

20 GIUGNO 2018

Tecniche argomentative della Corte
costituzionale e tutela dei diritti sociali
condizionati. Riflessioni a partire dal
diritto alla salute

di Simone Barbareschi

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale
Sapienza – Università di Roma

Tecniche argomentative della Corte costituzionale e tutela dei diritti sociali condizionati.

Riflessioni a partire dal diritto alla salute*

di Simone Barbareschi

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale
Sapienza – Università di Roma

Sommario: 1. Introduzione. 2. Il diritto alla salute come diritto fondamentale dell'individuo. 3. L'individuazione del costituzionalmente dovuto tramite l'estensione di contenuto sulla base del principio di eguaglianza. 4. Il bilanciamento giurisprudenziale tra risorse finanziarie e diritto alla salute. Il convitato di pietra: l'art. 3, comma 2, Cost. 5. Un caso interessante di definizione del costituzionalmente dovuto. 6. I presupposti argomentativi nella sent. n. 275/2016. 7. La costruzione del nucleo essenziale del diritto all'istruzione dei disabili. 8. Brevi conclusioni.

1. Introduzione.

La tematica delle risorse economiche indispensabili per la tutela del diritto alla salute ha coinvolto la dottrina e la giurisprudenza costituzionale, soprattutto dall'inizio degli anni '90¹. Il dibattito si è incentrato sulla nozione di diritto alla salute come finanziariamente condizionato e sull'incidenza che il ripensamento dello Stato sociale e i vincoli finanziari possono avere su di esso².

A tal proposito, si può constatare un'evoluzione all'interno della giurisprudenza costituzionale, tale per cui all'espansione della tutela dei profili di libertà del diritto in questione si presenta come contraltare un indebolimento dell'idea di assolutezza del diritto sociale alle cure, mediante l'affermazione del suo carattere fortemente condizionato alle risorse finanziarie³.

* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente articolo costituisce una versione estesa e ampiamente modificata del contributo destinato agli atti del Convegno internazionale "I modelli di welfare sanitario tra qualità e sostenibilità: esperienze a confronto", tenutosi i giorni 5 e 6 aprile 2017 presso l'Università degli Studi "Roma Tre".

¹ Come è noto, alla base di tale attenzione vi un aggravarsi della c.d. crisi fiscale dello Stato. Si rinvia, *ex multis*, a AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e art. 81, n.c., della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1991; L. CARLASSARE, *Forma di stato e diritti fondamentali*, *Quad. cost.*, 1995; R. GRECO, *Diritti sociali, logiche di mercato e ruolo della Corte costituzionale*, in *Questione giustizia*, 1994; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'eguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli, 1999; E. GROSSO, *Sentenze costituzionali di spesa "che non costino"*, Giappichelli, Torino, 1991.

² Cfr. R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 5397.

³ Cfr. C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2000, 97 ss., la quale sostiene che una conferma di questa tendenza sembra venire dall'emergere di un nuovo *topos* nella giurisprudenza costituzionale, ovvero quello del «contenuto minimo/essenziale» del diritto alla salute. Al tema quindi del carattere condizionato alle risorse finanziarie si aggiunge-interseca quello dell'intangibilità del contenuto essenziale del diritto. Cfr. R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Utet, Torino, 1997, 532. Sul tema si veda anche il recente lavoro di L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto di accedere alle prestazioni sanitarie*, Giappichelli, Torino, 2018, con autorecensione su *Forum di Quaderni Costituzionali*.

Non è un caso, infatti, che la possibilità di conciliare l’inviolabilità di alcuni diritti con la loro dipendenza dalle risorse economiche si rinviene per la prima volta nella sentenza n. 455/1990 in tema di diritto alla salute, in cui ricorre la nozione di diritti “sociali condizionati”⁴.

Il diritto alla salute risulta, quindi, essere un angolo di visuale privilegiato per un’indagine circa l’incidenza delle risorse finanziarie sui diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale italiana. Infatti, le tecniche argomentative utilizzate dalla Corte costituzionale per la definizione del contenuto essenziale (*rectius*: del contenuto costituzionalmente dovuto) del diritto in questione sono mutate in dipendenza delle contingenze economico-politiche⁵.

Da tali constatazioni emerge che un’indagine sui diritti sociali, così come quella concernente le altre prerogative costituzionali “naturalmente” limitate⁶, non può essere circoscritta ad una ricognizione dei valori incorporati dal testo della Costituzione ma richiede una lettura e sistematizzazione delle pronunce del Giudice delle leggi⁷. Tale analisi deve focalizzarsi sulle tecniche argomentative utilizzate dalla Corte costituzionale, volte a rendere trasparente «la concreta ragionevolezza o [la] pratica “persuasività”» delle scelte compiute⁸.

Prima di procedere all’indagine si rendono necessarie due precisazioni.

⁴ Cfr. C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Cedam, Padova, 1996, 370.

⁵ Cfr. A. MORRONE-F. MINNI, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista Aic*, 2013, 9, i quali sottolineano la “sinergia” tra l’attuazione legislativa del diritto in questione e l’evoluzione della giurisprudenza costituzionale in dipendenza delle risorse economiche.

⁶ Il riferimento è alla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 1956, con la quale è stato affermato che il concetto di diritto ha insito e connaturato il concetto di limite. Sul punto si veda A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001, 313.

⁷ Cfr. C. CARUSO, *Tecniche argomentative della Corte costituzionale e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2012, 2.

⁸ Sul punto si veda A. SPADARO, *Motivazione e creazione di norme costituzionali*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1994, 365 ss., il quale sottolinea la distinzione tra motivazione e argomentazione delle decisioni della Corte costituzionale. In particolare, la motivazione (tipica dei giudici comuni) si caratterizza per un procedimento logico-deduttivo che prende avvio con l’interpretazione del testo costituzionale. Viceversa, l’argomentazione si basa su «nessi problematico-induttivi, e non certo sistematico-deduttivi. La giustificazione dell’atto giudiziario della Corte, qui, poggia non tanto sulla astratta dimostrazione, quanto sulla concreta ragionevolezza o pratica “persuasività” della scelta compiuta». Lo stesso A. ammette che «forse troppo spesso i due procedimenti (...) segnalati si mescolano nella stessa “motivazione”». La necessità di argomentare deriva dalla struttura del dettato costituzionale, formato da principi che, per mezzo di tale strumento, si trasformano in norme. Sulla necessità di qualificare come tecniche argomentative il riconoscimento del carattere fondamentale di un diritto, l’uso del principio di eguaglianza-ragionevolezza e il bilanciamento degli interessi costituzionali si veda M. BENVENUTI, *Tecniche argomentative costituzionali ed esiti antisociali della Corte di Lussemburgo*, in A. CANTARO (a cura di), *Il costituzionalismo asimmetrico dell’Unione. L’integrazione europea dopo il trattato di Lisbona*, Giappichelli, Torino, 2010, 214 ss. Con specifico riferimento al bilanciamento: M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, in www.cortecostituzionale.it, 2013; A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali*, Giuffrè, Milano, 2008; G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica e Politica*, I, 2006.

La prima, a mo' di definizione stipulativa, risiede nella differenziazione tra contenuto essenziale, diritto alla salute nel suo complesso e "costituzionalmente dovuto".

Infatti, soltanto al primo dei tre è riconducibile la definizione di «prestazioni indispensabili per dare risposte ad esigenze terapeutiche indifferibili», enunciata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 304/2004.

Il diritto alla salute nel suo complesso comprende, invece, qualsiasi eccedenza contenutistica rispetto al *minimum* essenziale.

All'interno di quest'ultima categoria si potrebbe individuare quella del costituzionalmente dovuto, ovvero ciò che è funzionale al diritto all'integrità psico-fisica, e alla tutela di altri principi costituzionali, ma non coincidente con il nucleo essenziale del diritto alle cure, che è parte del dovuto esattamente come il meno con il più⁹.

In ogni caso, come si vedrà, la Corte costituzionale giunge a definire "il costituzionalmente dovuto" per la protezione del diritto alla salute, nei suoi rapporti con le risorse finanziarie, sulla base di «tre schemi di ragionamento»: a) il primo si fonda sul carattere *fondamentale* del diritto alla salute; b) il secondo opera mediante *estensioni* per mezzo del principio di eguaglianza, a seguito dell'individuazione del costituzionalmente obbligatorio; c) infine, la Corte argomenta facendo ricorso al *bilanciamento* dei valori¹⁰. La seconda precisazione concerne il metodo: l'analisi seguirà un andamento diacronico, in linea con l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul tema.

2. Il diritto alla salute come diritto fondamentale dell'individuo.

La prima tecnica argomentativa è frutto dell'acquisizione da parte della Corte della «consapevolezza del carattere fondamentale e primario del diritto alla salute», che si struttura come una pretesa giuridica rivolta nei confronti dell'amministrazione sanitaria, affinché ponga in essere le prestazioni indispensabili a garantirne la tutela¹¹.

La pronuncia che meglio mostra questo *modus argumentandi* è la n. 992/1988, nella quale il soddisfacimento della pretesa del singolo nei confronti del sistema sanitario è qualificato come *indispensabile e non fungibile*

⁹ Al fine di concretizzare si potrebbe differenziare tra le cure indispensabili per un soggetto ipovedente e gli interventi di chirurgia refrattiva per soggetti miopi, volti ad eliminare la dipendenza da occhiali o lenti. E' indubitabile che anche quest'ultimi si presentano funzionali alla tutela del diritto all'integrità psicofisica (diritto alla salute nel suo complesso), ma certamente non rientrano all'interno del contenuto essenziale del diritto alla salute. Tali prestazioni, come si vedrà nel resto dell'elaborato, possono assumere carattere "dovuto" alla ricorrenza di particolari condizioni (ad esempio per dare piena attuazione al principio di eguaglianza a seguito dell'introduzione di una particolare disciplina da parte del legislatore).

¹⁰ Tale tripartizione è stata individuata da B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità*, in C. E. GALLO – B. PEZZINI, *Profili attuali del diritto alla salute*, Giuffrè, Milano, 1998, 18.

¹¹ Sul punto si veda B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, 25.

in considerazione del suo rapporto diretto con il dettato costituzionale. Nella decisione, infatti, si dichiarano illegittime le norme impugnate «nella parte in cui non consentivano - con le stesse modalità ivi contemplate ai fini dell'assunzione della spesa a carico del Servizio sanitario nazionale - la eseguibilità delle prestazioni di diagnostica specialistica ad alto costo anche presso strutture private non convenzionate, allorché queste ultime fossero le uniche detentrici delle relative apparecchiature e gli inerenti accertamenti risultassero indispensabili»¹².

La sentenza in questione è particolarmente interessante poiché la Consulta, al fine di giungere a un'aggiunta relativa alla prestazione sanitaria esclusa dalla legge, non si concentra sull'art. 3 Cost., ritenendo irragionevole la differenza di rimborso nel caso di prestazioni eseguite presso strutture convenzionate e non, laddove quest'ultime siano le uniche detentrici delle necessarie apparecchiature, bensì sulla «comune esperienza» che renderebbe palese come possano esservi delle prestazioni «non altrimenti soddisfattibili, talché risulta palese l'iniquità del diniego di relativo ristoro a cura del Servizio Sanitario Nazionale»¹³.

Sebbene la questione fosse stata prospettata con riferimento agli artt. 3 e 32 Cost., la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale esclusivamente rispetto all'ultimo parametro, «restando assorbita ogni altra prospettazione», poiché si ritiene l'immediata lesione da parte della disposizione ordinaria dell'articolo costituzionale sul diritto alle cure, tale per cui l'aggiunta giurisprudenziale si presenta una *regola-corollario* della norma-principio¹⁴.

È interessante notare che la motivazione della decisione non distingue tra prestazioni che è compito del servizio sanitario assicurare e attività lasciate al libero gioco del mercato; la differenziazione è tra prestazioni *indispensabili* per la tutela della salute e quelle di natura *voluttuaria*: rispetto alle prime in capo al singolo cittadino vi sarebbe un diritto primario e fondamentale che giustifica la ricaduta del costo sull'intera collettività, mediante il rimborso da parte del SSN, a prescindere o meno dal fatto che questo sia l'erogatore della prestazione; le seconde, invece, non godrebbero di una tutela da parte della Costituzione e, quindi, non darebbero luogo ad un onere a carico dello Stato¹⁵.

¹² Cfr. C. cost. sent. n. 992/1988, *dispositivo*.

¹³ *Considerato in diritto* 2.3. Per una ricostruzione si veda C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, cit., 100; cfr. A. MORRONE-F. MINNI, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, cit., 9.

¹⁴ Cfr. B. PEZZINI, *op. cit.*, 20.

¹⁵ E. FERRARI, *Il diritto alla salute è diritto a qualunque prestazione ritenuta indispensabile?*, in *Le Regioni*, 1989, II, 1928; Cfr. B. PEZZINI, *op. ult. cit.*, 21, l'A. sottolinea che «sotto la soglia della indispensabilità il concetto stesso di tutela verrebbe a mancare». La possibilità di definire l'indispensabilità anche a prescindere dalla disciplina legislativa è stato successivamente confermato dalla sent. n. 127/1990 con la quale si afferma l'esistenza di una prestazione minima garantita anche (in tema di emissioni inquinanti non tollerabili per la salute). Un possibile *revirement* sul tema potrebbe essere rappresentato da una serie di sentenze o ordinanze successive, come l'ord. n. 40/1991 e la sent. n. 12/1992. Cfr. C. SALAZAR, *op. cit.*, 101.

Una conferma di questo *topos* all'interno della giurisprudenza costituzionale può essere rinvenuta, a parere di chi scrive, nella sent. n. 309/1999¹⁶, nota per aver consacrato una nozione relativa del diritto alle cure degli indigenti, in cui la Corte, nell'estendere le ipotesi di gratuità delle prestazioni rispetto a quelle tassativamente elencate nella legge, ha affermato che «l'art. 32 della Costituzione certamente non tollera (...) l'assoluto vuoto di tutela risultante dalla disciplina censurata, per gli indigenti che si trovino *temporaneamente* nel territorio degli Stati esteri nei quali non è garantita alcuna forma di assistenza sanitaria gratuita». Anche in questo caso l'art. 3, comma 1, Cost. sembra sparire nella parte motiva della sentenza, che configura la «rima obbligata» direttamente nell'enunciazione del diritto.

Infine, seppur non strettamente legata al tema delle risorse finanziarie ma certamente significativa nel mostrare questo schema argomentativo, si può far riferimento anche alla recente sentenza n. 213/2016 relativa all'esclusione (da parte dell'art. 33 d. lgs. n. 104/1992) del convivente *more uxorio* dai soggetti beneficiari dei permessi di assistenza al portatore di handicap. La Corte, in questo caso, pur facendo riferimento all'art. 3 Cost. dichiara l'incostituzionalità della disposizione in quanto la lacuna darebbe luogo ad una carenza di tutela del diritto alla salute¹⁷.

3. L'individuazione del costituzionalmente dovuto tramite l'estensione di contenuto sulla base del principio di eguaglianza.

Un secondo approccio della Corte, invece, rende manifesto il rapporto intercorrente tra contenuto essenziale e costituzionalmente dovuto, concretizzandosi nell'applicazione del principio di eguaglianza-ragionevolezza, in ipotesi in cui la somiglianza o la differenza è parametrata rispetto all'art. 32 Cost. In tal caso, l'individuazione del costituzionalmente dovuto presenta margini meno ampi rispetto alla tecnica argomentativa precedentemente esposta, poiché l'omissione riguarda un «percorso attuativo» intrapreso dal legislatore e l'addizione si inserisce all'interno di tale solco. Si tratta comunque di un contenuto dovuto precario, soggetto alla regola *rebus sic stantibus*, per cui al variare del quadro normativo muterebbero anche le soluzioni, con possibilità di un diverso risultato del controllo di razionalità¹⁸.

¹⁶ Sulla quale si rinvia, *ex multis*, a D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2015, 76 ss.

¹⁷ Sulla decisione si veda A. CORDIANO, *La dichiarazione di incostituzionalità della legge 104/1992 e l'estensione del beneficio del permesso al lavoratore convivente di fatto*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2016, 2; Cfr. M. CARLDIONI, *L'incostituzionalità della legge 104/1992 tra costruzione e ricostruzione della ratio legis. Brevi cenni su Corte cost., sent. 213 del 2016*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2016, 5.

¹⁸ Cfr. B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità*, cit., 21 ss. Uno dei principali esempi di quest'approccio è riscontrabile nella sent. n. 142/1982 in tema di deducibilità dal reddito delle spese medico-chirurgiche, la quale si sostiene che sia direttamente riconducibile all'obbligo di tutela di cui all'art. 32 Cost. nella misura in cui tale obbligo non è totalmente soddisfatto mediante il sistema delle prestazioni direttamente erogate dal Servizio Sanitario Nazionale, sia «per l'esistenza di terapie e interventi non effettuabili dalle strutture pubbliche, sia per la tutela della libertà di scelta individuale». Partendo da questo presupposto la Corte giunge ad affermare l'incostituzionalità della

All'interno di tale indirizzo della Corte costituzionale si pone certamente la sentenza relativa al c.d. "caso Di Bella" del 1998, che suscitò già allora un considerevole interesse della dottrina¹⁹. Il terreno è delicato perché, relativamente a pratiche di cui non sia stata accertata l'efficacia sotto il profilo scientifico e terapeutico o che siano solo in fase sperimentale, l'erogazione da parte del Sistema sanitario nazionale è necessariamente subordinata ad un atto legislativo (che costituisce una determinazione sull'*an* del diritto) in quanto mancano delle risultanze che ne confermino il carattere funzionale ed attuativo dell'art. 32 Cost.²⁰, sebbene dei limiti alla discrezionalità del legislatore derivino dalla c.d. ragionevolezza scientifica²¹.

norma ordinaria che ammette la possibilità di deduzione delle spese sanitarie effettuate in Italia ma non anche quella relativa alle spese all'estero: le due situazioni risultano irragionevolmente differenziate «rispetto all'importanza primaria del bene salute e dell'obbligo costituzionale della sua tutela (art. 32 Cost.)». A conferma di tale approccio è possibile guardare pure all'ord. 291/1988 la quale, sempre in tema di deducibilità, respinge la possibilità di scalare le spese di viaggio e soggiorno all'estero sostenute per curare l'infermità, sulla base del fatto che si tratta di spese meramente accessorie rispetto al momento della cura. In tal caso la norma ordinaria che consente la deducibilità del costo della *prestazione* viene posta in confronto con la quella che non permette di detrarre le spese accessorie di viaggio e soggiorno: la differenziazione è considerata nella disciplina ordinaria come ragionevole sulla base della diversa incidenza del tipo di spese in questione rispetto al parametro costituzionale invocato (ovvero la facoltà di scelta del luogo e delle modalità di cura in regime privatistico). Ancora, con la sent. n. 184/1993 la Corte ha affermato l'estensione dell'esenzione di pagamento di tutte quelle quote di partecipazione alla spesa sanitaria che fossero già state previste a favore dei pensionati di vecchiaia con reddito inferiore ad una determinata soglia di legge, anche ai titolari di pensione di invalidità con redditi analoghi.

¹⁹ *Ex multis*, M. PROTTO, *Nihil magis aegris prodest quam ab eo curari, a quo volunt*: il giudice amministrativo e il caso Di Bella, in *Giur. it.*, 1998; M. BERTOLISSI, *La Corte costituzionale chiude il "caso di Bella"?*, in *Corr. giur.*, 1999; M. BONA-A. CASTELNUOVO, *Il «caso Di Bella» e le nuove frontiere del diritto costituzionale alla salute: quali limiti al c.d. «diritto alla libertà terapeutica?»*, in *Giur. it.*, 1998.

²⁰ Cfr. D. MORANA, *La salute La salute come diritto costituzionale*, cit., 102-103; cfr. G. FONTANA, *I limiti alla ricerca scientifica: il "caso Stamina"*, in A. IANNUZZI (a cura di), *La ricerca scientifica fra possibilità e limiti*, Ed. Scientifica, 2015, 200, il quale sottolinea che i rapporti tra scienza medica e determinazione legislativa delle politiche sanitarie è «destinato a mutare in relazione ai margini più o meno ampi di certezza/incertezza scientifica; nei casi di evidenza scientifica e di certezze consolidate e non ancora falsificate in ambito medico, il campo delle opzioni politiche sarà naturalmente circoscritto a tutto vantaggio delle prerogative provenienti dagli organi tecnici competenti». La stessa Corte costituzionale ha riconosciuto una «riserva di competenza» a favore della scienza medica, tanto rispetto alle scelte del legislatore, quanto rispetto al proprio giudizio. Cfr. C. cost. sent. n. 185/1998, *considerato in diritto* n. 1.

²¹ Il principio di ragionevolezza scientifica si è venuto consolidando nella giurisprudenza costituzionale e sovranazionale a seguito della sentenza sul caso Di Bella. Sull'applicazione in ambito sovranazionale si veda A. IANNUZZI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sui limiti alla ricerca scientifica nel contesto del dialogo a distanza fra le Corti nazionali e internazionali. Il caso della ricerca in campo genetico*, ID. (a cura di), cit., 65 ss., il quale sottolinea che la giurisprudenza della Corte Edu si caratterizza per due orientamenti consolidati che, sulla base dell'art. 117, comma 1, Cost. fanno sorgere «a carico del legislatore un obbligo procedurale che impone costantemente la manutenzione della legislazione in considerazione di due elementi: l'eventuale formazione di un consenso fra gli Stati aderenti alla Cedu e l'avanzamento delle conoscenze scientifiche». In particolare, il secondo criterio (la c.d. ragionevolezza scientifica) richiede che nelle materie in cui non vi siano certezze scientifiche il legislatore sia obbligato ad intervenire «alla luce della conoscenza del dato scientifico», nonché a monitorare costantemente l'evoluzione delle conoscenze scientifiche. Insomma, la discrezionalità del legislatore è delimitata dallo «status quo riscontrabile a livello scientifico-tecnologico». Sull'applicazione di tale principio all'interno della giurisprudenza costituzionale si rinvia a S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte*

Come fin troppo noto, a parere del giudice rimettente, il d. l. n. 23/1998 sarebbe stato in contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost. poiché foriero di una discriminazione tra i malati terminali ammessi alla sperimentazione, che avevano gratuito accesso alla cura, e coloro che, non selezionati, potevano utilizzarla ma a loro spese²².

Indipendentemente dal *clamore massmediatico*²³ che ha indotto il legislatore ad intervenire e, di conseguenza, la Corte costituzionale, la decisione di quest'ultima presenta degli indubbi aspetti di rilevanza *tecnico-giuridica*, in quanto va ad incidere sulla portata immediatamente precettiva del diritto di cui all'art. 32 Cost. e dei suoi rapporti con le risorse finanziarie²⁴.

In particolare, con la sent. n. 185/1998 la Corte ha sostenuto che la scelta del legislatore di addossare ai soggetti non ammessi alla sperimentazione il costo per l'uso di quei farmaci rappresenta un fatto legislativo che ha «una sua oggettività, tale da differenziarlo da qualsiasi mero fatto sociale spontaneo»²⁵; proprio rispetto ad esigenze terapeutiche estreme, impellenti e senza risposte alternative la scelta legislativa (il fatto legislativo) ha *trasformato* la mera speranza terapeutica nel multitrattamento in *un'aspettativa giuridica qualificata*, così che la Corte giunge ad affermare, sulla base del principio di eguaglianza, la non ammissibilità della limitazione di tale pretesa in dipendenza delle disponibilità economiche dei malati²⁶.

costituzionale, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2014, 6 ss., il quale sottolinea che con la sentenza n. 162 del 2014, in tema di PMA, la Corte costituzionale ha ribadito e specificato la posizione inaugurata con la sentenza n. 282 del 2002, secondo cui l'esistenza e adeguatezza di pratiche terapeutiche idonee a tutelare il diritto alla salute deve essere accertata sulla base delle risultanze medico-scientifiche, potendo il legislatore intervenire esclusivamente a definirne la compatibilità con interessi di pari rango. Sul punto si veda anche M. D'AMICO, *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2015.

²² Si consideri in ogni caso che la questione era stata sollevata con riferimento a diversi parametri costituzionali: la violazione dell'art. 3 Cost. era stata lamentata anche con riferimento ai farmaci selezionati per la composizione del *cocktail* terapeutico; inoltre, il rimettente aveva rilevato l'illegittimità della disciplina anche rispetto agli artt. 3, 70 e 77 Cost. in quanto la normativa sarebbe stata priva del carattere di generalità ed astrattezza, senza che vi fossero fondati motivi per ritenere possibile l'adozione di una legge-provvedimento.

²³ Tale espressione è stata utilizzata da G. FONTANA, *I limiti alla ricerca scientifica: il "caso Stamina"*, cit., 177 con riferimento alla recente vicenda politica e giudiziaria del c.d. metodo Stamina.

²⁴ Cfr. C. COLAPIETRO, *La salvaguardia costituzionale del diritto alla salute e l'effettività della sua tutela nella sperimentazione del «multitrattamento Di Bella»*, in *Giur. it.*, 1999, 161 e 164.

²⁵ *Considerato in diritto* n. 9.1.

²⁶ Cfr. C. COLAPIETRO, *op. cit.*, 165, il quale parla di contenuto essenziale del diritto alla salute. Cfr. B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità*, cit., 24, la quale sottolinea che il provvedimento impugnato configura una sperimentazione speciale, in quanto semplificata ed accelerata rispetto alle modalità ordinarie, e a «doppio binario», poiché accanto ad una sperimentazione pubblica, ufficiale e gratuita presso le strutture pubbliche, era prevista una sperimentazione privata e parallela. In questo modo si crea, *ex lege*, una peculiare situazione di aspettativa, di speranza terapeutica. Questa situazione di aspettativa coincide con il contenuto essenziale del diritto alla salute, che deve essere garantito e non ammette discriminazioni. Per una ricostruzione peculiare: C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, cit., 107: «si può immaginare che il ragionamento della Corte sia partito dalla constatazione che la progettualità circa il proprio futuro è la capacità propria dell'essere umano e che essa sia fortemente condizionata da quello che Eschilo, imputandolo a Prometeo, definisce "il dono dell'oblio dell'ora della

Si deve sottolineare che in tale decisione la Corte costituzionale non sostiene che lo Stato deve elargire, in quanto rientrante nel contenuto essenziale del diritto alla salute, quel determinato trattamento, ma giunge ad affermare che la speranza, una volta messa a disposizione verso alcuni nella forma dell'aspettativa giuridica, deve essere estesa verso tutti coloro che si trovano in quelle determinate condizioni²⁷.

Particolarmente interessante è il dispositivo con cui si conclude la pronuncia, ovvero un'additiva di principio molto attenta ai rapporti con il legislatore ed alle esigenze finanziarie: la Corte circoscrive l'operatività del suo *decisum* ponendo tre condizioni, che evitano una generalizzazione "alla cieca": sotto il profilo soggettivo (si applica solo ai malati affetti dalle medesime sindromi neoplastiche di quelli ammessi alla sperimentazione), sotto quello oggettivo (l'addizione riguarda solo i farmaci relativi a questo trattamento) e sotto il profilo cronologico (l'efficacia è limitata agli esiti della sperimentazione).

La decisione si chiude affidando al legislatore la definizione delle condizioni per consentire l'accesso alla cura anche a pazienti non ammessi e che non possano sostenere gli oneri della sperimentazione. Si tratta di un'additiva di principio (rinforzata) con cui la Corte non si limita ad introdurre un criterio generalissimo ma si spinge fino ad aggiungere puntuali condizioni²⁸.

Pur inserendosi all'interno di un contesto carico di emotività, la decisione permette delle riflessioni di natura sistematica, poiché tenta di individuare un punto di equilibrio tra esigenze finanziarie e tutela dei diritti: «in definitiva la Corte costituzionale "ammette ed anzi sollecita il contenimento della spesa sanitaria, ma non a qualunque costo umano e sociale", richiedendo che l'applicazione del principio di

morte". L'uomo ritiene che la ricerca della salute abbia senso, nonostante sappia di vivere all'ombra della morte, perché possiede una naturale speranza di vita. Un medicinale che rinnova l'offerta di tale speranza non può essere elargita dallo Stato solo a taluni di quelli che l'hanno perduta».

²⁷ Cfr. C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, cit., 107

²⁸ C. COLAPIETRO, *op. cit.*, 165: si tratta di uno strumento con cui la Corte permette comunque al legislatore di definire gli interventi necessari per ricondurre la disciplina alla legalità costituzionale. A. sottolinea che non si riesce «effettivamente a comprendere come la non autoapplicatività della decisione in esame – suscettibile di impedire nell'immediato al giudice di garantire il diritto alla salute del malato tumorale che non risulti in grado di sostenere i costi della terapia – possa in concreto tutelare un'aspettativa terapeutica che se da un lato è ricondotta dalla stessa Corte al contenuto minimo del diritto inderogabile alla salute, dall'altra è condizionata, di fatto, dai medesimi giudici della Consulta "da una situazione di non abbenza, da definirsi, in prosieguo dal legislatore in termini formali e astratti"». Si conclude affermando che «la verità è che ancora una volta il carattere non immediatamente applicativo della pronuncia – che affida al legislatore la gestione in concreto dei principi aggiunti (...) – non può destare perplessità in tema di diritti fondamentali o inviolabili, allorché sono in gioco i valori fondamentali della persona umana»; cfr. A. ANZON, *Modelli ed effetti della sentenza costituzionale sul «caso Di Bella»*, in *Giur. Cost.*, 1998, 1530 ss. il quale sostiene che la posizione di un' «additiva di principio vincolante solo per il legislatore, non può (...) essere accolta», in particolare, tale A., riconduce direttamente la pronuncia in questione all'interno delle additive di prestazione ma munita di un' *interpretazione autentica*: i criteri elencati nel dispositivo sono «di corretta interpretazione del dispositivo in relazione alla motivazione ed alla situazione legislativa in cui si inserisce: criteri che qualunque interprete, in applicazione delle regole consuete, avrebbe potuto e dovuto seguire, anche senza le indicazioni della Corte, per cogliere il significato della pronuncia e portarla ad esecuzione».

equilibrio finanziario vada modulato in ragione del pregio costituzionale delle esigenze fatte valere di volta in volta davanti alla Corte, tenendo altresì ben presente che tale principio trova comunque un limite insuperabile nei più elementari principi relativi ad essenziali diritti sociali, in quei valori costituzionali primari che, anche a costo di spendere vanno garantiti, altrimenti il riconoscimento costituzionale dei diritti sociali non avrebbe alcun significato»²⁹, tra i quali vi è certamente il principio di cui all'art. 3, comma 1, Cost.

Tale *tecnica argomentativa*, oggi, rispetto a una tendenza al *self-restraint* della Corte costituzionale in tema di sindacabilità delle scelte in tema di diritti sociali, mostra ancora tutte le sue potenzialità con riferimento ai diritti sociali dei migranti. Laddove, infatti, la mancata estensione di una certa prestazione, *seppur* giustificata nell'ottica legislativa dalla necessità di contenere le spese, risulti totalmente arbitraria o irrazionale (in quanto basata su requisiti di cittadinanza o residenza), il giudice delle leggi non esita a dichiararne l'illegittimità sulla base dell'art. 3, comma 1, Cost., anche quando il beneficio risulti eccedente il contenuto minimo essenziale del diritto³⁰.

In tal senso, sembra orientarsi anche la sent. n. 172/2013, che sanziona l'irragionevole discriminazione introdotta da una legge trentina che subordinava l'accesso a una prestazione, al di sopra dei livelli minimi essenziali, ai soli stranieri in possesso della Carta di soggiorno, non ritenendo sufficiente un qualsiasi altro titolo.

4. Il bilanciamento giurisprudenziale tra risorse finanziarie e diritto alla salute. Il convitato di pietra: l'art. 3, comma 2, Cost.

Il terzo modo con cui la Corte delimita gli spazi del costituzionalmente dovuto riguardo al rapporto tra risorse finanziarie e diritto alla salute si basa sulla tecnica del bilanciamento degli interessi.

Si può certamente dire che è proprio grazie al bilanciamento che la Corte ha delineato i suoi capisaldi nell'attuazione del diritto alle prestazioni sanitarie, fondamentalmente così riassumibili: a) il riconoscimento del carattere finanziariamente condizionato del diritto alla salute; b) la necessità di un uso

²⁹ C. COLAPIETRO, *La salvaguardia costituzionale del diritto alla salute e l'effettività della sua tutela nella sperimentazione del «multitrattamento Di Bella»*, cit., 166; Cfr. V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, IV, 2011, 460 si ritiene che «nella motivazione del giudice costituzionale può osservarsi come i profili di carattere finanziario arretrino di fronte alla garanzia del nucleo essenziale del diritto alla salute, di cui, pur con i limiti indicati, emerge un'interpretazione (...) ampia da abbracciare anche la mera aspettativa di guarigione di malati invero terminali».

³⁰ Cfr. C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII convegno annuale*, in *Rivista Aic*, 2013, 11 s.. Più in generale sui diritti sociali degli stranieri si veda M. CARTABIA, *Gli «immigrati» nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà*, in C. PANZERA-A. RAUTI-C. SALAZAR-A. SPADARO (a cura di), *Quattro lezioni sugli stranieri*, Jovene, Napoli, 2016, 23 ss. la quale sottolinea che la Corte differenzia la posizione giuridica dello straniero regolare da quella dello straniero irregolare, al quale è riconosciuta esclusivamente la tutela del nucleo essenziale del diritto alla salute, inteso come il soddisfacimento di gravi situazioni di bisogno.

bilanciato e ragionevole della discrezionalità del legislatore nella sua attuazione; c) la necessaria ed ineludibile tutela del nucleo essenziale del diritto³¹.

La sentenza che rappresenta una sorta di *decisione-manifesto* sul tema è la n. 455/1990³². La Corte costituzionale, dopo aver enunciato principi già richiamati, sostiene che ogni persona che «si trovi nelle condizioni obiettive stabilite dalla legislazione sull'erogazione dei servizi sanitari ha il “pieno ed incondizionato” diritto a fruire delle prestazioni erogabili, a norma di legge, come servizio pubblico a favore dei cittadini»³³.

Il diritto ad ottenere trattamenti sanitari viene, quindi, configurato come *erga omnes* ma condizionato all'attuazione che il legislatore ordinario ne dà *sia* attraverso il bilanciamento con gli altri interessi costituzionalmente protetti, *sia* sulla base dei limiti oggettivi che lo stesso incontra nella sua opera di attuazione, in dipendenza di quelle che sono le risorse finanziarie e organizzative di cui dispone³⁴.

La decisione, che si conclude con una declaratoria di non fondatezza della questione, inaugura una stagione caratterizzata dalla presenza di tale schema argomentativo³⁵, in cui il tema delle risorse finanziarie rimane esterno al bilanciamento vero e proprio tra interessi costituzionali, che può riguardare solo beni di egual grado e non anche le disponibilità economiche, le quali, invece, si impongono come dato oggettivo, non modificabile e determinante la gradualità nell'attuazione del diritto alla salute³⁶.

³¹ Per una ricognizione di questi punti: D. MORANA, *La salute*, cit., 84; cfr. E. CAVASINO, *Perché costruire*, cit., 3.

³² *Ibidem*. Cfr. C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*-Relazione - XXVIII Convegno Annuale dell'Aic, in *Rivista Aic*, IV, 2013, 9; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza*, cit., 84; F. MINNI – A. MORRONE, *Il diritto*, cit., 10. Il punto di partenza della pronuncia è quello per cui la tutela del diritto alla salute si articola in diverse situazioni giuridiche soggettive, sulla base di quello che è il tipo di protezione che l'ordinamento accorda all'integrità e all'equilibrio fisici e psichici della persona, in relazione alla socialità giuridica con cui questa si esprime. Il profilo dell'integrità fisica-psichica è, a parere della Corte, valente *erga omnes*, come tale immediatamente garantito dalla Costituzione e, quindi, direttamente attuabile nei confronti degli autori degli illeciti. Viceversa, il diritto ad ottenere trattamenti sanitari è un diritto di ogni individuo ma che trattandosi di un diritto a prestazioni positive risulta condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato con gli altri interessi costituzionalmente protetti, e sulla base anche dei limiti oggettivi che lo stesso incontra nella sua opera di attuazione, in dipendenza di quelle che sono le risorse finanziarie e organizzative di cui dispone al momento. La Corte, come si sa bene, precisa che però ciò non degrada il diritto in questione ad una natura meramente legislativa, essendo questo un bene primario la cui attuazione della tutela deve avvenire gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento. Risulta molto utile ricordare che oggetto della controversia consisteva nella verifica, sulla base dell'art. 32 Cost., della legittimità dell'art. 6, primo e secondo comma, della legge della Provincia di Trento n. 6/1983, nella parte in cui prevede che la Giunta provinciale stabilisca «stabilisca, in base ad appositi parametri, i limiti, riferiti al numero delle persone assistibili e al costo pro-capite, entro i quali le Unità sanitarie locali assumono la spesa inerente a prestazioni di natura sanitaria erogate a favore di persone anziane “non autosufficienti” ricoverate in case di riposo».

³³ *Considerato in diritto* n. 3.6.

³⁴ Quest'ultima è l'affermazione del c.d. principio di gradualità nell'attuazione delle riforme onerose.

³⁵ Si vedano., *ex multis*, le sentt. nn. 37/1991, 274/1992, 125/1994, 258/1994 e 304/1994, 416/1995 e 226/2000 nonché l'ord. n. 40/1991.

³⁶ In successive pronunce si può leggere ancora che «l'indicazione del numero massimo di posti da realizzare [per la cura domiciliare di malati di AIDS, prevista dalla l. 135/1990] in tutto il territorio nazionale e da ripartire tra le

Tutto ciò premesso, si deve però evidenziare la sent. n. 355/1993 con la quale il Giudice delle leggi sembra operare un raffronto diretto (non più quale mero limite esterno) delle risorse finanziarie e della tutela del diritto alla salute, pur giungendo a una soluzione condivisibile. Infatti, la Corte afferma la necessità di garantire un adeguato livello qualitativo e quantitativo di prestazioni a tutela della salute, che non può *mai* essere subordinata a esigenze (legittime) di risanamento del settore sanitario³⁷.

Regioni e Province “secondo le rispettive esigenze” discende da valutazioni tecniche formulate dalla Commissione ministeriale in relazione al fabbisogno complessivo ed al *minimum* di prestazioni ritenuto indispensabile nella stessa sede, *compatibilmente con le risorse finanziarie disponibili allo scopo*» (sent. n. 37/1991, *Considerato in diritto* n. 6); ancora, «il diritto alla salute è riconosciuto e garantito come un diritto primario e fondamentale ai fini di una piena ed esaustiva tutela, restando, peraltro, compito del legislatore ordinario operare il bilanciamento degli interessi tutelati da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento» (ord. n. 40/1991). In tali casi i giudizi si concludono con una sentenza di *non fondatezza* e un’ordinanza di *manifesta inammissibilità* della questione. Si vedano, inoltre, le sentt. nn. 247/1992 (*considerato in diritto* n. 2.2), 125/1994 (*considerato in diritto* 3.4), 258/1994 (*considerato in diritto* n. 5 bis), 304/1994 (*considerato in diritto* n. 2.1) sulla quale diffusamente A. ROVAGNATI, *La pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell’ordinamento costituzionale repubblicano*, in www.gruppodipisa.it, 40 ss., 416/1995 (in particolare, *considerato in diritto* n. 2.5), 226/2000. Si sottolinea che i giudizi si sono conclusi in queste pronunce in cinque casi con una pronuncia di infondatezza e una volta con una pronuncia di inammissibilità.

³⁷ Sul punto si veda B. PEZZINI, *op. cit.*, 28. L’A. acutamente osserva che il bilanciamento viene operato con riferimento a tre situazioni di *diverso* spessore costituzionale in quanto l’art 32 Cost. è *un fine in sé*, poiché è norma che individua un’obbligazione costituzionale determinata in favore del fruitore del SSN; l’art. 81 Cost. fa invece riferimento ai mezzi-organizzazione con cui si deve perseguire lo scopo della tutela degli interessi costituzionali. Il bilanciamento non dovrà tendere a ricercare quel punto di equilibrio che garantisca il massimo di tutela possibile per ciascuno degli interessi (o la minima lesione possibile dell’interesse contrapposto) bensì dovrà partire dal presupposto che la *prestazione adeguata in termini sanitari* realizza lo scopo primario e diretto, mentre l’efficienza è uno scopo di secondo grado, in quanto strumentale al primo. Ancora, l’equilibrio finanziario è scopo di terzo grado, in quanto strumentale all’efficienza. In particolare, con tale pronuncia la Corte afferma, prima di tutto, l’opportunità e la coerenza del riordino del sistema sanitario e del suo finanziamento, effettuato con la legge di delegazione n. 421/1992 (attuato con l’art. 1 del d.lgs. n. 502/1992). Si ritiene adeguato il parallelismo che la normativa introduce tra responsabilità finanziaria e responsabilità organizzative, che pone a carico delle Regioni gli oneri di disciplina, controllo e vigilanza sugli enti erogatori dell’assistenza sanitaria, nonché ogni scarto dei costi rispetto a quelli previsti dallo Stato; si considera che il sistema venuto in essere con questa riforma soddisfi tanto l’esigenza dell’equilibrio finanziario quanto quella concernente un miglioramento del servizio stesso (*Considerato in diritto* n. 23). Nonostante tali affermazioni, la Corte sostiene che nella fase transitoria di riforma del sistema vi possa essere uno scarto tra i costi delle situazioni assistenziali ipotizzati astrattamente dallo Stato (secondo un parametro ottimale) e i costi effettivi che, a causa della situazione di partenza, le USL sono tenute ad affrontare, quindi in «considerazione della esigenza costituzionale di preservare, insieme all’equilibrio del bilancio statale (art. 81 Cost.), l’equilibrio finanziario dei bilanci regionali (art. 119 Cost.) e un accettabile livello qualitativo e quantitativo di prestazioni dirette a soddisfare interessi del singolo cittadino e della collettività costituzionalmente rilevanti (art. 32 Cost.), risulta irragionevole la previsione di un esonero totale e immediato dello Stato dal ripiano degli eventuali disavanzi di gestione delle unità sanitarie locali e delle aziende ospedaliere senza che sia predisposta nel contempo una disciplina che miri a rendere graduale - e quindi controllabile, sotto il profilo delle finanze regionali, e adeguato, sotto il profilo delle prestazioni - il passaggio verso il nuovo sistema e il funzionamento a regime dello stesso» (*Considerato in diritto* n. 26). La medesima impostazione sembra potersi rinvenire nella sent. n. 267/1998, che si conclude con una declaratoria di illegittimità costituzionale e un’aggiunta di prestazione. La disposizione impugnata (lg. reg. Piemonte n. 37/1990) risultava illegittima poiché escludeva in modo totale l’accesso all’assistenza indiretta in tutti i casi in cui l’assistito non avesse richiesto preventivamente l’autorizzazione alla P.A., senza consentire alcuna deroga, soprattutto nelle ipotesi di indispensabilità, necessità ed urgenza, così presentandosi «intrinsecamente irragionevole», a causa del contrasto con gli artt. 32 Cost. e 3 Cost: il sistema

In ogni caso, si può constatare che con il tempo e l'avanzare della crisi economica si assiste a un mutamento sostanziale del modo di concepire il bilanciamento tra risorse finanziarie e diritti sociali, che sembra divenire una formula magica, cui si fa ricorso ogni qual volta non si disponga (o non si voglia disporre) di tecniche argomentative e decisionali più solide³⁸. Ovviamente, non si può tacere che tale impostazione è sintomatica di una determinata politica del diritto maturata dalla nostra Corte costituzionale. Che «l'esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale si è scontrata, e si scontra ancora attualmente con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale al settore sanitario»³⁹ è un'affermazione che si può rinvenire anche in pronunce dell'inizio del secolo successivo⁴⁰, ma il bilanciamento si *semplifica* e assume le fattezze di uno scontro *diretto* tra risorse e salute, a causa di un appiattimento della visuale dei giudici sul *dato di fatto* della limitatezza delle risorse: si tratta di una ricostruzione *iper-realistica* in cui la Consulta, «riscrivendo in parte la logica del *leading case* del 1990» (tale per cui la gradualità si avrebbe per mezzo di un *mix* tra il risultato del bilanciamento e la disponibilità di queste), sostiene che il limite materiale delle risorse si afferma *ex se* al legislatore, così che questo si trova a dover circoscrivere la *garanzia* (ciò che deve garantire) del diritto alla salute al solo *nucleo essenziale*⁴¹.

In particolare, è molto difficile trovare in queste sentenze il riferimento ai criteri di idoneità, necessità e proporzionalità, che dovrebbero guidare le genuine ponderazioni di secondo grado del Giudice costituzionale⁴².

Con profonda enfasi la Consulta nella sent. n. 248/2011 sostiene che il principio della libertà di scelta nell'indicare chi chiamare a fornire le prestazioni sanitarie non «comporta, affatto, una libertà sull'*an* e sull'esigenza delle prestazioni», precisandosi poi che «l'esigenza di garantire il diritto del medico e del luogo di cura deve essere temperata con gli altri interessi costituzionalmente protetti»⁴³. La norma

autorizzatorio risulta giustificato solo quando dà luogo a un *ragionevole* contemperamento tra esigenze finanziarie e tutela della salute, salvo il limite del nucleo essenziale del diritto (Cfr. C. cost. sent. n. 267/1998, *Considerato in diritto* n. 4.2.)

³⁸ Tale fenomeno è stato evidenziato da M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei settant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista Aic*, 2016, 13 s.

³⁹ Cfr. C. cost. sent. n. 111/2005, *Considerato in diritto* n. 6.2.

⁴⁰ *Ex plurimis*, sentt. nn. 111/2005, 203/2008 (*considerato in diritto* n. 7), 354/2008 (*considerato in diritto* n. 4) e 94/2009 (*considerato in diritto* n. 7.2.4).

⁴¹ Cfr. C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, cit., 10.

⁴² Cfr. F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Ed. Scientifica, Napoli, 2007, 35 ss. (spec. 44); A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, 104 ss.; Id., *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001, 363 ss.; G. SCACCIA, *La ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, 348 ss.

⁴³ Cfr. A. MORRONE-F. MINNI, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, cit., 11.

oggetto di impugnazione⁴⁴ viene fatta salva in quanto non sarebbe viziata da *intrinseca irragionevolezza*, la quale si presenterebbe come l'unica causa possibile d'intervento della Corte sulla base dell'art. 3 Cost.⁴⁵. Quando vi è un aggravarsi della situazione economica nazionale e internazionale «la misura della gradualità dell'attuazione dei diritti che costano, l'arretramento o l'innalzamento delle tutele già accordate, la contrazione o l'estensione della platea dei beneficiari, risultano [ormai] da tempo *ordinariamente non sindacabili*, salvo che le scelte compiute dal legislatore non siano *talmente* irragionevoli da mettere in discussione la stessa esistenza dei diritti fondamentali» (corsivo aggiunto)⁴⁶.

Alla luce di quanto esposto, desta perplessità una delle critiche principali mosse al giudizio di ragionevolezza, ossia la possibile trasformazione della Corte da giudice della legalità costituzionale ad arbitro dell'opportunità della scelta legislativa⁴⁷: infatti, «il ricorso al test di ragionevolezza ha finito per contenere la pervasività del controllo di costituzionalità»⁴⁸ in quanto l'intervento della Corte viene circoscritto ad ipotesi (limite) di palese gravità.

⁴⁴ Cfr. C. cost. sent. n. 248/2011, *considerato in diritto* n. 1: il giudice a quo aveva sollevato la questione rispetto a un articolo del d.lgs. 502/992 in cui si prevedeva la possibilità per le Regioni di disporre, per determinate prestazioni o gruppi di prestazioni, la previa autorizzazione da parte dell'ASL competente ai fini della fruizione presso strutture accreditate, la quale, secondo il rimettente, creerebbe una differenziazione territoriale nell'accesso al diritto in questione e sulla libertà di scelta del paziente.

⁴⁵ Cfr. C. cost. sent. n. 257/2007, *considerato in diritto* n. 8.4.

⁴⁶ C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., 11. Si veda la lineare ricostruzione di M. MIDIRI, *Diritti sociali e vincoli di bilancio nella giurisprudenza costituzionale*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Editoriale scientifica, 2011, 2244, il quale sottolinea che nell'odierno scenario economico si pone fortemente il problema dei rimedi della giurisdizione costituzionale contro le discriminazioni ingiustificate e le modifiche che creino o implementino situazioni di svantaggio, compromettendo lo sviluppo della persona. La Corte si trova a dover giudicare di riduzioni *in pejus*, sui diritti fondamentali e ritiene giustificate tali limitazioni sul *quantum* poiché a tutela di altri interessi (come quelli delle generazioni future). Anche il diritto ai trattamenti sanitari è soggetto a quest'opera di contenimento (sulla base della gradualità imposta dalle risorse organizzative e finanziarie); tale restrizione non può comunque oltrepassare il limite della dignità umana. Anche la platea dei beneficiari di alcune prestazioni possono essere ridotte in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie, ma le scelte del legislatore devono conformarsi a canoni di *ragionevolezza*, il legislatore può introdurre regimi differenziati soltanto in presenza di una *causa normativa* non palesemente irrazionale.

⁴⁷ E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Il Mulino, Bologna, 1996, 78 ss., richiamato dalla stessa Salazar nel testo più volte citato, in cui l'A. afferma che il bilanciamento dei valori tende a trasformare il giudizio di ragionevolezza, volto semplicemente a porre nuovamente in essere la coerenza intrinseca dell'ordinamento a fronte di vizi relazionali tra norme giuridiche prese in considerazione (un controllo meramente interno), in un giudizio esterno, con il quale la Corte tende a sovrapporre una propria valutazione degli interessi a quella operata dal Parlamento. Sebbene il principio di ragionevolezza nasca all'interno del principio d'eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., questo (oggi) assume la funzione di essere un autonomo canone di giudizio con valenza generale; la Corte tende sempre più ad utilizzarlo in connessione con altre norme costituzionali. «Risulta, d'altro canto, evidente la valenza "politica" del controllo di ragionevolezza: esso-oltre a favorire un'interpretazione evolutiva della Costituzione- consente, infatti alla Corte di conferire elasticità e concretezza ad un giudizio che sul piano formale risulta pur sempre riferito a fattispecie normative astratte. Utilizzando il criterio della ragionevolezza la Corte, anziché effettuare impegnative e irreversibili dichiarazioni di principio sul contenuto e sulle modalità applicative dei diritti costituzionali, può, dunque, almeno in parte ancorare la sua valutazione alla particolarità delle singole controversie». Tali preoccupazioni sono anche manifestate da M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Ed. Scientifica, Napoli, 2012, 117.

⁴⁸ C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., 11.

Il dato finanziario finisce diventare un mero antefatto, oggetto di pura constatazione, con il rischio di uno «schiacciamento della dimensione normativa della tutela della salute (il suo dover essere) su dati di carattere meramente effettuale», presi in considerazione solo nel loro elemento numerico. In questo modo, in primo luogo, non si tiene in conto il profilo di doverosità che grava sullo Stato nella ricerca delle *risorse necessarie* al pieno soddisfacimento del diritto⁴⁹; in secondo luogo, non si considera che accentuando il carattere finanziariamente condizionato del diritto alla salute⁵⁰ si rischia che sia un *numero* a determinare il contenuto delle prestazioni e quindi del diritto, quando in realtà deve essere il contrario: le prestazioni a tutela della salute sono dovute in quanto tali ed insiste sul legislatore il preciso *dovere* di procurarsi le risorse necessarie al soddisfacimento⁵¹.

Si ricordi, infatti, che quando si pone il diritto alla salute in rapporto alle esigenze finanziarie non si realizza un bilanciamento tra valori di pari grado. Laddove, infatti, si definisca il diritto alla salute come finanziariamente condizionato si afferma una cosa legittima se si fa riferimento alla gradualità nella sua attuazione, ma deprecabile laddove ciò possa incidere sul *contenuto* dello stesso⁵².

Inoltre, il nucleo del diritto difficilmente viene assunto a monte del giudizio di ragionevolezza ma, perlopiù, si constata un procedimento di inferenza che all'esito *irragionevole* del bilanciamento legislativo fa conseguire una sua lesione. Il giudizio di ragionevolezza del bilanciamento (con le sue maglie larghe) si è tradotto in una tutela debole dei diritti, con decisioni accondiscendenti la volontà legislativa⁵³.

Da ultimo, la natura *double face* del binomio bilanciamento-nucleo essenziale rischia di svalutare non solo il contenuto del diritto alla salute ma anche la portata precettiva di altre disposizioni costituzionali: cosa rimarrebbe dell'eguaglianza e della democrazia? Cosa della libertà?⁵⁴

Tutto ciò premesso, si deve evidenziare che le decisioni in cui è presente tale argomento si caratterizzano tendenzialmente per un'analisi astratta della prestazione nel suo rapporto con le risorse finanziarie, senza guardare all'interesse sotteso ad un dato servizio (come emerge dalla recente sent. n. 203/2016, in cui la Corte non censura la logica, invero irrazionale, dei tagli lineari). *Viceversa*, laddove la valutazione si apra

⁴⁹ Cfr. D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 85 ss.

⁵⁰ Condizionato non solo all'intervento legislativo ma anche alle risorse economiche, così che la sua stessa natura sarebbe dipendente da questo.

⁵¹ B. PEZZINI, *Diritto alla salute*, cit., 217.

⁵² Cfr. C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza nella crisi dello Stato sociale*, cit., 376 ss., il quale rinvia a R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, 109 ss.

⁵³ Cfr. MASSA PINTO I., *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1998, 1318.

⁵⁴ Sul punto si veda, *ex multis*, B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3, comma 2, della Costituzione*, Cedam, Padova, 1984, 64 ss.; cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di M. Mazzotti Celso*, II, Cedam, Padova, 1995, 109 ss.; M. DOGLIANI-C. GIORGI, *Costituzione italiana: art. 3*, Carocci Editore, Roma, 2017, 111 ss.

all'effettiva, nonché funzionale, connessione tra risorse e diritto sembra riemergere la portata precettiva dell'art. 32 Cost.

Ciò è constatabile nella sent. n. 230/2015 in cui la limitazione ai soli stranieri in possesso della Carta di soggiorno dell'accesso alla pensione di invalidità civile per sordi e all'indennità di comunicazione (art. 80 lg. n. 388/2000) viene dichiarata illegittima sulla base del principio di *eguaglianza sostanziale*: si porrebbe, sulla base di un requisito di natura formale (la natura del titolo), un limite al perseguimento degli interessi costituzionali alla salute e all'assistenza sociale.

Nel passato la giurisprudenza costituzionale ha già intrapreso questa strada (sentenza n. 184/1983), mostrando di «differenziare il peso dell'argomento della disponibilità delle risorse in ragione della delimitazione *soggettiva* ed *oggettiva* della prestazione che venga in questione»⁵⁵.

In particolare, l'uso giurisdizionale del secondo comma dell'art. 3 Cost. si realizza quando la Corte costituzionale abbia *un referente* (nel recente caso di cui sopra la c.d. carta di soggiorno) rispetto al quale giudicare gli «ostacoli», lo «sviluppo delle persona umana» e l'«effettiva partecipazione» di cui all'art. 3.

Si tratta di un ostacolo già tenuto in considerazione o di uno scopo già indicato in Costituzione (nel nostro caso il diritto alla salute): in tale contesto, la violazione del principio di eguaglianza sostanziale assieme a quella di una norma costituzionale relativa ai diritti sociali⁵⁶ risulta dalla limitazione delle politiche sociali correttive rispetto a situazioni di estremo svantaggio (come nel caso dei lavoratori non abbienti, dei poveri al limite della sussistenza, degli invalidi ovvero dei pluridiscriminati), nei confronti delle quali la Corte non può in alcun modo sottrarsi al compito costituzionale di eliminare il bisogno⁵⁷.

5. Un caso interessante di definizione del costituzionalmente dovuto.

Le precedenti considerazioni si riconnettono a una recente pronuncia che, pur non investendo direttamente il diritto alle prestazioni sanitarie, presenta dei risvolti argomentativi di rilievo ai fini della definizione del contenuto essenziale dei diritti e, di conseguenza, del costituzionalmente dovuto.

⁵⁵ C. PINELLI, *Diritti condizionati, risorse disponibili, equilibrio finanziario*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1994, 553.

⁵⁶ B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3, comma 2, della Costituzione*, Cedam, Padova, 1984, 161. L'A. sottolinea che gli ostacoli non sono individuati, *expressis verbis*, dalla Carta costituzionale, bensì individuabili *per relationem*. Questi si devono caratterizzare: a) per essere una conseguenza della struttura economico-sociale; b) per limitare di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini; c) impedire il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i cittadini. In particolare, nella Costituzione «c'è una processualità, in cui un elemento “fisso” (i diritti di libertà positivamente statuiti in Costituzione e di fatto limitati) e un “elemento dinamico” (tali sono i principi-valvola) entrano a determinare l'individuazione degli ostacoli, instaurando un rapporto di circolarità» (B. CARAVITA, *op. cit.*, 88 s.).

⁵⁷ C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza nella crisi dello Stato sociale*, cit., 379.

In particolare, con la sent. n. 275/2016, la Corte costituzionale si è pronunciata sull'art. 6, comma 2-*bis*, della legge n. 78/1978 (in tema di attuazione del diritto allo studio) della Regione Abruzzo, introdotto dalla legge di bilancio 26 aprile 2004, n. 15. Il giudizio trae origine dall'ordinanza, datata 19 marzo 2014, con cui il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo ha sollevato la questione di legittimità costituzionale relativa all'articolo citato nella parte in cui prevede che, con riferimento al servizio di trasporto degli studenti disabili (disciplinato all'art. 5-*bis*), la Giunta Regionale garantisce un contributo del 50% della spesa necessaria e documentata, *esclusivamente* «nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta nel pertinente capitolo di spesa».

Si tratta di una decisione particolarmente propizia a una riflessione sul tema, in quanto, pur basandosi sull'art. 38 Cost. quale parametro del giudizio di legittimità costituzionale, ribadisce l'intima connessione tra integrità psicofisica e socializzazione che «deve essere considerata un elemento essenziale per la salute degli interessati, sì da assumere una funzione terapeutica sostanzialmente assimilabile alle pratiche di cura e riabilitazione»⁵⁸.

Per quanto in questa sede interessa, il giudice delle leggi ha accolto le doglianze prospettate, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2-*bis*.

Al fine di cogliere al meglio la *ratio* della decisione della Corte costituzionale, risulta essenziale ripercorrere anche gli elementi salienti del giudizio che ha dato luogo all'incidente di costituzionalità.

Il giudice rimettente si è visto chiamare in causa dalla Provincia di Pescara che lamentava, durante le annualità 2006-2012, il pagamento regionale in entità inferiori rispetto al contributo previsto nella normativa. In particolare, nel giudizio si sosteneva che il mancato adempimento (per oltre un milione di euro) avrebbe determinato un indebitamento tale da comportare una drastica riduzione dei servizi per gli studenti disabili.

Da parte sua, la Regione Abruzzo rappresentava che il proprio obbligo di corrispondere il 50% delle spese in questione fosse condizionato alle disponibilità finanziarie di bilancio.

Nell'ordinanza, motivando sulla non manifesta infondatezza, il giudice *a quo* ha indicato come parametri del giudizio l'art. 10 Cost., in relazione all'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, resa esecutiva in Italia con la legge n. 18 del 2009, e l'art. 38 Cost., in quanto l'«effettività di tale diritto risulterebbe pregiudicata dal condizionamento dell'erogazione del contributo, al trasporto degli studenti disabili, alle disponibilità finanziarie, di volta in volta, determinate dalle leggi di bilancio». Nello specifico, il rimettente sostiene che l'obbligo di cofinanziamento gravante sulle casse regionali sia sintomatico della necessità della prestazione in questione e che, viceversa, il

⁵⁸ ID., *Diritti dei disabili e costituzione*, Ed. scientifica, Torino, 2011, 71 s.

condizionamento alle risorse finanziarie, definite discrezionalmente dalla pubblica amministrazione, non assicurerebbe un'adeguata, stabile e certa tutela del diritto all'educazione. Il finanziamento del servizio potrebbe essere ridotto di anno in anno, con conseguenti difficoltà di pianificazione e garanzia dell'organizzazione del diritto allo studio da parte delle Province, cagionando così inevitabili ricadute sulle famiglie degli studenti disabili che potrebbero risultare incapaci (economicamente) di assicurare l'istruzione dei propri figli.

Indugiare, forse eccessivamente, sulla parte in fatto di questa condivisibile sentenza non è, invero, un mero esercizio di stile in quanto il giudice costituzionale, concordando con il rimettente, sostiene che «il rilievo costituzionale di tale diritto costituisce un limite invalicabile all'intervento discrezionale del legislatore, così che il nucleo di garanzie minime per renderlo effettivo dovrebbe essere assicurato al di là di ogni esigenza di bilanci»⁵⁹.

Nel giungere a questa conclusione, la Corte costituzionale sembra delineare una vera e propria teoria del nucleo essenziale dei diritti sociali nel loro ineludibile rapporto con le risorse finanziarie.

6. I presupposti argomentativi nella sent. n. 275/2016.

Parte della dottrina che ha passato in rassegna la sentenza ha sostenuto che la decisione si caratterizzerebbe per un grado di apoditticità, in quanto l'affermazione che il trasporto appartenga al nucleo essenziale del diritto all'istruzione del disabile si presenterebbe come una «verità autoevidente senza alcuna necessità di argomentazione. Il punto maggiormente significativo della motivazione della Corte appare più come un atto di scelta, un'espressione di pura volontà che non come la coerente catena di un ragionamento»⁶⁰.

In realtà, a parere di chi scrive, la Corte non solo si pone in continuità con alcune precedenti pronunce espressamente richiamate (sentt. n. 251/1987 e 80/2010), bensì guida il lettore nella costruzione (*rectius*: ricostruzione) del nucleo essenziale del diritto.

A tal fine, gli argomenti che il Giudice delle leggi utilizza possono essere suddivisi in due grandi categorie: nella prima rientrano delle dissertazioni liminari e funzionali (tra le quali il bilanciamento degli interessi costituzionali); nella seconda, viceversa, delle considerazioni sostanziali (*ratio legis* e coerenza sistematica). Molto interessante, nell'analisi di questa decisione, risulta il ricorso al bilanciamento come logica, piuttosto che nell'usuale veste costituzionale della tecnica argomentativa, in quanto procedimento

⁵⁹ Considerato in fatto n. 8.

⁶⁰ A. LONGO, *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *federalismi.it*, 11.

intellettuale che sovrintende ad altre argomentazioni (nel caso di specie, all'argomentazione *ex ratio legis* e a quella della coerenza sistematica)⁶¹.

Infatti, la Corte, nel motivare la fondatezza della questione, evoca la sent. n. 80/2010 con la quale «nel riaffermare l'importanza dell'istruzione nel percorso di inclusione sociale delle persone con disabilità, sottolinea a chiare lettere l'esistenza di un “nucleo indefettibile di garanzie” necessarie a rendere effettiva la tutela delle persone disabili, il cui rispetto è costituzionalmente imposto al legislatore e costituisce quindi un limite invalicabile all'esercizio della discrezionalità legislativa»⁶²; partire da questa decisione significa dare per presupposta l'idea che il bilanciamento tra interessi pubblici o privati e risorse collettive trova il suo perimetro naturale, o interno, nel contenuto essenziale o minimale dei diritti, «il quale costituisce l'estremo baluardo posto a tutela di un diritto non solo nei confronti dei diritti di libertà, ma anche nei riguardi dei diritti di prestazione»⁶³.

Se il bilanciamento, anche nella nota formula del bilanciamento ineguale, costituisse la tecnica risolutiva della questione sollevata dal TAR Abruzzo, allora dovrebbero trovare applicazione i controlli sintomatici di tale giudizio⁶⁴ e, conseguentemente, un'analisi sulla base del c.d. *criterio del minimo mezzo*, che richiede che le posizioni giuridiche tutelate come inviolabili siano comprese in via legislativa solo nell'entità strettamente necessaria alla realizzazione di un interesse costituzionalmente rilevante e che il nesso tra mezzi limitativi ed obiettivo sia strettissimo⁶⁵. Di ciò, però, non sembra esservi traccia nella sentenza n. 275 del 2016.

⁶¹ Cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, 175 ss., il quale sostiene che «se inteso come «logica», il bilanciamento non denota una tecnica argomentativa dotata di una specifica riconoscibilità: piuttosto, è la logica che sovrintende a (è presupposta da) tecniche argomentative diverse. Per logica del bilanciamento intendo qualunque operazione intellettuale, anche non esplicitata, che consiste nel prendere in considerazione fattori diversi, idonei ad influenzare in maniera diversa una decisione o un iter argomentativo, e valutarne i rispettivi meriti, vantaggi e svantaggi, o comunque assegnare loro un ordine di priorità». L'A. riporta degli esempi, tipici dell'attività del giudice comune, in cui si attribuisce maggiore rilievo ad un dato fattore rispetto ad un altro (come, ad esempio, nella ponderazione di aggravanti e attenuanti ai sensi dell'art. 69 c.p. Nel nostro caso, invece, il bilanciamento è nel suo aspetto di logica in quanto risulta meramente servente (e quindi non risolutivo) rispetto alle altre tecniche argomentative.

⁶² C. COLAPIETRO, *Disabilità, crisi economica e giudice delle leggi*, in C. COLAPIETRO – A. SALVIA (a cura di), *Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità*, Ed. Scientifica, Napoli, 2013, 185.

⁶³ A. MORRONE, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale*, cit., 103 ss. Si deve sottolineare che tale configurazione dei rapporti tra diritti e interessi costituzionali, e nello specifico tra diritti sociali e risorse finanziarie, non risulta intaccata tanto si concepisca quest'ultimi in termini di parità (A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Lavoro e diritto*, 2013, 357 ss.), in una posizione di ineguaglianza comunque confrontabile (M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 125 ss.) ovvero in un semplice rapporto di mezzo a fine (R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 110).

⁶⁴ La dottrina, sulla base dell'impostazione inaugurata con la sentenza n. 1130/1988, ha individuato una serie di *test* con cui la Corte costituzionale svolgerebbe un sindacato sulla ragionevolezza dell'equilibrio, tra interessi e/o diritti costituzionali, individuato dal legislatore: il controllo deve rispondere ai criteri di necessità, idoneità e proporzionalità (A. MORRONE, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale*, cit., 105 ss.).

⁶⁵ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 39.

Allo stesso tempo, è noto che il bilanciamento (inteso come tecnica) non esaurisce i moduli decisionali-argomentativi di controllo della discrezionalità del legislatore basati sulla ragionevolezza, dei quali è solo una delle modalità di esplicazione⁶⁶.

La Corte costituzionale, infatti, ai nn. 7 e 8 del *Considerato in diritto* delinea la lesione del nucleo essenziale del diritto mediante il ricorso al criterio della coerenza, nelle sue due forme della coerenza intrinseca ed estrinseca⁶⁷.

La prima, che si ha quanto vi è contraddizione tra la regolazione normativa e la sua *ratio*, risulterebbe dal «quadro normativo complessivo dei finanziamenti destinati ai servizi a rilevanza sociale quale risultante dalla legge di bilancio, alla quale essa demanda la quantificazione ridotta del finanziamento»⁶⁸.

In poche parole, le modalità generiche di finanziamento del diritto «avrebbe[ro] trasformato l'onere della regione in una posta aleatoria e incerta, totalmente rimessa alle scelte finanziarie dell'ente, con il rischio che divenissero arbitrarie»⁶⁹. È il combinato tra la disposizione impugnata e la legge di bilancio a provocare un «risultato non conforme al dettato normativo». Il finanziamento indeterminato dà luogo a un'evidente «sproporzione tra mezzi apportati e fine (...) perseguito»: il diritto all'istruzione del disabile, costituzionalmente garantito all'art. 38 Cost⁷⁰.

È nel suo rapporto con l'art. 38, commi 3 e 4, Cost. che la ragionevolezza mostra il suo carattere complementare rispetto a qualunque altro principio costituzionale richiamato dalla Corte⁷¹.

La coerenza estrinseca, invece, concerne l'ordinamento «che si rappresenta (...) come una totalità ordinata, retta da un'intima razionalità e ricostruibile secondo relazioni logiche definite e governate dal principio di non contraddizione»⁷²: nella sentenza in oggetto questo canone di giudizio viene articolato nelle due forme della coerenza rispetto «alla legge di cui fa parte la norma impugnata» la quale conforma «in concreto le situazioni soggettive oggetto di assistenza», nonché della coerenza «con le logiche del

⁶⁶ G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, 195 ss. i quali parlano di razionalità, ragionevolezza e giustezza; cfr. F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 13 ss.

⁶⁷ *Ivi*, 15.

⁶⁸ *Considerato in diritto* n. 8.

⁶⁹ A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4.

⁷⁰ *Considerato in diritto* n. 9.

⁷¹ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, in *www.cortecostituzionale.it*, 2013, 1.

⁷² G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, 192 ss.

settore normativo nel quale si iscrive» la disposizione dell'art. 6, comma 2-*bis*, della legge n. 78/1978 della Regione Abruzzo⁷³.

7. La costruzione del nucleo essenziale del diritto all'istruzione dei disabili.

La sentenza in commento ha indotto molti commentatori a discorrere di un recepimento giurisprudenziale della teoria del bilanciamento ineguale nel rapporto tra diritti sociali e risorse finanziarie⁷⁴.

In realtà, la motivazione (si deve ripetere), più che indugiare sul raffronto tra questi due poli, disegna e ricostruisce il contenuto del nucleo essenziale del diritto all'istruzione dei disabili.

Sembra, allora, essere fuori strada chi sostiene che la sentenza fughi ogni dubbio relativamente ai possibili effetti del nuovo art. 81 Cost. sul giudizio di costituzionalità a seguito della riforma costituzionale del 2012 ovvero affermi la prevalenza dei diritti sociali sulle risorse finanziarie⁷⁵, anche in considerazione dell'oggetto (una legge di regionale dal basso impatto economico) su cui incide la decisione⁷⁶. Se è vero che anche in questa sentenza i limiti alla discrezionalità legislativa risiedono nel nucleo essenziale del diritto e nella ragionevolezza, nulla possiamo dire circa i futuri esiti di quest'ultimo controllo.

Il bilanciamento è solo un argomento *ad adiuvandum*⁷⁷ e l'esito della sentenza risulta il frutto di logiche diverse.

⁷³ Considerato in diritto n. 7. Inoltre, nel caso di specie il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica del disabili sono tutelati primariamente dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate).

⁷⁴ Si vedano i testi di E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, su *Consultaonline*, n.1/2017, 120 s.; L. MADAU, "E' la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione". *Nota a Corte cost. n. 275/2016*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2017, 12 s.; M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, su www.gruppodipisa.it, 2017, 7 ss., la quale, nel richiamare la teoria del bilanciamento ineguale, sostiene che l'art. 81 Cost. sarebbe oggetto di ponderazione ma caratterizzato per un sostanziale ridimensionamento; A. LONGO, *op. cit.*, 9 ss., il quale sostiene che la *ponderazione* della Corte costituzionale non risente minimamente dell'introduzione dell'equilibrio di bilancio. Più nello specifico, «anzi nella decisione attuale lo spirito della riforma pare in certi termini rovesciato: presupponendo dal punto di vista assiologico la priorità dei diritti (rectius del loro nucleo inviolabile) rispetto alle esigenze di bilancio essa giunge a porre una *norma di azione concreta*, vale a dire che la stessa programmazione di bilancio sia attuata destinando prioritariamente risorse alla tutela di quei diritti fondamentali». A tal proposito, sia consentito osservare che nulla si può dire se, come sottolineato dallo stesso A., la priorità assiologica concerne il nucleo essenziale del diritto, che risulterebbe intangibile anche laddove si sposasse la tesi del bilancio (art. 81 Cost.) come valore costituzionale.

⁷⁵ E. FURNO, *op. cit.*, 120.

⁷⁶ Nel giudizio principale la Provincia di Pescara lamentava, infatti, il mancato pagamento di una somma pari ad euro 1.775.968,04 per annualità 2006-2012, corrispondente a meno di euro 300.000 per anno.

⁷⁷ L. MADAU, "E' la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione". *Nota a Corte cost. n. 275/2016*, cit., 3.

Indicativo di ciò è il ricorso alla nozione di diritti *incomprimibili* da parte della Corte costituzionale; l'uso di tale aggettivo, diverso da inviolabili o fondamentali, induce a ritenere che si stia guardando non ai diritti *tout court* bensì al loro *contenuto intangibile*. Di conseguenza, l'inciso per cui «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione» più che definire i rapporti tra diritti sociali e risorse finanziarie ribadisce che la tutela del contenuto essenziale risulta imprescindibile.

Al più, sembrerebbe che la Corte parta da una concezione forte del nucleo essenziale del diritto, presupponendo che la prestazione concernente il trasporto scolastico e l'assistenza dei disabili vi rientri, così evitando di esporsi alle critiche di coloro che ritengono che la teorica del nucleo essenziale si sia tradotta in un tutela debole delle prerogative costituzionali⁷⁸.

Inoltre, l'accettazione di una logica ineguale tra risorse e diritti sociali non sembra avvalorata dalla lettura dei precedenti citati dalla stessa Corte costituzionale. In particolare, la Corte fa ricorso alla sent. n. 260/1990, con la quale è stata affermata (per la prima volta) la natura di valore costituzionale delle risorse economiche e che, nel caso in questione, viene utilizzata per censurare l'allocazione finanziaria predisposta dalla regione Abruzzo.

Delle due l'una: o si assume il bilancio come valore o, invece, si struttura il rapporto tra risorse e diritti secondo la formula del bilanciamento ineguale⁷⁹. In altre parole, o si ritiene il bilancio come fine o le risorse sono mezzi⁸⁰.

Tutto ciò premesso, sembrerebbe che la decisione *de qua* ripercorra e confermi le intuizioni di autorevole dottrina in tema di sindacabilità delle scelte legislative concernenti i diritti sociali, secondo la quale la

⁷⁸ Si veda *supra* par. 3.

⁷⁹ Cfr. M. LUCIANI, *op. cit.*, 125 ss. In particolare, L'A. sottolinea che «la nostra Costituzione impone che si tratti di un bilanciamento ineguale, o meglio anche che non si tratti di un bilanciamento vero e proprio (che è sempre fra eguali), perché il fine (il soddisfacimento dei diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l'efficienza economica). Inoltre, l'A. rileva come il bilanciamento sia tra eguali solo quando abbia ad oggetto i diritti della persona e non anche le ragioni dell'economia; ciò però non toglie «che questa non possa essere sacrificata al di là di un limite ragionevole, che tuttavia non è identificato da improbabili calcoli sui bisogni delle generazioni future, ma dall'applicazione dei comuni principi di proporzionalità e non-eccessiva compressione». L'A. specifica che il bilanciamento naturale è tra interessi di pari livello, e che spesso, una volta determinate le risorse da destinare alla spesa sociale, si debba scegliere tra due diritti primari parimenti rilevanti. Tutto ciò significa che l'efficienza economica non possa essere sacrificata oltre un limite ragionevole, identificato dall'applicazione dei comuni principi di proporzionalità e non eccessività. Cfr. ID. *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. V, Utet, Torino, 1990, 380.

⁸⁰ Sul punto si veda A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, Jovene, Napoli, 2007, 101 ss., secondo cui i valori sarebbero degli interessi ai quali, all'interno di un dato sistema viene attribuito, in ragione di una scelta fondata, un valore tale da conformare l'intero ordinamento costituzionale; A. MORRONE, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale*, cit., 11 ss., il quale sottolinea che i valori hanno una natura assiologica e implicano una adesione incondizionata da cui deriva la loro prevalenza rispetto ad «ogni altro valore che, a differenza di quelli, ha un rango diverso».

manca della normativa di dettaglio non fa venire meno la garanzia dei diritti sociali derivati (o condizionati) rispetto al *quid* e all'*an* della tutela, stante il loro immediato fondamento costituzionale. In particolare, con la sentenza n. 275/2016 la Corte ci rammenta che «la legge funge da mera *condicio sine qua non* e non da *condicio per quam* che è invece nella Costituzione»⁸¹.

I diritti sociali di prestazione sono qualificabili come pretese direttamente azionabili al ricorrere delle condizioni legislativamente previste ma l'intangibilità dell'*an* e del *quid* della garanzia costituzionale si traduce nella sindacabilità della discrezionalità legislativa sul *come e sul quando*⁸². Laddove le scelte normative attuative si traducano in lesioni del se e del cosa, della situazione di piena tangenza tra interesse costituzionale e valore⁸³, allora vi sarà solo «giurisdizione in nome della Costituzione»⁸⁴.

Alla luce di tali considerazioni devono essere lette le affermazioni della Corte costituzionale per cui «una previsione che lasci incerta nell'*an* e nel *quantum* la misura della contribuzione, rende aleatoria, traducendosi negativamente sulla possibilità di programmare il servizio e di garantirne l'effettività (...). Tale effettività non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo diritto»⁸⁵.

8. Brevi conclusioni.

Come tentato di illustrare nelle pagine precedenti, il ricorso alla tecnica del bilanciamento ha finito per contenere le altre tecniche argomentative a disposizione della Corte costituzionale, che però ha mostrato, anche con recenti sentenze, di poter inquadrare il rapporto tra diritti sociali e risorse senza ricorrere a motivazioni stereotipate. Ciò è certamente possibile nei casi in cui la Corte possa argomentare sulla base del sistema normativo, della sua coerenza e della struttura delle disposizioni legislative, come si può cogliere dalla decisione n. 275 del 2016.

In realtà, il nodo cruciale dei poteri della Corte costituzionale in tema di diritti sociali si pone rispetto a forme di perdurante inattuazione delle disposizioni costituzionali ovvero di ipotesi di «sociale demontage» dello Stato sociale. In simili casi la soluzione sembrerebbe doversi rinvenire nell'utilizzo delle «disposizioni sui diritti fondamentali, intese come ambiti normativi regolanti autonomamente settori della

⁸¹ F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, 69 ss.

⁸² *Ivi*, 71.

⁸³ A. MORRONE, *Il bilanciamento*, cit., 14-15.

⁸⁴ G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e art. 81, u. c., della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1993, 124, il quale ha sottolineato che quando vi sia da attuare la misura costituzionalmente garantita di un diritto sociale non è possibile rinvenire alcuna forma di *discrezionalità politica*. L'A. giunge a questa conclusione con riferimento all'applicazione dell'art. 81 Cost. affermando che, laddove sia necessario garantire tale *quantum* di dovuto e il rispetto l'eguaglianza, il tema delle risorse non può in alcun modo interferire sulle scelte della Corte.

⁸⁵ *Considerati in diritto* nn. 6 e 7.

vita associata. All'interno di esse, (specie quelle sui diritti sociali), interpretate con l'ausilio e alla luce degli artt. 2 e 3, comma 2, occorre enucleare e definire con maggiore chiarezza le situazioni giuridiche previste, individuando ciò che è (è diventato) indisponibile da parte del legislatore»⁸⁶.

Anche sotto questo profilo, la sentenza in tema di istruzione dei disabili permette, mediante una lettura in filigrana, di configurare un implicito uso virtuoso del secondo comma dell'articolo 3 della Carta costituzionale⁸⁷.

In particolare, al fine di individuare le prestazioni indispensabili a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», risulta necessario partire dalla tesi di illustre dottrina circa il tema dei c.d. *nuovi diritti*, che possono essere *strumentali* (e sui quali sembra opportuno richiamare l'attenzione del lettore) rispetto ai diritti enumerati, nel senso che in loro mancanza quest'ultimi sarebbero poco tutelati o significativi; *trasversali*, ovvero frutto della combinazione di più norme costituzionali tra di loro; infine, espressione di *un'evoluzione di significato* delle disposizioni costituzionali, tale per cui è possibile rinvenire in esse un fondamento positivo di diritti non contemplati, in quanto non (ancora) riconoscibili⁸⁸.

In ogni caso, affinché possa configurarsi un “nuovo diritto” è necessario che esso sia espressione di un diritto inviolabile, e quindi riconducibile al «*patrimonio irretrattabile delle persona umana* intesa come totalità, ossia al principio supremo della *libertà-dignità* in contrapposizione al tradizionale principio individualistico della *libertà-proprietà*»⁸⁹.

Si è appena detto che l'invulnerabilità è condizione per l'allargamento del patrimonio costituzionale, ma se «il problema della (...) tutela effettiva [dei diritti] induce a riflettere sulle condizioni che possono legittimare il sostanziale allargamento del patrimonio costituzionale»⁹⁰, allo stesso tempo pone il quesito dei limiti massimi alla compressione dei diritti costituzionali.

Il «diritto inviolabile potrà essere limitato, in ragione della salvaguardia di valori con esso confliggenti (...) fino al punto di estrema tensione che non produca il suo totale sacrificio, che non pregiudichi cioè la sua ineliminabile ragion d'essere»⁹¹. In conseguenza di ciò, sembra emergere che se l'invulnerabilità si esprime tramite prestazioni necessarie a «rendere effettive le situazioni di diritto formalmente attribuite o

⁸⁶ B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, cit., 173.

⁸⁷ Cfr. *Ivi*, 137.

⁸⁸ Cfr. F. MODUGNO, *I “nuovi” diritti*, cit., 2.

⁸⁹ Cfr. F. MODUGNO, *op. cit.*, 117. Cfr. M. RUOTOLO, *I diritti fondamentali nella Costituzione italiana. Il riconoscimento dei diritti inviolabili*, in C. COLAPIETRO – M. RUOTOLO, *Diritti e libertà. Con appendice giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2014, 15.

⁹⁰ M. RUOTOLO, *I diritti fondamentali*, cit., 14.

⁹¹ F. MODUGNO, *op. cit.*, 101.

comunque ricollegabili a qualcuna delle proclamazioni con cui la Costituzione impegna la Repubblica a fare questo o quello»⁹², la Corte non potrà che tutelare la posizione «certamente primaria o privilegiata che tali diritti-valori come punti di riferimento dovrebbero assumere»⁹³.

In sostanza, l'affermazione per cui all'interno del nucleo essenziale del diritto all'istruzione «rientra il servizio di trasporto scolastico e di assistenza poiché, per lo studente disabile, esso costituisce una componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto»⁹⁴ non sembrerebbe altro che il frutto di una lettura in combinato degli artt. 38 e 3, comma 2, Cost., in quanto la mancanza del servizio funzionale all'educazione si traduce in una menomazione, in un ostacolo, al pieno sviluppo della persona umana e all'eguaglianza sostanziale del disabile.

Tali conclusioni dovrebbero essere applicate anche al diritto sociale alla salute, in modo da individuare le prestazioni indifferibili e strettamente funzionali rispetto a situazioni di bisogno⁹⁵, indisponibili al legislatore ed espressione del fondamentale dovere statale di rimozione delle disuguaglianze e dell'«esigenza di mettere l'uomo nelle condizioni di poter esercitare i diritti e (...) svolgere la sua personalità»⁹⁶.

Infine, nella ricerca di considerazioni di natura generale, si deve sottolineare che anche il ricorso al criterio della coerenza (intrinseca ed estrinseca) sembrerebbe così illuminarsi di significati ulteriori. Infatti, si ha l'impressione che la dignità non soltanto debba essere assunta «come punto fermo attorno al quale è necessario cercare un sostenibile equilibrio costituzionale»⁹⁷ nella tecnica del bilanciamento, bensì che risulti modulante anche gli altri ambiti in cui la ragionevolezza si dispiega, facendoli uscire da una fredda logica di sistema e orientandone l'applicazione.

⁹² S. RODOTÀ, *Statuti e carte delle libertà*, in *Pol. dir.*, 1980, 170.

⁹³ F. MODUGNO, *op. cit.*, 103.

⁹⁴ *Considerato in diritto* n. 5.

⁹⁵ Si pensi al supporto psicologico e all'attività di trasporto dei malati oncologici.

⁹⁶ M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Ed. Scientifica, Napoli, 2012, 202.

⁹⁷ *Ivi*, 186.