

Cittadinanza, funzioni pubbliche, federalismo

La sofferta attuazione del federalismo fiscale italiano, nell'ottica comparatistica (Spagna e Germania)

di Silvio GAMBINO
(UniCal, 17 settembre 2008)

Sommario: 1. Diritti fondamentali e principio di eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo. – 1.1. Diritti sociali e Giudice costituzionale. – 1.2. Principio di uguaglianza e principio unitario secondo la Corte costituzionale italiana. – 2. Unità giuridica e diritti fondamentali: riflessioni sulle recenti revisioni costituzionali. – 2.1. Livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali; loro giustiziabilità. Il caso del diritto alla salute nella sua componente di diritto sociale. – 3. L'autonomia finanziaria delle autonomie territoriali. – 3.1. Alcune osservazioni sulle forme di attuazione dell'art. 119 Cost.: a proposito dello schema di disegno di legge in materia di federalismo fiscale. – 3.2. Regionalismi e diritti di cittadinanza. La riforma degli statuti in Spagna e in Italia. – 4. Stato regionale, Stato federale e *Welfare State*. – 4.1. Principio di uguaglianza e principio autonomistico: l'esperienza spagnola. – 4.2. Principio di eguaglianza e principio federale: l'esperienza tedesca.

1. Diritti fondamentali e principio di eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo.

Dalla Costituzione di Weimar (1919) in poi, nel costituzionalismo contemporaneo¹, si è affermata una nuova concezione del concetto di eguaglianza, che, da una parte, recupera la tradizione classica (che ritiene intollerabili le discriminazioni fondate sulle differenze di sesso, di religione e di razza), dall'altra, introduce elementi significativamente innovativi (assumendo come intollerabili le differenze che si fondano sul rapporto economico e sociale). Come è stato ben osservato, in tale ottica, l'uguaglianza fra i soggetti “è tale solo se comprende uguaglianza ed effettività dei diritti sociali”², costituendone questi ultimi la “dimensione principale”³. Unitamente a quelli classici di libertà, in tal modo, i diritti sociali vengono assunti come indefettibili condizioni costitutive del principio costituzionale di eguaglianza e del valore della persona (art. 2 Cost.) e, al contempo, come una vera e propria preconditione della democrazia⁴.

¹ Per una bibliografia essenziale sul punto, fra gli altri, cfr., almeno, S. Gambino (a cura di), *Regionalismo, federalismo, devolution. Competenze e diritti. Confronti europei (Spagna, Germania e Regno Unito)*, Milano, 2003; L. Ferrajoli, *Stato sociale e Stato di diritto*, in *Politica del diritto*, 1982, 1; S. Bonfiglio, “Lo Stato sociale in trasformazione: un problema attuale”, in *Il Politico*, 1993, 4; P.G. Grasso, “Stato di diritto e Stato sociale nell'attuale ordinamento italiano”, in *Il Politico*, 1961, 1; A. Cantaro e M. Degni (a cura di), *Il principio federativo. Federalismo e Stato sociale*, Molfetta, 1995; AA.VV. (I.S.R. - C.N.R.), *Regionalismo, federalismo e welfare state*, Milano, 1997; C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996; G. Corso, “I diritti sociali nella Costituzione italiana”, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1981; F. Modugno, “La tutela dei ‘nuovi diritti’”, in AA.VV., *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Milano 1991; M. Luciani, “Salute. I) Diritto alla salute - Dir. cost.”, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991; A. Baldassarre, “Diritti sociali”, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989; M. Luciani, “Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione”, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985; M. Luciani, “Sui diritti sociali”, in *Dem e dir.*, 1994, 4 e 1995, 1; A. Anzon, “L'altra ‘faccia’ del diritto alla salute”, in *Giur. cost.*, 1979; C. Marzuoli, “Note in tema di diritti sociali, privatizzazioni, tutela”, in AA.VV., *Contenuto della spesa pubblica ed efficienza dell'amministrazione nella crisi dello Stato sociale: il caso della sanità*, Pisa, 1997; AA.VV. (a cura di L. Chieffi), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova, 1999. Da ultimo, cfr. anche S. Gambino, “*Derechos sociales, Carta de los derechos fundamentales y integracion europea*”, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2008, n. 1.

² Cfr. R. Greco, “Diritti sociali, logiche di mercato e ruolo della Corte costituzionale”, in *Questioni Giustizia*, 1994, n. 2-3.

³ Cfr. A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova, 2002, secondo il quale “la logica dell'eguaglianza sostanziale non è soltanto quella della protezione delle debolezze sociali, ma quella dell'emancipazione e ‘mobilità’ sociale dei soggetti tutelati” (p. 10). Nello stesso senso anche G.U. Rescigno, “Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana” (Convegno AIC, Trieste, 17-19 dicembre 1998); A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999.

⁴ In tal senso, Piero Calamandrei sottolineava che “la democrazia disegnata dalla Costituzione era stata concepita non come una semplice democrazia politica, ma come una democrazia sociale, nella quale la libertà e l'eguaglianza politica, anziché essere semplicemente proclamate di diritto, dovevano essere attuate ‘di fatto’ mediante una già prevista trasformazione economica della società. La Costituzione insomma, aveva preso a fondamento il principio secondo il quale vera democrazia non può esistere, se alle proclamazioni giuridiche della libertà e dell'eguaglianza non si accompagna una effettiva perequazione economica della società, che valga a rendere profittevoli per tutti, e non soltanto per i ricchi, quelle proclamazioni” (“La Costituzione e le leggi per attuarla”, in AA.VV., *Dieci anni dopo, 1945-1955, Saggi sulla vita democratica italiana*, Roma-Bari, 1955, 219). Sull'apporto di Calamandrei al dibattito costituente, soprattutto in materia di diritti di libertà e di diritti sociali, cfr. anche A. Pace, “Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei”, in *Pol. del dir.*, 1988, n. 4; P. Barile, “La nascita della Costituzione: Piero Calamandrei e le libertà”, in AA.VV., *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Bologna, 1980; F. D'Alessio (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della ‘Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello stato (1945-1946)’*, Bologna, 1979, cui adde P. Calamandrei, “Costituente e questione sociale”, in *Il Ponte*, 1945, n.

Tale concetto di eguaglianza, che valorizza le differenze personali come un momento di ricchezza, ma rende intollerabili le differenze sul piano economico-sociale, costituisce il filo conduttore del costituzionalismo europeo del secondo dopo-guerra e di quello italiano in particolare⁵, sia nella parte relativa ai principi fondamentali della Costituzione sia nella positivizzazione delle nuove tutele che su tali principi si fondano, quelle che portano ad arricchire la tipologia dei diritti fondamentali accolti e protetti costituzionalmente (dalle classiche libertà negative, a quelle positive – i diritti sociali appunto – e a quelle politiche ed economiche)⁶.

A partire dall'affermazione costituzionale del principio di eguaglianza formale e sostanziale, i costituenti italiani (e, a seguire, la Corte e la dottrina costituzionale) hanno delineato i diritti sociali come un antecedente non discutibile, non legato a condizioni economiche e politiche, impegnando, in tal modo, i pubblici poteri, e innanzitutto il legislatore nazionale (e ora anche quelli regionali), a realizzare valori e principi che la Costituzione assume come indefettibili⁷.

La differenza fra le classiche libertà dello Stato liberale e i nuovi diritti resi possibili dall'intervento dei pubblici poteri⁸ viene essenzialmente colta nella considerazione secondo cui, mentre i primi tutelano una sfera dell'individuo nella quale egli può operare liberamente, i secondi – i diritti sociali – mirano a ottenere l'intervento delle autorità pubbliche “per soddisfare a talune esigenze essenziali dei cittadini”⁹, trovando, quindi, la propria giustificazione teorica nel “diverso concetto di liberazione da determinate forme di privazione”¹⁰, e avendo come scopo la realizzazione della eguaglianza “o più precisamente una sintesi fra libertà ed eguaglianza; in una parola, della libertà eguale”¹¹.

Dei diritti sociali la dottrina costituzionalistica ha parlato inizialmente come di norme dirette a destinatari speciali, in particolare di diritti *condizionati* o *imperfetti*, in quanto fondati su norme che presuppongono l'esercizio di una discrezionalità legislativa, benché altra autorevole dottrina abbia colto, fin da subito, come tale discrezionalità del legislatore concerna non tanto il *se* e il *quid* – cioè il contenuto sostanziale del diritto – bensì solo il *quando* e il *quomodo* e comunque, come bene osservava Mortati, “non in modo tale da comprimere il contenuto minimo necessario a non rendere illusoria la soddisfazione dell'interesse protetto”¹².

Sulla base di tale primo approccio dottrinario che valorizza il profilo programmatico delle disposizioni costituzionali in materia di diritti sociali e la natura, più che costituzionale, ‘legale’ che li regola, la dottrina costituzionale italiana, a partire dagli anni '70, ha proposto letture e tipologie più

5, p. 368 ss e in Id., *Opere giuridiche*, Napoli, 1968; M. Luciani (a cura di), *La democrazia alla fine del secolo*, Roma-Bari, 1994; G.U. Rescigno, “Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana” (Convegno A.I.C., Trieste, 17-19 dicembre 1998) (*paper*); G.U. Rescigno, “Principio di sussidiarietà e diritti sociali”, in *Dir. pubbl.*, 2002; P. Scoppola, “La Costituzione italiana tra democrazia e diritti sociali”, in G. Neppi Modona (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Torino, 1997.

⁵ Fra gli altri, cfr. anche S. Gambino, “La protección de los derechos fundamentales: el parámetro de los principios y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, comunitaria y del tribunal europeo de los derechos del ombre”, in *Revista de derecho const. europeo*, 2007, n. 8, nonché “Diritti sociali, Carta dei diritti fondamentali e integrazione europea”, in *La cittadinanza europea*, 2008, n. 1.

⁶ Nell'ampia bibliografia, sul punto cfr., almeno, A. Cerri, “Uguaglianza (principio costituzionale di)”, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, nonché AA.VV. (Atti Convegno in ricordo di Livio Paladin, Padova 2 aprile 2001), *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, 2002; A. Di Giovine - M. Dogliani, “Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?”, in *Questione Giustizia*, 1993; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002; B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, 2002; C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000. Per una rielaborazione, più di recente, della classificazione dei diritti sociali cfr. E. Cheli, “Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana”, in *Scritti in onore di L. Mengoni. Le ragioni del diritto*, Milano, 1995.

⁷ Sul tema, nella letteratura spagnola, cfr., in particolare, J.L. Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988; C. De Cabo, *Contra el consenso. Estudios sobre el constitucionalismo de la crisis del Estado social*, Bogotá, 2006; V. Abramovich, C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles. Derecho al trabajo, salud, vivienda, educación y seguridad social*, Madrid, 2006; T.V. Giménez, *La exigibilidad de los derechos sociales*, Madrid, 2006; G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Madrid, 2007.

⁸ Cfr. L. Principato, “I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali”, in *Giur. cost.*, 2001, II, pp. 890-891).

⁹ Cfr. M. Mazziotti, “Diritti sociali”, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964, p. 805; M.S. Giannini, “Stato sociale: una nozione inutile”, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977; S. Lener, *Lo Stato sociale contemporaneo. Lineamenti di dottrina generale*, Roma, 1966 e G. Cicala, *Diritti sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano*, Napoli, 1965.

¹⁰ Cfr. A. Baldassarre, “Diritti sociali”, in *Enciclopedia Giuridica*, p. 6.

¹¹ Cfr. A. Baldassarre, “Diritti sociali”, in *Enciclopedia Giuridica*, p. 6.

¹² Cfr. C. Mortati “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, in *Foro italiano*, 1970.

articolate, tra cui rileva, in particolare, quella che distingue fra diritti sociali ‘condizionati’ (artt. 38; 34; 32; 38, III co.; 46) e diritti sociali ‘incondizionati’ (artt. 36, I, II e III commi; 32, II co.; 37; 29; 30; 4). I primi presuppongono un intervento del legislatore, del potere politico, sul *quando* e sul *quomodo* ma – come si è già sottolineato – non sull’*an*; gli altri, invece, hanno una struttura e una natura tale per cui non occorrono ulteriori interventi per realizzarli.

Il catalogo dei diritti sociali, a sua volta, ha una sua inusuale ampiezza e sistematicità e la relativa tutela è quella propria dei diritti costituzionali e non di quelli ‘legali’, benché deve sottolinearsi che le forme giurisdizionali della relativa tutela non sono quelle apprestate ai diritti soggettivi (con la forza propria della tutela risarcitoria nei confronti di atti lesivi degli stessi) ma quella degli interessi legittimi, dal momento che fra il relativo esercizio e la previsione legale opera un *facere* amministrativo, che coinvolge la pubblica amministrazione con la relativa supremazia speciale¹³.

Pur in assenza di una clausola generale sullo Stato sociale (come nell’art. 20 della LFB e nell’art. 1 della Costituzione spagnola), la Costituzione italiana appare ricca di disposizioni costituzionali che toccano la materia dei diritti sociali anche se si ha l’impressione “che la categoria del diritto sociale sia inadeguata ad esprimere la ricchezza delle indicazioni fornite dai titolo I e II della Costituzione”¹⁴ relativamente ai rapporti etico-sociali e ai rapporti economici.

Unitamente al principio dell’eguaglianza sostanziale, è il principio personalista (art. 2 Cost.) a porsi, nella Costituzione italiana, come concetto unificante dei classici diritti di libertà e di quelli sociali, per assicurare pienamente le stesse libertà classiche. E così, come osserva G. Corso, i diritti sociali, “nati, in Italia, come diritti dei pochi e dei molti ma non come diritti di tutti”¹⁵, in quanto posti a superamento delle condizioni di diseguaglianza che incidono sulla stessa pienezza del principio personalista, diventano, soprattutto, a partire dagli anni ’60-’70 – in un contesto sociale caratterizzato dalla crescita economica – diritti di tutti, con l’universalizzazione dei servizi di protezione sociale¹⁶.

Tuttavia, se dalla definizione teorico-costituzionale dello Stato sociale e più in particolare dall’inquadramento dei diritti sociali come diritti inviolabili del soggetto¹⁷ passiamo a verificare il grado di effettività degli stessi, è giocoforza constatare lo stridente contrasto tra la loro costruzione come diritti universali e assoluti e il relativo, palesemente inadeguato, grado di effettività¹⁸. Diverse sono le opinioni offerte per argomentare una simile situazione; esse vanno dai condizionamenti economici a quelli politici, dalle capacità del sistema giudiziario a quelle del sistema politico. In ogni caso, costituisce un dato fattuale l’evidente contraddizione esistente tra l’assolutezza e l’universalità dell’enunciato costituzionale e il basso livello di effettività di tali diritti.

L’argomento centrale, tuttavia, che tutti in qualche modo riassume è dato dal fatto che i diritti sociali (soprattutto: istruzione, salute, previdenza) ‘costano’ e lo Stato conosce seri problemi di fiscalità, che in alcune realtà territoriali si propongono perfino come esplicita ‘ribellione fiscale’¹⁹. La

¹³ Cfr. A. Pace, “La garanzia dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici ‘comuni’”, in AA.VV., *Scritti in onore di P. Barile. Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Padova, 1993; Id., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, 2003, III ed., p. 140 ss.

¹⁴ Cfr. G. Corso, “I diritti sociali ... cit.,” p. 757.

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ Sul punto cfr. almeno U. Allegretti, “Globalizzazione e sovranità nazionale”, in *Democrazia e diritto*, 1998; G. Zagrebelsky, “I diritti fondamentali oggi”, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1992, 1; L. Carlassare, “Forma di Stato e diritti fondamentali”, in *Quaderni costituzionali*, 1995,

¹⁷ Cfr. J. Iliopoulos Strangas (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l’Union européenne*, Athènes-Bruxelles-Baden-Baden, 2000; F.-F. Flauss, J.F. Flauss (dir.), *Droits sociaux et droit européen. Bilan et perspectives de la protection normative*, Bruxelles, 2002; AA.VV., *La protection des droits sociaux fondamentaux en Europe par la Charte sociale européenne*, Strasbourg, 2001; B. Veneziani, “Nel nome di Erasmo di Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell’ordinamento comunitario”, in *Riv. giur. lav. e previd. sociale*, 2000; S. Sciarra, “La costituzionalizzazione dell’Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law”, IWP (Università di Catania), 2003, n. 16; R. Greco, “Il modello sociale della Carta di Nizza”, in G. Bronzini – V. Piccone (a cura di), *La Carta e le Corti*, Taranto, 2007; C. Di Turi, “La protezione dei diritti sociali fondamentali a livello internazionale ed europeo”, in S. Gambino (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002; S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell’integrazione europea*, Bologna, 2003; S. Giubboni, “I diritti sociali fondamentali nell’ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza”, in *Il diritto dell’U.E.*, 2003, nn. 2-3; C. Salazar, “I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell’U.E.: un ‘viaggio al termine della notte’?”, in G. Ferrari (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001; G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell’U.E.*, Roma-Bari, 2003; G. Bronzini, “Il modello sociale europeo”, in F. Bassanini – G. Tiberi, *Le nuove istituzioni europee. Commento al nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2008.

¹⁸ Così anche T. Martines, *Diritto costituzionale*, VI ed., Milano, 1990, p. 680.

¹⁹ Cfr. fra gli altri, sul punto, AA.VV. (a cura di A. Badassare e A. Cervati), *Critica dello Stato sociale*, Bari, 1982.

questione del costo dei diritti sociali costituisce, così, un punto di vista privilegiato per uno studio sulla struttura stessa di tali diritti. La risposta che ne dà il diritto ma soprattutto la giurisprudenza costituzionale, tuttavia, porta ad osservare come il costo dei diritti sociali non è tale da poter incidere sulla struttura di diritti costituzionalmente garantiti. La più autorevole dottrina, in tale ottica, ha bene sottolineato come il costo dei diritti costituisca un falso problema dal momento che esso è un elemento intrinseco a tutti i diritti costituzionali, anche ai diritti classici di libertà. Come bene osserva G. Lombardi, infatti, "... non sono le caratteristiche strutturali a separare i diritti di libertà dai diritti sociali ma sono le modalità di tutela a rendere diversi i meccanismi di garanzia ... entrambi sono diritti individuali (come entrambi possono essere, a seconda dei rapporti, diritti collettivi), e tanto agli uni quanto agli altri può riconoscersi una portata che non tocca solo i rapporti con l'ente pubblico ma si individua anche a livello di rapporti interprivati"²⁰.

1.1. Diritti sociali e Giudice costituzionale.

Il tema dei diritti sociali, nel dibattito dottrinario italiano che precede la revisione del Titolo V della Costituzione, così, si limita soprattutto alle funzioni svolte in tema di garanzia e di effettività degli stessi da parte del giudice ordinario e soprattutto da parte di quello costituzionale.

Nella nuova stagione di dibattito e di analisi scientifica, l'analisi dovrà incentrarsi sulle problematiche costituzionali poste dall'attuazione del nuovo ordinamento ('neoregionale' con tensione fattualmente federalistica)²¹, con particolare riferimento ai contenuti delle novellate disposizioni di cui agli artt. 114, 116, 117, 118 e 119 Cost. e di una loro interpretazione che assicuri il rispetto dei principi fondamentali della Costituzione (con particolare riferimento al principio di eguaglianza e a quello personalista-solidarista)²².

L'intervento del Giudice costituzionale nella materia dei diritti sociali è stato richiesto prevalentemente con riferimento alla violazione del principio di eguaglianza²³ e anche in presenza di comportamenti omissivi da parte del legislatore. Dopo un'iniziale prudenza, l'orientamento del Giudice costituzionale²⁴ si è affermato nel senso di riconoscere rango pienamente costituzionale di diritti costituzionali ai diritti sociali, ponendo una serie di criteri guida a cui lo stesso Giudice costituzionale conforma la propria azione; essi vanno dal riconoscimento di un principio di gradualità delle riforme legislative relative ai diritti di prestazione²⁵, a un principio di costituzionalità provvisoria di una data disciplina²⁶, a un principio di attuazione parziale incostituzionale di un diritto sociale²⁷, alla necessità di apprezzamento, infine, dei limiti finanziari posti dal bilancio e dalla necessaria

²⁰ Cfr. G. Lombardi, "Diritti di libertà e diritti sociali", in *Pol. del dir.*, 1999, 1, p. 13.

²¹ Sul punto, cfr. anche S. Gambino, "Normazione regionale e locale e tutela dei diritti fondamentali (fra riforme costituzionali, sussidiarietà e diritti fondamentali)", in A. Ruggeri, L. D'Andrea, A. Saitta, G. Sorrenti (a cura di), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2007.

²² Cfr. anche i nostri "Cittadinanza e diritti sociali fra neoregionalismo e integrazione comunitaria", in *Quaderni costituzionali*, 2003, n. 1; "Federalismo e diritti (forma di Stato e diritti fondamentali)", in V. Piergigli (a cura di), *Federalismo e devolution*, Milano, 2005; "Multilevel constitutionalism e diritti fondamentali", in DPCE, 2008, n. 2.

²³ Basandosi sulla banca dati della Corte costituzionale, M. Ainis ("I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale", *Pol. del dir.*, 1991, n. 1), richiama le sole sei sentenze di accoglimento fondate sul parametro dell'art. 3, II co., Cost.: sentt. n. 290 del 1974 (sullo sciopero politico), n. 193 del 1976 (sul diritto alla casa dei cittadini bisognosi); n. 215 del 1987 (sul diritto all'effettività dell'istruzione per i portatori di handicap); n. 364 del 1988 (sulla scusabilità della *ignorantia juris* per gli incolti); n. 243 del 1990 (sulla previdenza dei liberi professionisti); n. 184 del 1993 (sulla esenzione del ticket sanitario). Come bene osserva Ainis, "il principio di eguaglianza sostanziale, alla prova dei fatti, non ha determinato effetti demolitori sul diritto positivo ... sia come sia, rimane l'impressione che l'art. 3 secondo comma, anche nelle rare ipotesi in cui conduce all'accoglimento della questione di costituzionalità, sia citato dalla Corte perché fa da sfondo ad altre norme costituzionali, che poi rappresentano l'autentica chiave di volta della decisione; come peraltro accade pure in Germania, quanto ai principi dello Stato sociale. E a sua volta questo dato testimonia nel modo più probante di come il tribunale costituzionale sia (e si senta) estraneo al circuito d'azione del principio di eguaglianza sostanziale" (pp. 46-47).

²⁴ Per un'ampia e organica trattazione della materia cfr. C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996.

²⁵ Corte cost., sentt. n. 173 del 1986 e n. 205 del 1995.

²⁶ Corte cost., sent. n. 826 del 1988.

²⁷ Corte cost., sent. n. 215 del 1987.

considerazione della discrezionalità del legislatore circa la definizione del *quantum* delle prestazioni sociali che la Corte deve comunque valutare secondo un necessario parametro di *ragionevolezza*²⁸.

Come si può osservare, lo sforzo della Corte costituzionale nel dare effettività ai diritti sociali, pur accompagnandosi con il riconoscimento della necessaria gradualità delle scelte legislative²⁹, porta ad assicurarne l'effettività, riconoscendoli come 'diritti perfetti' e assicurandone una protezione immediata pur in quelle ipotesi in cui difettesse ancora un intervento protettivo del legislatore.

Lo strumento elettivo da parte del Giudice costituzionale per assicurare tale effettività è dato dal ricorso a tipologie innovative di sentenze costituzionali, come, in particolare, le sentenze c.d. 'additive (di prestazione e di principio)', mediante le quali, pur in assenza di una disciplina legislativa specifica, il Giudice delle leggi assicura protezione a taluni diritti sociali, come è avvenuto in particolare in materia di assistenza e di previdenza sociale, allorché la Corte ha applicato più volte l'art. 38 Cost. nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di quelle leggi che precludevano in modo ingiustificato l'estensione a tutte le categorie di soggetti la possibilità di avvalersi dei servizi previdenziali e assistenziali riconosciuti dal legislatore solo a limitate categorie di soggetti³⁰.

Per il Giudice delle leggi, dunque, anche i diritti sociali, e *a fortiori* quelli 'a prestazione positiva legislativamente condizionati', assurgono, al pari degli altri diritti fondamentali, al rango di "diritti inviolabili e irrinunciabili della persona, in quanto espressione di valori o principi costituzionali supremi". È il caso appunto della tutela della salute³¹, del diritto alla casa³², del diritto al lavoro³³. In breve, l'indagine della giurisprudenza della Corte costituzionale evidenzia come ai diritti sociali venga assicurata una protezione costituzionale pienamente comparabile a quella assicurata agli altri diritti fondamentali. In quanto tali, dunque, anche i diritti sociali sono irrinunciabili, inalienabili, indisponibili, intrasmissibili, inviolabili.

Ciò non toglie, tuttavia, che l'immediata operatività di tali diritti, come diritti dei soggetti a prestazioni pubbliche – anche di quelli che richiedono "prestazioni positive per l'ottenimento delle quali occorrono leggi e concreti istituti amministrativi che le rendano applicabili" – possa e debba "essere accertata caso per caso, senza confondere ciò che è possibile in virtù della sola efficacia normativa della Costituzione con ciò che è storicamente possibile"³⁴, a seguito di leggi o regolamenti che abbiano assicurato una data disciplina della materia.

La tecnica del 'bilanciamento' fra gli interessi protetti costituzionalmente – fra cui rileva lo stesso limite dell'equilibrio finanziario sancito nell'art. 81 Cost. – cui la Corte ricorre per assicurare una simile effettività dei diritti sociali non è scevra da incertezze ed equivocità, risentendo delle condizioni politico-economiche del momento. Come si fa ben osservare in dottrina, quando è applicata ai diritti fondamentali e più in generale al diritto costituzionale, "tale tecnica rischia di compromettere ogni significato della Costituzione: in termini di prevalenza gerarchica del sistema delle fonti, in termini di decisione o accordo fondamentale politico-istituzionale, in termini di garanzia stabile per gli individui e sotto ogni profilo legato ad un ordinamento sociale che si è dotato di una legge fondamentale scritta"³⁵.

Le conclusioni che si possono trarre da una simile ricostruzione delle tecniche utilizzate e dell'evoluzione seguita dalla Corte costituzionale nell'assicurare effettività ai diritti sociali portano a osservare come l'utilizzazione da parte della stessa di una serie di criteri guida sia tale da rendere in qualche modo mutevole e instabile il grado di effettività assicurato a tali diritti. Le tecniche di

²⁸ Corte cost., sentt. n. 180 del 1982 e n. 455 del 1990 (in tema di prestazioni sanitarie).

²⁹ Corte cost., sent. n. 374 del 1988. Su cui si vedano le convincenti sottolineature critiche di R. Bin (*op. cit.*, p. 110) quando, valutando l'ambito di discrezionalità disponibile in capo al legislatore nella materia della estensione dell'assistenza scolastica, osserva come quella stessa graduazione delle prestazioni che risulta pienamente conforme alle esigenze di politica generale e dei connessi impegni finanziari dello Stato diverrebbe "assolutamente aberrante se si ammettesse che di un simile margine di discrezionalità politica il legislatore possa usufruire nel determinare i contenuti dei diritti costituzionali".

³⁰ Corte cost., sent. n. 240 del 1994 (in materia di trattamento pensionistico).

³¹ Corte cost., sentt. n. 1011 del 1998, n. 294 e n. 184 del 1986 e n. 88 del 1979.

³² Corte cost., sentt. n. 19 del 1994, n. 404 e n. 217 del 1988.

³³ Corte cost., sentt. n. 108 del 1994 e n. 232 del 1989. Cfr. F. Modugno, *I 'nuovi diritti' nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

³⁴ Cfr. A. Pace, *op. cit.*, p. 61 ss.

³⁵ Cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1992.

bilanciamento fra interessi egualmente meritevoli di tutela portano, infatti, il Giudice costituzionale a operare una comparazione continua fra diversi principi e valori costituzionali e ciò sulla base dell'assunto che il principio della ponderazione o del bilanciamento fra beni costituzionali rappresenta il parametro in base al quale devono essere determinati i limiti e il contenuto dei diritti fondamentali e tramite il quale vengono risolti i conflitti che possono insorgere tra beni costituzionalmente contigui. Una prospettiva – quest'ultima – che porta a cogliere la Corte costituzionale come legislatore 'positivo', le cui ambiguità tuttora preoccupano la più attenta dottrina costituzionale, quando si interroga sul *quis custodiet custodes*.

Qualche ultima considerazione pare opportuna prima di concludere sul punto. Ci si deve chiedere, in tal senso, se a fronte dell'evoluzione registrata dallo Stato contemporaneo, con le molte crisi che lo riguardano, la ricostruzione dottrina e giurisprudenziale in materia di tutela dei diritti sociali – sia pure misurata e 'mite'³⁶ – sia capace di assicurare una irreversibilità allo statuto costituzionale di tali diritti o se, come assume una parte del pensiero politologico, non bisogna piuttosto pensare a tali diritti come delle mere 'opportunità' esercitabili in condizioni di compatibilità con le esigenze del sistema economico e fiscale³⁷.

Alla questione della 'reversibilità' dello Stato sociale si è risposto, fin qui, in modo differenziato, anche in ragione dei diversi approcci culturali e scientifici della questione. In un atteggiamento ottimista, da parte di alcuni (soprattutto giudici e dottrina costituzionale) si assegna alla Corte costituzionale la funzione di presidio contro ogni arretramento dello Stato sociale verso forme tradizionali di tipo liberali, sottolineandosi che "spetta alla Corte ribadire che non tutto può essere regolato dal mercato e che affermare un diritto sociale come diritto fondamentale della persona è cosa diversa dall'affermare il diritto del singolo ad acquistare sul mercato, secondo le proprie possibilità, quote di prestazioni sociali (salute, istruzione, pensioni, ecc.) ... giacché questa specie di *welfare* individuale, proposto come conquista di libertà, si trasformerebbe inevitabilmente in una sorta di 'democrazia censitaria'³⁸.

A tale orientamento, che è, nel fondo, ottimistico sulle *chances* e sulle prospettive future dello Stato sociale, si obietta – con atteggiamento cui non manca né realismo né pessimismo – che "è difficile negare, almeno sul piano teorico, che le critiche più serie rivolte contro lo Stato sociale sono motivate proprio dalla sua incapacità di produrre eguaglianza nonostante l'eccezionale volume di risorse che formalmente destina a questo fine"³⁹.

A tale affermazione si ricollega un convincimento secondo cui, a partire dalla considerazione per cui "i diritti sociali, così come sono stati concepiti e si sono affermati entro il *Welfare State* keynesiano e beveridgeano, debbono essere piuttosto qualificati come delle *conditional opportunities*"⁴⁰, si oppone la necessità di un più corretto inquadramento teorico dei diritti sociali che deve portare a prendere atto come solo "un 'reddito di cittadinanza' corrisposto a tutti i cittadini indipendentemente dalle condizioni economiche e dalla occupazione potrebbe avvicinarsi alla figura del diritto sociale in senso più rigoroso, per quanto alcuni autori segnalino i latenti rischi assistenzialistici e paternalistici di questo istituto e altri ne mettano in dubbio l'efficacia redistributiva"⁴¹.

A fronte di tale degradazione pessimistica dei diritti sociali all'ottica della mera natura di 'servizi sociali' discrezionalmente offerti dal sistema politico per esigenze d'integrazione, si replica correttamente che, pur a fronte della perfettibilità delle tecniche di garanzia dei diritti sociali, non può disconoscersi correttamente il loro riconoscimento come diritti⁴².

Il tema dell'effettività dei diritti, così, ritorna ad essere consegnato – nella necessaria considerazione della 'mitezza' del diritto – a quegli attori istituzionali cui, in assenza o a fronte delle

³⁶ Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

³⁷ AA.VV. (a cura di D. Zolo), *La cittadinanza*, Bari, 1994.

³⁸ Cfr. R. Greco, "Diritti sociali ... *cit.* p. 276.

³⁹ Cfr. AA.VV. (a cura di D. Zolo), *La cittadinanza*, Bari, 1994, p. 29 ss.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 29.

⁴¹ *Ibidem*, p. 31.

⁴² Cfr. L. Ferrajoli, "Dai diritti del cittadino ai diritti della persona", in AA.VV. (a cura di D. Zolo), *La cittadinanza ... cit.*, p. 279.

inadempienze o violazioni da parte del legislatore ordinario (e regionale), si assegna la responsabilità di far vivere la Costituzione e con essa i principi che la innervano, dei quali i diritti sociali costituiscono appunto una delle più significative modalità di perseguimento del progetto costituzionale dell'eguagliamento dei soggetti e della tutela della persona e della sua dignità.

Rimane indubbiamente aperta la questione sul carattere universale o meno dei diritti sociali; una questione che, indubbiamente, occorre riprendere (come faremo in seguito) con particolare riferimento alla questione della distribuzione territoriale delle competenze e delle eventuali violazioni del principio di eguaglianza.

1.2. Principio di uguaglianza e principio unitario nella giurisprudenza costituzionale.

Il tema su cui occorrerà ora soffermarsi riguarda i rapporti esistenti fra modelli di decentramento politico e principi fondamentali posti a base degli Stati costituzionali contemporanei. Il profilo che risulterà maggiormente illuminato da tale indagine appare quello relativo ai rapporti fra decentramento politico-istituzionale e problematiche costituzionali poste dalla compatibilità dell'esercizio dei poteri pubblici ai diversi livelli territoriali con i principi costituzionalmente posti a fondamento dello Stato costituzionale contemporaneo, nel loro porre il principio di eguaglianza formale e sostanziale (art. 3, commi I e II, Cost.) e il principio personalista (art. 2 Cost.) come fondamentali per l'intero ordinamento (la Repubblica), estendendosi come limite, nella relativa estrinsecazione dei poteri, alle autonomie territoriali.

Altri punti di vista sono egualmente meritevoli di considerazione nell'affrontare il binomio diritti sociali e regionalismo/federalismo. Uno è dato da quello che porta ad interrogarsi, nell'ottica dei diritti sociali e della loro effettività, se la forma federale dello Stato come modello di organizzazione territoriale dei poteri appaia maggiormente stabile, efficiente e solida nella relativa protezione. Nell'ottica dell'evoluzione del costituzionalismo contemporaneo, in tal senso, può affermarsi che lo Stato sociale, il *Welfare State*, ha registrato nel principio unitario e in quello dell'accentramento dei poteri una migliore garanzia della stabilità e della universalizzazione delle prestazioni sociali (soprattutto nelle materie/funzioni pubbliche della salute, dell'istruzione, della previdenza e dell'assistenza).

Rispetto a tale quadro evolutivo, una parte della dottrina costituzionale esprime preoccupazione, se non vero e proprio scetticismo, circa la tesi di una presunta maggiore adeguatezza del modello federale dello Stato a salvaguardare il *Welfare State*. Meno dubbi si pongono, invece, quando la questione concerne più direttamente la soluzione federalistica come spinta alla razionalizzazione e alla modernizzazione amministrativa e, più in generale, come modalità tecnica di avvicinamento della funzione pubblica ai suoi destinatari, nell'ottica propria del principio di sussidiarietà.

L'analisi delle relazioni esistenti fra forma di Stato (regionale e/o federale) e diritti sociali, così, rileva soprattutto per le problematiche costituzionali relative all'eguaglianza delle condizioni di vita dei cittadini, che concretizzano lo 'statuto della cittadinanza' (unitaria e/o federale nonché sociale), secondo una formula di origine anglosassone accolta ormai nella stessa ricerca costituzionale.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale del Paese conferma pienamente tale assunto⁴³. L'indirizzo della Consulta è chiaro, risalente e stabile nel tempo. Già a partire dai primi anni Settanta (pronunciandosi sulla legittimità costituzionale di una legge della Regione Sicilia), la Corte costituzionale aveva avuto modo di sancire che "il principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. consente al legislatore ordinario di dettare norme differenziate per disciplinare situazioni ritenute obiettivamente e ragionevolmente diverse"⁴⁴. Tale giurisprudenza viene estesa dal Giudice delle leggi

⁴³ Fra le sentenze più significative in tal senso si possono ricordare, almeno: n. 11 del 1969; n. 2 del 1972; n. 243 del 1974; n. 243 del 1985; n. 192 del 1987; n. 31 del 1983; n. 219 del 1984; n. 114 del 1985; n. 165 del 1986; n. 210 e n. 433 del 1987; n. 532, n. 633, n. 1000, n. 1133 del 1988; n. 234, n. 447, n. 623, n. 829, n. 924, n. 1066 del 1988; n. 372 del 1989; n. 49 del 1991; n. 75 del 1992; n. 3 del 1991. In dottrina, cfr., almeno, S. Bartole, "In tema di rapporti fra legislazione regionale e principio di eguaglianza", in *Giurisprudenza costituzionale*, 1967, p. 670; A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976, p. 67; F. Sorrentino, "Considerazioni su riserva di legge, principio di eguaglianza ed autonomia regionale nella giurisprudenza costituzionale", in AA.VV. (a cura di M. Occhiocupo), *La Corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978; A. D'Atena, "Regioni, eguaglianza e coerenza dell'ordinamento", in *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, I, p. 1255; S. Bartole, "In tema di rapporti fra legislazione regionale e principio costituzionale di eguaglianza", in *Giur. cost.*, 1967, p. 669; L. Paladin, "Un caso estremo di applicazione del principio di eguaglianza", in *Giur. cost.*, 1965, p. 620; A. Reposo, "Eguaglianza costituzionale e persone giuridiche", in *Riv. trim. di dir. pub.*, 1973, p. 360.

⁴⁴ Corte cost., sent. n. 57 del 1967.

per affermare la riferibilità del principio di eguaglianza anche ad associazioni, gruppi e persone giuridiche. In questa direzione, la Corte costituzionale estende l'applicazione del principio di uguaglianza anche alla normativa statale concernente le Regioni, ritenendo censurabili in tal modo leggi che, senza base costituzionale, introducano differenze fra Regioni e Regioni⁴⁵.

L'eguaglianza, naturalmente, può convivere con forme di organizzazione statale che prevedano asimmetrie e differenziazioni nelle forme di distribuzione territoriale delle competenze purché siano fatti salvi i principi costituzionali e le disposizioni costituzionali in materia di diritti.

È appunto il caso della previsione costituzionale, in Italia, accanto alle Regioni a statuto ordinario, di Regioni a statuto speciale, il cui statuto, come si ricorda, è approvato con legge costituzionale, nonché di una ulteriore differenziazione in ragione della previsione del novellato art. 116 Cost. Ciò pone, anche per l'Italia, la centrale questione del divieto di ogni discriminazione fra soggetti in ragione della loro appartenenza territoriale, a cui fa da *pendant* garantistico, come si ricorderà, la disposizione costituzionale posta a tutela delle minoranze linguistiche (art. 6 Cost.).

Una (non più) recente sentenza della Corte costituzionale⁴⁶ può utilmente richiamarsi a sostegno dell'orientamento relativo ai rapporti fra gli ambiti delle competenze materiali assegnate alle Regioni e l'intervento pubblico in campo economico, finalizzato ad assicurare (nel caso di specie mediante 'azioni positive' destinate a favorire l'imprenditoria femminile) l'effettività di un principio costituzionale di uguaglianza sostanziale, quale quello stabilito dall'art. 3, II co., Cost., consistente appunto nel superamento della discriminazione fattuale in ragione della condizione sessuale.

Tale orientamento giurisprudenziale pare particolarmente illuminante ai fini della presente analisi, relativamente al ruolo dello Stato e delle Regioni in tema di effettività dei diritti. Per il Giudice delle leggi, nessun dubbio deve esistere circa la conformità a Costituzione della legge n. 215 del 1992, di disciplina delle "Azioni positive per l'imprenditoria femminile", contenendosi in tale legge una illegittimità nella sola parte in cui essa "non prevede un meccanismo di cooperazione fra Stato, Regione e Provincia Autonoma in relazione all'esercizio del potere del Ministro della Industria, Commercio e Artigianato, concernente la concessione delle agevolazioni alle imprese condotte da donne", allorché queste ultime operino nell'ambito dei settori materiali affidati alle competenze delle Regioni e delle Province autonome. Una sentenza, come si vede, d'illegittimità costituzionale parziale della legge, nella quale, tuttavia, la Corte ha modo di riaffermare, in sede di motivazione, l'orientamento a sostegno della indefettibile funzione "della Repubblica" a tutela dei soggetti deboli, individuata, nella fattispecie, nella disciplina di 'azioni positive' dirette a superare il rischio che "diversità di carattere naturale o biologico si trasformino arbitrariamente in discriminazioni di destino sociale". A tal fine, l'adozione di un trattamento di favore nei confronti delle donne (imprenditrici) viene argomentata dalla Corte sulla base della ragionevolezza della scelta legislativa a favore di soggetti – le donne – che hanno subito in passato discriminazioni di ordine sociale e culturale e sono tuttora soggette al pericolo (non astratto) di analoghe discriminazioni. Come argomenta la Corte – con piena consequenzialità giuridico-costituzionale – si tratta, più precisamente, "di interventi di carattere positivo diretti a colmare o comunque ad attenuare un evidente squilibrio a sfavore delle donne, che a causa di discriminazioni accumulate nel corso della storia passata, per il dominio di determinati comportamenti sociali e modelli culturali, ha portato a favorire le persone di sesso maschile nell'occupazione delle posizioni di imprenditore o di dirigente di azienda"⁴⁷.

La questione che è oggetto della nostra analisi viene esplicitamente affrontata e risolta dal Giudice delle leggi quando, nella sentenza in esame, sottolinea come l'esercizio del potere statale di concedere agevolazioni alle imprese a prevalente conduzione femminile trova la sua giustificazione nella "necessità di assicurare condizioni di uniformità su tutto il territorio nazionale"⁴⁸ in ordine all'attuazione di un valore costituzionale primario, come la realizzazione della eguaglianza effettiva delle donne e degli uomini nel campo dell'imprenditoria.

Trattandosi di misure ('azioni positive') dirette a superare condizioni di diseguaglianza fra soggetti (discriminazioni in ragione del sesso), esse "comportano l'adozione di discipline giuridiche

⁴⁵ Corte cost., sent. n. 87 del 1992.

⁴⁶ Corte cost., sent. n. 109 del 1993.

⁴⁷ Corte cost., sent. n. 109 del 1993.

⁴⁸ Corsivo nostro.

differenziate a favore delle categorie sociali svantaggiate, anche in deroga al generale principio di parità formale di trattamento, stabilito nell'art. 3 Cost.". Tali differenziazioni esigono che *"la loro attuazione non possa subire difformità o deroghe in relazione alle diverse aree geografiche e politiche del paese"*⁴⁹. Infatti, se ne fosse messa in pericolo l'applicazione uniforme su tutto il territorio nazionale, il rischio che le 'azioni positive' si trasformino in fattori aggiuntivi di disparità di trattamento non più giustificate dall'imperativo costituzionale di riequilibrare posizioni di svantaggio sociale legate alla condizione personale dell'essere donna risulterebbe di tutta evidenza.

In rapporto al principio di eguaglianza e a quello di autonomia, l'indirizzo giurisprudenziale appena richiamato relativamente alle c.d. azioni positive conferma un orientamento costante nel quale la Corte esclude o limita le competenze regionali (sia delle Regioni a statuto ordinario che di quelle a statuto speciale)⁵⁰ ogni qualvolta queste vengano ad incidere su interessi o diritti fondamentali⁵¹.

La tecnica giurisdizionale seguita è quella propria delle sentenze c.d. additive 'di principio' nei giudizi in via principale. Secondo tale indirizzo giurisprudenziale, l'attuazione di valori costituzionali primari, come, nella fattispecie richiamata, la "pari dignità sociale", compete allo Stato, ancorché il suo concreto esercizio – soprattutto con riferimento alle Regioni speciali –, interferendo con lo svolgimento delle competenze regionali, deve coniugarsi con adeguati strumenti di collaborazione fra autorità statali e autorità regionali.

Ciò costituisce una conferma di quanto già si è osservato in precedenza, quando si è posta la questione di chi sia, nello 'Stato regionale', il garante dell'effettività dei diritti sociali. Problemi costituzionali omologhi si pongono anche in un modello di Stato federale o di Stato a regionalismo forte, come quello attualmente previsto dal testo di revisione del Tit. V Cost.

Ancora una volta, così, è il Giudice delle leggi a essere chiamato a far valere, nella dinamica delle competenze, l'effettività di valori e di beni costituzionalmente protetti, comprimendo l'autonomia politica delle Regioni (ordinarie ma anche speciali) ogniqualvolta il legislatore nazionale, nell'esercizio del suo potere e delle sue responsabilità, attui forme di tutela destinate ad assicurare l'eguaglianza e la pari dignità dei soggetti su tutto il territorio.

Si potrebbe discutere dell'adeguatezza dello strumento utilizzato (sentenza additiva di principio), in quanto, come è stato già ben sottolineato, la stessa "rimarrebbe priva di efficacia immediata e resterebbe rivolta esclusivamente al legislatore"⁵², ma ciò che maggiormente ora interessa sottolineare è che tale orientamento giurisprudenziale risolve in modo chiaro e definitivo – nella stessa prospettiva *de jure condendo* – la questione della titolarità delle competenze statali in uno Stato sociale istituzionalmente decentrato, che è tutt'uno con lo Stato democratico, nel quale, come si è potuto vedere, le forme di distribuzione territoriale del potere conoscono il limite inderogabile del rispetto dei principi e della garanzia dei diritti fondamentali.

2. Unità giuridica e diritti fondamentali: riflessioni sulle recenti revisioni costituzionali.

Rispetto alle molte questioni sollevate dalle recenti revisioni costituzionali in materia regionale, tuttavia, il tema della riflessione si limiterà ora ad affrontare il solo profilo dei rapporti fra le nuove competenze attribuite alle Regioni e le garanzie dei diritti di cittadinanza, a prescindere dai territori regionali di appartenenza dei cittadini.

Rispetto a tali rapporti, l'analisi riguarderà la stessa questione delle modalità previste per assicurare alle Regioni le risorse necessarie all'esercizio delle competenze loro riconosciute dalla riforma, sguarnite da norme costituzionali di garanzia almeno relativamente ai contenuti essenziali della perequazione finanziaria⁵³. Una perequazione che, se individuata nella forma della sola redistribuzione compensativa, non sarà garante dell'esigibilità dei livelli essenziali delle prestazioni afferenti la sanità,

⁴⁹ Corsivo nostro.

⁵⁰ Corte cost., sent. n. 40 del 1993.

⁵¹ Cfr. sent. C.C. n. 40 del 1993 sul rapporto fra azioni positive e principio di eguaglianza. Sul tema, in generale, cfr. anche G. Grottanelli de' Santi, "Perequazione, eguaglianza e principi dell'ordinamento", in *Giur. cost.*, 1978, p. 710.

⁵² Cfr. A. Anzon, "L'additiva 'di principio' nei giudizi in via principale" e M. Ainis, "L'eccezione e la sua regola", ambedue in *Giur. Cost.*, 1993.

⁵³ Cfr. E. Jorio, *Attuazione del federalismo fiscale per regioni, enti locali, sanità*, Rimini, 2007.

il sociale, la scuola e il trasporto pubblico locale. Una garanzia – quest’ultima – pretesa dalla Costituzione (117, c. 2, lettera *m*; 119, c. 3), che sia sinonimo di certezza di erogazione in favore della collettività. Il tutto attraverso un percorso di solidarietà interterritoriale, condizionato al conseguimento degli obiettivi di risanamento prestazionale e di rilancio dei “territori (regioni) con minore capacità fiscale per abitante”, beneficiari dell’intervento redistributivo.

Il profilo centrale del tema in considerazione a noi pare quello che porta a interrogarsi sulla nuova allocazione territoriale delle competenze, per come disegnata dalla riforma costituzionale, rispetto alla garanzia del principio di eguaglianza fra i cittadini e con esso della garanzia dei diritti di cittadinanza (unitaria e sociale), posti a fondamento della vigente forma di Stato e in particolare del diritto alla salute, del diritto alla istruzione e del diritto all’assistenza sociale. Senza trascurare, inoltre, che il mandato costituzionale cui sono chiamate le Regioni dalla novella costituzionale non si limita alla sola garanzia delle prestazioni amministrative relative all’esercizio effettivo dei diritti sociali, estendendosi anche ai livelli essenziali in materia di diritti civili (quelli, naturalmente, che si ricollegano alle funzioni pubbliche attribuite alle regioni e che, pertanto, devono trovare integrale finanziamento sia con risorse proprie sia con l’accesso al fondo perequativo).

Quale considerazione s’impone per inquadrare meglio tale centrale profilo. Diversamente da quanto previsto nel previgente ordinamento regionale, il nuovo Titolo V della Costituzione introduce un rapporto esplicito e diretto fra ‘nuovo’ regionalismo e novellate modalità di disciplina dei diritti sociali e civili⁵⁴. Rispetto al testo precedente, la nuova formulazione dell’art. 117 Cost. prevede (e consente) ambiti competenziali in materie che hanno riflessi (non scevri di problematicità interpretative) sui diritti fondamentali, sia sociali che civili.

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

Nell’assegnare alla legislazione esclusiva dello Stato la ‘materia’ (– che, non di rado, a ben vedere, costituisce una funzione⁵⁵ –) della “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”, la novellata disposizione costituzionale (art. 117, II co., lettera *m*) si prefigge di assicurare la garanzia del principio di eguaglianza di fronte alla legge – che deve intendersi, soprattutto, come eguaglianza di fronte alla Costituzione – “su tutto il territorio nazionale”⁵⁶.

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

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

⁵⁴ Cfr. G.U. Rescigno, “Sussidiarietà orizzontale e diritti sociali”, in *Diritto Pubblico*, 2002, n. 1; A. Ruggeri, “Neoregionalismo e tecniche di regolazione dei diritti sociali”, in *Diritto e Società*, 2001; S. Gambino, “Normazione regionale e locale e tutela dei diritti fondamentali (fra riforme costituzionali, sussidiarietà e diritti fondamentali)”, in A. Ruggeri, L. D’Andrea, A. Saitta, G. Sorrenti (a cura di), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2007.

⁵⁵ Come ha già ricordato la Corte cost. in più sentenze, fra cui, in particolare, sentt. n. 282/2002, n. 407/2002, n. 510/2002, n. 88/2003, n. 303/2003.

⁵⁶ Sul tema, nell’ampia bibliografia, cfr. almeno S. Gambino (a cura di), *Diritto regionale e degli enti locali*, Milano, 2003 p. 83 ss.; E. Balboni, “Livelli essenziali: il nuovo nome dell’eguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere”, in AA.VV., *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Milano, 2003; M. Luciani, “I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell’art. 117, comma 2, lett. *m*) della Costituzione”, in *Politica del diritto*, 2002; C. Pinelli, “Sui ‘livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali’ (art. 117, co. 2, lett. *m*, Cost.)”, in *Diritto Pubblico*, 2002; G. Rossi, A. Benedetti, “La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2002, Supplemento al n. 1; M. Belletti, “I ‘livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ...’ alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile”, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2003, nn. 3-4; A. D’Aloia, “Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni”, in *Le Regioni*, 2003; F. Pizzolato, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Milano, 2004; G. Cocco, “I livelli essenziali delle prestazioni”, in L. Chieffi - G. Clementi Di San Luca (a cura di), *Regione ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisione*, Torino, 2005; G. Guiglia, *I livelli essenziali delle prestazioni alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell’evoluzione interpretativa*, Padova, 2007.

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

Mentre rispetto alla prima situazione potevano risultare bastevoli le previsioni costituzionali di divieto di discriminazione fra i soggetti (art. 3, I co., Cost.), al contrario, le eventuali disequaglianze interterritoriali sarebbero risultate senza copertura costituzionale; ciò soprattutto ove si consideri la realtà socio-politica del Paese, tuttora caratterizzata da una persistente 'questione meridionale', da intendersi come (forte) divario socio-economico fra Nord e Sud del Paese.

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

Tuttavia, se alle possibili lesioni del principio di eguaglianza interpersonale e interterritoriale (anche in ragione delle previsioni di cui al novellato art. 116 Cost.) il legislatore di revisione costituzionale ha posto rimedio con le disposizioni di cui alla lettera *m* dell'art. 117, II co., Cost., deve sottolinearsi come nella stessa ottica garantistica (della cittadinanza 'unitaria' e 'sociale') operi l'intero sistema dei 'principi fondamentali' (e fra questi in particolare il principio personalistico e solidaristico, di cui all'art. 2 Cost.) e delle disposizioni costituzionali in materia di diritti fondamentali, in quanto 'patrimonio costituzionale' indisponibile alla stessa revisione costituzionale, in ragione del suo costituire "principio supremo" dell'ordinamento costituzionale, secondo una chiara definizione del Giudice costituzionale⁵⁷.

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

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

Se ne può concludere che, se pure la previsione di cui all'art. 117 Cost., II co., lettera *m*, in via di principio, poteva non apparire strettamente necessaria ai fini della tutela dei diritti fondamentali costituzionali (– nel novellato ordinamento regionale e locale, infatti, come si è già ricordato, trovano piena applicazione i principi fondamentali posti a tutela dell'unità e dell'indivisibilità della Repubblica e le relative garanzie costituzionali –), tale disposizione costituzionale trova la sua motivazione (contingente e potremmo perfino dire 'pedagogica') nell'esigenza (eminentemente garantistica) di rendere esplicito che il quadro costituzionale dei principi fondamentali non ha registrato modifiche sostanziali. In tale ottica, l'ordinamento costituzionale registra i soli limiti – ormai pienamente costituzionalizzati nell'art. 117, I co., Cost. – posti dal rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Tanto brevemente richiamato, può ora sottolinearsi come le questioni interpretative sollevate dal novellato testo costituzionale (art. 117, II co., lettera *m*, Cost.) concernono non tanto la *ratio* della richiamata disposizione quanto piuttosto i relativi contenuti materiali, e quindi la tipologia dei diritti

⁵⁷ Sui limiti materiali alla revisione costituzionale, nell'ampia bibliografia, cfr. anche S. Gambino, "La revisione della Costituzione fra teoria costituzionale e tentativi (falliti) di decostituzionalizzazione. Limiti sostanziali e Costituzione materiale", in S. Gambino – G. D'Ignazio, *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 2007.

civili e sociali (categoria – quest’ultima – per la prima volta entrata nella Carta costituzionale), “che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” nei livelli essenziali delle relative prestazioni.

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

Nel suo fondarsi su una divaricazione ‘innaturale’ tra materie (e potestà/funzioni), da un lato, e interessi, dall’altro, il riparto operato dal legislatore di revisione costituzionale è apparso complesso, talora confuso e perfino (forse) “ingenuo” nella sua “pretesa” di fermare il moto irreversibile degli interessi a base dell’ordinamento.

Ancora una volta, così, saranno lo sforzo dell’interprete e soprattutto il Giudice delle leggi a (dover) comporre in un quadro di compatibilità costituzionali le opzioni differenziate (nel tempo e nello spazio) del legislatore statale e di quello regionale. Fondamentale ai fini di tale ricomposizione (dottrina e giurisprudenziale) risulterà la previsione di cui alla lettera *m* dell’art. 117, II co., Cost. e la lettura che ne farà il Giudice delle leggi, come sta fin qui già facendo.

L’interpretazione dottrina dei contenuti materiali dell’art. 117 Cost. in materia di diritti (civili e sociali), tuttavia, rinvia a letture fra loro notevolmente differenziate, a seconda che prevalga o meno un orientamento (culturale e istituzionale) di discontinuità rispetto alla disciplina previgente.

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

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

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

Dunque, pur potendo, la riforma costituzionale, apparire come operante nel segno della (sostanziale) continuità, l’angolo di osservazione dei diritti civili e sociali dischiude un quadro ordinamentale autonomistico valorizzato nell’ambito dei suoi poteri e fra questi – diversamente da quanto era previsto nel previgente ordinamento – da ambiti normativi che si estendono alla stessa materia dei diritti civili e sociali.

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

È però da dirsi che in dottrina sono state proposte altre e divergenti interpretazioni. In una prima, l’essenzialità di cui alla lettera *m* viene interpretata come ‘contenuto minimo’ delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali. A conforto di una tale lettura viene invocato l’approccio comparatistico e quello comunitario nel quale si rinviene, come clausola generale, quella del ‘contenuto minimo essenziale’ dei diritti fondamentali⁵⁸.

⁵⁸ È il caso, ad es., dell’art. 19 della LFB, dell’art. 53.1 della Costituzione spagnola, dell’art. 18.3 della Costituzione portoghese, dell’art. 52.1 della Carta europea dei diritti fondamentali.

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

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

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

Con ciò si conferma una possibile e convincente lettura di un non scomparso 'interesse nazionale', da ritenersi, pertanto, come vero e proprio titolo abilitativo statale a intervenire su tutte le materie (riallocate, ai sensi dell'art. 117 Cost.), come ora è sottolineato in una recente, importante quanto discussa, pronuncia del Giudice delle leggi in materia di 'governo del territorio'⁵⁹. Certo, non siamo in presenza della stessa nozione di 'interesse nazionale' di cui al previgente ordinamento regionale, in quanto l'interesse 'nazionale' di cui ora si tratta è l'interesse tipizzato nelle relative fattispecie, anche se queste ultime, a loro volta, meritevoli di interpretazione.

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

Possiamo concludere, così, sottolineando come il rischio di uno "scivolamento verso il basso" dei contenuti della nuova disciplina delle prestazioni essenziali in materia di diritti civili e sociali, e con esso di un difficile limite da opporre all'"arbitrio delle maggioranze" (parlamentari e regionali) nel tempo, dovrebbe ritenersi scongiurato. Ciò può e deve farsi attingendo alle più avanzate (e motivate) interpretazioni della Costituzione, *magis ut valeat*, nonché alla stessa giurisprudenza costituzionale che, nelle tecniche giurisdizionali fin qui utilizzate, ha saputo dare prova di equilibrio (ma anche di prudenza) nel bilanciamento dei beni costituzionali di volta in volta coinvolti nel processo costituzionale, comprensivo sia della necessaria gradualità nell'attuazione legislativa, sia dello stesso rispetto della discrezionalità del legislatore.

D'altronde, non poteva essere altrimenti in uno Stato che è caratterizzato da una Costituzione rigida, nel quale la materia dei 'contenuti essenziali' dei diritti fondamentali (ascrivibili sia allo *status passivus* che a quello *activus*, per utilizzare risalenti categorie dogmatiche della dottrina tedesca) si ricollega in modo stretto e indissolubile a quella dei "principi supremi" e dei "diritti inviolabili dell'uomo", come la giurisprudenza⁶⁰ e la dottrina costituzionale concordemente assumono quando richiamano la sottrazione della relativa disciplina costituzionale allo stesso potere di revisione costituzionale.

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

La questione, al contrario, resta posta con riferimento alla delicata e complessa questione dell'individuazione del 'contenuto essenziale' dei diritti sociali, per la cui esistenza giuridica si

⁵⁹ Corte cost., sent. n. 303/2003.

⁶⁰ Soprattutto, ma non solo, nella sent. della Corte cost. n. 1146/1988.

richiede come condizione necessaria l'*interpositio legislatoris*, nonché l'adozione di misure organizzative necessarie alla relativa implementazione amministrativa.

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

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

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

2.1. Livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali; loro giustiziabilità. Il caso del diritto alla salute nella sua componente di diritto sociale.

Per concludere l'analisi delle problematiche di ordine costituzionale presenti nell'attuale dibattito, a mo' di mera esemplificazione, può risultare utile proporre qualche riflessione in tema di garanzie giurisdizionali assicurate e di effettività dei diritti sociali. A tal fine, analizzeremo il diritto alla salute quale esempio ideal-tipico di un diritto sociale, nel caso specifico definito come tale dalla stessa previsione costituzionale. Lo analizzeremo, sia pure in estrema sintesi, sotto il profilo della giustiziabilità della pretesa garantita, sia come diritto soggettivo perfetto sia come interesse legittimo, categorie normative – queste ultime – ambedue riguardate, alla luce degli artt. 32 e 117 Cost., dalla tematica in discussione sotto il profilo dell'effettività della tutela giudiziaria (cui ora l'ordinamento è/sarà chiamato anche dai 'nuovi' trattati dell'U.E.)⁶¹.

Rispetto alla previgente disciplina legislativa in materia sanitaria, oggetto di un processo importante di riforma nel corso degli anni '90⁶², la costituzionalizzazione dei 'livelli essenziali delle prestazioni' costituisce una importante evoluzione di fondo nell'ordinamento salutare⁶³, che per i suoi destinatari si qualifica con la previsione di situazioni giuridiche protette con il rango proprio dei diritti soggettivi perfetti. Se, infatti, non leggiamo in modo errato l'evoluzione ordinamentale registrata in materia alla luce della novella costituzionale, in altri termini, in futuro, non resiederà spazio per una considerazione della natura del diritto alla salute come 'diritto finanziariamente condizionato', come la Corte costituzionale sanciva ancora quando affermava che "in considerazione della limitatezza delle risorse, non potrebbe consentirsi a un impiego di risorse illimitato avendo riguardo solo ai bisogni; è viceversa la spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie"⁶⁴. Invero, tale giurisprudenza, nel fondo, era stata già modificata in una serie di importanti pronunce degli anni '90⁶⁵ e in una sentenza più recente⁶⁶, nella quale il Giudice delle leggi sottolineava che "il bilanciamento fra

⁶¹ Sul punto, fra gli altri, cfr. anche S. Gambino, *Diritti fondamentali e Unione Europea*, 2008 (in corso di stampa).

⁶² Cfr. E. Jorio, *Diritto sanitario*, Milano, 2006, nonché *Il Welfare assistenziale*, in www.officinegiuridiche.it.

⁶³ Cfr. B. Pezzini, "Diritto alla salute e diritto all'assistenza tra tensione all'uniformità e logiche di differenziazione", in R. Balduzzi, G. Di Gaspare (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Milano, 2002; S. Gambino, "Regioni e diritti fondamentali. La riforma costituzionale italiana nell'ottica comparatistica", in S. Gambino (a cura di), *Regionalismo, federalismo, devolution*, Milano, Giuffrè, 2003; S. Gambino, "Federalismo e salute", in federalismi.it (n. 4/2005); L. Chieffi (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio*, Torino, 2003; R. Balduzzi, "La creazione di nuovi modelli sanitari regionali e il ruolo della Conferenza Stato-Regioni (con una digressione sull'attuazione concreta del principio di sussidiarietà orizzontale)", in *Quaderni regionali*, 2004, 1; A. Aronica e C. De Vincenti, *La Sanità nella transizione al federalismo*, Roma, 1/2003; E. Menichetti, "La tutela della salute nella riforma della riforma del Titolo V della Costituzione: una *devolution* mitigata?", in www.amministrazioneincammino.luiss.it; L. Castelli, P. Gambale, E. Menichetti e M. Procaccini, "Il nuovo *Welfare state* dopo la riforma del Titolo V. Sanità e assistenza a confronto", in www.amministrazioneincammino.luiss.it; L. Vandelli, *Devolution e altre storie*, Bologna, 2003; E. Jorio, "Riforma del welfare, *devolution* e federalismo della salute", in *Sanità Pubblica*, 2002, n. 5.

⁶⁴ Corte cost., sent. n. 356 del 1992.

⁶⁵ Corte cost., sentt. nn. 247/1992; 267/1998; 309/1999.

⁶⁶ Corte cost., sent. n. 509/2000.

valori costituzionali e commisurazione degli obiettivi determinati dalle risorse esistenti *non può intaccare il nucleo irrinunciabile del diritto alla salute protetto costituzionalmente come valore inviolabile della dignità umana*⁶⁷.

A tale giurisprudenza la Corte era pervenuta con riferimento al sindacato di costituzionalità di specifiche questioni poste, da ultimo, dalla disciplina positiva accolta nel vigente testo del d.lgs n. 502 del 1992, e in particolare dalla determinazione da parte di quest'ultimo dei nuovi *standard* prestazionali, con correlativo abbandono del previgente modello universalistico in favore di uno 'universalistico selettivo', chiamato a conformarsi alle risorse disponibili, da una parte, e a ispirarsi ai nuovi criteri dei LEP (*rectius*, LEA e LIVEAS), per come imposti dalla necessità, dall'efficacia clinica e dalla appropriatezza d'uso degli interventi sanitari previsti ed erogati⁶⁸.

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

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

Ora, mentre nel sistema legislativo previgente alla riforma costituzionale il riferimento ai livelli di tutela poteva indubbiamente intendersi "al minimo"⁶⁹, con la costituzionalizzazione dei 'livelli essenziali delle prestazioni' si è conferito alla legge dello Stato la competenza esclusiva per la loro individuazione e per la relativa garanzia, anche a protezione della eguaglianza, personale e interterritoriale, dei soggetti. Con essi si costituzionalizza, in tal modo, e per la prima volta in modo formale, lo stesso *status* costituzionale dei diritti sociali, che fin qui costituiva una mera qualificazione dottrinaia⁷⁰.

Naturalmente, un simile quadro normativo non può che comportare conseguenze positive in capo al soggetto interessato all'esercizio del diritto alla salute, e ciò sia in termini di riconoscimento positivo del diritto in considerazione sia in termini di effettività della tutela giurisdizionale apprestata. Quest'ultima include ormai la stessa tutela risarcitoria e inibitoria, propria dei diritti soggettivi perfetti, in presenza di danni causati da illegittimo esercizio della funzione pubblica⁷¹.

Quanto poi al contenuto materiale della pretesa giuridica azionabile giurisdizionalmente, la richiamata disposizione costituzionale in materia di livelli essenziali di prestazioni assicura piena copertura costituzionale alla stessa censura d'illegittimità in caso d'inerzia degli enti tenuti a organizzare ed erogare i servizi sanitari (come anche quelli socio-assistenziali). Già in passato, la Corte⁷² aveva censurato la legislazione regionale che escludeva il diritto del cittadino al rimborso delle spese sanitarie sostenute all'estero pure in assenza di una previa richiesta⁷³, oppure fruite presso una struttura privata convenzionata/accreditata o anche il ricorso a forme di assistenza indiretta⁷⁴, ogni

⁶⁷ Corsivo nostro.

⁶⁸ Nella lettura che qui si vuole proporre, dunque, ci si chiede se la novellata disciplina costituzionale non sia da esaminare anche con riferimento alla giustiziabilità di eventuali comportamenti omissivi delle amministrazioni sanitarie in quanto "enti obbligati ad offrire i servizi nelle aree comprese nei livelli essenziali", ponendo espressamente, in tal modo, la questione dell'impatto delle organizzazioni pubbliche sulla effettività dei diritti. E, prima ancora, ci si chiede se il rispetto dei 'livelli essenziali' non debba cogliersi come un vincolo organizzativo all'interno del quale soltanto può legittimamente esercitarsi l'autonomia funzionale delle organizzazioni sanitarie.

⁶⁹ Come ad es. nell'art. 1, I co., lettera g della l. n. 421/1992, ma anche nel d.lgs n. 229/1999; nella l. n. 328/2000; nel PSN relativo al triennio 1998-2000, che distingueva fra livelli di assistenza 'necessari' e 'appropriati'.

⁷⁰ Fra gli altri cfr. anche S. Gambino (a cura di), *Il nuovo ordinamento regionale. Competenze e diritti*, Milano, 2003, nonché a cura dello stesso A., *Regionalismo, federalismo, devolution. Competenze e diritti. Confronti europei (Spagna, Germania e Regno Unito)*, Milano, 2003.

⁷¹ Corte di Cassazione, sent. n. 500/1999; l. n. 205/2000.

⁷² Corte cost., sent. n. 309/1999.

⁷³ Corte cost., sent. n. 509/2000.

⁷⁴ Corte cost., sent. n. 309/1999.

qualvolta il paziente versasse in condizioni di salute tali da far temere un danno grave. In altri termini, il ‘bene della vita’, e nella fattispecie la salvaguardia della vita stessa, non consente possibili affievolimenti del diritto alla prestazione dell’assistito che fossero dovuti all’esercizio del potere autorizzatorio della Regione.

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

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

Non devono trascurarsi, inoltre, i diritti esercitabili dal soggetto-assistito con riferimento alla disciplina (ora nuovamente novellata) della riforma del procedimento amministrativo (l. n. 241/1990, e succ. mod. e integr.; l. n. 15/2005). Né vanno trascurati in tale ottica di garanzia gli strumenti di standardizzazione dei ‘livelli essenziali delle prestazioni’, intesi come “valori misurabili, idonei a soddisfare i bisogni che si assumono meritevoli di tutela”. Tali valori non riguardano il solo contenuto materiale essenziale da garantire ma anche le relative modalità, ambedue costituendo uno *standard* che è parimenti invocabile dal soggetto in sede di tutela giurisdizionale⁷⁵.

A considerazioni, nel fondo, molto simili spinge la disciplina costituzionale della materia dell’assistenza sociale e della giustiziabilità delle relative pretese⁷⁶, che qui non potremo analizzare. Non rientrando nella elencazione delle competenze concorrenti delle regioni, tale competenza rientra ormai nella piena competenza residuale/esclusiva delle stesse (seppure queste ultime possano, in via astratta, non debbano necessariamente considerare, a mo’ di legislazione statale di principio, le opzioni/previsioni normative della l. n. 328/2000).

3. *L’autonomia finanziaria delle autonomie territoriali.*

Il nuovo regime dell’autonomia finanziaria territoriale pone significative problematiche interpretative con riferimento al rapporto tra il nuovo modello di decentramento istituzionale e i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale, con particolare riguardo al principio di uguaglianza formale e sostanziale e al principio di solidarietà ‘interpersonale’ e ‘interterritoriale’. In tale ambito, la realizzazione effettiva del nuovo regionalismo e la garanzia dell’eguale posizione costituzionale dei soggetti in materia di diritti (e di servizi) dipendono, in misura rilevante, dal modello di finanziamento delle autonomie regionali e locali concretamente realizzato sulla base dei principi posti dal nuovo art. 119 Cost.

La novellata ‘Costituzione finanziaria’ del Paese non definisce puntualmente le relazioni finanziarie tra i diversi livelli di governo, limitandosi a regolarli in via di principio e riservando

⁷⁵ Di norma, le Carte di servizio sanitarie si presentano come uno degli strumenti più qualificati rispetto a tale finalità, essendo appunto previste per assicurare una forma di tutela alla qualità della prestazione cui il soggetto-assistito ha diritto. La loro violazione, che poi altro non significa se non la violazione dei contenuti materiali della prestazione da erogare, e in quanto tale autonomamente eccepibile dinanzi ad un giudice, è sanzionata con misure di indennizzo automatico e preventivo.

⁷⁶ Cfr. S. Gambino (a cura di), *Assistenza sociale e tutela della salute. Verso un nuovo Welfare regionale-locale*, Roma, 2004; G. Guiglia, *Il diritto all’assistenza sociale nella prospettiva multilivello*, Padova, 2005; P. Costanzo, A. Mordeglia (a cura di), *Diritti sociali e servizio sociale*, Milano, 2005; F. Pizzolato, *Il minimo vitale*, Milano, 2004; R. Balduzzi (a cura di), *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Milano, 2004; L. Degrossi, *La razionalizzazione dello stato sociale*, Milano, 2004; AA.VV., *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Milano, 2003; E. Ferioli, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, 2003; E. Rossi, P. Carrozza (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, Torino, 2002; F. Pizzolato, *Il sistema di protezione sociale nel processo di integrazione europea*, Milano, 2002; R. Balduzzi, G. Di Gaspare (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del titolo V*, Milano, 2002; AA.VV., *La riforma dell’assistenza e dei servizi sociali. Analisi della legge 328/2000 e proposte attuative*, Torino, 2001; L. Chieffi (a cura di), *Evoluzione dello Stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali*, Padova, 2001; E. Jorio, *Diritto dell’assistenza sociale*, Milano, 2006.

alla legislazione statale la relativa disciplina di attuazione. In altri termini, la mancata definizione del peso di ciascuna fonte di entrata regionale rende elastico il modello costituzionale dei rapporti finanziari intergovernativi. Ne consegue che parametri costituzionali tanto generali assegnano al legislatore statale una funzione ampiamente discrezionale. L'art. 119, fra gli altri, costituzionalizza il principio della territorialità dell'imposta. Ciascuna Regione – come ogni altro ente autonomo della Repubblica – pertanto, finanzia integralmente le funzioni pubbliche ad essi attribuite con tributi ed entrate proprie, mediante compartecipazioni al gettito di tributi erariali “riferibili al loro territorio”, nonché mediante un meccanismo di correzione – il *fondo perequativo* senza vincoli di destinazione per i territori con minore capacità fiscale per abitante – volto a perequare le differenti capacità fiscali interterritoriali (delle Regioni e degli enti autonomi della Repubblica). Gli effetti redistributivi del disegno costituzionale di finanza regionale, tuttavia, prima ancora che la sua (tardiva) attuazione, suscitano importanti interrogativi, ove si consideri che, pur prevedendosi meccanismi perequativi (indefiniti nell'entità e nel peso specifico), non è assente un possibile ma concreto rischio di ulteriore polarizzazione tra aree territoriali “ricche” e “povere” del Paese, che può incrementare il grado di diseguaglianza fra territori e fra soggetti.

Il novellato art. 119 Cost. prevede l'attribuzione della autonomia finanziaria di entrata e di spesa ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane ed alle Regioni (I co.), i quali “stabiliscono e applicano tributi ed entrate propri, in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario”; dispongono, altresì, di “compartecipazioni al gettito di tributi erariali riferibili al loro territorio” (II co.). Accanto a tali flussi si prevede, inoltre, l'istituzione di “un fondo perequativo senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale per abitante” (III co.). Con tale disposizione di chiusura, si stabilisce che i flussi finanziari derivanti da risorse autonome (tributi propri e compartecipazioni) e dal fondo perequativo consentono alle autonomie territoriali di “*finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite*” (IV co.). A tali previsioni generali si affiancano assegnazioni complementari per cui “lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali” in favore di determinati enti territoriali, finalizzati a “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, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni” (V co.).

Rispetto alla previgente formulazione costituzionale s'inverano, in tal modo, significative implicazioni costituzionali. In primo luogo, si rileva la volontà del legislatore di riforma di ampliare la sfera della potestà legislativa tributaria regionale, seppure nell'ambito dei principi generali posti dalla legislazione statale nelle materie dell'armonizzazione dei bilanci pubblici, del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, e comunque nella considerazione dell'autonomia riconosciuta agli altri enti territoriali. Peraltro, in base al III co. dell'art. 117 Cost., il *coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario*, unitamente all'*armonizzazione dei bilanci pubblici*, rientrano nell'ambito materiale oggetto di potestà legislativa concorrente; la potestà legislativa relativa a tale materia deve, pertanto, conformarsi alla Costituzione e rispettare i vincoli posti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (art. 117, I co., Cost.). Dal combinato disposto di tali disposizioni discende un duplice ordine di considerazioni che attengono, per un verso, alla potestà tributaria delle Regioni e, per altro, agli obblighi di natura sovranazionale. Riguardo al primo, si prospetta un problema connesso alla definizione del grado e dell'intensità della potestà statutaria nonché di quella legislativa delle regioni in materia finanziaria con riguardo al profilo tributario e a quello impositivo, e dunque relativamente agli spazi di autonomia per determinare i tributi locali.

Deve rilevarsi, da un lato, che l'ambito materiale concernente il “*sistema tributario e contabile dello Stato*” è riservato alla competenza legislativa esclusiva statale (art. 117, II co., lett. e, penultimo periodo, Cost.), a conferma del carattere unitario dell'ordinamento tributario e delle regole costituzionali che lo presidiano – quella cioè del concorso dei cittadini alla spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva nonché del criterio di progressività del sistema tributario – (art. 53); dall'altro, che la materia del “*coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario*”, come sancito dal III co. dell'art. 117 Cost., rientra nella competenza concorrente delle regioni, “*salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello*

Stato”. In tal senso, il principio della leale collaborazione fra enti autonomi della Repubblica deve prevedere il coinvolgimento dei livelli di governo territoriale nelle decisioni legislative nazionali.

In definitiva, il profilo tributario dell'autonomia regionale deve, comunque, informarsi al principio generale dell'unità giuridica dell'ordinamento e ai principi stabiliti con legge statale in ordine alla configurazione dei tributi (in base alle riserve di legge di cui agli artt. 2, 23 e 53 Cost.), mentre alle Regioni, oltre al concorso nelle decisioni politico-legislative, spetta il disegno di un 'sistema tributario' – da definire con legge regionale – ovvero di “stabilire e applicare tributi ed entrate propri”.

Quanto al principio di comunitarizzazione della Costituzione, ai sensi dell'art. 117 Cost., I co., infine, si deduce che le politiche di bilancio, quelle monetarie, del debito pubblico e quelle fiscali devono conformarsi ai principi e alle regole dell'Unione europea, posti a base delle modalità di raccolta delle risorse finanziarie, come anche della spesa e dei relativi controlli finalizzati a preservare l'equilibrio finanziario complessivo. Pertanto, per le richiamate materie, l'esercizio della potestà legislativa statale-regionale risulta condizionata dal vincolo comunitario. Pare evidente che anche l'autonomia finanziaria degli enti autonomi, di cui all'art. 119 Cost., I co., deve conformarsi ai vincoli della normativa comunitaria.

Inoltre, con la previsione di *compartecipazioni al gettito di “indeterminati” tributi erariali riferibili al loro territorio* s'introduce un principio di regionalizzazione dell'imposta di riferimento, con la quale si prevede che il gettito tributario complessivo deve prima essere ripartito su base regionale e poi assegnato – data l'aliquota di compartecipazione – alle singole Regioni ed enti locali. Con tale disposizione, si assicura certezza e sufficienza finanziaria alle aree territoriali connotate da elevate capacità fiscali; di converso, con la locuzione “riferibile al loro territorio” prende corpo una delle maggiori innovazioni della riforma in quanto indica come ripartire il gettito di un tributo statale tra le Regioni. Tale espressione, pertanto, concorre a esprimere il nuovo sistema di relazioni finanziarie tra centro e periferia, in breve, il modello di finanziamento dei governi territoriali, fondandosi sul principio secondo cui le risorse derivanti dalle compartecipazioni al gettito di tributi erariali affluiscono alle Regioni al cui territorio il gettito è riferibile. Tale ultima indicazione concorre a individuare la struttura perequativa, nonché ad adattare i principi posti dall'art. 119 Cost. ai diversi regimi di competenza regionale e al relativo finanziamento.

A tale disposizione si affianca l'istituzione, con legge statale, di un “*fondo di perequazione, senza vincoli di destinazione*” (III co.) per alcune autonomie territoriali, sulla base dell'*esclusivo* criterio rappresentato dalla “*minore capacità fiscale per abitante*”, senza definire ulteriori criteri che meglio definirebbero il costo dei servizi. Un criterio – quest'ultimo – che deve comunque leggersi in modo congiunto con le previsioni dell'art. 119 Cost., IV co., secondo le quali tutte le risorse utilizzabili dalle regioni e dagli enti locali (secondo la loro individuazione nei commi 2 e 3 dell'art. 119 Cost.) devono consentire alle Regioni e agli Enti locali “di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite”. Disposizione – quest'ultima – che non può che leggersi come un accesso più intensivo da parte delle regioni fiscalmente deboli al fondo perequativo onde poter finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite (artt. 117, 118, 119 Cost.).

Per finalità costituzionali, e comunque per scopi “diversi dal normale esercizio delle loro funzioni”, il legislatore costituzionale, con la novella formulazione, ha previsto altresì la possibilità in capo allo Stato di destinare “*risorse aggiuntive*” e di effettuare “*interventi speciali*” (V co.) a favore di enti territoriali, qualora ricorrano determinate condizioni, mentre nel previgente testo potevano assegnarsi a singole Regioni dei “contributi speciali” finalizzati “a scopi determinati, e particolarmente per valorizzare il Mezzogiorno e le Isole”. Alla luce di tali disposizioni, assume rilievo primario la corrispondenza tra le funzioni esercitate dalle autonomie territoriali e la dotazione di risorse necessarie a finanziarle, in ragione della rottura del principio del parallelismo tra funzioni legislative e funzioni amministrative.

Una volta posta la corrispondenza tra la devoluzione delle risorse e l'integrale finanziamento delle funzioni loro attribuite, l'art. 119 Cost. pare delineare un modello di riparto finanziario “variabile”, in quanto un impianto così configurato richiede una continua rimodulazione non più dipendente dal riferimento a un costante riparto della potestà legislativa.

Peraltro, nonostante nell'art. 119 Cost. non vi sia alcun espresso riferimento alla “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” (art. 117, II co., lett. m, Cost.), tale

problematica appare cionondimeno centrale, sicché si pongono delicate problematiche interpretative e attuative circa l'adeguatezza del modello di finanziamento disegnato in ordine alle esigenze perequative. Ne discende che la determinazione dei "livelli essenziali" su tutto il territorio nazionale e la relativa garanzia sono condizionati, da una parte, dall'entità dei fondi destinati a fini perequativi e, dall'altra, dalla concreta possibilità da parte degli enti autonomi di poter incidere collaborativamente con il Parlamento sui criteri della perequazione medesima.

Cosicché, se ne può concludere che l'attribuzione in capo al legislatore statale di una potestà legislativa esclusiva in materia di perequazione acquista significato effettivo (solo e) in quanto essa persegue le finalità poste dalla prima parte della Costituzione – e tra queste, in particolare, la garanzia dei principi e dei diritti fondamentali – piuttosto che una mera e astratta "eguaglianza" fra le autonomie territoriali.

3.1. Qualche osservazione sulle forme di attuazione dell'art. 119 Cost.: a proposito dello schema di disegno di legge in materia di federalismo fiscale.

Se dall'analisi costituzionalistica relativa ai rapporti fra decentramento territoriale del potere e garanzia dei diritti fondamentali passiamo alle tematiche affrontate nel dibattito politico-istituzionale e in quello dottrinario, due temi risultano maggiormente approfonditi. Nel dibattito comparatistico rilevano, in particolare, le questioni problematiche poste dalla riforma degli statuti in Spagna, relative tanto all'ambito competenziale riconoscibile alle Comunità autonome quanto alle (ancora più conflittuali) modalità di procedere al finanziamento delle Comunità autonome, riconoscendosi da parte di queste ultime un discutibile potere di 'negoziazione bilaterale' con lo Stato. Il dibattito politico-istituzionale interno, al contrario, risulta concentrarsi sullo schema di disegno di legge di "Attuazione dell'articolo 119 della Costituzione: delega al Governo in materia di federalismo fiscale" (c.d. Bozza Calderoli), che si presenta parimenti complesso e problematico. Come veniva bene sottolineato nella "Relazione sull'attività svolta dall'Alta Commissione per la definizione dei meccanismi strutturali del federalismo fiscale", in tal senso, "ogni discorso sul federalismo fiscale è caratterizzato da un tecnicismo che ne ostacola una chiara comprensione e che oscura comunque i temi fondamentali riconducibili al binomio forma di Stato/forma di Governo". Ne può conseguire la ragionevolezza di quell'orientamento che sottolinea come, nel fondo, il discorso sul c.d. federalismo fiscale, per divenire credibile, oltre che della conoscenza della cornice e delle disposizioni costituzionali, abbisogna di previsioni (in termini numerici e di percentuali) sugli effetti delle politiche legislative di attuazione, accompagnate, a loro volta, da confronti con la situazione attuale e con la previsione di unprudenziale principio del monitoraggio della riforma fiscale prima della sua operatività a regime.

Le analisi di parte, al momento disponibili, si sono limitate fin qui ad analizzare, con buona dose di approssimazione, i costi del "non federalismo". In tale ottica, è stato sottolineato come l'attuale sistema di perequazione non favorirebbe la responsabilizzazione e l'autonomia finanziaria dei governi regionali e locali, soprattutto delle regioni meridionali. La ragione di ciò risiederebbe soprattutto nella considerazione secondo cui l'attuale sistema perequativo risulterebbe basato sulla 'spesa storica' e non sulla 'virtuosità amministrativa' dei governi regionali e locali. A fronte di tale sistema, l'alternativa a tale criterio nella ridefinizione del sistema fiscale del Paese, secondo la proposta accolta nel recente testo di riforma fiscale, sarebbe quello del fabbisogno del sistema autonomistico, da valutare in base ad una nuova misurazione dei costi, di tipo *standard*. Tuttavia, come si è già ricordato, mancano dati comparativi più precisi, che possano risultare idonei a supportare le valutazioni tecniche e politiche nonché le necessarie decisioni parlamentari di attuazione.

Rimane una limitatezza di fondo della 'Bozza Calderoli', come già (e perfino più) della 'Bozza Giarda', nella misura in cui il testo odierno nel mentre si fa carico – e non poteva essere altrimenti – dei principi relativi al finanziamento dei livelli essenziali di prestazioni in materia di salute, di istruzione (cui si aggiungono anche quelli in materia di assistenza sociale e di trasporti) da parte delle regioni, omette *d'emblai* di disciplinare l'intera materia relativa al finanziamento integrale dei livelli essenziali delle prestazioni nella materia dei diritti civili nonché di tutte le altre materie

nelle quali le regioni risultano costituzionalmente attributarie di competenze⁷⁷, con conseguenze che non sono difficili da immaginare per il futuro del regionalismo italiano (il quale, ciononostante, e senza che se ne possano comprendere le ragioni, continua ancora, da parte di molti, a essere definito federalismo).

È ragionevole chiedersi, in conclusione, se le funzioni pubbliche attribuite alle regioni e agli altri enti autonomi della Repubblica sarebbero finanziate integralmente, per come assume la disposizione costituzionale. Qualora la risposta fosse dubitativa, ci troveremmo in presenza di un evidente *vulnus* operato da parte del legislatore statale al principio di eguaglianza dei cittadini, con la conseguenza che non rimarrebbe che il ricorso al Giudice delle leggi per vedere assicurata l'esigibilità dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali e la stessa protezione degli ambiti costituzionali riconosciuti all'autonomismo territoriale. A chi scrive pare che lo scenario disegnato dalla 'Bozza Calderoli' non potrà che portare in tale direzione e con essa a una più che probabile sua riscrittura in senso garantistico da parte della Corte costituzionale. Per la Corte non sarebbe una grande novità, dal momento che è da quasi un decennio che la stessa sta procedendo a dare ragionevolezza e sistematicità a un sistema costituzionale che non sempre il legislatore di revisione aveva assicurato al testo novellato.

3.2. Regionalismi e diritti di cittadinanza. La riforma degli statuti in Spagna e in Italia.

Quanto al tema della riforma statutaria, si ricorda come, da almeno un decennio, esso costituisca oggetto di un intenso dibattito istituzionale e politico, sia in Italia che in Spagna⁷⁸. Quanto all'esperienza italiana in materia di riforme statutarie, al ritardo complessivo delle Regioni di dare piena attuazione alle previsioni del novellato art. 123 Cost. (invero di non ampia portata istituzionale) ha corrisposto una giurisprudenza della Corte costituzionale ampiamente limitatrice, che ha sostanzialmente chiuso ogni possibilità di apertura che, sia pure in lieve misura, la riforma costituzionale lasciava aperta alle Regioni in termini di spazi normativi, soprattutto in tema di forma di governo⁷⁹.

Sia in tale ultima materia che in quella delle norme allocate nei preamboli, il Giudice delle leggi italiano, come è noto, ha opposto limiti del tutto invalicabili agli statuti regionali. Nel primo caso, arricchendo la motivazione della sua giurisprudenza in tema di organizzazione politica del governo regionale con la previsione del vincolo del rispetto dell'"armonia" con la Costituzione (e pertanto non solo con quello del "rispetto" della Costituzione, secondo la previsione dell'art. 117.1 Cost.) e successivamente del vincolo dello "spirito" della Costituzione, negando, in tal modo, ogni possibile ipotesi di riconoscimento alle Regioni – con la previsione di "norme programmatiche" e della disciplina dei diritti nei preamboli degli statuti – di ambiti assimilabili a quelli propri delle Costituzioni.

Con riferimento specifico alla rivendicazione di ambiti normativi relativi ai diritti, in modo lapidario – e per chi scrive convincente – la Corte afferma che "anche se materialmente inserite in un atto-fonte (Statuto regionale), non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica (a tali norme programmatiche), in quanto si collocano alla stregua dei convincimenti espressivi delle diverse

⁷⁷ A tal fine (con evidente polemicità scientifica rispetto alle approssimazioni contenute nello schema di ddl di attuazione del federalismo fiscale) si richiamano testualmente le disposizioni accolte nei commi 3 e 4 dell'art. 117 del testo costituzionale revisionato: "Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa; armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale. Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato.

Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato".

⁷⁸ Per uno sviluppo della tematica oggetto del presente paragrafo cfr. S. Gambino (a cura di), *Regionalismi e Statuti. Le riforme in Spagna e in Italia*, Milano, 2008 (in corso di stampa), nonché "Regionalismi e diritti di cittadinanza. La riforma degli statuti in Spagna e in Italia", in www.federalismi.it (2008, n. 17).

⁷⁹ Sul punto cfr., di recente, S. Gambino (a cura di), *Regionalismi e Statuti ... cit.*, all'interno del quale cfr., in particolare, il nostro "Autonomie territoriali e riforme".

sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento della approvazione dello Statuto ... tali proclamazioni di obiettivi e di impegni non possono certo essere assimilate alle c.d. norme programmatiche della Costituzione, alle quali, per il loro valore di principio, sono state generalmente riconosciuti non solo un valore programmatico nei confronti della futura disciplina legislativa, ma soprattutto una funzione di integrazione e di interpretazione di norme vigenti⁸⁰.

In materia di diritti di cittadinanza, dunque, il principio autonomistico soggiace al principio unitario e allo stesso deve continuare a riconoscersi piena legittimità nel perseguimento dei valori costituzionali dell'eguagliamento fra soggetti deboli. Sotto tale profilo, la dottrina sancita nella sent. 109 del 1993 della Corte costituzionale, di cui si è già parlato in precedenza, resta tuttora valida, anche a seguito della revisione del titolo V Cost. I tentativi posti in essere dagli statuti regionali dell'Umbria, della Toscana e dell'Emilia Romagna, che assumevano di poter disciplinare forme di previsioni normative volte a riconoscere e garantire forme di convivenza diverse dalla famiglia tradizionale, pertanto, ricadono⁸¹ sotto la mannaia della Corte, che chiarisce in modo netto e risolutivo come lo spazio riconoscibile ai 'contenuti eventuali' degli statuti, in ogni caso, non è tale da consentire loro di poter minare – con l'ingerenza nell'ambito della competenza "ordinamento civile", correttamente assegnata dal legislatore di revisione costituzionale alla competenza esclusiva della legge statale – le fondamenta del principio unitario, sancito costituzionalmente e con esso il principio di eguaglianza interterritoriale dei cittadini.

La questione viene diversamente affrontata dalla dottrina costituzionale spagnola, nel dibattito relativo alla riforma degli statuti delle Comunità Autonome e ai contenuti costituzionalmente riconoscibili a questi ultimi nella stessa materia della disciplina dei diritti. La dottrina appare tuttora divisa sul punto, ma – più che la stessa – appare combattuto il *Tribunal constitucional* – il quale, essendo chiamato a pronunciarsi da più di un anno su un ricorso sollevato contro lo statuto catalano, ancora non riesce a farlo, nel mentre sul punto continuano a registrarsi interventi politici di inequivoco (e obiettivamente discutibile) sostegno sul testo dello Statuto catalano sottoposto al vaglio delle *Cortes Generales*.

Diversamente da quello italiano, soprattutto (ma non diffusamente) impegnato sulle tematiche relative alla attuazione del c.d. federalismo fiscale, il dibattito dottrinario e politico in Spagna muove da premesse del tutto diverse, essendo chiamato a rispondere a pulsioni nazionalistiche (e talora 'sovranistiche') di alcuni suoi territori, fra cui sono almeno da ricordare il Paese Basco e ora la stessa Catalogna. Il regime del finanziamento delle Comunità Autonome spagnole risulta già stabilito nel testo costituzionale del 1978 (artt. 156, 157 e 158), rispondendo a tre fondamentali principi (uguaglianza, solidarietà interregionale, coordinamento con la finanza dello Stato), con una formulazione che, nella sua stessa 'imprecisione', risulta in gran parte mutuata dal legislatore (italiano) di revisione costituzionale del 2001, rinviandosi, in ogni caso, al legislatore ordinario per la relativa implementazione. Una implementazione che, anche in Spagna, come in Italia, è avvenuta in modo tardivo rispetto alla previsione costituzionale, con Legge Organica sul Finanziamento delle CCAA, n. 8/1980 (LOFCA), Legge di Cessione dei Tributi e Legge sul Fondo di Compensazione Interterritoriale.

L'interesse maggiore dal punto di vista della comparazione con altri sistemi a regionalismo forte, come quello spagnolo appena richiamato, in tale cornice, risiede soprattutto nella disciplina prevista per il Fondo di Compensazione Interterritoriale (previsto dalla Costituzione spagnola all'art. 158.2 e dall'art. 16 della LOFCA, che ne disciplina il funzionamento), mentre, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, l'art. 119.3 Cost. prevede che "la legge dello Stato istituisce un fondo perequativo, senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale per abitante". In ambedue le esperienze, alla luce dei relativi testi costituzionali, il riparto del fondo perequativo, in

⁸⁰ Corte cost., sent. n. 378 del 2004, su cui cfr., almeno, G. Pastori, "Luci e ombre dalla giurisprudenza costituzionale in tema di norme programmatiche degli statuti regionali", in *Le Regioni*, 2005, n. 3; R. Dikmann, "Le sentenze della Corte sull'inefficacia giuridica delle disposizioni 'programmatiche' degli statuti ordinari (nota a Corte. Cost., 2 dicembre 2004, n. 372 e 6 dicembre 2004, nn. 378 e 379)", in www.federalismi.it; A. Anzon, "L'inefficacia giuridica" di norme "programmatiche", in *Costituzionalismo.it*; nonché i contributi sul *Forum di Quaderni costituzionali*: A. Ruggeri, "Gli statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro"; A. Ruggeri, "La Corte, la "denormativizzazione" degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale"; P. Caretti, "La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione"; S. Bartole, "Norme programmatiche e Statuti regionali"; M. Cammelli, "Norme programmatiche e statuti regionali: questione chiusa e problema aperto"; R. Bin, Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione.

⁸¹ Corte cost., sentt. nn. 372, 378 e 379 del 2004.

ogni caso, è rimesso al legislatore ordinario (e dunque alla precarietà delle relative maggioranze parlamentari) sulla base di una negoziazione – che nel fondo è politica e non giuridica – nell’ambito della Conferenza Stato-Regioni-AALL e che pertanto risulterà, per tali ragioni, difficilmente giustiziabile da parte della Corte costituzionale.

Può comunque risultare utile, a tal fine, ricordare come il *Tribunal Constitucional* spagnolo abbia fin qui sottolineato che il Fondo compensativo costituisce uno strumento di solidarietà insostituibile, ancorché non esclusivo, al fine di rendere effettivo lo stesso principio solidaristico. L’interpretazione sistematica delle disposizioni costituzionali spagnole in materia, infatti, stabiliscono la natura statale (artt. 2, 138.1, 156.1 e 158) del sistema tributario e contabile, rivestendo il fondo perequativo – in tale cornice – una mera natura ‘aggiuntiva’. Una lettura – quest’ultima – che è da cogliere nella stessa previsione dell’art. 119 della novellata Costituzione italiana, la quale – nel suo stabilire che le risorse derivanti dalle previsioni di cui al comma 1 e 2 della stessa disposizione costituzionale “consentono ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane e alle Regioni di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite” – deve leggersi congiuntamente a quanto attribuito in materia alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (“sistema tributario e contabile dello Stato”; “perequazione delle risorse finanziarie”) e alla competenza concorrente delle regioni (“armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario ... salva la determinazione dei principi fondamentali riservata alla legislazione dello Stato”).

In tale quadro comparatistico, indubbiamente, l’esperienza spagnola in tema di finanziamento delle Comunità Autonome risulta ispirarsi a forme di regionalismo (anche fortemente) asimmetriche, che appaiono del tutto discutibili nel loro non astratto pregiudizio del principio di eguaglianza e di quello solidaristico. Se, infatti, le rivendicazioni sovranistiche-confederalistiche intentate (fin qui senza successo e comunque con la presenza di un odioso terrorismo etnicistico) dalla minoranza basca all’interno della Comunità del Paese Basco costituiscono una vera e propria fuga dall’alveo nazionale, motivata da pretese ragioni identitarie, più pericolose, nel fondo, appaiono le decisioni relative alla ‘negoziazione bilaterale’ nella disciplina della materia fiscale della Catalogna (per così dire) imposte allo Stato spagnolo. Una pretesa – quest’ultima – che rischia di portare a una vera e propria esplosione nazionalistica dell’intero sistema territoriale spagnolo, senza che lo stesso *Tribunal constitucional* e la Carta costituzionale possano molto per impedirlo.

4. Stato regionale, Stato federale e Welfare State

Pare ora opportuno continuare nell’analisi avviata collocando l’esperienza di decentramento politico-istituzionale, per come emersa dalle riforme costituzionali, nel più generale contesto evolutivo registrato dal regionalismo nell’ambito del costituzionalismo contemporaneo. Sotto tale profilo, deve sottolinearsi come il regionalismo e le autonomie politiche territoriali costituiscano una risposta a un profondo bisogno di cambiamento nelle procedure istituzionali e nella organizzazione dei rapporti fra i pubblici poteri e i cittadini, sia per quanto concerne la partecipazione politica che, più in generale, l’amministrazione pubblica (e la gestione dei servizi pubblici). La tendenza generalizzata al decentramento politico, nelle forme più o meno spinte della regionalizzazione e la previsione di livelli ulteriori di governo locale esprimono, così, una risposta istituzionale che va nella direzione della ristrutturazione degli apparati amministrativi centrali verso un’organizzazione amministrativa territoriale più articolata e una maggiore razionalizzazione del sistema amministrativo (a livello centrale come a quello regionale e locale). Peraltro, tale processo risulta indispensabile in una fase in cui sono più evidenti le interazioni e/o le interdipendenze economico-politiche di ogni Stato-nazione da altri sistemi economico-nazionali giunti a maturità nello sviluppo economico. Il fine che si vuole perseguire, in tal senso, sembra quello di attenuare gli effetti dell’eccessiva centralizzazione delle funzioni e degli apparati nonché dell’eccessiva separazione della distribuzione dei poteri fra i diversi livelli di governo. Si può ritenere, così, che la centralità della questione del decentramento politico-istituzionale e la conseguente rilevanza riconosciuta ai poteri locali, sia negli ordinamenti costituzionali che nei rapporti politico-istituzionali, costituiscano una sorta di riforma ‘dal basso’ che interviene spesso a surrogare la mancata riforma dell’ordinamento costituzionale e di quello amministrativo.

Nella presente fase di ‘riforma dello Stato’ accentrato, il superamento di quegli approcci in termini esclusivamente giuridico-dogmatici alle tematiche del regionalismo/federalismo consente di affermare

che non esiste un modello di decentramento politico-istituzionale ottimale e definito, quindi riferibile a tutti gli Stati. Sembra, infatti, di dover rifuggire dall'idea mitica – tanto risalente quanto ricorrentemente elevata al rango di verità assoluta nel dibattito politico e culturale – di una certa equivalenza del federalismo con una maggiore funzionalità dei pubblici poteri, oltre che con una maggiore democratizzazione del sistema politico, quasi che, attualmente, la democrazia, oltre che la libertà, presupponga in modo necessario lo stesso federalismo, che assurgerebbe, per tale ragione, al rango di una “scelta obbligata”⁸².

L'analisi relativa alle tendenze del regionalismo e del federalismo contemporaneo, sotto il prevalente profilo delle modalità di distribuzione territoriale delle competenze e dell'autonomia politica costituzionalmente riconosciuta per l'esercizio delle medesime, tuttavia, non pare esaustiva in un approccio compiuto al tema che qui ci occupa. Al contrario, l'indagine storica e tipologica delle esperienze statuali di decentramento politico-istituzionale pare mettere in questione la stessa possibilità di avvalersi delle categorie tipologiche utilizzate dalla dottrina comparatistica in ragione della scarsa capacità ermeneutica delle stesse a fronte delle declinazioni nazionali dei modelli di Stato (Stato federale, Stato regionale, ecc.)⁸³.

Il tema su cui occorre maggiormente soffermarsi, in una ottica comparatistica, riguarda i rapporti esistenti fra modelli di decentramento politico-istituzionale (federalismo *vs* 'regionalismo competitivo', federalismo/'regionalismo cooperativo') e principi fondamentali posti a base degli Stati costituzionali contemporanei e di quello italiano, in particolare. Il profilo che risulterà particolarmente illuminato da tale indagine appare quello relativo ai rapporti fra decentramento politico-istituzionale e problematiche costituzionali poste dalla compatibilità dell'esercizio dei poteri e delle funzioni pubbliche ai diversi livelli territoriali con i principi costituzionalmente posti a fondamento dello Stato costituzionale contemporaneo, nel loro porre il principio di uguaglianza formale e sostanziale (art. 3 Cost.) e il principio personalista (art. 2 Cost.) alla base dell'intero ordinamento (la Repubblica), estendendosi come limite, nella relativa estrinsecazione dei poteri, alle autonomie territoriali (art. 5 Cost.), ma anche a quelle politiche e alle formazioni sociali.

Fra le esperienze costituzionali particolarmente meritevoli di analisi, sotto il profilo in considerazione, si devono richiamare certamente quella spagnola e quella tedesca, quali espressioni pressoché ideal-tipiche delle forme statuali contemporanee per quanto concerne il decentramento territoriale dei poteri. La prima è relativa a una forma di Stato, a un'esperienza di regionalismo fra quelle più originali e avanzate nel panorama costituzionale europeo, almeno fino alla più recente revisione costituzionale italiana. Si tratta di un'esperienza relativa a una forma di Stato unitario a base regionale, benché le peculiarità storico-politiche della sua attuazione ne hanno fatto, sia pure in modo fattuale, un modello simil-federale, se non perfino confederale, come assume criticamente una parte della dottrina spagnola⁸⁴.

L'esperienza tedesca, al contrario, s'inquadra nell'ambito delle forme di Stato *formaliter et materialiter* federali, ancorché può osservarsi che, nella sua concreta evoluzione, al pari di quanto può affermarsi per l'esperienza confederale elvetica, essa registri, con la “priorità del diritto federale sul diritto del *Land*” (art. 31 LFB), una chiara svalutazione dei livelli istituzionali degli Stati membri (*Laender*), facendone un'esperienza, per molti profili, più simile a quella degli Stati unitari fondati sul decentramento che a quelli federali⁸⁵. Di ambedue le esperienze saranno proposte alcune osservazioni generali ed essenziali nell'ottica e per le finalità della presente analisi.

⁸² In tal senso cfr. anche M. Luciani, “A mò di conclusione: le prospettive del federalismo in Italia”, in AA.VV. (a cura di A. Pace), *Quale, dei tanti federalismi?*, Padova, 1997.

⁸³ Sul punto cfr. anche AA.VV. (a cura di S. Gambino, *Stati nazionali e poteri locali*, Rimini, 1998).

⁸⁴ Nell'ampia bibliografia, sul punto, cfr. almeno J.F. López Aguilar, *Lo Stato autonomico spagnolo*, Padova, 1999 e dello stesso A., “Confederalismo en España? El palpito nacionalista en la España autonómica come problema político e problema constitucional”, in A.J. Porras Nadales - G. Ruiz-Rico Ruiz (cur.), *Claves para una reforma constitucional*, Sevilla, 2001; E. Aja, *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, 1999; R. Blanco Valdés, “Cinque tesi sul decentramento in Spagna”, in S. Gambino (a cura di), *Regionalismo, federalismo, devolution ... cit.*

⁸⁵ Per un approfondimento di questo orientamento sia consentito rinviare anche ai nostri “Etats et pouvoirs locaux: quelques réflexions comparatives sur les tendances de la décentralisation politico-institutionnelle à partir du cas italien”, in AA.VV. (Commission européenne pour la démocratie par le droit), *Les mutations de l'Etat-nation en Europe à l'aube du XXIe siècle*, Strasbourg, 1998, nonché “Regionalismo e federalismo nell'evoluzione della forma di Stato contemporanea”, in T. Groppi (a cura di), *Principio di autonomia e forma di Stato*, Torino, 1998.

4.1. Principio di uguaglianza e principio autonomistico: l'esperienza spagnola

Nella esperienza costituzionale spagnola, come è stato bene sottolineato dalla migliore dottrina iberica, il principio di uguaglianza – oltre a costituire un diritto fondamentale dei cittadini – costituisce “un principio di articolazione dello Stato autonomico, senza il cui rispetto non sarebbe possibile l'esistenza dello Stato costituzionale”⁸⁶.

Una volta assunta la centralità di tale principio come costitutivo dello Stato democratico, si tratta di cogliere quanto della essenzialità di tale principio/diritto possa rendersi disponibile alle esigenze costituzionali poste dal principio/diritto di autonomia politica (e alle relative esigenze di differenziazione), con la connessa titolarità, da parte delle Comunità Autonome, della potestà di dotarsi di un indirizzo politico-legislativo proprio, pur nel rispetto dei principi di unità nazionale e della legislazione di principio posta con legge dello Stato⁸⁷.

Le esigenze poste, in particolare, dal carattere inviolabile e inderogabile dei diritti fondamentali – e fra questi dei diritti sociali, in accordo con la prevalente dottrina costituzionale italiana e spagnola, nonché con gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale di ambedue i Paesi – pongono in rilievo, dunque, per un verso, il limite dell'eguaglianza quale principio di articolazione dello Stato e, per altro, la problematica connessa al diritto all'autonomia politica riconosciuta alle Comunità Autonome, dunque, la possibilità di darsi un proprio indirizzo politico.

In ciò assume una speciale rilevanza il diverso grado di decentramento conosciuto dai livelli di governo territoriali accolti nelle rispettive forme di Stato, e, quindi, nella articolazione del sistema dei poteri pubblici. Sotto tale profilo, lo ‘Stato delle autonomie’ spagnolo, a partire dalle asimmetrie sul piano delle competenze, offre un paradigmatico modello della loro tensione, riconducibile al bilanciamento tra valori, principi e diritti costituzionali e, nel caso di specie, alla relazione tra autonomia, eguaglianza e solidarietà⁸⁸.

In tal senso, si può osservare come il costituente spagnolo, analogamente a quello italiano, ha espressamente riconosciuto il principio e il diritto all'eguaglianza in più disposizioni della Costituzione⁸⁹. Tuttavia, se si considerano le differenziate condizioni materiali delle autonomie territoriali regionali, la tensione tra eguaglianza e autonomia non si esaurisce manifestandosi nella mera accezione formale⁹⁰.

Nell'esperienza spagnola, una prima forma di disuguaglianza, come è stato bene sottolineato, attiene alla asimmetria tra le Comunità Autonome quale risultato delle scelte politico-organizzative, benché, tuttavia, concretizzandosi sul solo piano delle competenze, la relativa titolarità non si esplica necessariamente nell'esercizio delle competenze e, pertanto, non si riflette in modo diretto sul cittadino. In altri termini, se il soggetto titolare, ad es., in materia d'istruzione o di salute è lo Stato o la Comunità Autonoma, ciò non implica, necessariamente, che le risorse assegnate a tali finalità, o la potestà normativa siano necessariamente differenziate tra le diverse regioni. Altro è, invece, qualora

⁸⁶ Cfr. J. García Morillo, “Autonomia, asimmetria e principio di eguaglianza: il caso spagnolo”, in S. Gambino (a cura di), *Stati nazionali e poteri locali*, Rimini, 1998. Sulla giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo relativa alla garanzia della diversità nel rispetto del principio di unità cfr., almeno, SSTC n. 5/1981 e 37/1981.

⁸⁷ Con riguardo all'eguaglianza fra le CCAA cfr., almeno, STC n. 76/1983 e n. 157/1985 (eguaglianza fra gli enti pubblici territoriali).

⁸⁸ Sul punto cfr., almeno, F. Puzzo, *Il federalismo fiscale*, Milano, 2002; C. Storini, *La interpretación constitucional y el Estado de las autonomías*, Valencia, 2002.

⁸⁹ La Costituzione spagnola, in via generale, li sancisce: all'art. 1.1 come valore superiore dell'ordinamento, all'art. 9.2 come finalità dell'azione dei poteri pubblici, all'art. 14 come diritto fondamentale e all'art. 31.1 quale principio ispiratore dell'ordinamento tributario e fiscale. L'eguaglianza, inoltre, è sancita come limite agli effetti dell'assetto territoriale sia nell'art. 139.1, ove si afferma che tutti gli spagnoli hanno gli stessi diritti e gli stessi obblighi in ogni parte del territorio dello Stato che nell'art. 149.1.1, in base al quale si stabilisce la tutela dell'eguaglianza di tutti gli spagnoli nell'esercizio dei diritti fondamentali e nell'adempimento dei doveri costituzionali quale obbligo per i poteri pubblici e in quanto competenza esclusiva dello Stato. L'art. 138.2, infine, prevede l'eguaglianza tra le Comunità Autonome disponendo il divieto di prevedere nei diversi statuti di autonomia situazioni di privilegio economico o sociale.

⁹⁰ “Il diritto all'autonomia conduce necessariamente a una differente posizione giuridica dei cittadini di fronte alla legge a seconda della Comunità Autonoma in cui gli stessi risiedono e, pertanto, ciò induce disuguaglianze formali tra i cittadini” peraltro accentuate dall'asimmetria esistente nel modello delle autonomie a “geometria variabile” (così J. García Morillo, “Autonomia, asimmetria e principio di eguaglianza: il caso spagnolo”, in S. Gambino (a cura di) *Stati nazionali e poteri locali*, Rimini, 1998, p. 106). Sul punto cfr. anche L. López Guerra, “El modelo autonómico como modelo variable”, in AA.VV., *El Estado de las autonomías*, Madrid, 1991.

alle competenze si accompagni un differenziato modello di finanziamento o l'esercizio di una concreta potestà legislativa⁹¹.

Tale principio di uguaglianza interterritoriale, configurato sul piano teorico come elemento strutturale dell'assetto territoriale statale, è suffragato dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale, allorché lo qualifica come principio che vincola “tutti i poteri pubblici nello esercizio delle rispettive competenze”⁹². D'altra parte, lo stesso Giudice costituzionale spagnolo, nell'avvertire le esigenze poste dal principio autonomistico, segnala come “il principio costituzionale dell'eguaglianza non imponga che tutte le Comunità Autonome assumano le stesse competenze, né, tanto meno, che debbano esercitarle in modi e con contenuti e risultati identici e somiglianti”⁹³, sottolineando, altresì, che “... (le diverse disposizioni relative all'eguaglianza) assicurano, con diverse tecniche, una data uniformità normativa su tutto il territorio nazionale, preservando, così, anche una posizione eguale o comune di tutti gli spagnoli, al di là delle differenze di regime giuridico che appaiono irrinunciabilmente connesse all'esercizio della autonomia ...”⁹⁴.

Da altra prospettiva, inoltre, bisogna ricordare come l'asimmetria implichi l'esistenza di diversi livelli di competenze materiali che si traducono in differenti necessità di finanziamento. Se si assumono posizioni costituzionalmente eguali che si vogliono effettive, ciò obbliga a configurare un sistema di finanziamento uniforme che s'informi a principi e a valori costituzionali quali l'eguaglianza dei diritti e dei doveri dei cittadini, l'unità del mercato e del sistema tributario e un equilibrio economico-territoriale solidale⁹⁵, posti come limite all'asimmetria competenziale e alla garanzia della effettività dei diritti. Se così non fosse, l'identità delle condizioni fondamentali di esercizio dei diritti dei cittadini, a prescindere dal luogo di residenza, risulterebbe pregiudicata, finendo, pertanto, con l'incidere sulla posizione costituzionale delle autonomie territoriali e degli stessi cittadini.

L'esperienza spagnola, sotto tale profilo, sottolinea, dunque, come l'asimmetria – nel tempo e nello spazio – nella distribuzione territoriale delle competenze fra le Comunità Autonome (disuguaglianza materiale) coinvolga la stessa prospettiva dell'eguaglianza formale, incidendo sulle “diverse posizioni giuridiche tra i cittadini dinanzi alla legge”⁹⁶. Naturalmente, i sistemi di finanziamento delle stesse possono ulteriormente e problematicamente incidere sulla eguaglianza interterritoriale dei cittadini.

Il principio di autonomia politico-territoriale e quello di eguaglianza, così, appaiono in evidente concorrenza e ciò tanto più quanto maggiormente appare l'asimmetria delle competenze fra Comunità Autonome, favorendo, in tal modo, una forma di regionalismo concorrenziale, che è nei fatti federalismo – se non perfino confederalismo – come sottolinea in modo preoccupato un'ampia parte della dottrina spagnola⁹⁷.

Tale affermazione, tuttavia, deve accompagnarsi con il rilievo secondo cui le Comunità Autonome, nel loro esercizio del principio dispositivo (artt. 143 e 151 Cost. spagnola), hanno conseguito tutte le

⁹¹ Cfr. M. Barceló, *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico: una análisis sobre la relación entre la organización territorial del Estado y en la regulación de los derechos y deberes constitucionales*, Madrid, 1991; M.A. Cabellos Espiérrez, *La distribución competencial en materia de derechos y deberes constitucionales y la incidencia del derecho comunitario*, Barcelona, 2001; M.A. Aparicio (ed.) - J.M. Castellá - E. Expósito (coords.), *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Barcelona, 2005; M.A. Aparicio (ed.) - J.M. Castellá - E. Expósito (coords.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, 2008.

⁹² Tribunal const., sent. n. 150/1990.

⁹³ Tribunal const., sent. n. 37/1987; l'orientamento è, successivamente, ribadito nella sent. n. 186 del 1993, cui *adde* anche sentt. nn. 82, 83 e 84/1986, 148/1986, 46/1999 (sulle lingue ufficiali), 4/93 (sul diritto di accedere in condizioni uguali), 122/1989 (sull'eguaglianza nelle condizioni di riconoscimento dei titoli ufficiali).

⁹⁴ Tribunal const., sent. n. 319/1993.

⁹⁵ In tal senso, il Tribunale costituzionale, nella sent. n. 19/1987, afferma il carattere dell'omogeneità e dell'unità del sistema tributario su tutto il territorio nazionale quale “ineludibile esigenza di eguaglianza di tutti gli spagnoli”.

⁹⁶ Tribunal const., sent. n. 19/1987, cui *adde*, almeno, sentt. nn. 13/1992, 39/1982, 84/1983 (in materia di sovvenzioni), 76/1986 (in materia di benefici ad ex funzionari baschi), 53/1984 (in materia di prezzi di trasporto pubblico). Sviluppi dottrinari interessanti, sotto tale profilo, riguardano, in particolare, le tematiche del finanziamento delle autonomie territoriali, come aspetto definitorio del sistema di rapporti Stato-Comunità Autonome. Sul punto cfr. almeno E. Albertí, *Autonomía política y unidad económica*, Madrid, 1995; F. Requejo, “Diferencias nacionales y federalismo asimétrico”, in *Claves de razón práctica*, 1996, n. 59; J. Pemán Gavín, *Igualdad de derechos y autonomías territoriales*, Madrid, 1992.

⁹⁷ In tal senso, cfr. R.L. Blanco Valdés, “La seconda decentralizzazione spagnola: fra riforma confederale e Stato possibile”, in S. Gambino, *Regionalismi e Statuti ... cit.*

competenze, limitandosi, pertanto, le problematiche dell'asimmetria, nella fase attuale, soprattutto all'esperienza registrata in tema di fiscalità pubblica.

Le esigenze poste, in particolare, dalla natura (inviolabile ed inderogabile) dei diritti fondamentali (e fra questi dei diritti sociali), in accordo con la prevalente dottrina costituzionale e gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale dei due Paesi, portano, sotto tale profilo, a sottolineare che la diversità nella distribuzione territoriale dei poteri (asimmetria competenziale), in uno Stato costituzionale, conosce il limite inderogabile dell'eguaglianza.

Nessuna diversità (pure prevedibile e/o anche astrattamente ipotizzabile), dunque, pare giustificare la compressione (se non il vero e proprio sacrificio) dell'eguaglianza "in ciò che è sostanziale". Tema – quest'ultimo – che è qui solo richiamato, meritando lo stesso più adeguato approfondimento mediante la sottolineatura degli orientamenti seguiti dai giudici delle leggi nel sindacato della discrezionalità del legislatore, nella ricerca dei parametri e degli *standard* relativi alle componenti essenziali dei diritti fondamentali, indisponibili allo stesso⁹⁸.

Ciò significa, in altri termini, che il diritto alla differenziazione, che è proprio del modello di distribuzione territoriale dei poteri, in base al quale la posizione giuridica dei soggetti può essere diversa nelle varie Comunità Autonome e nelle Regioni, non può estendersi all'ambito dei diritti in ciò che degli stessi è sostanziale, nonché dei doveri costituzionali. In tale ambito, come si fa bene osservare, "l'uguaglianza deve essere assoluta; non vi può essere differenziazione nel godimento dei diritti fondamentali o nell'adempimento dei doveri costituzionali"⁹⁹.

Pur se mediante formule costituzionali differenziate, nella disciplina dei diritti sociali (con la positivizzazione costituzionale delle relative tutele nel caso italiano e spagnolo, mentre, nel caso tedesco, mediante clausole generali), l'esperienza costituzionale italiana e quella spagnola, sotto tale profilo – ancorché relative a forme di Stato tipologicamente differenziate (nel grado del decentramento costituzionalmente accolto) – sottraggono ai diversi livelli territoriali (Comunità Autonome, Regioni) la materia dei diritti fondamentali (in quanto elemento costitutivo fondamentale dello Stato democratico e sociale nonché del relativo statuto della cittadinanza) e quella connessa alla garanzia delle "condizioni di base che garantiscono l'uguaglianza" di tutti i cittadini, opponendo, in tal modo, limiti costituzionali a ogni disuguaglianza di fatto originabile in ragione dell'appartenenza territoriale.

A principi (sostanzialmente) omologhi rispondono le disposizioni costituzionali della Legge Fondamentale di Bonn¹⁰⁰, quando sancisce la competenza della Federazione ogni qualvolta sia necessario "creare" condizioni di vita equivalenti nel territorio federale (o la tutela dell'unità giuridica o economica nell'interesse generale) e la Costituzione spagnola (art. 149.1.1.), quando assegna alla competenza esclusiva della legge statale la "disciplina delle condizioni di base che garantiscono l'uguaglianza di tutti gli spagnoli nell'esercizio dei diritti e nell'adempimento dei doveri costituzionali".

Tali osservazioni, nel sottolineare i vincoli registrati dalle collettività territoriali nell'esercizio delle loro competenze (legislative ed amministrative), si riflettono su principi e su diritti fondamentali delle singole realtà statali, assegnando una evidente centralità alla già richiamata questione, tuttora aperta

⁹⁸ Per un approfondimento di questo orientamento cfr. anche G. Ruiz-Rico Ruiz, "La dimensione territoriale del principio di uguaglianza come limite al principio di autonomia"; G. Ruiz-Rico Ruiz, "Il principio di solidarietà inter-territoriale nella Costituzione spagnola del 1978"; J. Lozano Miralles, "Lo Stato di diritto come Stato garantista: il valore giustizia (art. 1.1 CE) ed il principio-diritto alla tutela giudiziaria effettiva (art. 24 CE)"; N. Pérez Sola - A. Anguita Susi, "Dignità umana e diritti della persona"; C. Storini, "Il principio d'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee e del Tribunale costituzionale spagnolo: le tradizioni costituzionali comuni e lo standard di protezione"; R. Viciano Pastor - R. Martínez i Martínez, "Verso la determinazione dei principi costituzionali comuni dell'Unione Europea: i principi dell'art. 9.3 della Costituzione spagnola nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale"; P. Pérez Tremps, "Decentramento territoriale, giurisprudenza interna e giurisprudenza comunitaria: il caso spagnolo"; R.L. Blanco Valdés e V. Sanjurjo Rivo, "Dov'è la democrazia? Il principio democratico fra ordinamento costituzionale spagnolo ed ordinamento europeo (riflessioni)", (tutti in AA.VV. (a cura di M. Scudiero), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2002.

⁹⁹ Cfr. J. García Morillo, "Autonomia, asimmetria ... *cit.*, p. 107.

¹⁰⁰ LFB, art. 72.2: "In questo ambito la Federazione ha il potere di legiferare quando e nella misura in cui la creazione di condizioni di vita equivalenti nel territorio federale o la tutela dell'unità giuridica o economica nell'interesse generale renda necessaria una disciplina legislativa federale".

nel dibattito costituzionale, dei rapporti fra Unione Europea e Costituzioni nazionali nella materia dei diritti fondamentali (e, fra questi, in particolare, dei diritti sociali)¹⁰¹.

4.2. Principio di eguaglianza e principio federale: l'esperienza tedesca

Analisi formalmente differenziata ma materialmente omologa può farsi con riferimento ai rapporti relativi al riparto costituzionale delle competenze fra Federazione e *Laender* nella esperienza costituzionale tedesca e tutela dei diritti fondamentali nel quadro degli Stati federali. A tale fine, nella Legge fondamentale di Bonn (art. 19, II co., LFB), si prevede che “in nessun caso un diritto fondamentale può essere leso nel suo contenuto essenziale”. Bene è stato osservato, sotto tale profilo, come il federalismo, se comparato con le forme (più o meno intense) di decentramento politico-territoriale, non costituisca un “fattore di spinta e sviluppo del *Welfare State* ... (anzi) il potere centrale tende a riservarsi incisive competenze legislative orientate ad assicurare un alto livello di uniformità, nonché probabilmente di solidarietà interterritoriale”¹⁰².

Un profilo che qui non può approfondirsi porterebbe a sottolineare che il modello del *Welfare State* – più che alle forme classiche di divisione territoriale del potere e fra i poteri costituzionali (federalismo/regionalismo) – dovrebbe fare riferimento alle modalità concrete di esercizio delle funzioni pubbliche, con particolare riferimento a quelle relative alle forme di erogazione delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali e a quelle, strettamente connesse, delle forme di finanziamento¹⁰³.

Le due modalità di esercizio territoriale del potere, inverando in concreto moduli differenziati di sussidiarietà (verticale e orizzontale), possono offrire una possibile soluzione alla crisi (in atto) del *Welfare State* se risultano idonee ad assicurare modalità organizzativo-gestionali efficaci ed efficienti e se operano sulla base di un ‘federalismo fiscale’ capace, a sua volta, di assicurare, pur nell’ambito di possibili asimmetrie delle formule territoriali di fiscalità, soluzioni capaci di garantire l’effettività del principio di eguaglianza, inteso come uguaglianza personale e come uguaglianza interterritoriale¹⁰⁴.

Così brevemente evocati i termini di fondo di una prospettiva comparatistica fra le due esperienze ideal-tipiche di decentramento territoriale del potere – federale e regionale – possiamo ora richiamare, sia pure in modo essenziale, le disposizioni costituzionali della Legge Fondamentale di Bonn finalizzate a disciplinare il riparto dei poteri (legislativi, esecutivi e giurisdizionali) fra Federazione e *Laender*, nonché le clausole generali che, diversamente dalle soluzioni accolte nella Costituzione

¹⁰¹ Nell’ampia bibliografia, sul punto, cfr. anche S. Gambino, *Diritti fondamentali e Unione Europea*, 2008 (in corso di stampa), nonché dello stesso A., “Derechos sociales, Carta de los derechos fundamentales y integración europea”, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2008, n. 1.

¹⁰² Cfr. L.M. Díez-Picazo, “Federalismo, regionalismo e *welfare state*”, in *Il Mulino*, 1996, n. 368.

¹⁰³ A tale proposito, con riferimento all’ordinamento tedesco, e nel quadro di un modello di federalismo ‘temperato’ (‘cooperativo’, e perfino, per taluni ‘di esecuzione’), la LFB prevede, da un lato, all’art. 106, il puntuale riparto generale dei tributi di spettanza della Federazione, dei *Laender* e degli altri enti infra-statali, dall’altro, al III co. della stessa disposizione la determinazione (per soli principi generali) della distribuzione dell’imposta in capo al *Bund* ed ai *Länder*, al fine di contemperare, in termini di fabbisogno, le esigenze derivanti da un’eccessiva pressione fiscale e dal mantenere l’uniformità delle condizioni di vita su tutto il territorio nazionale. Tale riparto, quindi, assolve ad una funzione solidaristica nei riguardi dei *Laender* più svantaggiati sotto il profilo economico. In tale ultimo senso, inoltre, si ricorda il II co. dell’art. 107, in base al quale “la legge deve garantire un adeguato conguaglio (cioè, un’opportuna perequazione) tra le diverse capacità finanziarie dei *Länder*”, sulla base dei fabbisogni finanziari dei comuni (e dei consorzi di comuni), prevedendosi, altresì, che, con legge, si possa stabilire che la Federazione, con propri mezzi, attribuisca ai *Länder* con minore capacità economica delle assegnazioni complementari per la copertura del loro generale fabbisogno finanziario, dal tenore generale della cui formulazione ne discende un obbligo in capo ai *Laender* più “ricchi” di “conguagliare” quelli più “poveri”. Inoltre, accanto a tali disposizioni costituzionali espressione di finalità perequative e, per taluni profili, redistributive, si ricorda, altresì, che gli artt. 91a (Collaborazione della Federazione in compiti comuni) e 91b (Programmazione dell’istruzione e della ricerca scientifica) costituzionalizzano la collaborazione/cooperazione tra Federazione e *Laender* per l’assolvimento dei “compiti comuni”, quando questi ultimi abbiano “rilievo per la generalità dei cittadini e se la collaborazione della Federazione è utile al miglioramento delle condizioni di vita”. Nell’ampia bibliografia sul punto cfr., almeno, A. Zorzi Giustiniani, “Distribuzione delle competenze legislative e federalismo fiscale in sei ordinamenti federativi consolidati”, in AA.VV. (a cura di S. Gambino), *Stati nazionali e poteri locali ... cit.* e, più di recente, J. Weiland, “Problemi del federalismo fiscale”, in *Le Regioni*, 2000, n. 2; D. Scheffold, “Modelli di federalismo e sistema finanziario tedesco nel quadro dell’integrazione europea”, in www.luiss.it/semcost/europa/scheffold/index.html; J. Luther, “La riforma del federalismo in Germania all’esame del Parlamento italiano”, in www.issirfa.cnr.it/3927,949.html.

¹⁰⁴ Cfr. L.M. Díez-Picazo, “Federalismo ... cit.”, secondo il quale, pur dovendosi ammettere che “non ha alcun senso di parlare di federalismo se non si è contemporaneamente disposti ad accettare un certo margine di diversità territoriale nelle politiche pubbliche” (p. 1129), si deve parimenti affermare che “l’ipotesi di forme di discriminazione fra i cittadini sulla base della loro provenienza da parte delle autorità regionali è assolutamente inammissibile. Se la cittadinanza è unica, allora deve pesare sulle regioni autonome un divieto di discriminazione” (p. 1130).

italiana (ma anche in altre Costituzioni europee)¹⁰⁵, hanno portato la LFB a stabilire, nell'art. 20, co. 1, che “la Repubblica Federale di Germania è uno Stato federale democratico e sociale” e, nell'art. 28, co. 1, che “l'ordinamento costituzionale dei *Laender* deve corrispondere ai principi dello Stato di diritto, repubblicano, democratico e sociale ai sensi della presente Legge Fondamentale”.

Il modello federale tedesco si completa con la previsione costituzionale relativa all'integrazione europea, introdotta con la novellata disposizione dell'art. 23, co. 1, secondo la quale “per la realizzazione di un'Europa unita, la Repubblica Federale di Germania collabora allo sviluppo dell'Unione europea, la quale è impegnata al rispetto dei principi democratici, dello Stato di diritto, sociali e federativi e del principio di sussidiarietà e garantisce una tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente equiparabile a quella contemplata da questa Legge Fondamentale ...”.

È alle disposizioni appena richiamate, per come integrate con quelle previste nell'art. 70 (secondo cui “i *Laender* hanno diritto di legiferare nella misura in cui la presente Legge Fondamentale non riserva alla Federazione le competenze legislative”), nell'art. 100, co. 3 (per quanto concerne i profili del processo costituzionale), nell'art. 31 (sulla priorità del diritto federale) e nell'art. 142, disposizione – quest'ultima – importante, benché sufficientemente anodina, secondo cui i legislatori (federali e statali), i giudici e la comunità degli interpreti devono attingere per la soluzione delle problematiche costituzionali poste (storicamente, politicamente e, naturalmente, giuridicamente) dal federalismo tedesco nella sua concreta attuazione. La Germania, pertanto, costituisce un'esperienza di Stato federale di tipo peculiare, nella quale il federalismo – inteso anche come ideologia politica di assetto territoriale dei poteri – risulta assoggettato ai vincoli posti da una esplicitata ‘clausola di omogeneità’, di cui agli artt. 20, co. 1 e 28, co. 1, LFB¹⁰⁶.

Risulta indubbiamente complesso definire il contenuto preciso di formule come quella di ‘Stato sociale’, accolta come clausola generale, e pertanto, come sottolinea un'attenta dottrina tedesca¹⁰⁷, il suo significato non appare “ben determinabile nel contesto costituzionale”, se non attingendo al suo significato storico, alle basi ideologiche che ne costituiscono l'orizzonte culturale, alle analisi filosofiche e di teoria dello Stato e in tale ambito offrendosi come parametro di riferimento al Giudice costituzionale nella soluzione dei conflitti che gli sono rappresentati e nella risoluzione delle questioni d'incostituzionalità.

Nel complesso, così, e soprattutto in ragione dell'evoluzione concreta registrata dal modello in esame, l'esperienza federale tedesca ha potuto, a buona ragione, essere inquadrata come ‘federalismo cooperativo’ (art. 91 a e b), e come conformato, nella concreta separazione (verticale e orizzontale) dei poteri, alla finalità di favorire – come si sottolinea nella dottrina tedesca¹⁰⁸ – adeguati “bilanciamenti nell'interesse della libertà politica e (a) rende(re) possibile la libertà ‘ovunque’ e per ‘ogni singolo aspetto’. La libertà tedesca è in ogni caso una libertà federale”.

Quanto al riparto territoriale delle competenze (artt. 30, 70, 83 LFB), il costituente tedesco, muovendo dall'integrazione fra principio di prevalenza del diritto federale (art. 31 LFB) e competenza residuale a favore dei *Laender*, alloca territorialmente i poteri sulla base di un'articolazione delle competenze individuate come legislazione esclusiva, concorrente, legislazione quadro e legislazione di principio (artt. 70-75, 109, co. 2, LFB). Pur definendo un quadro competenziale sufficientemente chiaro dei due livelli istituzionali (Federazione e *Laender*), il costituente ha proceduto nel senso di

¹⁰⁵ Sul punto cfr., almeno, J. Iliopoulos-Strangas (éd.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Athènes-Bruxelles-Baden-Baden, 2000.

¹⁰⁶ Sul punto, nell'ampia bibliografia, cfr. almeno C. Amirante, “Stato sociale, diritti sociali e federalismo nella RFG tra *Bund*, *Laender* e Unione Europea” e M. Mistò, “Brevi considerazioni sul precetto di omogeneità ‘materiale’ nella Legge Fondamentale tedesca”, ambedue in S. Gambino (a cura di), *Regionalismo, federalismo, devolution ... cit.*; V. Baldini, “Autonomia costituzionale dei *Laender*, principio di omogeneità e prevalenza del diritto federale” e L. Violini, “Federalismo, regionalismo e sussidiarietà come principi organizzativi fondamentali del diritto costituzionale europeo”, (ambedue) in AA.VV. (a cura di M. Scudiero), *Il diritto costituzionale comune ... cit.*, V. I, T. I.; M.E. Gennusa, “I diritti fondamentali nelle costituzioni dei *Laender* della RFT come fattore di costruzione delle ‘tradizioni costituzionali comuni’ europee” (*paper*).

¹⁰⁷ Cfr. D. Schefold, “Lo Stato sociale e la costituzione economica”, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, di cui cfr. anche “Le competenze della Federazione e dei *Laender* in Germania”, in S. Gambino (a cura di), *Stati nazionali e poteri locali. La distribuzione territoriale delle competenze. Esperienze straniere e tendenze attuali in Italia*, Rimini, 1998, nonché “Il federalismo tedesco fra Legge Fondamentale e prassi”, in AA.VV. (a cura di S. Gambino – G. Fabbri), *Regione e governo locale fra decentramento istituzionale e riforme*, Rimini, 1997.

¹⁰⁸ Cfr. P. Häberle, “Germania”, Introduzione alla LFB, in AA.VV. (a cura di E. Palici di Suni Prat – F. Cassella – M. Comba), *Le costituzioni dei paesi dell'Unione europea*, Padova, 2001, II ed.

valorizzare la ripartizione all'interno di specifiche funzioni allocate ai due livelli istituzionali¹⁰⁹, dal che deriva un'indubbia e costituzionalmente deliberata preponderanza del *Bund* rispetto al singolo *Land* nell'esercizio della competenza legislativa, nel mentre al *Land* è riconosciuta una prevalente, nei fatti tendenzialmente esclusiva, specializzazione funzionale nell'esercizio della funzione esecutiva. Tendenza – quest'ultima – che ha portato, a buona ragione, a far cogliere l'esperienza tedesca come ispirata a un "federalismo di esecuzione".

È in tale tecnica costituzionale di riparto che trova collocazione la questione, centrale ai fini della nostra indagine, relativa ai limiti di cui all'art. 19, co. 2, della LFB¹¹⁰, in materia di protezione dei diritti fondamentali nel loro "contenuto essenziale", nonché in quella dei principi che guidano la legislazione concorrente¹¹¹.

Nella disciplina della materia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale tedesco, così, ritroviamo un elemento strutturale comune agli Stati federali e a quelli a base regionale. Ai sensi della (più volte) richiamata previsione costituzionale sulla 'prevalenza del diritto federale' (art. 31, LFB) e ancorché nel rispetto dell'art. 142 LFB, sulla disciplina costituzionale dei diritti fondamentali nelle Costituzioni dei *Laender*, i diritti fondamentali, pur rientrando nella competenza legislativa dei *Laender*, subiscono l'intervento del legislatore federale tutte le volte che sia necessario assicurare uno *standard* di protezione comune a tutti i cittadini tedeschi.

Il Tribunale costituzionale federale conferma tale lettura, facendo ricorso come parametro al principio di uguaglianza, di cui all'art. 3, co. 1, LFB, talora in combinato disposto con le disposizioni di cui all'art. 1 LFB, in materia di protezione della dignità umana¹¹². Come è stato bene osservato, il Tribunale costituzionale federale è intervenuto nel riparto territoriale dei poteri facendo propria una visione forte del principio di 'fedeltà federale' e di sostegno del principio di unità giuridica ed economica quale obiettivo fondamentale per il legislatore federale e per i legislatori statali (*Laender*), sottoponendo questi ultimi a vincoli operativi stringenti che hanno prodotto come esito finale una chiara svalorizzazione del secondo livello istituzionale di articolazione del potere, quello della competenza legislativa dei *Laender*¹¹³.

Possiamo ora tentare un bilancio conclusivo, sia pure essenziale, sulla giurisprudenza che il Giudice costituzionale federale ha elaborato a partire dalla clausola costituzionale dello 'Stato sociale'; esso potrà anche consentire una valutazione, dal punto di vista comparatistico, delle evidenti differenze, in termini di tutela dell'effettività dei diritti fondamentali, e fra questi dei diritti sociali, per come tutelati nell'ordinamento costituzionale italiano e spagnolo attraverso la previsione di principi fondamentali (principio personalista, diritti fondamentali, principio di uguaglianza) e mediante una positivizzazione costituzionale in un catalogo di diritti fondamentali fortemente articolato, aperto alla successiva implementazione ai sensi della clausola aperta di cui all'art. 2 della Costituzione italiana.

Con riferimento specifico, poi, alla previsione di cui all'art. 72, co. 2, LFB, letto alla luce dell'art. 1 LFB (protezione della dignità umana), la Corte costituzionale federale ha respinto in modo sistematico ogni possibile interpretazione finalizzata ad assegnare allo stesso giudice il potere d'intervenire sulle

¹⁰⁹ Così anche M. Mistò nel suo lucido contributo "Brevi considerazioni ... cit.", p. 4.

¹¹⁰ Art. 19 LFB: "In nessun caso un diritto fondamentale può essere leso nel suo contenuto essenziale".

¹¹¹ Art. 72, co. 2, LFB, secondo cui "la Federazione ha il potere di legiferare quando e nella misura in cui la creazione di condizioni di vita equivalenti nel territorio federale o la tutela dell'unità giuridica o economica nell'interesse generale renda necessaria una disciplina legislativa federale".

¹¹² Cfr. M. Mistò, "Brevi considerazioni ... cit.", il quale richiama la nota sentenza del TCF "*Numerus Clausus I*", del 1972 (nella quale il Giudice costituzionale federale sancisce "che, pur nell'ambito di una materia di competenza del legislatore regionale, se una fattispecie materiale per sua natura travalica i confini del *Land* e lambisce una posizione giuridico-soggettiva garantita nella stessa misura a tutti i cittadini della Repubblica Federale in tutti gli stati federati, allora previsioni normative unilaterali favorevoli ai cittadini di un singolo *Land* possono produrre una disuguaglianza di trattamento nei confronti di altri cittadini" (BVerfGE 33, 303, 352). Con tale sentenza, il legislatore regionale – conclude opportunamente l'Autore – si veda preclusa la possibilità di porre legittimamente in essere normative in materia di diritti fondamentali diverse da quelle degli altri *Laender*, con la conseguente omogenizzazione materiale nelle questioni dei diritti fondamentali e una limitazione sostanziale delle prerogative legislative degli esecutivi regionali: la fissazione da parte del TCF di uno *standard* omogeneo e vincolante di tutela e godimento dei diritti fondamentali ha ingenerato una massiccia erosione degli abiti operativi propri degli stati federati" (*op. cit.*, pp. 6-76).

¹¹³ Cfr. M. Mistò, "Brevi considerazioni ... cit.", per il quale alla formazione dell'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato non risulta estraneo "l'ampio consenso in ambito scientifico e politico di cui godeva l'obiettivo di una sempre maggiore uniformità giuridico-economica" (p. 9).

misure adottate dal legislatore volte ad assicurare il “minimo di vita” (minimo vitale) come oggetto di garanzia costituzionale, lasciandone al medesimo la responsabilità di fissarlo¹¹⁴.

Sotto tale profilo, possiamo concludere che, nel fondo, non si registrano molte differenze rispetto agli orientamenti del giudice costituzionale delle leggi italiane in materia di contenuto essenziale dei diritti fondamentali e, pertanto, sotto il profilo della garanzia dell’effettività dei diritti sociali non molto diversa appare l’esito cui perviene la garanzia giurisdizionale nei due ordinamenti ora in considerazione. Piuttosto, è al principio di eguaglianza che la Corte costituzionale federale ricorrerà, almeno a partire dalla metà degli anni ’70, per sanzionare misure legislative concrete e anche eventuali omissioni del legislatore in quanto “lesioni del principio dello Stato sociale”¹¹⁵.

Pur in assenza, nell’ordinamento costituzionale tedesco, di una disposizione analoga a quella accolta nell’art. 3, co. 2, della Costituzione italiana, il Giudice costituzionale federale, a partire da un indirizzo giurisprudenziale originario, nel quale le situazioni giuridiche protette come “inviolabili e inalienabili diritti dell’uomo” (art. 1, co. 2, LFB) rispetto all’uguaglianza riguardavano le sole categorie costituzionalmente protette (art. 3, co. 2, LFB) – quali le donne, la lingua e la nazionalità, le disabilità – a partire dalla metà degli anni ’80, determina una significativa svolta nella propria giurisprudenza, che lo portano a fissare il limite negativo della discrezionalità del legislatore in materia di imposizione fiscale quando quest’ultima incida sui “minimi vitali”, estendendosi tale indirizzo giurisprudenziale, in seguito, fino a riguardare bilanciamenti con le stesse classiche libertà economiche, come la proprietà privata¹¹⁶.

Rimane comunque un limite che la stessa Corte federale si pone nel suo bilanciamento, che la porta a escludere ogni sviluppo della giurisprudenza creativa di (nuovi) diritti fondata sul principio dello Stato sociale¹¹⁷. Diversamente da quanto abbiamo affermato a proposito del Giudice delle leggi italiane, da ciò se ne può trarre la conclusione secondo cui la Corte costituzionale federale non può cogliersi come il garante fondamentale della effettività dei diritti sociali, ancorché nel significato essenziale che possiamo attribuire a tale funzione nel senso della “garanzia di uno stato minimo di sicurezza sociale”¹¹⁸.

¹¹⁴ Cfr. D. Schefold, “Lo Stato sociale e ... cit., p. 12 e la giurisprudenza ivi richiamata nella nota 41, cui *adde*, per un’analisi delle tecniche utilizzate in tale giurisprudenza, A.A. Cervati, “Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana”, nonché S. Stuth, “*Bundesverfassungsgericht* e il profilo tecnico delle sue pronunce”, ambedue in *Quaderni costituzionali*, 1989, n. 2,

¹¹⁵ Cfr. D. Schefold, “Lo Stato sociale ... cit., p. 12 e la giurisprudenza ivi richiamata nella nota 41.

¹¹⁶ BverfGE 87, 153 (169 ss.), 82, 60 (85,94).

¹¹⁷ Cfr. anche R.U. Schlenker, *Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz*, Berlin, 1986.

¹¹⁸ Cfr. D. Schefold, “Lo Stato sociale ... cit., p. 13.