic stantibus*, ma resta priva di armi nella promozione di politiche responsabili nei confronti delle generazioni future, che costituiscono una delle sfide più impellenti nell'uso delle risorse²⁶.

E soprattutto non sfugge ai vincoli che la scarsità di risorse ed il contesto economico sfavorevole pongono alla spesa complessiva e dunque all'erogazione delle prestazioni: basti pensare, ancora una volta, alla giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni che, proprio in materia di diritto alla salute, in un cospicuo contenzioso tra Stato e regioni, ha evidenziato come la spesa sanitaria debba necessariamente essere compatibile con "la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario" (sent. 111/2005) e che occorra quindi evitare l'aumento incontrollato della spesa sanitaria (sent. 203/2008), realizzando un bilanciamento tra l'esigenza di eguaglianza connesse al godimento del diritto alla salute, da soddisfare nella "misura più ampia possibile", e quella di riduzione della spesa sanitaria al fine di renderla compatibile con la citata limitatezza delle disponibilità finanziarie (sent. 149/2010).

Altrettanto delicato – e vengo così alla terza ed ultima questione – è poi il ruolo del giudice quale fattore di effettività dei diritti a prestazione. Si tratta di un profilo che chiama in causa il più ampio dibattito riguardante il rapporto tra momento normativo e momento giurisprudenziale nella garanzia dei diritti.

Tale rapporto, tuttavia, non può essere risolto nel senso di una stretta alternatività, dovendosi preferire una valutazione di reciproca integrazione. Non vi è dubbio, infatti, che anche il giudice comune possa applicare direttamente le norme ed i principi costituzionali in tema di diritti sociali; così come va riconosciuto che, non di rado, le decisioni giurisdizionali abbiano assicurato una forma di tutela, sia pure minimale o non del tutto esaustiva, ai diritti a prestazione²⁷: si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza sull'assistenza sanitaria indiretta ed in particolare a quella che ha riconosciuto la rimborsabilità delle spese sostenute all'estero per cure indifferibili ed urgenti pur in difetto di una previa autorizzazione²⁸. Parimenti va ricordato

²⁴ Ricostruisce l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di diritti sociali, anche per il profilo concernente il rispetto dell'art. 81 Cost., C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., spec. pp. 8 ss.; sulle molteplici tecniche decisorie utilizzate dalla Corte in tema di diritti sociali, v. anche ID., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, cit., pp. 127 ss.

²⁵ Sul rapporto tra sostenibilità economica e ragionevolezza giuridica dei diritti a prestazione, in una più ampia riflessione sulla crisi dello Stato sociale europeo, v. A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011, spec. pp. 7-8.

²⁶ Su tale profilo cfr. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2009, che considera la responsabilità tra generazioni come "problema di giustizia sociale", M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, e G. RIVOSECCHI, *La garanzia costituzionale della copertura finanziaria come vincolo intertemporale alla spesa pubblica nella (limitata) prospettiva della tutela delle generazioni future*, entrambi in A. D'ALOIA, R. BIFULCO (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, rispettivamente, pp. 423 ss. e 475 ss.; in relazione al dibattito sull'introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Costituzione italiana, N. LUPO, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni. Notazioni sparse*, in *Amministrazione in cammino*, 2011.

²⁷ Utili riferimenti, in tema di diritto alla salute, in E. CAVASINO, G. TULUMELLO, *La salute come diritto: l'effettività della tutela fra potere di organizzazione e logica della concorrenza*, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, n. 10, pp. 2000 ss.

²⁸ Di particolare interesse la recente sentenza della Corte di Cassazione, civ., sez. L, n. 9969/2012, in cui si riconosce che l'assistenza sanitaria indiretta per ricoveri ospedalieri all'estero deve essere erogata dal Servizio sanitario nazionale, sotto forma di

l'accresciuto rilievo assunto dall'interpretazione costituzionale derivante dal vincolo di interpretazione conforme che grava sul giudice (*a quo*)²⁹. Tuttavia, in relazione alla scelta sull'allocazione delle risorse, l'eventuale intervento del giudice difetta strutturalmente di sistematicità, potendo avere soltanto un carattere episodico, parziale e suppletivo rispetto alla mancata scelta normativa. Pertanto, la realizzazione di un complessivo e coerente assetto delle garanzie sociali non sembra poter passare attraverso la via esclusivamente giurisdizionale.

Da questo punto di vista, deve convenirsi con quella parte della dottrina che ha osservato come le incertezze collegate alla crisi attuale, nel sollecitare interventi di tutela dei diritti sociali realistici e sostenibili, ma non per questo "arrendevoli o indifferenti ai bisogni essenziali delle persone", pongano sempre più l'improcastinabile necessità di "un «grande» legislatore", di una "visione strategica dei problemi e delle esigenze", di "una visione politica lungimirante, di coraggio, di scelte nuove e complessive [...] di una lettura della società e dei suoi bisogni che non può esaurirsi nella variabilità dei casi concreti che approdano davanti al giudice"³⁰.

4. Diritto all'istruzione e diritto alla salute: due casi esemplari

La connessione tra crisi economica e garanzie di effettività può essere verificata in relazione a due diritti che, anche per ragioni storiche, rivestono un ruolo particolarmente qualificante per lo Stato sociale: il diritto all'istruzione ed il diritto alla salute.

Com'è noto, il diritto all'istruzione si radica nell'art. 34 Cost.: dopo aver affermato che "la scuola è aperta a tutti", escludendo qualsiasi restrizione basata sulla cittadinanza, dispone, al secondo comma, che "l'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita" ed aggiunge, nei due commi successivi, che "i capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i più alti gradi degli studi" e che "la Repubblica rende effettivo questo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso". Può notarsi, incidentalmente, che quest'ultima disposizione rappresenta uno dei pochi casi in cui la Costituzione italiana utilizza espressamente la nozione di effettività³¹. Il diritto alla salute, invece, trova fondamento nell'art. 32, primo comma, della Costituzione italiana, che recita "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti". Lo stesso articolo introduce, al secondo comma, il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari, prevedendo che "nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge" e che "la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana". Mi soffermerò ovviamente sul primo comma, lasciando sullo sfondo le diverse problematiche concernenti il diritto alla salute come diritto di libertà e quindi i profili della libertà di cura.

Già ad una prima lettura delle rispettive previsioni costituzionali, emerge chiaramente che le espressioni "*diritto all'istruzione*" e "*diritto alla salute*" evocano (o possono evocare), in forma sintetica, diverse po-

rimborso delle spese e anche in difetto di preventiva autorizzazione regionale, non solo quando le cure – gravi, urgenti e impraticabili nelle strutture nazionali – siano finalizzate a debellare la malattia o ad arrestarne il decorso, ma anche quando esse siano dirette ad alleviare il pregiudizio fisico ed esistenziale del paziente, senza incidere sull'evoluzione della malattia (cure palliative). Ciò sulla base del rilievo che il diritto alla salute, nell'ordinamento italiano, assume una dimensione più ampia rispetto al mero diritto alla cura, comprendendo non solo l'approntamento di mezzi destinati alla guarigione di una patologia ma anche gli interventi concretamente idonei ad alleviare la limitazione funzionale del paziente, ancorché senza apprezzabili risultati in ordine al possibile regresso della malattia.

²⁹ V. a tale riguardo P. CARETTI, *I diritti e le garanzie*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti su "Costituzione e globalizzazione" (Salerno, 23-24 novembre 2012), disponibile in versione provvisoria in www.associazionedeicostituzionalisti.it. Sull'interpretazione conforme cfr. A. ANZON, *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1998, pp. 1082 ss., M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009, R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme alla legge*, in P. CARNEVALE, C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Torino, 2008, pp. 89 ss., M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in www.gruppodipisa.it, 2011, nonché da ultimo G. SORRENTI, *Las interpretaciones conformes a la Constitución en el ordenamiento italiano: estado de la cuestión*, in www.gruppodipisa.it, 2013.

³⁰ A. D'ALOIA, *I diritti sociali nell'attuale momento costituzionale*, cit., pp. 12-13.

³¹ Si vedano in particolare gli artt. 3, comma 2, 4, comma 1, 10, comma 3. Il concetto di effettività ricorre anche nell'art. 48, comma 3 (introdotto con legge cost. n. 1/2000) sul diritto di voto dei cittadini residenti all'estero, e nel novellato art. 119, comma 5 (introdotto con legge cost. n. 3/2001), dove si afferma che "Per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona [...] lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni".

sizioni giuridiche soggettive³², “graduate” anche in relazione al profilo della gratuità delle prestazioni. Ma la loro ampiezza risente altresì del fatto che la pretesa riconosciuta al titolare del diritto si sostanzia, sotto il profilo dell’effettività, non solo nell’accesso alle singole prestazioni di volta in volta rilevanti (la borsa di studio, i libri scolastici, il farmaco, la prestazione diagnostica, il ricovero ospedaliero) ma anche nella sussistenza di elementi di sistema che diventano determinanti per valutare la qualità e l’appropriatezza della prestazione rispetto al bisogno (ad esempio, l’edilizia scolastica o quella sanitaria; il reclutamento e l’aggiornamento dei docenti come del personale medico ed infermieristico; la fornitura di attrezzature alle scuole o quella di farmaci e dispositivi alle strutture ospedaliere, e così via). In questa sede non si analizzeranno nel dettaglio le molteplici problematiche che connotano i citati profili nel momento di crisi attuale, ma ci si limiterà ad una breve disamina di talune questioni, avendo come principale riferimento la giurisprudenza costituzionale intervenuta nei rispettivi ambiti materiali.

4.1. Il diritto all’istruzione

Con riguardo al diritto all’istruzione, va anzitutto notato che la giurisprudenza costituzionale, sin dalle prime pronunce in materia, ha in certo modo “appiattito” il contenuto del diritto previsto dalla Costituzione, evidenziandone esclusivamente una sola dimensione, ossia quella legata all’insegnamento. Infatti, benché alla stessa Corte non sfugga che l’insegnamento, l’istruzione e l’educazione si pongano come fasi diverse e concettualmente distinte di un processo più ampio, ciò nonostante essa ha ritenuto – sin dalla sentenza n. 7 del 1967 – che nel diritto costituzionale all’istruzione, quale diritto a prestazioni, il termine istruzione non possa assumere un “significato diverso e più ampio di quello proprio dell’insegnamento”.

Cosicché questo diritto va a coincidere con il diritto ad essere beneficiari dell’altrui attività di insegnamento; pertanto, l’obbligo che grava sul soggetto pubblico – quale soggetto passivo del diritto – consiste esclusivamente nell’erogare un’attività di carattere eminentemente amministrativo che si sostanzia nel reclutare docenti e personale di supporto e nell’allestire strutture nelle quali l’attività di insegnamento possa essere impartita.

È la stessa Corte a sottolinearlo (nella medesima decisione): “l’interesse pubblico al soddisfacimento di bisogni individuali di importanza collettiva, evidentissimo nel caso in cui si tratti di perseguire finalità etico-sociali mediante la cultura del cittadino, importa l’assunzione del servizio da parte dello Stato e la sua organizzazione. È questo l’elemento primario, che caratterizza e domina la prestazione, la concreta, ed insieme la esaurisce [...] mediante la messa a disposizione degli ambienti scolastici, del corpo insegnante e di tutto ciò che *direttamente* inerisce a tali elementi organizzativi” (corsi aggiunti).

Il mettere l’accento sull’avverbio “direttamente” ha come inevitabile conseguenza quella di sospingere fuori dal perimetro del diritto all’istruzione – e delle relative prestazioni – la fornitura di tutti quei beni, servizi e agevolazioni che cooperano al raggiungimento del risultato soltanto in termini indiretti, ma non per questo meno significativi: ne rimangono fuori, ad esempio, i libri di testo, i trasporti, il servizio di mensa, e così via.

Né da questo punto di vista per la Corte assume importanza la configurazione costituzionale dell’istruzione non solo come diritto, ma anche come obbligo (per almeno otto anni). In particolare, nella sent. n. 106 del 1968 viene respinta l’argomentazione secondo cui l’obbligatorietà (con conseguente sanzione in caso di sottrazione all’obbligo) dovrebbe implicare la gratuità non solo nel ricevere l’attività di insegnamento, ma anche nell’ottenere tutti i mezzi strumentali all’adempimento dell’obbligo: per la Corte, invece, “la connessione tra l’obbligatorietà e gratuità dell’istruzione va intesa con razionale valutazione dei due termini del binomio, che esclude ogni subordinazione del principio di obbligatorietà ad un concetto soverchiamente estensivo della gratuità”.

Se l’estensione del diritto costituzionale all’istruzione è quella individuata dalla giurisprudenza della Corte (che tuttavia è stata oggetto di ampie critiche da parte della dottrina)³³, allora bisogna rilevare che in

³² Sul diritto all’istruzione è d’obbligo il rinvio a U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, pp. 96 ss.; sulle diverse “componenti” del diritto all’istruzione v. anche A. ROCCELLA, *Il diritto all’istruzione nell’ordinamento italiano*, in *Il Politico*, 1990, pp. 467 ss. Sull’espressione “diritto alla salute” come “formula sintetica con la quale si esprime la garanzia di una pluralità di posizioni giuridiche soggettive assai differenziate tra loro” (e che non si esauriscono, come già osservato, nel diritto a ricevere trattamenti sanitari, siano essi preventivi, curativi o riabilitativi), v. M. LUCIANI, *Salute. I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 5, e, se si vuole, D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, passim.

³³ Da ultimo, v. A. PACE, *Il diritto all’istruzione nel tempo di crisi*, in *Astrid Rassegna*, n. 4/2013, e gli ulteriori riferimenti dottrinali ivi citati.

relazione a questo diritto si è assistito ad uno dei non frequentissimi casi di – per così dire – ultra-attuazione da parte del legislatore.

Infatti, al livello legislativo, sia statale che regionale, si sono avuti una serie di interventi che, per quanto frammentari e potenzialmente (o effettivamente) revocabili, hanno avuto ad oggetto l'estensione delle prestazioni ad alcuni di quei mezzi (quali i libri di testo) strumentalmente connessi al diritto in esame.

Non vi è dubbio, ad ogni modo, che l'effettività del diritto all'istruzione, anche a considerarlo nei confini piuttosto angusti individuati dalla Corte costituzionale, risenta delle conseguenze derivanti dai cicli economici e, in particolare, dalla attuale profonda crisi. È sempre la giurisprudenza costituzionale, infatti, ad aver messo in luce che anche i doveri che gravano sulla Repubblica per il soddisfacimento di questo diritto debbono essere valutati alla luce della "osservanza dei limiti del bilancio" (sent. n. 125 del 1975).

Al riguardo, i dati di fatto mostrano – come emerge dal rapporto della rete Eurydice per la Commissione europea, concluso nel 2013, dal titolo "Finanziamento dell'istruzione in Europa: l'impatto della crisi economica"³⁴ – che nell'ultimo biennio (2011-2012) l'Italia si colloca tra i Paesi dell'Unione che più hanno ridotto gli stanziamenti pubblici per l'istruzione; il dato risulta soltanto parzialmente mitigato da alcune recenti decisioni del Governo che sembrano voler imporre una timida inversione di tendenza³⁵.

Apparentemente la più ridotta disponibilità di risorse pubbliche sembrerebbe incidere di meno, rispetto ad altri diritti sociali, sulla pienezza del diritto all'istruzione: l'esistenza delle strutture scolastiche ed il corpo docente già a disposizione, infatti, parrebbero rappresentare "investimenti" di più lunga durata che, una volta operati nel passato, dovrebbero permanere in automatico a pieno regime nel presente, risentendo meno degli attuali andamenti negativi degli indicatori economici. Si tratta, purtroppo, di una semplice illusione prospettica. Avere meno risorse pubbliche da investire nella garanzia del diritto all'istruzione si traduce, infatti, tra le altre cose, in minore manutenzione degli edifici scolastici, minore capacità di erogare servizi strettamente strumentali alla concreta fruibilità degli edifici stessi (ad es., il riscaldamento), minore attività di formazione e aggiornamento dei docenti, minore possibilità di fornire ai docenti soddisfacenti condizioni retributive e contrattuali... si traduce, insomma, in "meno diritto" all'istruzione, anche solo a considerarlo come stretta pretesa a ricevere la prestazione dell'insegnamento.

Bisogna però aggiungere che l'attenzione della Costituzione nei riguardi dell'istruzione come diritto non si arresta a quanto fin qui detto. Sul tronco della previsione principale dell'art. 34, infatti, si innestano due ulteriori garanzie che meritano autonoma considerazione.

Anzitutto, il diritto dei capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, di raggiungere i gradi più alti degli studi. Diritto che, per lo stesso art. 34, deve essere reso effettivo attraverso borse di studio, assegni alle famiglie e altre provvidenze, tutte attribuite per concorso.

Si tratta di una previsione in cui si riscontra integralmente il codice genetico del principio sociale, dal momento che la titolarità del beneficio dipende non solo dal possedere determinate qualità "in positivo" (l'essere capace e meritevole) ma anche dal versare in una situazione di inferiorità economica (l'essere privo di mezzi) di cui la Repubblica deve farsi carico.

Rispetto a tale attribuzione la Corte costituzionale, a differenza che per la previsione generale sull'istruzione, sembra aver avuto un atteggiamento ispirato al criterio della maggior tutela possibile.

Nella recente sent. n. 2 del 2013, ad esempio, la Corte ha ritenuto del tutto irrilevante il criterio della residenza qualificata in una regione (o provincia autonoma) ai fini dell'assegnazione delle borse di studio e dell'erogazione di altre prestazioni destinate al sostegno allo studio, sia scolastico sia universitario, sottolineando che "se la necessità del concorso [prevista dall'art. 34, Cost.] rende legittima la previsione di forme di graduazione tra gli aventi diritto, esse devono tuttavia sempre avere un nesso con il bisogno e la meritevolezza dello studente: il che non può dirsi per la durata della residenza" in questa o quella parte del territorio nazionale.

L'altro diritto attinente all'istruzione che ha progressivamente conquistato una sua autonomia normativa, anche di ordine costituzionale, all'interno dell'ordinamento italiano è rappresentato dal diritto alla effettiva istruzione della persona disabile.

In questo caso, la Corte costituzionale ha indubbiamente giocato un ruolo nel senso espansivo della protezione.

³⁴ EUROPEAN COMMISSION/EACEA/EURYDICE, *Funding of Education in Europe 2000-2012: The Impact of the Economic Crisis*. Eurydice Report, 2013, Luxembourg, in <http://eacea.ec.europa.eu/education/eurydice/>.

³⁵ Vedi in particolare il decreto-legge 12 settembre 2013, n. 104, recante "Misure urgenti in materia di istruzione, università, ricerca", convertito, con modificazioni, in legge 8 novembre 2013, n. 128.

Infatti, la Costituzione dedica a tale fattispecie soltanto la previsione contenuta nel terzo comma dell'art. 38, secondo cui "gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale". Si tratta di una previsione caratterizzata da un contenuto in certo senso riduttivo e che, almeno nel suo tenore letterale, sconta certamente la temperie culturale in materia dominante al tempo della Costituente.

Ad ogni modo, proprio a partire da un'interpretazione estensiva della tutela prevista dall'art. 38 e anche facendo leva sul principio sociale formulato nell'art. 3, secondo comma, e sulla previsione dell'art. 2 in tema di diritti inviolabili dell'uomo, a partire dalla sent. n. 215 del 1987 la Corte ha affermato il diritto della persona portatrice di handicap di frequentare le scuole medie superiori, dichiarando costituzionalmente illegittima la norma legislativa che si limitava a "facilitare" anziché "assicurare" l'effettivo godimento di tale diritto³⁶.

Ancor più di recente, poi, con la sent. n. 80 del 2010 la Corte ha chiaramente riconosciuto, richiamando la precedente giurisprudenza, che "il diritto del disabile all'istruzione si configura come un diritto fondamentale" e che "la fruizione di tale diritto è assicurata, in particolare, attraverso misure di integrazione e sostegno idonee a garantire ai portatori di handicaps la frequenza degli istituti d'istruzione": cosicché la previsione di personale docente specializzato ad adempiere alle "ineliminabili (anche sul piano costituzionale) forme di integrazione e di sostegno a favore degli alunni diversamente abili" deve ritenersi incluso nel nucleo indefettibile di garanzie che costituiscono un limite invalicabile per la discrezionalità del legislatore³⁷.

4.2. Il diritto a prestazioni per la tutela della salute ed il diritto degli indigenti a cure gratuite

Per quanto concerne il diritto a prestazioni per la tutela della salute, sia il legislatore, con la legge n. 833 del 1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale, che la giurisprudenza costituzionale immediatamente successiva hanno contribuito a consolidare una lettura molto ampia dell'art. 32, non solo con riferimento all'estensione delle prestazioni oggetto del diritto (che si risolvono nei trattamenti preventivi, curativi e riabilitativi volti a garantire il benessere psico-fisico della persona, nei diversi ambienti di vita e di lavoro), ma anche rispetto alla gratuità delle cure.

La disposizione costituzionale, con un diverso grado di programmaticità, riconosce infatti il diritto di *tutti* alle prestazioni per la tutela della salute ed il diritto dei *solii indigenti* alla loro gratuità: la discrezionalità del legislatore non è azzerata neanche in quest'ultimo caso, poiché ad esso spetta definire i confini della nozione di indigenza (e dunque della gratuità), ma è certamente più limitata³⁸. Quello che al legislatore sembrerebbe precluso, invece, è ogni intervento volto a "preferire" la posizione dei non indigenti rispetto a quella degli indigenti nell'allocatione delle risorse destinate al soddisfacimento del diritto a prestazioni per la tutela della salute: con la conseguenza che, in fasi di contrazione della spesa sanitaria, il legislatore dovrebbe tener conto di tale priorità, garantendo *comunque* l'accesso a cure gratuite per le fasce più deboli della popolazione.

Nell'art. 32 infatti, così come in altre disposizioni costituzionali, la Costituzione mostra di avere concretezza del difficile rapporto tra effettività dei diritti e risorse, delimitando la discrezionalità del legislatore secondo un ordine di priorità: indicazione, quest'ultima, che può rinvenirsi anche in relazione al diritto di difesa (garanzia dei mezzi per agire e per difendersi davanti ad ogni giurisdizione per i *non abbienti*, ex art. 24), alla famiglia (misure di sostegno con particolare riferimento alle *famiglie numerose*, ex art. 31), all'istruzione, di cui si è detto ("rendere effettivo" il diritto dei *capaci* e dei *meritevoli*, anche se *privi di mezzi*, di raggiungere i

³⁶ Sugli sviluppi di tale orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla sent. 215/1987, v. S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in www.gruppodipisa.it, 2012, spec. pp. 14 ss. Per un inquadramento costituzionale del diritto allo studio dei disabili v. C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2011, pp. 73 ss.; nello stesso volume v. anche l'appendice di F. GIRELLI, *L'assegnazione delle ore di sostegno agli studenti disabili nel "seguito" delle decisioni d'incostituzionalità*, pp. 111 ss.

³⁷ Richiama la sent. 80/2010 come esempio di una giurisprudenza costituzionale che può (e deve) accertare l'illegittimità costituzionale di una legge che porti alla negazione di diritti costituzionalmente garantiti anche se dalla violazione discendano nuove o maggiori spese a carico del bilancio statale, L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2013, p. 9. Sulla decisione e su taluni problematiche sorte in sede di contenzioso amministrativo v. F. MADEO, *Insegnanti di sostegno: possibile la presenza per tutte le ore di frequenza dello studente disabile grave*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 1831 ss., A. PIROZZOLI, *La discrezionalità del legislatore nel diritto all'istruzione del disabile*, in *Rivista AIC*, n. 0/2010, E. SERRAO, *I diritti del minore con disabilità*, in *Giur. merito*, 2012, pp. 757 ss., L. NANNIPIERI, *Il diritto all'istruzione del disabile nelle fonti nazionali tra problemi definitivi, giurisprudenza costituzionale e giudici di merito*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012.

³⁸ Per ulteriori considerazioni sulla graduazione di programmaticità nell'art. 32 Cost. sia consentito rinviare a D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, cit., pp. 72 ss.

gradi più alti degli studi, ex art. 34), all'assistenza (il diritto al mantenimento ed all'assistenza sociale per ogni cittadino inabile al lavoro e *sprovvisto dei mezzi necessari per vivere*, ex art. 38).

Il legislatore, tuttavia, soprattutto nella prima fase di attuazione del Servizio sanitario nazionale, ha interpretato in senso estensivo il diritto alla gratuità delle cure, molto al di là della lettera costituzionale, garantendo l'universalità di accesso alle prestazioni e la loro gratuità indipendentemente dalla sussistenza di una condizione di indigenza. Cioché, come è stato osservato, il diritto alla salute da diritto sociale è divenuto in breve tempo un vero e proprio "diritto politico"³⁹, con gravi conseguenze per le casse dello Stato.

Non meraviglia, quindi, che già negli anni Ottanta, e ancor più nel decennio successivo, si evidenziò la necessità di controllare la spesa sanitaria, ponendo a carico degli assistiti alcuni costi delle prestazioni. La previsione costituzionale, infatti, non esclude forme di compartecipazione dell'assistito (non indigente): tant'è che il legislatore ha progressivamente introdotto il pagamento di ticket per l'accesso a talune prestazioni (anche farmaceutiche), estendendone poi la previsione negli anni più recenti, per far fronte all'esplosione della spesa sanitaria divenuta sempre meno governabile⁴⁰.

Ma se l'erogazione di prestazioni in regime di gratuità resta, forse, più ampia rispetto al tenore letterale dell'art. 32 Cost. (che la circoscrive ai soli "indigenti"), le forme di compartecipazione risultano in gran parte indipendenti dal (o non adeguatamente e progressivamente paramtrate al) reddito dell'assistito ("non indigente"). E ciò contribuisce ad accentuare, soprattutto in un momento di grave crisi economica come quello attuale, forti diseguaglianze nell'effettività del diritto alle cure: diseguaglianze che appaiono ulteriormente amplificate da interventi legislativi di riduzione della spesa sanitaria caratterizzati da "tagli lineari", che impattano indifferentemente sull'intera offerta di prestazioni e che quindi sono destinati a penalizzare la condizione di uno strato sempre più ampio di popolazione⁴¹.

La legislazione dell'ultimo biennio è andata in questa direzione e non meraviglia allora che i dati siano sempre più allarmanti soprattutto per i minori e per gli anziani e dunque per le fasce più deboli della popolazione⁴².

Si è osservato, a tale riguardo, che "la scelta del legislatore di conseguire risparmi di spesa, operando mediante 'tagli lineari' è chiaramente figlia dell'impostazione che intende i diritti, seppur nell'attuale contingenza storica, come finanziariamente condizionati. Se vengono prima, sempre e comunque, le risorse rispetto ai diritti, è evidente che questa impostazione generale legittima un intervento per tagli lineari"⁴³.

Il riferimento critico è, ovviamente, alla giurisprudenza della Corte costituzionale che, sin dagli anni Ottanta, ha qualificato il diritto alla salute come diritto finanziariamente condizionato⁴⁴, mitigando tale "condizionamento" con la garanzia "incondizionata" del cosiddetto nucleo essenziale o irriducibile dello stesso. Secondo tale orientamento, le esigenze della finanza pubblica non possono infatti assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana. A tale riguardo deve però ribadirsi – come già osservato, *supra*, par. 3 – che la nozione di "nucleo essenziale" appare foriera di ulteriori problemi interpretativi, ad iniziare dal quello che attiene all'individuazione di cosa sia il nucleo essenziale e quale il

³⁹ G. MARONGIU, *La prestazione dell'attività sanitaria*, in M. S. GIANNINI (a cura di), *Lineamenti di organizzazione sanitaria*, Milano, 1991, ripubblicato in ID., *La democrazia come problema*, Bologna, 1994, vol. I, t. 2, pp. 390-391.

⁴⁰ Sulla compartecipazione degli utenti del Servizio sanitario nazionale al costo delle prestazioni v. Corte cost., sentt. nn. 203/2008 e 187/2012.

⁴¹ Per una ricostruzione critica dei recenti tagli lineari alla spesa pubblica in materia di sanità e di istruzione v. L. MONTEFERRANTE, *La dignità della persona umana tra istanze di tutela dei diritti sociali ed esigenze di contenimento della spesa pubblica: prospettive a confronto*, in G. C. DE MARTIN, D. MORANA (a cura di), *Amministrazione e democrazia*, cit., pp. 111 ss.

⁴² Si vedano a tale riguardo i dati contenuti nel *IX Rapporto Sanità* elaborato dal CEIS, Centre for Economic and International Studies - Università degli Studi di Roma Tor Vergata, dal titolo *Crisi economica e sanità: come cambiare le politiche pubbliche*, 2013, disponibile in www.rapportosanita.it, in particolare con riferimento all'accesso alle cure odontoiatriche ed all'assistenza per gli anziani.

⁴³ L. MONTEFERRANTE, *op. ult. cit.*, p. 113.

⁴⁴ Si vedano, tra le tante, le sentenze nn. 455/1990, 247/1992, 218/1994, 304/1994, 416/1995, 267/1998, 309/1999. In cui la Corte ha affermato che "la tutela del diritto alla salute non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone" e che pertanto il diritto a trattamenti sanitari è soggetto alla "determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione" della relativa tutela da parte del legislatore ordinario. La nozione di diritto finanziariamente condizionato ricorre anche nella giurisprudenza più recente, nella quale si nota una particolare enfasi sul contesto generale di crisi economica che determina un'accresciuta limitatezza delle risorse: si v. ad esempio, la sent. n. 248/2011 dove si afferma che "l'esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario".

“contorno” (non essenziale) del diritto⁴⁵: ciò ancor più in considerazione dell’assenza di un riferimento specifico a tale nozione nella Costituzione italiana. Inoltre, si va così ad aggiungere un ulteriore livello di “imprevedibilità” nel bilanciamento compiuto dal giudice costituzionale, che dovrà decidere di volta in volta fin dove si estende il nucleo essenziale del diritto⁴⁶.

Peraltro, la stessa giurisprudenza ha ricondotto al nucleo essenziale del diritto alla salute la pretesa degli indigenti alla gratuità delle cure, accogliendo al contempo una nozione di indigenza non assoluta (riferita cioè al solo parametro reddituale) ma relativa, ancorata cioè anche alla gravità della patologia ed al costo del trattamento⁴⁷. In tal modo, se risulta ampliata la sfera dei destinatari della previsione costituzionale e se il Giudice delle leggi può assicurare che, a parità di condizioni, abbiano accesso a prestazioni gratuite anche i soggetti indigenti irragionevolmente esclusi dalla gratuità, è pur vero che la concreta definizione di indigenza resta affidata al legislatore.

Cosicché, in assenza di ponderate scelte legislative, il problema rimane irrisolto: permane un uso delle risorse non selettivo, la risposta in tempo di crisi si estrinseca in tagli lineari, il peso delle criticità nell’erogazione delle prestazioni si riversa sulle fasce deboli della popolazione, senza tener conto delle priorità costituzionali ed operando una sorta di “tradimento” della logica sottesa al principio sociale.

⁴⁵ Un esempio macroscopico di tale indeterminatezza può rinvenirsi nella giurisprudenza sul diritto alla salute degli stranieri irregolarmente presenti sul territorio nazionale: v. in particolare, Corte cost., sentt. nn. 252/2001 e 269/2010; in nota a quest’ultima, se si vuole, D. MORANA, *Titolari di diritti, anche se irregolari: politiche regionali di integrazione sociale e diritto alla salute degli immigrati (note minime a Corte cost., sent. n. 269/2010)*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 3238 ss. Sul diritto alla salute degli immigrati v. A. PITINO, *Il diritto alla salute degli immigrati tra leggi ordinarie e Costituzione*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent’anni di Servizio sanitario nazionale*, Bologna, 2009, pp. 333 ss., nonché F. BIONDI DAL MONTE, *I diritti fondamentali degli stranieri tra discrezionalità del legislatore e sindacato costituzionale*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA (a cura di), *La governance dell’immigrazione. Diritti, politiche, competenze*, Bologna, 2013, pp. 91 ss., spec. pp. 117 ss.

⁴⁶ Rispetto a quest’ultimo profilo, un possibile criterio interpretativo idoneo ad orientare il bilanciamento del diritto alla salute rispetto ad altri diritti finanziariamente condizionati potrebbe rinvenirsi nel connotato della fundamentalità che la Costituzione italiana riferisce espressamente al solo diritto alla salute. Tuttavia la più recente giurisprudenza costituzionale, nella sentenza n. 85/2013 (dedicata al caso Ilva), è sorprendentemente andata in tutt’altra direzione, negando che il carattere fondamentale del diritto alla salute possa fungere da criterio per il superamento di conflitti tra diritti costituzionali. È vero che tale decisione non tocca direttamente il profilo del diritto a prestazioni sanitarie (ma piuttosto quello della tutela della salute come integrità fisica e psichica): tuttavia, le argomentazioni adottate nella sentenza sembrano formulate in modo tale da escludere la possibilità di una valorizzazione interpretativa del connotato della fundamentalità in sede di bilanciamento, qualunque sia il profilo del diritto alla salute coinvolto.

⁴⁷ Si v. in particolare Corte cost., sent. n. 309/1999, punto 6 delle considerazioni in diritto.