

Giuseppe Vecchio

Maria Chiara Gagliano, Irene Mauro

## Cittadinanza, diritti sociali finanziariamente condizionati e politiche pubbliche condizionate dai diritti. La solidarietà come principio di sistema.

La crisi e il costo dei 'diritti sociali'.

Silvio Gambino ha pubblicato i risultati di una ricerca <sup>1</sup>su **Diritti sociali e crisi economica**<sup>2</sup>, nell'ambito del quale ha coordinato un gruppo di studiosi italiani, spagnoli e francesi nell'analisi dei profili più significativi del problema del 'costo' dei diritti sociali e della effettività degli stessi in una fase di grave crisi economica. Si potrebbe ben dire che si tratta di un lavoro sull'effettività della *cittadinanza*.

Lo sviluppo della ricerca, a partire dalle considerazioni di S. Gambino (*Crisi economica e diritti sociali (con particolare riguardo al diritto alla salute, all'assistenza sociale e all'istruzione)*) e a seguire nella maggior parte dei contributi, si articola su due registri: quello della possibilità di dare soddisfazione a diritti sociali "finanziariamente condizionati" e quello della configurabilità di diritti sociali che non esigono impegno finanziario.

*È ragionevole chiedersi se, sia pure nel rispetto del principio di gradualità e del bilanciamento con altri beni o interessi costituzionalmente protetti, la garanzia costituzionale riguardi il "contenuto essenziale" dei diritti con riferimento alla loro mera esistenza oppure se, in senso contrario, tale tutela non debba anche estendersi al quantum dei diritti medesimi. Lo scrutinio della copiosa giurisprudenza costituzionale farebbe propendere per la prima soluzione, limitandosi tale controllo costituzionale a non mettere in questione la necessaria discrezionalità del legislatore nel dare attuazione ai principi e ai diritti fondamentali; è vero, tuttavia, che tale discrezionalità conosce il limite della «riserva del ragionevole e del possibile».*

Nell'ambito del diritto alla salute sono stati analizzati i profili relativi al problema del condizionamento finanziario nell'erogazione delle prestazioni, con particolare attenzione al problema del fondamento nazionale unitario del sistema dei livelli essenziali delle prestazioni.

La riflessione affronta il tema del bilanciamento richiamando il principio costantemente affermato dalla Corte Costituzionale a partire dalla sentenza 304/1994: «*nel bilanciamento dei valori costituzionali che il legislatore deve compiere al fine di dare attuazione al "diritto ai trattamenti sanitari" (art. 32 della Costituzione) entra anche la considerazione delle esigenze relative all'equilibrio della finanza pubblica. Non v'è dubbio che, se queste ultime esigenze, nel bilanciamento dei valori costituzionali operato dal legislatore, avessero un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona umana, ci si troverebbe di fronte a un esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa*». Si osserva comunque che si tratta di un bilanciamento «*"inequale", asimmetrico, il cui fine rimane pur sempre, ancorché nella misura minima della protezione del nucleo essenziale del diritto, il soddisfacimento dei diritti della persona e mai l'efficienza economica o anche l'equilibrio economico fine a sé stesso. Una simile giurisprudenza, come si è osservato, necessariamente flessibile in ragione dei bisogni rappresentati alla cognizione della Corte, non è senza conseguenze sull'equilibrio di bilancio statale*».

---

<sup>1</sup> PRIN-MIUR (2010KB7F9S\_011) dal titolo "Salute, assistenza sociale, istruzione, fra garanzie costituzionali e innovazione normativa in alcuni ordinamenti statuali".

<sup>2</sup>Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Dossier – VI, 2015.

Allo stesso tempo è stato considerato il diritto sociale all'autodeterminazione in materia di salute, fino alla questione del carattere autoapplicativo della previsione costituzionale dell'art. 32, c.2 Cost. in materia di libertà e di diritto di rifiuto di trattamenti medico-sanitari da parte del soggetto ammalato.

Anche il tema del diritto al mantenimento e all'assistenza sociale viene inquadrato nella prospettiva della rilevanza finanziaria. In particolare viene prestata attenzione alla problematica della collaborazione sussidiaria con tutte le forme di organizzazioni private e si pone il problema dei criteri di accreditamento. La revisione costituzionale viene esaminata anche sotto il profilo del nuovo welfare regionale-municipale-sociale.

A sua volta, il diritto all'istruzione viene preso in considerazione sotto più profili.

In primo luogo viene esaminata la garanzia di attuazione della cittadinanza contenuta nell'estensione a 'tutti' del diritto all'istruzione.

Un particolare riferimento viene fatto al carattere 'repubblicano' del diritto e alla necessità di mettere insieme in un quadro unitario il pubblico e il privato, lo statale e il regionale.

D'altra parte, il diritto all'istruzione viene ricondotto alla libertà d'insegnamento e non manca qualche notazione di perplessità sul regime scolastico contenuto nella l. 107 del 2015.

La giurisprudenza costituzionale, specie quella orientata ad affermare l'effettività dei diritti degli alunni portatori di disabilità viene presa in considerazione con la preoccupazione che la Corte possa svolgere un ruolo legislativo improprio nella definizione 'quantitativa' delle prestazioni connesse all'attuazione del diritto.

Il costituzionalismo contemporaneo posto di fronte alla crisi economica si deve, dunque, misurare contemporaneamente con la crisi dello Stato sociale e con la (problematica) garanzia di effettività dei diritti sociali<sup>3</sup>. In questo contesto la posizione della Corte si fonda su un orientamento giurisprudenziale nel quale non si mostra avara nel valutare con favore gradualità dell'attuazione legislativa e discrezionalità del legislatore pur nella *consapevolezza circa la natura strutturale della «perdurante crisi dei diritti sociali previsti in Costituzione», non disgiunta dal convincimento di una parte della dottrina che si sia andati troppo in là nella entità delle spese e «in quella degli apparati di governo preposti alla loro erogazione».*

*Soprattutto in ragione delle censure politiche nei confronti del "costo" generato da alcune sue sentenze, in un simile scenario, si fa strada, infatti, quell'atteggiamento dottrinario (e culturale) nel quale si fa valere come la Corte non possa rimanere «insensibile al grido di dolore della finanza pubblica» e alle stringenti previsioni dell'art. 81 Cost., facendosi pienamente carico il suo iter argomentativo delle esigenze di un «necessario risanamento dell'economia» e «delle imprescindibili e improrogabili esigenze di risanamento della finanza pubblica, la quale costituisce un valore costituzionalmente tutelato e incide notevolmente sull'ordinata convivenza sociale».*

La convinzione della Corte, in breve, è quella secondo cui, se pure la discrezionalità del legislatore deve risultare idonea ad affrontare l'eccezionalità della situazione economica in cui versano le casse dello Stato, *«tuttavia, è compito dello Stato garantire, anche in queste condizioni, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, il quale certo non è indifferente alla realtà economica e finanziaria ma, con altrettanta certezza, non può consentire deroghe al principio di uguaglianza, sul quale è fondato l'ordinamento costituzionale».*

L'analisi affronta, dunque, il problema dell'eguaglianza e della garanzia delle prestazioni, soprattutto, sotto il profilo della giustizia della distribuzione territoriale e della stessa derogabilità delle competenze al fine di garantire un corretto equilibrio nelle prestazioni.

---

<sup>3</sup> R. PERLINGEIRO, *La 'riserva del possibile' ('vorbehalt des möglichen') costituisce un limite all'intervento giurisdizionale nelle politiche pubbliche sociali?* in *GiustAmm.it* – 2014.

Il lavoro è aperto e chiuso da due interventi di Antonio Ruggeri orientati, essenzialmente, all'inquadramento del problema nel più ampio quadro del 'sistema' di tutele della persona definito dalla Costituzione.

L'introduzione di A. Ruggeri propone con immediatezza ed evidenza la chiave di soluzione in termini di *solidarietà*. Dentro questo termine c'è tutta la logica del sistema costituzionale costruito sull'equilibrio di diritti e doveri e sulla necessità di individuare per ciascun tipo di domanda (diritto) una modalità di risposta (dovere sostenibile).

Si parte dalla questione preliminare, relativa alla problematica connotazione dei diritti "sociali" rispetto ai "non sociali", sotto lo specifico profilo del costo comunque richiesto dall'appagamento di tutti, quanto meno per ciò che attiene ai "livelli essenziali" della loro tutela. L'analisi affronta il problema della conciliazione del variare dei "livelli" delle prestazioni relative ai diritti, in ragione del variare dei contesti e lo rapporta al carattere intangibile della relativa "essenza", per giungere alla sua soluzione fondata sul carattere di "sistema" della Costituzione. Questo carattere sarebbe confermato dall'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sull'intero ordinamento e, specificatamente, sui problemi di bilanciamento tra i canoni che governano lo svolgimento del sindacato stesso e le norme relative ai diritti. Affermata la rilevanza europea delle tutele dei diritti sulla base di un sistema di mutua integrazione fra "documenti intercostituzionali", si segnala come: «*il dovere di solidarietà, al pari del cervello umano, sia stato sfruttato (e, prima ancora, conosciuto) per non più del cinque per cento del suo formidabile potenziale espressivo. Se solo si fosse finalmente messo a punto un organico programma di giustizia sociale, volto ad una complessiva redistribuzione della ricchezza, unitamente alla lotta all'evasione fiscale ed alla corruzione, in vista del recupero di un minimo etico in seno al tessuto sociale, molti degli ostacoli che ad oggi impediscono un effettivo e sostanziale appagamento dei diritti sociali avrebbero potuto e potrebbero considerarsi rimossi e spianata, perciò, la via per un armonico sviluppo della persona umana.*

*La solidarietà – è stato opportunamente messo in luce dagli studi di sensibili studiosi – ha da aprirsi e spiegarsi a raggiera, praticamente per ogni dove, facendosi apprezzare altresì nelle sue proiezioni intergenerazionali e al piano delle relazioni interordinamentali. Il legislatore, per un verso, e le Corti, per un altro, come si è tentato di mostrare, possono (e devono) fare molto a questo fine, senza di che i diritti sociali (e, riassuntivamente, la dignità) rischiano di restare confinati tra le mere, generose ma ingenuie, declamazioni, incapaci tuttavia – per riprendere la metafora iniziale – di uscire dal labirinto nel quale si trovano».*

## Diritti, costi e modelli di relazione.

Prima ancora di tentare di formulare qualunque ragionamento sull'imponente lavoro del Gruppo di ricerca, è necessario osservare che la prospettiva di studio è originale e suggestiva. La ricerca si sviluppa attorno al nodo fondamentale (e ancora poco esplorato) dei rapporti fra centralità statale e autonomie territoriali nel rispetto dell'incomprimibile nucleo di tutele che costituisce l'essenza della cittadinanza e, allo stesso tempo, della valorizzazione dell'autonomia come risorsa (oltre che come metodo di gestione delle risorse).

È opportuno avvertire, altresì, che le note che seguono muovono da un punto di vista *disciplinatamente* diverso da quello degli Autori della ricerca, pur nella condivisione sia degli obiettivi essenziali della garanzia delle tutele, sia della preoccupazione (non solo giuridica) per i rischi di indebolimento delle stesse tutele. La sensazione è che i risultati della Ricerca spingano a sviluppare e integrare la riflessione, almeno, sotto due profili.

Da un lato emerge il profilo della ricerca degli strumenti che rendono effettiva e giustiziabile la tutela individuale dei diritti affermati in sede costituzionale.

Dall'altro si pone il problema della valutazione degli effetti della giurisprudenza di riconoscimento dell'effettività dei diritti sul piano degli equilibri definiti dal sistema costituzionale.

La ricerca pone al centro dell'attenzione le principali questioni attinenti al regime dei cd. *diritti sociali* a partire dalla riflessione sul carattere *costoso* o meno degli stessi, per affrontare poi, opportunamente, i problemi connessi alle *risorse* necessarie per la loro soddisfazione, ovviamente con una forte consapevolezza dei *limiti di sistema*.

Rispetto al quadro delineato, in fondo, la *crisi economica* sembra essere solo l'occasione per l'esplicitazione di problemi insiti nel modello culturale e nei limiti di una concezione giuridica inadeguata a cogliere, per un verso o per l'altro, le profonde trasformazioni del sistema sociale.

È necessario riflettere dal punto di vista inverso rispetto a quello dei diritti sociali. Si può prendere in considerazione il problema della 'socialità' dei diritti civili tradizionali e scoprire, anche in questo caso, la necessità di determinare 'misure' sia dell'estensione del diritto, sia della sostenibilità dei limiti che potrebbero determinarne lo svuotamento.

La stessa opinione tradizionale di considerare costosi i diritti a prestazioni individuali (definendoli *sociali*) e non costosi i diritti *civili* (solo perché oggetto di tutela generale) è significativamente debole e va rimeditata. Nessuno può realisticamente sostenere che garantire il diritto di proprietà non sia *costoso*. Ovviamente, la tutela di ciascun diritto impone costi di tipo specifico e sono diversi i criteri di distribuzione degli stessi a favore dei singoli titolari.

A mero titolo d'esempio si può fare riferimento ai costi della sicurezza generale che garantiscono la tutela della proprietà<sup>4</sup>.

È appena il caso di ricordare, d'altra parte, che il problema del 'valore' degli immobili è stato costantemente oggetto del sistema tributario proprio per la sua connessione alla valorizzazione della proprietà dipendente dagli interventi pubblici di 'miglioria'.

Lo stesso diritto di proprietà, d'altra parte, costituisce un terreno di difficili prove di determinazione del 'contenuto essenziale' dei poteri che gli sono connessi. È sufficiente richiamare sia la problematica ricerca del valore normativo della formula 'funzione sociale' dell'art. 42, c. 2 Cost., sia la lunga vicenda della determinazione dei vincoli aventi natura espropriativa ai sensi del 3° comma dello stesso articolo<sup>5</sup>.

Di contro, il diritto (/dovere) dei genitori di educare e istruire i figli non è ordinariamente costoso per la finanza pubblica, così come il diritto ad una retribuzione idonea ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa al lavoratore e alla sua famiglia.

## La forza dei diritti e le debolezze della loro monetizzazione

La Ricerca affronta la questione della traducibilità in termini di finanza pubblica dell'attuazione dei diritti sociali e pone come primo problema quello del rapporto fra forza degli stessi e forza del principio di stabilità economica come fissato dalle interpretazioni dell'art. 81 Cost.

Gli Autori sviluppano ragionamenti incentrati sulla copertura finanziaria del costo dei diritti a carico dei bilanci pubblici. La stessa lettura di A. Ruggeri, per molti aspetti orientata alla ricerca della sostenibilità di sistema dei costi, punta sull'impegno prioritario (certamente solidaristico) alla limitazione degli sprechi e alla più corretta e razionale distribuzione degli interventi fra le varie articolazioni della Repubblica.

Sotto questo profilo, risulta di particolare interesse la riflessione sull'autonomia finanziaria degli enti locali in vista dell'erogazione di prestazioni corrispondenti a diritti sociali. Emerge, in

---

<sup>4</sup> "L'autorità di pubblica sicurezza veglia al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità e alla tutela della proprietà" art. 1 T.U. 1926; art. 1 R.D.L. 14 aprile 1927, n. 593 (nel testo aggiornato e vigente al 31 marzo 2003). "L'Arma dei Carabinieri, quale forza militare di polizia a competenza generale e in servizio permanente di pubblica sicurezza, veglia (...) alla tutela della proprietà (...)", Art. 2 R.D. 14 giugno 1934, n. 1169. Artt. 2 e 5 D. Lgs. 5 ottobre 2000, n. 297).

<sup>5</sup> SANTORO-PASSARELLI, F., *La proprietà*, in *L'opera di Salvatore Pugliatti*, in *Rivista di diritto civile*, 1978, XXIV, 1, pp. 569. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Il Mulino, 2013.

particolare, la tensione fra istanze di attuazione dell'eguaglianza sostanziale e istanze di territoriali di organizzazione del welfare.

Rispetto al valido e opportuno ragionamento sulle diverse possibilità di impostare il bilancio statale in vista della soddisfazione dei diritti sociali, sulla necessità di equilibrare bilanci statali e bilanci regionali e degli enti locali alla luce del regime delle competenze costituzionalmente definite, sull'obbligo di giusta distribuzione delle risorse, può risultare, comunque, utile proporre un confronto (additivo e non sostitutivo) con un altro possibile profilo di riflessione. Una possibile strada potrebbe essere la ricerca di soluzioni alternative a quelle che si esprimono in termini monetari e impongono, quindi, una contabilizzazione dei diritti legata alle logiche della finanza pubblica.

Sembra, come pure emerge da più passaggi della stessa Ricerca, che sia possibile estendere ulteriormente la riflessione e considerare la rilevanza dei profili 'regolativi' sullo stesso 'costo' dei diritti. In particolare, la curiosità si spinge in direzione del complesso sistema di strumentaria disposizione dei poteri legislativi, amministrativi e giurisdizionali tutte le volte che il riconoscimento della pienezza di un'aspettativa del singolo viene qualificata diritto.

Una parte del 'costo' di un diritto deriva certamente dalla sua configurazione, dalla specificazione dei destinatari degli obblighi di prestazione, dalla possibilità/necessità di darne una rappresentazione giuridica in termini di incomprimibilità.

La riflessione può avere due prospettive di sviluppo (ovviamente interconnesse):

- a- Una prima prospettiva è quella che prende in considerazione le acquisizioni giurisprudenziali che affermano la pienezza e l'immediata efficacia dei diritti sociali (o almeno di parti di ciascun diritto) a prescindere dalla configurazione che ne danno le leggi attuative e i provvedimenti amministrativi.
- b- Una seconda prospettiva è quella che prende in considerazione la struttura delle tutele e prova la strada della ricerca di soluzioni 'non finanziarie' al problema della loro sostenibilità.

Nell'uno e nell'altro caso emerge la debolezza dell'impostazione corrente, e criticata dagli Autori, volta a monetizzare il contenuto dei diritti e a ridurre lo spettro delle risorse disponibili solo a quelle derivanti dalla solidarietà fiscale. La sfida che proviene dalla Ricerca è quella di verificare la debolezza dei modelli di finanziarizzazione pubblica dei diritti sociali sia a seguito dell'ormai acquisita autonomia di affermazione della loro effettività da parte dei giudici, sia in vista di possibili risposte sul piano regolativo (delle quali si cominciano a vedere i primi segnali).

[I poteri del giudice e gli effetti delle soluzioni 'finanziariamente orientate'](#).

Non si può fare a meno di rilevare immediatamente il condizionamento reciproco delle due problematiche in considerazione del fatto che ciascuna aspettativa non è quantitativamente definibile una volta per tutte e che, pertanto, qualunque predefinizione di mezzi e di risorse pubbliche può risultare insufficiente o eccessiva in relazione al concreto atteggiarsi delle relazioni umane.

Nella prima prospettiva viene in evidenza la significativa giurisprudenza in materia di diritti sociali caratterizzata da riconoscimenti che prescindono da qualunque condizionamento finanziario e ottengono effetti imprevedibili sui bilanci pubblici.

*Istruzione*

(Autore: Irene Mauro, *dottoranda*)

Nell'ambito del diritto all'istruzione, è ormai facile richiamare la stabile giurisprudenza che afferma la natura di diritto pieno della pretesa di prestazioni derivante dall'accertamento delle condizioni poste dalla legge a fondamento dei livelli essenziali delle prestazioni.

A partire dalla sentenza Corte cost. 80/2010 nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 2, commi 413 e 414, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2008) è stato affermato che «*il legislatore nella individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili gode di discrezionalità (da ultimo, ex plurimis, sentenze n. 431 e 251 del 2008, ordinanza n. 269 del 2009). Si deve tuttavia riaffermare che, sempre secondo la giurisprudenza di questa Corte, detto potere discrezionale non ha carattere assoluto e trova un limite nel «[...] rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (sentenza n. 251 del 2008 che richiama sentenza n. 226 del 2000).*

*Risulta, pertanto, evidente che le norme impugnate hanno inciso proprio sull'indicato «nucleo indefettibile di garanzie» che questa Corte ha già individuato quale limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore».*

L'effetto della decisione è stato quello di confermare la giurisprudenza amministrativa di primo grado che aveva già condannato l'Amministrazione scolastica a fornire la docenza di sostegno anche in presenza dei limiti previsti dalla norma finanziaria poi dichiarata incostituzionale.

Alla consolidata giurisprudenza amministrativa si è aggiunta, di recente, una significativa presa di posizione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione in sede di regolamento di giurisdizione. Con sentenza 25 novembre 2014 n. 25011, (Rel. Giusti), è stata affermata la giurisdizione del giudice ordinario in materia di diniego di prestazioni ad alunno in condizioni di grave disabilità. Il riconoscimento da parte della P.A. dei presupposti applicativi del regime della l. 104 del 1992 esaurisce ogni potere discrezionale della stessa e, pertanto, qualunque scelta difforme costituisce comportamento discriminatorio ed è oggetto di cognizione da parte del giudice ordinario ai sensi della l. 67 del 2006 (*Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazione*) e del Decreto Legislativo 1 settembre 2011, n. 150 (*Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69*). La sentenza afferma, anche sul piano processuale, il rapporto inscindibile fra effettività del diritto sociale all'istruzione e vigenza del principio di eguaglianza.

Sempre nell'ambito dell'effettività del diritto all'istruzione, non va sottovalutata l'attenzione ai profili di protezione che si consolida nella configurazione della responsabilità da contatto nei rapporti fra alunno e scuola<sup>6</sup>.

#### Salute

(Autore: Maria Chiara Gagliano, dottoranda)

Nell'ambito del diritto alla salute sono riscontrabili ulteriori significative tendenze alla definizione di potenziali percorsi di determinazione della sua effettività. La specifica struttura dell'aspettativa di salute, ovviamente, pone problemi diversi da quelli del diritto all'istruzione. L'incidenza di fattori tecnico-scientifici espressi dalla professionalità, dall'organizzazione, dalla sostenibilità finanziaria ha determinato lo sviluppo di linee giurisprudenziali differenziate.

Diversamente da quanto è successo nei casi di lesione del diritto all'istruzione, la tutela del diritto alla salute ha trovato riconoscimento più ampio e significativo, innanzitutto, in sede di risarcimento del danno.

Di particolare rilievo è stato il contributo della Corte costituzionale nella definizione dell'estensione del danno risarcibile sia nei rapporti fra privati, sia nei rapporti con la P.A.

Non si può fare a meno, ovviamente, di ricordare come la costruzione della responsabilità da contatto sia stata espressione della ricerca di un equilibrio adeguato fra le aspettative dei singoli e le capacità di organizzazione delle prestazioni da parte del sistema sanitario. In assenza di interventi normativi capaci di esprimere e regolare la complessità delle prestazioni sanitarie, i giudici hanno

---

<sup>6</sup> Corte di Cassazione, Sezione III Civ. sent. n. 22752/2013.

sviluppati tecniche di tutela risarcitorie che quantificano i costi delle disfunzioni e impongono alla finanza pubblica oneri non prevedibili.

In mancanza di una adeguata regolazione del rischio sanitario, insieme alla spesa per risarcimento dei danni, conoscibile anche se non prevedibile, è cresciuta, in misura non facilmente conoscibile e ancor meno prevedibile, la spesa di prevenzione della responsabilità (cd. *medicina difensivistica*).

Nel caso del diritto alla salute, ancor più significativamente di quanto non avviene per il diritto all'istruzione, anche se attraverso meccanismi più adeguati alla specificità delle situazioni, il riconoscimento dell'effettività del diritto in sede giudiziale ha sopravanzato, ancora una volta, qualunque tentativo di definizione finanziaria delle condizioni di soddisfazione. Per l'esattezza, l'effetto si è esteso ben oltre la somma dei singoli risarcimenti, fino a determinare comportamenti sociali (specificatamente professionali) tendenti alla prevenzione del rischio a costi generali crescenti.

Sempre sul piano del superamento delle limitazioni finanziarie all'effettività del diritto alla salute nel rispetto dell'eguaglianza e della cittadinanza, si deve registrare la costante giurisprudenza di riconoscimento del diritto alle cure non disponibili in ambito regionale o nazionale, pur con i limiti affermati dalla Corte per le cure ricevute all'estero da cittadini non indigenti, non lavoratori emigrati, non titolari di borse di studio (Corte cost. sent. n. 354 del 2008).

#### *Assistenza sociale*

Il diritto all'assistenza presenta profili ancora più complessi del diritto all'istruzione e del diritto alla salute. La previsione dell'art. 38 Cost. risulta, in realtà, fra quelle più articolate in materia di assistenza sociale sia per la specifica (almeno apparentemente) individuazione dei destinatari, sia per la determinazione delle aspettative.

Ancor più problematica risulta la misura dell'effettiva portata normativa dell'ultimo comma della disposizione nell'affermazione della libertà di assistenza privata.

In primo luogo, i rapporti di assistenza sono stati storicamente riferiti alla comunità locale sin dalla legge Crispi. La Corte costituzionale, con la sentenza 297 del 2012, ha avuto modo di affermare che, pur in presenza di una chiara attribuzione allo Stato della materia dell'assistenza, la determinazione in concreto dei LIVEAS non può essere effettuata senza il ricorso a procedure di leale collaborazione<sup>7</sup>. In alcune letture è stata segnalata un'ipotetica discordanza fra la sentenza

---

<sup>7</sup>«Con riferimento al secondo passaggio argomentativo – relativo alla necessità della collaborazione della Regione alla predisposizione dei LIVEAS – occorre rilevare che la competenza statale alla quale va ricondotta la normativa impugnata, concernente la determinazione di livelli essenziali delle prestazioni, non attiene ad una «materia» in senso stretto, ma costituisce una competenza esclusiva e “trasversale”, idonea a investire una pluralità di materie (sentenze n. 203 del 2012; n. 232 del 2011; n. 10 del 2010; n. 322 del 2009; n. 168 e n. 50 del 2008; n. 162 e n. 94 del 2007; n. 282 del 2002).

Detta peculiare competenza comporta «una forte incidenza sull'esercizio delle competenze legislative ed amministrative delle regioni» (sentenza n. 8 del 2011; n. 88 del 2003), tale da esigere che il suo esercizio si svolga attraverso moduli di leale collaborazione tra Stato e Regione (sentenze n. 330 e n. 8 del 2011; n. 309 e n. 121 del 2010; n. 322 e n. 124 del 2009; n. 162 del 2007; n. 134 del 2006; n. 88 del 2003), salvo che ricorrano ipotesi eccezionali (nella specie non sussistenti) in cui la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP) «non permetta, da sola, di realizzare utilmente la finalità [...] di protezione delle situazioni di estrema debolezza della persona umana», tanto da legittimare lo Stato a disporre in via diretta le prestazioni assistenziali, senza adottare forme di leale collaborazione con le Regioni (sentenza n. 10 del 2010, a proposito della social card, ricondotta ai LEP e messa in connessione con gli artt. 2 e 3, secondo comma, Cost.).

Proprio in ragione di tale impatto sulle competenze regionali, lo stesso legislatore statale, nel determinare i livelli essenziali delle prestazioni sanitarie o di assistenza sociale, ha spesso predisposto strumenti di coinvolgimento delle Regioni (nella forma dell'«intesa») a salvaguardia delle competenze di queste.

Nella specie, non è dubbio che la determinazione dell'ISEE, delle tipologie di prestazioni agevolate, delle soglie reddituali di accesso alle prestazioni e, quindi, dei LIVEAS incide in modo significativo sulla competenza residuale regionale in materia di «servizi sociali» e, almeno potenzialmente, sulle finanze della Regione, che sopporta l'onere economico di tali servizi. È, dunque, evidente che la suddetta determinazione dell'ISEE richiede la ricognizione delle

296/2012 e la sentenza 297/2012. Sembra invece di poter sostenere che le due sentenze definiscono profili diversi e concorrenti del problema della questione della determinazione del contributo familiare al mantenimento e alla cura di persone afflitte da grave non autosufficienza. Da un lato, la specificazione degli obblighi familiari derivanti dal principio di solidarietà; dall'altro, la partecipazione delle regioni alla determinazione della misura del contributo pubblico all'assolvimento di quegli stessi obblighi.

In secondo luogo, è possibile riscontrare, da sempre, una significativa tensione fra il pubblico e il privato individuabile anche nella problematica qualificazione giuridica delle istituzioni di settore, come richiamato da Corte cost. sent. 20 giugno 2012, n.161.

In considerazione della complessità del rapporto fra pubblico e privato, la Corte conclude affermando l'applicabilità dei limiti propri della finanza locale anche alle IPAB. Va segnalato, tuttavia, che l'intervento della Corte è scaturito dal conflitto sulla legittimità costituzionale di alcune disposizioni di una legge regionale (legge della Regione Abruzzo 24 giugno 2011, n. 17, che reca «*Riordino delle Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficienza (IPAB) e disciplina delle Aziende Pubbliche di Servizi alla Persona (ASP)*») che tentava di introdurre surrettiziamente un sistema di assunzioni senza concorso presso le IPAB con possibile assunzione da parte degli enti locali in caso di scioglimento delle stesse IPAB<sup>8</sup>.

#### La debolezza della monetizzazione e la struttura delle aspettative

Al di là della giurisprudenza che non prende in considerazione gli effetti finanziari del riconoscimento di pretese dipendenti da diritti sociali, è possibile riscontrare tentativi più articolati di costruire modelli di pretese rivolte a più attori, perseguendo l'ipotesi di una più razionale utilizzazione delle risorse pubbliche disponibili dai vari operatori istituzionali.

Allo stesso tempo, sono riscontrabili segnali di rimediazione della struttura dei diritti sociali che potrebbero determinare effetti rilevanti sia sul piano della razionalizzazione dei costi, sia sul piano dell'estensione delle tutele della persona a cui tende ciascun diritto.

Senza alcuna pretesa di esaustività e di completezza, si possono segnalare alcuni esempi utili per l'approfondimento e lo sviluppo del tema.

#### Istruzione

(Autore: Irene Mauro, dottoranda)

Il profilo della distribuzione delle competenze in vista di una più razionale utilizzazione delle risorse è stato sperimentato, anche se con poca fortuna, nella ricerca di soluzioni al problema della garanzia di sostegno agli alunni con disabilità beneficiari degli interventi previsti dalla l. 104 del 1992. L'irrigidimento della tutela e la configurazione come diritto soggettivo pieno del diritto all'istruzione hanno provocato una significativa presa di posizione del Consiglio di Stato (sez. VI

---

*situazioni locali e la valutazione di sostenibilità finanziaria, tramite acquisizione di dati di cui gli enti erogatori delle prestazioni dispongono in via prioritaria».*

*Ne consegue che è necessaria la leale collaborazione della Regione nell'attuazione della norma impugnata.*

<sup>8</sup>«*Sulla natura delle IPAB esiste in dottrina ed in giurisprudenza uno storico dibattito, via via alimentato e condizionato dalle modifiche normative succedutesi nella disciplina delle stesse. Anche questa Corte ha avuto modo di rilevare la peculiarità di detti enti (sentenza n. 173 del 1981) e del loro regime giuridico, caratterizzato dall'intrecciarsi «di una intensa disciplina pubblicistica con una notevole permanenza di elementi privatistici, il che conferisce ad esse una impronta assai peculiare rispetto ad altre istituzioni pubbliche» (sentenza n. 195 del 1987), giungendo ad affermare che «devesi convenire con quella dottrina che parla di una assoluta tipicità di questi particolari enti pubblici, in cui convivono forti poteri di vigilanza e tutela pubblica con un ruolo ineliminabile e spesso decisivo della volontà dei privati, siano essi i fondatori, gli amministratori o la base associativa» (sentenza n. 396 del 1988).*

*L'importanza rivestita in un lungo arco temporale da tali Istituzioni di natura pubblica, la rilevanza degli statuti e delle tavole di fondazione, peraltro notevolmente eterogenei, ed i poteri di vigilanza e di tutela pubblica inducono ad affermare un'indubbia peculiarità di questo genere di soggetti, non catalogabili in precise categorie di enti pubblici».*

Sentenza n. 2231 del 23 Marzo 2010, immediatamente successiva a Corte cost. n. 80 del 2010) con la quale si è precisato che, nel quadro degli interventi di sostegno dell'alunno diversamente abile, devono essere considerati anche gli altri strumenti (come il servizio socio-educativo degli enti locali) resi disponibili dall'intervento pubblico complessivo. L'indicazione del Consiglio di Stato, tuttavia, sembra non considerare che il quadro degli strumenti predisposti dalla l. 104 del 1992 non è dotato di sufficiente elasticità per sussidiare la limitazione dell'insegnamento di sostegno con altre forme di assistenza di tipo psicologico, igienico-sanitario, ecc.

D'altra parte, il legislatore si è attenuto pedissequamente alla dichiarazione di incostituzionalità parziale dell'art. 2, c. 413 e 414 della legge 24 dicembre 2007, n. 244. Con l'art. 9, c. 15 della legge 30 luglio 2010, n. 122 si è limitato a ripristinare la possibilità di deroghe ai limiti di assunzione di insegnanti di sostegno nei casi in cui non è possibile erogare la prestazione individualizzata nel rapporto 1/1 esclusivamente nelle situazioni di particolare gravità, di cui all'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104. Poiché è rimasto fermo il rapporto 1 a 2 fra insegnanti e alunni con diritto al sostegno previsto dalla legge del 2007, gli alunni con disabilità inferiore al 100% vedono diminuire la loro quota di insegnamento assistito.

Allo stesso tempo, la linea di comportamento dell'amministrazione scolastica, tendente anche ad evitare procedimenti di responsabilità patrimoniale, sembra essere quella di negare la deroga e di subire la condanna all'assunzione dell'insegnante di sostegno.

Come è stato segnalato dall'ISTAT «*Dalla rilevazione sulle scuole è emerso che una quota di famiglie ha ritenuto che l'assegnazione delle ore di sostegno non fosse idonea a soddisfare i bisogni di supporto dell'alunno. Più del 10% delle famiglie degli alunni della scuola primaria e il 7% di quelle della scuola secondaria di primo grado hanno presentato ricorso al Tribunale civile o al Tribunale Amministrativo Regionale (TAR), nel corso degli anni, per ottenere l'aumento delle ore*» (ISTAT, Anno scolastico 2013-2014, *L'integrazione degli alunni con disabilità nelle scuole primarie e secondarie di primo grado statali e non statali*).

L'atteggiamento diffuso dell'amministrazione scolastica ha determinato, come conseguenza, una diversa valutazione giudiziale del comportamento. Il quadro ricostruttivo della problematica, infatti, risulta significativamente integratoda Corte di cassazione, sezioni unite - sentenza 25 novembre 2014, n.25011, con la quale si afferma la devoluzione della giurisdizione al giudice ordinario dei conflitti scaturenti dalla mancata applicazione dei piani educativi individualizzati<sup>9</sup>.

La materia presenta specifiche difficoltà dovute anche alla rigidità delle previsioni attinenti all'utilizzazione dei docenti di sostegno e alla sostanziale separazione funzionale fra gli stessi e la restante parte del corpo docente. Alla linea di intervento giurisprudenziale (ormai consolidata) che riconosce pienezza di diritto all'aspettativa dell'alunno con difficoltà in ordine alla misura della prestazione, d'altra parte, si affianca una seconda linea che affronta il problema della struttura del processo pedagogico. In un crescente numero di casi, i giudici sono intervenuti ad affermare l'obbligo della scuola di definire piani personalizzati in presenza di BES (bisogni educativi speciali) individuabili sulla base del principio personalistico che conforma la scuola ai sensi della l. 53 del 2003. Per la stessa ragione, i giudici hanno annullato provvedimenti scolastici (bocciature ed anche valutazioni intermedie) che non fossero coerenti con i piani personalizzati (eventualmente redatti e non applicati).

---

<sup>9</sup> «Una volta che il piano educativo individualizzato, elaborato con il concorso determinante di insegnanti della scuola di accoglienza e di operatori della sanità pubblica, abbia prospettato il numero di ore necessarie per il sostegno scolastico dell'alunno che versa in situazione di handicap particolarmente grave, l'amministrazione scolastica è priva di un potere discrezionale, espressione di autonomia organizzativa e didattica, capace di rimodulare o di sacrificare in via autoritativa, in ragione della scarsità delle risorse disponibili per il servizio, la misura di quel supporto integrativo così come individuato dal piano, ma ha il dovere di assicurare l'assegnazione, in favore dell'alunno, del personale docente specializzato, anche ricorrendo - se del caso, là dove la specifica situazione di disabilità del bambino richieda interventi di sostegno continuativi e più intensi - all'attivazione di un posto di sostegno in deroga al rapporto insegnanti/alunni, per rendere possibile la fruizione effettiva del diritto, costituzionalmente protetto, dell'alunno disabile all'istruzione, all'integrazione sociale e alla crescita in un ambiente favorevole allo sviluppo della sua personalità e delle sue attitudini».

## Salute

(Autore: Maria Chiara Gagliano, *dottoranda*)

Nell'ambito del diritto alla salute si registrano evoluzioni ancor più significative di quelle del diritto all'istruzione. In questo caso, il legislatore è intervenuto con interventi strutturali, forse anche per le imponenti dimensioni degli effetti finanziari del riconoscimento della pienezza del diritto e dei conseguenti risarcimenti.

Un primo tentativo di inversione della tendenza è certamente rappresentato dalla legge 8 novembre 2012, n. 189 (cd. *Balduzzi*). Il nucleo essenziale della disciplina è costituito dal tentativo di ridefinire il regime del rischio sanitario. Da una parte si tenta di riorganizzare il sistema e di ridefinire le caratteristiche della prestazione professionale sanitaria, dall'altra si tenta di limitare (con la qualificazione legislativa) e di aggiornare (con l'assicurazione obbligatoria) i rischi della stessa attività professionale.

Il percorso di riforma continua con la Proposta di legge FUCCI: "*Delega al Governo per la modifica della disciplina in materia di responsabilità professionale del personale sanitario e per la riduzione del relativo contenzioso*" (A. C. 259 e abbinati), di recente approvata dalla Camera dei Deputati.

Il terreno è obiettivamente impervio e presenta ostacoli sociali e culturali, ancor prima che organizzativi e finanziari.

Dalla legge 22 dicembre 1888, n. 5849 (Crispi-Pagliani), passando per la legge sulle professioni sanitarie del 10 luglio 1910, n. 455, il diritto alla salute è stato tutelato con la regolazione della prestazione professionale sia sotto il profilo della specificità delle competenze richieste, sia sotto il profilo della differenziazione del regime di responsabilità ai sensi degli artt. 2230 c.c. e ss. La concezione giuridica della prestazione professionale sanitaria è stata poco sensibile all'evoluzione sociale della domanda di cure mediche e agli sviluppi tecnologici e organizzativi delle stesse cure.

La massificazione delle cure, che è effetto secondario della pubblicizzazione del sistema sanitario, e la concentrazione della maggioranza dei professionisti sanitari in strutture tecnologicamente iperqualificate (si pensi solo alla diagnostica per immagini, alla diagnostica di laboratorio, ai servizi di rianimazione, alla medicina interventistica) hanno inciso profondamente sulla struttura dell'attività professionale e sulla stessa possibilità di individualizzare le responsabilità all'interno della 'catena' diagnostico-terapeutica. Gli stessi 'saperi' del medico si sono articolati, scomposti, specializzati e standardizzati e sono sempre meno riconducibili alla concezione generalista del medico di inizio Novecento.

La giurisprudenza delle varie Corti affronta con difficoltà una materia complessa e carica di elementi simbolici non indifferenti.

Significativi interventi sono stati esperiti dalla Corte costituzionale nei confronti di leggi che avrebbero potuto incidere sul complesso e difficile rapporto fra autonomia professionale medica e diritto alla cura del paziente<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup>La pratica terapeutica si pone, come già si è accennato, all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, diritto questo che l'art. 32, secondo comma, secondo periodo, della Costituzione pone come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica. Questi diritti, e il confine fra i medesimi, devono sempre essere rispettati, e a presidiarne l'osservanza in concreto valgono gli ordinari rimedi apprestati dall'ordinamento, nonché i poteri di vigilanza sull'osservanza delle regole di deontologia professionale, attribuiti agli organi della professione.

Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua

Approfondimenti ancor più rilevanti sono contenuti nella prima giurisprudenza della Corte di Cassazione applicativa della "legge Balduzzi".

La linea interpretativa adottata dalla Corte di Cassazione (Sez. IV, sent. 16944 23 aprile 2015) è orientata a riconoscere la depenalizzazione della sola imperizia e non della negligenza e dell'imprudenza<sup>11</sup>.

---

*evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione. Autonomia del medico nelle sue scelte professionali e obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità, configurano dunque un altro punto di incrocio dei principi di questa materia.*

*A questi principi si riconduce anche il codice di deontologia medica (3 ottobre 1998), che l'organismo nazionale rappresentativo della professione medica si è dato come "corpus di regole di autodisciplina predeterminate dalla professione, vincolanti per gli iscritti all'Ordine che a quelle norme devono quindi adeguare la loro condotta professionale". Come afferma l'art. 12 (Prescrizione e trattamento terapeutico) di tale codice, "al medico è riconosciuta piena autonomia nella programmazione, nella scelta e nella applicazione di ogni presidio diagnostico e terapeutico (...), fatta salva la libertà del paziente di rifiutarle e di assumersi la responsabilità del rifiuto stesso"; ma "le prescrizioni e i trattamenti devono essere ispirati ad aggiornate e sperimentate acquisizioni scientifiche (...), sempre perseguendo il beneficio del paziente"; e "il medico è tenuto ad una adeguata conoscenza (...) delle caratteristiche di impiego dei mezzi terapeutici e deve adeguare, nell'interesse del paziente, le sue decisioni ai dati scientifici accreditati e alle evidenze metodologicamente fondate", mentre "sono vietate l'adozione e la diffusione di terapie e di presidi diagnostici non provati scientificamente o non supportati da adeguata sperimentazione e documentazione clinico-scientifica, nonché di terapie segrete".*

*5. - Tutto ciò non significa che al legislatore sia senz'altro preclusa ogni possibilità di intervenire. Così, ad esempio, sarebbe certamente possibile dettare regole legislative dirette a prescrivere procedure particolari per l'impiego di mezzi terapeutici "a rischio", onde meglio garantire - anche eventualmente con il concorso di una pluralità di professionisti - l'adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie. Ma un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l'"essenziale rilievo" che, a questi fini, rivestono "gli organi tecnico-scientifici" (cfr. sentenza n. 185 del 1998); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica.*

*A indirizzi e indicazioni di tal natura alludono del resto talune norme di legge che configurano in capo a organi statali compiti di "adozione di norme, linee guida e prescrizioni tecniche di natura igienico-sanitaria" (art. 114, comma 1, lettera b, del d.lgs. n. 112 del 1998; art. 47-ter, comma 1, lettera b, del d.lgs. n. 300 del 1999), o di "approvazione di manuali e istruzioni tecniche" (art. 114, comma 1, lettera d, del d.lgs. n. 112 del 1998), o di "indirizzi generali e coordinamento in materia di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione delle malattie umane" (art. 47-ter, comma 1, lettera a, del d.lgs. n. 300 del 1999): norme che, indipendentemente dall'attualità del riparto di funzioni che esse realizzavano nel quadro dell'assetto costituzionale dei rapporti fra Stato e Regioni precedente alla legge costituzionale n. 3 del 2001, concorrono tuttora a configurare i principi fondamentali della materia.*

*(Corte costituzionale sentenza n. 282 del 19 - 26 giugno 2002, nel giudizio di legittimità costituzionale della legge della Regione Marche 13 novembre 2001, n. 26, recante "Sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale e altri simili interventi di psichirurgia").*

<sup>11</sup>*L'articolo 3 della legge n. 189 del 2012, per come costruita e come interpretata già da questa Corte [cfr. Sezione IV, 24 gennaio 2013, Pagano], appare porre un limite alla possibilità per il giudice di sancire la responsabilità del medico che abbia rispettato le linee guida e le best practices: nel senso che potrebbe pur sempre essere riconosciuta la responsabilità penale del medico per omicidio e lesioni personali che si sia attenuto ad esse, ma ciò solo allorché invece avrebbe dovuto discostarsene in ragione della peculiare situazione clinica del malato e questo non abbia fatto per "colpa grave", quando cioè la necessità di discostarsi dalle linee guida era macroscopica, immediatamente riconoscibile da qualunque altro sanitario al posto dell'imputato.*

*E' noto che per aversi colpa grave occorre che il medico si sia altamente discostato dallo standard di agire dell'"agente modello", avendo attenzione alle peculiarità oggettive e soggettive del caso concreto.*

*Così, sotto il primo profilo, non si potrà mancare di valutare la complessità, l'oscurità del quadro patologico, la difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche, il grado di atipicità o novità della situazione data. Neppure si potrà trascurare la situazione nella quale il terapeuta si sia trovato ad operare: l'urgenza e l'assenza di presidi adeguati rendono infatti difficile anche ciò che astrattamente non è fuori dagli standard.*

*Così, sotto il profilo "soggettivo", per determinare la misura del rimprovero, bisognerà considerare le specifiche condizioni dell'agente, cosicché, sulla base del principio secondo cui tanto più è adeguato il soggetto all'osservanza*

D'altra parte, Cassazione civile, sez. VI 24 dicembre 2014, n. 27391 ribadisce quanto già affermato da Cass. Civ., Sez. VI, ordinanza 17 aprile 2014 n. 8940 (Pres. Finocchiaro, rel. Frasca)

*«L'articolo 3, comma 1, dell'Legge n. 189 del 2012, là dove omette di precisare in che termini si riferisca all'esercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso la responsabilità penale, comporta che la norma dell'inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 c.c., poiché' in legeaquilia et levissima culpa venit, vuole solo significare che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrelevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura. La norma, dunque, non induce il superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità da contatto e sue implicazioni».*

La posizione della Cassazione, tuttavia, non sembra essere seguita da buona parte della giurisprudenza di merito che legge nella norma della 'Balduzzi' un intervento innovativo orientato alla qualificazione extracontrattuale della responsabilità medica.

Lo stesso orientamento del dibattito parlamentare sulla proposta di legge 'Fucci' conferma che la volontà del legislatore della 'Balduzzi' è stata quella di configurare come extracontrattuale la responsabilità del medico operante nell'ambito di struttura sanitaria.

Questo quadro (a volte contraddittorio) è indicativo della difficoltà e della complessità della problematica e, soprattutto, segnala la necessità di intervenire sulla stessa struttura della prestazione oggetto del diritto alla salute.

Non è un caso, dunque, se la proposta di legge in discussione ancora una volta fa emergere gravi difficoltà nella definizione dell'atto medico che inducono ad evitare affermazioni impegnative.

#### *Assistenza sociale*

Anche nell'ambito dei servizi sociali si ripropone la stessa istanza generale di solidarietà che abbiamo immaginato possa modificare il regime dei diritti all'istruzione e alla salute. In particolare, si deve segnalare che la concezione dei diritti di assistenza come pretese di prestazioni nei confronti di pubbliche amministrazioni è il frutto di una lettura molto recente delle relazioni sociali, derivante dalle politiche pubbliche degli anni Settanta del secolo scorso.

La dinamica dei rapporti pubblico-privato di quel decennio deve essere attentamente analizzata per cogliere i condizionamenti profondi e reciproci fra i grandi processi riformatori venuti a maturazione. Da una parte, il decennio si aprì con la legge sul divorzio (Legge, 1° dicembre 1970 n° 898, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*) e registrò la riforma del diritto di famiglia (Legge 19 maggio 1975, n.151, *Riforma del diritto di famiglia*), la legalizzazione dell'aborto (Legge 22 maggio 1978, n. 194, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*), la legge sulla salute mentale (Legge 13 maggio 1978, n. 180, *Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*).

Dall'altra, lo stesso decennio registrò l'attuazione delle Regioni, il trasferimento delle competenze dallo Stato alle Regioni (D.P.R. 15 gennaio 1972, n. 8) e agli Enti locali (specie in materia di assistenza Decreto Presidente Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, *Attuazione della delega di cui all'art. 1 della L. 22 luglio 1975, n. 382*), la privatizzazione (auspicata) degli Enti pubblici (Legge 20 marzo 1975, n. 70, *Disposizioni sul riordinamento degli enti pubblici e del rapporto di lavoro del personale dipendente*), l'istituzione del SSN (Legge 23 dicembre 1978, n. 833, *Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale*).

---

*della regola tanto maggiore deve ritenersi il grado della colpa, l'inosservanza della norma terapeutica avrà un maggiore disvalore per un insigne specialista che per un comune medico generico.*

*In definitiva, potendosi configurare la "colpa grave" nel caso dell'errore inescusabile, che trova origine o nella mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione o nel difetto di quel minimo di abilità e perizia tecnica nell'uso dei mezzi manuali o strumentali adoperati nell'atto operatorio e che il medico deve essere sicuro di poter gestire correttamente o, infine, nella mancanza di prudenza o di diligenza, che non devono mai difettare in chi esercita la professione sanitaria.*

I profondi cambiamenti sociali dei decenni precedenti si tradussero in riforme strategiche. In particolare, nell'ambito delle concezioni della solidarietà, il modello basato sulla famiglia tradizionale e le sue reti registrava la crisi e veniva sussidiato dalla generalizzazione delle aspettative nei confronti degli operatori pubblici.

La logica operativa di uno Stato sociale in espansione entrò presto in crisi finanziaria (molto tempo prima della crisi attuale), tanto che nel 1984 l'accordo di San Valentino produsse il primo '*blocco della scala mobile*' e una forte limitazione simbolica del tradizionale strumento di tutela del potere d'acquisto dei salari<sup>12</sup>. La crisi finanziaria dello Stato, preconizzata da James O'Connor, anche se in una prospettiva politico-economica diversa, si stava delineando.

Ciononostante, il sistema dei servizi sociali si è sviluppato per più di due decenni con ampio ricorso al finanziamento pubblico. Nel 1987 si definì il percorso formativo dell'assistente sociale e nel 1993 venne istituito l'Ordine corrispondente (Legge 23 marzo 1993, n. 84, *Ordinamento della professione di assistente sociale e istituzione dell'albo professionale*) e suscitò qualche perplessità l'idea che la professione potesse esercitarsi anche in ambito privato.

È comprensibile, dunque, il disagio di quanti hanno reagito negativamente all'ipotesi che l'assistenza alle persone gravemente non autosufficienti potesse prevedere forme di compartecipazione dei familiari e di quanti 'obbligati per legge'.

L'analisi del regime dell'assistenza alle persone con grave disabilità consente di riflettere sulla rappresentazione del relativo diritto sociale e di mettere in evidenza i problemi di individuazione delle risorse necessarie.

Senza entrare nel merito della questione della natura sanitaria o assistenziale del ricovero delle persone affette da patologie particolarmente gravi (questione che potrebbe riproporsi per molte altre situazioni riconducibili a profili di rilievo sanitario come il morbo di Alzheimer), per le quali la giurisprudenza della Cassazione ha ritenuto che l'accertamento in fatto determini l'imputazione (o meno) della spesa al SSN, si deve segnalare il problema della configurabilità di obbligazioni dei familiari per la partecipazione alle spese di ricovero di anziano non autosufficiente in residenze assistite<sup>13</sup>.

L'aspettativa di molti familiari è quella dell'attribuzione al Comune dell'intera spesa assistenziale. A fronte di questa aspettativa si pone l'esigenza dei Comuni di distribuire, in qualche modo, gli oneri assistenziali.

Al di là della questione relativa ai profili di validità della normativa emanata dallo Stato, da alcune Regioni e da singoli Comuni, che è stata al centro di complesse vicende giudiziarie, emerge un confronto fra diversi modi di concepire i regimi di solidarietà e il conseguente sistema di doveri<sup>14</sup>.

Ad una concezione della solidarietà sussidiaria pubblica/privata si contrappone una concezione fondata sulla solidarietà pubblica e fiscalmente alimentata<sup>15</sup>.

La materia è oggettivamente complessa e registra la sovrapposizione di interventi legislativi e giudiziali su singoli segmenti, difficilmente riconducibili ad una visione lineare.

L'intervento del legislatore non segue una linea univoca e chiara, né sul piano dei contenuti, né sul piano del procedimento. Il provvedimento legislativo originario (...) prevedeva una specificazione della disciplina con successiva norma secondaria mai emanata. Un ulteriore provvedimento legislativo (...) emanato nella vigenza del nuovo testo del Titolo V della Costituzione non ha previsto l'adozione di procedure di leale collaborazione con le autonomie locali. Una sentenza della Corte costituzionale ha segnalato la necessità della leale collaborazione ed è rimasta sostanzialmente non ottemperata. Con un nuovo provvedimento legislativo si è autorizzata l'emanazione di un nuovo sistema di indicatori ISEE che ha le caratteristiche di una mappa di

---

<sup>12</sup> J. O'CONNOR, *La Crisi fiscale dello stato*, Einaudi, 1977

<sup>13</sup> Corte di Cassazione, sent. del 22.03.2012 n. 4558 Alzheimer.

<sup>14</sup> Consiglio di Stato (Sezione Quinta), Sentenza 16 marzo 2011, n. 1607.

<sup>15</sup> T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Seconda edizione, Giappichelli, 2014.

distribuzione delle responsabilità per la contribuzione alle spese di mantenimento in strutture assistenziali di anziani non autosufficienti.

A sua volta, la giurisprudenza ordinaria e amministrativa è stata caratterizzata da interventi su questioni particolari che non hanno individuato il modello essenziale di tutela delle aspettative, ma hanno segnalato le insufficienze della normativa.

Il punto delicato della questione consiste nella ‘novità’ della normativa che formula un modello di responsabilità per l’assistenza diverso da quello ricavabile dall’art. 433 cc. Il riferimento alla disposizione codicistica, tuttavia, viene utilizzato per individuare la rilevanza ai fini del calcolo della capacità economica dell’assistito di eventuali donazioni effettuate in periodo ‘critico’ a favore di appartenenti a tutte le categorie degli obbligati agli alimenti.

Da un lato si configura una lettura della capacità economica dell’assistito allargata fino alla capacità economica di alcune categorie di familiari, ma non estesa a tutti i potenziali obbligati ex art. 433 cc. Dall’altro si introduce un elemento di ‘sospetto’ sulle liberalità a favore di ‘obbligati per legge’, senza pervenire tuttavia al richiamo dell’art. 437 cc. sulla priorità dell’obbligo alimentare del donatario.

La complessità della materia e le incertezze legislative costituiscono certamente la misura della difficoltà di leggere con categorie univoche le dinamiche sociali. È sufficiente pensare alla formula di esonero dal computo ISEE dei redditi dei figli “*quando risulti accertata in sede giurisdizionale o dalla pubblica autorità competente in materia di servizi sociali la estraneità del figlio in termini di rapporti affettivi ed economici...*” e alle difficoltà interpretative che ne derivano per rendersi conto della gravità del problema.

Tutto questo, ovviamente, non consente di immaginare un’abrogazione del sistema di responsabilità scaturente dai doveri di diritto civile e, in particolare, non risolve il problema affrontato dalla giurisprudenza relativamente alla possibilità di escutere direttamente gli obbligati per legge da parte della pubblica amministrazione, né quello della legittimità dei patti contenuti nei cd. ‘contratti di ospitalità’<sup>16</sup>.

## Risorse monetarie e risorse non monetarie nella soddisfazione dei diritti: la scelta della solidarietà.

La (pur sommaria) ricostruzione dei processi di specificazione del regime dei diritti sociali consente di rileggere in tutta la loro portata innovativa le opportune considerazioni di A. Ruggeri sulla necessità di valorizzare la solidarietà. Nelle conclusioni su *Crisi economica e diritti sociali sotto stress: il punto su una ricerca*.

Innanzitutto non si può non condividere l’opinione che la crisi economica costituisca la spia di una generale crisi di sistema, che affonda le sue radici fino al piano etico, e che la strategia (non “difensivistica”) più adeguata a farvi fronte deve fondarsi su una teoria della Costituzione aperta al confronto paritario con le altre Carte, in applicazione del principio della massimizzazione della tutela.

La prospettiva che si apre consente di respingere l’ipotesi di una compressione dei diritti sociali come conseguenza dell’esiguità delle risorse. È possibile la ricerca di un diverso modo di operare più razionale e fruttuoso attraverso la redistribuzione delle competenze tra le sedi istituzionali e il recupero dell’autonomia regionale e locale in genere quale servizio reso ai diritti.

Emerge la preoccupazione di uno squilibrato bilanciamento ad opera della giurisprudenza costituzionale tra il principio del rispetto dei conti pubblici e le norme costituzionali che danno il

---

<sup>16</sup> R. PACIA, *Degli alimenti*, in Luigi Balestra, *Commentario del codice civile*, (Dir. E. Gabrielli), V. III, WoltersKluwer Italia, 2009, pp. 469 e ss. M. G. BREDI, *Aboliti in Piemonte i contratti di ospitalità per il ricovero presso le rsa sostituiti da un regolamento regionale*, in *Prospettive assistenziali*, n. 171, luglio-settembre 2010. Corte d’Appello di Firenze, sentenza n. 207 del 3 febbraio 2015.

riparto di materie e funzioni tra Stato e Regioni, ad esclusiva “copertura” delle invasioni di campo perpetrate dall’uno a detrimento delle altre, non già all’inverso.

In particolare viene paventato il rischio di una tendenza della Corte Costituzionale a svolgere ruoli impropri. Crisi economica, crisi dei diritti si potranno superare a mezzo di un complessivo, adeguato, riordino di tipo istituzionale, che ridia certezza, a un tempo, al diritto costituzionale e ai diritti nella Carta fondati.

La conclusione alla quale si perviene è rappresentata dal recupero del valore di sistema della Costituzione e delle tutele in essa contenute con il ricorso alla fondazione solidaristica.

La lettura proposta è assolutamente condivisibile, anzi dovrebbe essere estesa allo studio di tutti gli ambiti nei quali si affrontano i problemi della struttura dei diritti (‘sociali’ e non)<sup>17</sup>. La sfida che viene lanciata dalla Ricerca va ben oltre i confini tematici e disciplinari che gli Autori si erano imposti e dovrebbe stimolare una riflessione generale sul senso del riconoscimento dei diritti e sulla necessità di ripristinare gli equilibri (anche economici) tra diritti e doveri posti a fondamento della Costituzione.

---

<sup>17</sup>La Corte ha ripetutamente affermato che l’attribuzione allo Stato della competenza esclusiva e trasversale di cui all’art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., «si riferisce alla determinazione degli standard strutturali e qualitativi di prestazioni che, concernendo il soddisfacimento di diritti civili e sociali, devono essere garantiti, con carattere di generalità, a tutti gli aventi diritto», precisando che «questo titolo di legittimazione dell’intervento statale è invocabile in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisca il livello essenziale di erogazione» (ex plurimis, sentenze n. 203 del 2012, n. 322 del 2009, n. 168 e n. 50 del 2008).