amministrativ@mente

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento
L. Ferrara, F. Rota, V. Sarcone

FASCICOLO N. 3-4/2015

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Nobile Riccardo, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Pasqua Simonetta, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Masimo Pellingra, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Diritti sociali come diritti fondamentali

di Piero Lupoli*

1. Nozione e regìme dei diritti sociali sono da sempre problematici e ci si pone qui lo scopo di ricapitolare le questioni che la dottrina ha affrontato, nella prospettiva di studiare – successivamente e separatamente – la legislazione regionale rilevante in argomento, anche alla luce di una soluzione del problema recentemente ma autorevolmente avanzata[1] che propone l'attrazione dei diritti sociali nell'area dei diritti fondamentali della persona, in ragione della pertinenza ad essa della sovranità, per assicurare assicurando loro protezione attraverso il sistema delle garanzie ed in particolare, della generale azionabilità delle pretese sostanziali assicurata dall'art. 24 Cost.

2. Si tratta di un profilo che pone subito in evidenza il problema dell'inquadramento dei diritti sociali nel novero delle libertà ovvero dei diritti fondamentali oppure degli interessi legittimi. Deve esssere tenuto in conto che sul versante costituzionale si registrano cataloghi differenziati di previsioni che vengono considerate proteggere diritti sociali e diverse ricostruzioni del loro statuto.

Anzitutto, la dottrina costituzionalistica ha spesso inteso la protezione costituzionale dei diritti sociali come espressione del principio di uguaglianza[2], sussumendoli sotto questo prin-

---

1 * Il lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della *double blind peer review*.

In particolare, PERFETTI L.R., *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. Amm.*, 2012, 850 e soprattutto ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubb.*, 2013, 61 e ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 299 – 400.

2 BARILE P., *Istituzioni di diritto pubblico* V ED , Padova, 1987, 581, nel quale si scompone il principio di eguaglianza in tre aspetti complementari dati (I) dalla rimozione degli ostacoli «*di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana*», (II) dalla «*effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*» e dalla (III) tutela degli interessi sovra-individuali, ricomprendendo nel primo aspetto la tendenziale realizzazione sostanziale dei diritti sociali; lo stesso Autore, già in un'opera fondamentale come le lezioni *Le libertà costituzionali*, Padova, 1966, 21 aveva dato rilievo ai diritti sociali, collegandoli ai diritti fondamentali, e, tuttavia, la loro enunciazione accanto alle libertà tradizionali gli era parsa consistere nella «*enunciazione di tendenze costituzionali all'affermazione della necessità di un certo grado di benessere economico, di elevazione sociale, di uguaglianza in senso sostanziale, garantito o quanto meno promesso all'individuo*» (22). Più tardi collegherà i diritti sociali – o, meglio, «*le libertà (o i diritti) sociali*» - alla contrapposizione tra politico ed economico per distinzione con le libertà tradizionali nelle quali si arbitra il conflitto tra dimensione politica (o, a noi pare, dell'autorità) e sociale ed assegnerà ai diritti sociali una funzione promozionale dello Stato sociale (ci si intende riferire a BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 15; anche in quest'opera si riprenderà la tripartizione del principio di uguaglianza (particolarmente da 91) ed anche ove ci si dedica partitamente alla relazione tra uguaglianza e posizioni soggettive (in specie da 78) non emerge direttamente il profilo dei

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

cipio, tutelati solo in relazione al conseguimento di fini (l'uguaglianza) ad essi estranei, a differenza delle libertà che ricevono protezione in sé e per sé[3]. In senso non dissimile si può leggere l'elaborazione del concetto da parte di chi, altrettanto autorevolmente, ha collegato i diritti sociali alla fruizione della "libertà eguale"[4], vale a dire dell'uguaglianza sostanziale come condizione per il godimento delle libertà nella porzione che riferisce alla libertà non dallo ma mediante lo Stato[5], Non è difficile scorgere in queste impostazioni l'idea che i diritti sociali non abbiano rilievo in sé, ma siano funzionalizzati all'eguaglianza sostanziale e che, in ogni caso (e soprattutto, dal nostro punto di vista), dipendano dalla concreta erogazione di prestazioni da parte dello Stato (o di altri soggetti pubblici). E' proprio questo profilo che viene evidenziato dalla gran parte della dottrina: i diritti sociali sarebbero relativi a pretese di prestazione nei confronti dello Stato e, quindi, la loro struttura viene senza troppe difficoltà modellata sulla categoria dei diritti di prestazione[6]. Quest'operazione di assimilazione, porta necessariamente alla conclusione che si tratti di diritti finanziariamente condizionati[7], collegati ad una scelta dell'autorità, il che vale a sottrarre loro i caratteri propri del diritto soggettivo[8] – e in particolare i poteri nei confronti dei terzi e l'azionabilità in giudizio[9] – sconfinando, quindi, in una dimensione prettamente politica, di attuazione del precetto[10], di relazione tra effettività e validità. Nella sostanza, i diritti sociali non sono posizioni soggettive; la Costituzione protegge un "risultato" – l'uguaglianza – che può esser conseguito solo attraverso azioni (positive) riservate all'autorità pubblica ed il diritto sociale non è se non l'involucro esterno delle pretese ai risultati di quelle azioni.

Coerenti con il collegamento ai diritti civici di prestazione sono quelle letture per le quali i diritti sociali si atteggiano essenzialmente ad interesse legittimo[11], – ancora nella versione del diritto riflesso[12], - o diffuso[13], se non come interes-

diritti sociali, essendo piuttosto studiata la questione con riguardo a diritti soggettive ed interessi legittimi) .

[3] BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 14.

[4] RAWLS, *A Theory of Justice*, trad. it., Milano, 1982, 152.

[5] BARBERA A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in ID., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari, 1997, da 32, ove si parla dei diritti sociali come libertà mediante lo Stato, sicché condizionati (oltre che da «*impostazioni culturali modellate su vecchi schemi*», quale quello delle disposizioni costituzionali meramente programmatiche) dalla «*possibile inerzia dei pubblici poteri*» e dagli «*equilibri finanziari del bilancio pubblico*».

[6] Su tutti questi temi, *amplius* PERFETTI L.R., *I diritti sociali…, cit.*

[7] Per quest'elaborazione occorrerà rinviare all'autorevole trattazione che ne fa MERUSI F., *Servizi pubblici instabili,* Bologna, 1990, ove la celebre relazione al Convegno di Varenna nella quale si ricostruiscono i diritti sociali come finanziariamente condizionati.

[8] La costruzione del diritto sociale per differenza rispetto a quello soggettivo è anche in BALBONI E., *I servizi sociali*, in AMATO G. E BARBERA A., *Manuale di diritto pubblico. III L'azione dei pubblici poteri* V ED, Bologna, 1997, 168, per il quale i diritti sociali difettano dei requisiti dei diritti soggettivi perfetti e «*tuttavia la loro violazione costituisce pur sempre motivo di illegittimità costituzionale e in ogni caso impegnano il legislatore al loro rispetto e più ancora alla loro attuazione, che è in continuo divenire*».

[9] Ovvio, il riferimento a MERUSI F., *I servizi pubblici negli anni Ottanta*, in *Quad. reg.*, 1985, 39 – specialmente 52; deve però leggersi anche (per la distinzione tra cittadino ed utente alla luce delle regole di bilancio) BRANCASI A., *Le modalità di finanziamento della spesa pubblica come limitazione al ridimensionamento dello Stato sociale*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 341.

[10] In questo senso, ad esempio, MARTINES T., *Diritto costituzionale* VI ED, Milano, 1990, 680.

[11] CARIOLA A., *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 200, PIGA, *Diritti soggettivi, interessi legittimi, interessi diffusi e tutela giurisdizionale*, in *Giust. civ.*, 1980, 704.

[12] Ad esempio, PERGOLESI F., *Orientamenti sociali nelle Costituzioni contemporanee*, Firenze, 1946, che, configurati i diritti sociali sul versante delle norme contenenti principi che rimandano al concetto di costituzione materiale in senso mortatiano, nel successivo *Appunti su alcuni lineamenti dei "diritti sociali"*, in *Quaderni della Costituzione,*

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

se semplice.

E' molto diffusa anche la diversa idea che i diritti sociali siano principi che impegnano il legislatore. Alle origini di queste letture stanno insegnamenti molto autorevoli, che rivengono sia dallo studio delle norme programmatiche (perché rivolte solo agli organi dello Stato) o condizionate (perché necessitanti di integrazione o attuazione) relativamente alle situazioni di vincolo o vantaggio, sia dalla configurazione dei principi come luogo di pacificazione di conflitti politici attraverso la fissazione di «*in un punto di accordo, non più discutibile*», che limita la possibilità di modificare la Costituzione essendone un elemento qualificante e, quindi, fornendo criteri di interpretazione ed applicazione delle disposizioni – di qualunque rango – dell'ordinamento obiettivo[14]. Nell'una e nell'altra configurazione la protezione del diritto sociale appartiene al diritto oggettivo e, poiché la determinazione del regime dei diritti sociali è posta dalla Costituzione con enunciazioni «*non di rado vaghe*» o polisense [15], la loro garanzia è data sia dall'interesse a che lo Stato vi dia attuazione [16], sia dalla loro prevalenza in sede di interpretazione, sicché i diritti sociali appaiono come interessi legittimi [17], – non già nella versione dei *Reflexrechte* ma degli interessi occasionalmente protetti – o "*interessi costituzionalmente protetti*". Trascurati gli elementi più propriamente "politici", i diritti sociali come posizioni giuridiche soggettive appaiono come interessi legittimi.

Frequente, nella dottrina più recente, è la descrizione del regìme dei diritti sociali in modo articolato[18], Si tratta di letture che definiscono i diritti sociali, contemporaneamente, sia in senso oggettivo – come insieme di norme con le quali lo Stato intende attuare l'eguaglianza sostanziale –, sia come pretesa soggettiva – nei confronti dello Stato laddove la legislazione attuativa abbia integrato la previsione costituzionale di principio –, sia come diritto soggettivo – nell'ambito dei rapporti interprivati – [19]. I diritti sociali possono essere intesi quindi come

---

Milano, 1953, 7, collegherà i diritti sociali all'idea della giustizia sociale – ancora in opposizione alle libertà negative intese in senso classico – per dar loro la sostanza di interessi legittimi in quanto aventi «*per finalità preminente o più immediata il soddisfacimento di interessi collettivi (e di riflesso individuali)*»

13 La monografia di CICALA G., *Diritti sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano*, Napoli, 1965, allude esattamente a questa posizione (sia pure scrivendo in epoca nella quale l'interesse adespoto o diffuso non era stata elaborata dalla giurisprudenza e dalla dottrina), configurando i diritti sociali come posizioni soggettive di gruppo, appartenenti cioè a determinate comunità specificate ed organizzate (come, ad esempio, i sindacati) e, solo per conseguenza, agli appartenenti alla loro organizzazione. Nella costruzione dell'autore in questione, la rappresentazione del diritto sociale come appartenente all'individuo solo per il tramite dell'organizzazione cui aderisce è conseguenza dell'indagine sulla crisi del diritto soggettivo per come tradizionalmente inteso.

14 AMORTH A., *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948, da 10 (la citazione è a 27).

15 AMORTH A.,*op. ult. cit.*, 71.

16 Per la necessità di attuazione per via legislativa dei precetti concernenti i diritti sociali è anche LENER S., *Lo Stato sociale contemporaneo. Lineamenti di dottrina generale*, Roma, 1966.

17 Già in epoca di poco seguente l'entrata in vigore della Costituzione BISCARETTI DI RUFFIA P., *op. ult. cit.*, 759, 760, osservava che i diritti sociali «*non sempre raggiungono la salda consistenza del vero e prorpio diritto soggettivo (anche se molte volte la Costituzione e le altre leggi sembrino far riferimento letterale proprio al medesimo); giacché invece non di rado il cittadino fruisce, al riguardo, soltanto di un interesse legittimo (la cui soddisfazione è, perciò, subordinata alla previa tutela dell'interesse generale) o addirittura di un mero interesse semplice*»

18 Posizioni che, come ben sintetizzato da CHELI E., *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, *cit.*, 1778, «*si risolverebbero, di volta in volta, in una gamma di situazioni soggettive suscettibili di oscillare dal vero e proprio diritto a situazioni meramente raccomandate*». In questo senso, tra gli altri, LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico,* Torino, 1985, 390 e BISCARETTI DI RUFFIA P., *Diritto costituzionale*, Napoli, 1989, 872

19 MAZZIOTTI M., *Diritti sociali*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 802.

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

pretese di prestazione, come pretesa di accesso al giudizio di costituzionalità delle leggi, ovvero come diritti soggettivi azionabili laddove dai principi costituzionali siano derivate norme – di legge o per via interpretativa da parte della Corte Costituzionale – che li hanno dettagliati nei rapporti tra privati o tra il titolare e l'amministrazione [20].

L'analisi più puntuale di questa multiforme natura dei diritti sociali è di Corso [21]. Uno dei tratti essenziali di quella ricostruzione – quello che qui importa evidenziare – è che il diritto sociale si configurerebbe in modo essenziale come pretesa nei confronti dello Stato (più precisamente «*diritto ad una prestazione positiva da parte dei pubblici poteri in funzione di partecipazione ai benefici della vita associata o della attuazione del principio di uguaglianza o della* freedom from want»[22]–). Corso pone in luce la difficoltà di trasformare tutti i beni che ricevono protezione costituzionale in posizioni soggettive[23] e la maggiore ampiezza delle norme costituzionali dedicate ai rapporti sociali o economici rispetto alla sola protezione di diritti sociali; anzi, vengono protetti istituti e beni che solo talvolta generano pretese soggettive. Corso distingue beni ed istituti diretti all'ottenimento dell'uguaglianza e posizioni soggettive in senso stretto. Le disposizioni costituzionali in questione, quindi, sono distinte secondo diversi criteri di selezione quali i soggetti beneficiari[24], i destinatari dell'obbligo[25], i mezzi di tutela [26].

---

[20] Per tutti l'autorevole e fondamentale contributo di CORSO G., *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1975, 755.

[21] CORSO G., *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, cit.

[22] CORSO G., *op. ult. cit*, 767 – ma, *passim* –. Moltissimi sono i passi che possono evocarsi a tal proposito; giusto per darne un esempio, il diritto al lavoro nella misura in cui è diritto sociale non appare quale diritto soggettivo (756) ed, invece, laddove assume quest'ultima apparenza – nella versione del diritto alla retribuzione, ad esempio – non è diritto sociale perché quest'ultimo difetta dei caratteri citati nel testo.

[23] CORSO G., *op. ult. cit, 756. In particolare, si avanza un dubbio «più radicale: perché investe anche alcune situazioni che la Costituzione espressamente qualifica come diritti, alle quali tuttavia le interpretazioni correnti (dottrinali e giurisprudenziali, soprattutto della giurisprudenza costituzionale) negano carattere di diritto soggettivo» talora non essendo nemmeno situazioni soggettive, com'è per il diritto al lavoro – configurato come norma programmatica ovvero, laddove inequivocabilmente diritto soggettivo difficilmente riconducibile al diritto sociale per la dottrina in questione – . Piuttosto, le disposizioni costituzionali relativa ai rapporti etico-sociali ovvero ai rapporti economici, «abbracciano una realtà più vasta di quella evocata dai diritti sociali» (757) ed annovera istituti costituzionalmente protetti (ambiente, famiglia, infanzia, etc.) e veri e propri diritti che non sono, però, la conversione in posizioni soggettive dei primi.*

[24] Partendo dalla considerazione che il diritto sociale «*non è mai concretamente un diritto di tutti*» che, invece, «*serve a rimuovere la disuguaglianza e l'ingiustizia delle posizioni di partenza*» *(CORSO G., op. ult. cit, 757). Sulla questione si vegga SALAZAR C., Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali,* cit., 19 che osserva che «*se è evidente, che in alcuni casi, i diritti sociali sono diritti dell'homme situè, attribuiti in rapporto alla sua inclusione nelle formazioni sociali (pur restando diritti individuali), non c'è dubbio che almeno due tra essi - il diritto al lavoro e quello alla salute- spettino all'essere umano in quanto tale, a prescindere dalla contestualizzazione in qualsivoglia ambito o gruppo*».

[25] CORSO G., *op. ult. cit, 762, ove si nota – molto correttamente – che la versione tradizionale del diritto sociale sostanzia una pretesa rivolta nei confronti dello Stato «immesso nel calco del diritto civico (nato come sottospecie del diritto pubblico soggettivo)», sicché non vengono considerati diritti soggettivi e talora neppure interessi legittimi. I destinatari sono individuati, volta a volta, nel legislatore, nell'amministrazione, in soggetti privati – e, tuttavia, in coerenza con l'assunzione fondamentale sopra ricordata, in questo caso «siamo lontani dallo schema del diritto sociale (rivolto per definizione verso i pubblici poteri)»*, CORSO G., *op. ult. cit, 766 –, ovvero entrambi – per l'ipotesi dei diritti sociali che «si fanno valere sia verso i poteri pubblici che nei rapporti privati», sia che questi siano necessariamente non paritari ovvero il contrario, come, in particolare, sembra potersi dire del diritto alla salute ed all'ambiente salubre, all'associazione sindacale ed allo sciopero, ovvero all'abitazione, come diritti sociali.*

[26] CORSO G., *op. ult. cit, 776. Essi sono il sindacato di costituzionalità, l'azione innanzi al giudice ordinario (in tre diverse categorie di ipotesi: la sussistenza di elementi immediatamente azionabili nel rapporto tra privati, l'esistenza di leggi ordinarie attuative del precetto costituzionale – con il problema frequente di individuare il riparto di giurisdizione con il giudice amministrativo –, ovvero l'esperimento di azioni di risarcimento*

I diritti sociali sono stati prospettati, infine, come diritti fondamentali. Si tratta di letture che pongono alcuni elementi essenziali per il discorso che si intende svolgere, ponendo il problema della loro relazione con la struttura dello Stato liberale[27] di diritto [28], della loro differenza rispetto ai diritti in senso stretto[29]. Chi ha maggiormente studiato il nostro problema nella prospettiva dei diritti fondamentali ha trovato fondamento alla protezione dei diritti sociali vuoi sul valore della persona nella democrazia pluralista[30], vuoi alla protezione della dignità umana[31]. Nella prima prospettiva, non si tratterebbe soltanto di coniugare libertà ed eguaglianza[32] quanto piuttosto di riconoscere che i diritti sociali (non meno delle libertà) partecipano delle «*strutture di base*» che definiscono lo *status* sociale della persona e, quindi, la sua essenza[33]. In questi termini non è «*logicamente pensabile*»[34] il contrasto tra libertà ed uguaglianza (e diritti sociali), perché la prima non è protetta se non come "libertà eguale" dalla nostra Costituzione, sicché – con posizione cui si aderisce interamente – la struttura delle libertà viene ritenuta analoga a quella dei diritti sociali[35]. Nella seconda prospettiva[36], la distinzione con la struttura delle libertà, invece, permane ed i «*diritti sociali fondamentali*»[37] vengono distinti in «*diritti sociali di libertà*» - che avrebbero la stessa struttura delle libertà[38] e si sostanziano in con-

per equivalente – come tipicamente per il danno alla salute), amministrativo (sia pure, essendo l'azione tipica quella di accertamento costitutivo ed essendo nota la difficoltà a riconoscere adeguati spazi a quella di accertamento autonomo, nella forma dell'impugnazione dell'atto che nega l'accesso alla prestazione corrispondente al diritto sociale) o penale (giurisdizione che ad opinione della dottrina in esame occupa «uno spazio crescente» - CORSO G., *op. ult. cit, 778).*

27 E' di LUCIANI M., *Salute (diritto alla salute - diritto costituzionale)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, vol. XXVII, 3, la considerazione per la quale i diritti sociali sono espressione «*di esigenze del tutto estranee a quella forma di stato liberale nella quale la teoria e la pratica dei diritti fondamentali avevano trovato alimento*»; proprio perché tale è la loro origine, «*si è per lungo tempo contestata l'opportunità (e la legittimità) del suo inserimento nel "catalogo" dei diritti fondamentali dell'uomo, accanto ai diritti classici di libertà civile ed al diritto di proprietà*» e per negare l'eguale dignità dei diritti di libertà e dei diritti sociali «*la dottrina si è in genere avvalsa di due argomenti*», facenti capo l'uno «*alla tesi del diverso valore dei principi su cui poggiavano le due categorie di diritti: mentre la prima si radicava nel principio di libertà, la seconda era fondata su quello di eguaglianza, irrimediabilmente destinato ad essere subordinato e cedevole al primo, in uno stato liberale di diritto*», l'altro «*all'origine storico-politica dello stato di diritto: nato come mero servitore della società, gli sarebbe stato precluso qualunque intervento sul suo funzionamento che potesse interferire con il libero commercio (giuridico) fra gli attori sociali*».

28 Il riferimento è a BALDASSARRE A., *Diritti sociali*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, 28.

29 Sicché «*diritti sociali sono stati per lungo tempo affrontati dalla dottrina costituzionalistica come qualche cosa non comprensibile nella loro sostanza giuridica e di non assimilabile alle correnti concezioni del diritto soggettivo*» (*op. ult. cit.*, 130).

30 *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, cit., ID., *Salute (diritto alla salute - diritto costituzionale)*, cit., ma si vedano anche ID., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e società*, 1980, 769, ID., *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1992, 203, ID., *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. Dir.*, 2000, 367, ID., *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione)*, *ivi*, 2002, 345.

31 BALDASSARRE A., *op. loc. ult. cit.*,

32 LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, cit., 114.

33 LUCIANI M., *Salute (diritto alla salute - diritto costituzionale)*, *loc. ult. cit.*

34 LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, cit., 115

35 Questa presa di posizione vale a distinguere quest'impianto concettuale da quello appena sopra riferito, giacché nel primo perdura l'affermazione della priorità logica delle libertà sui diritti sociali e l'uguaglianza: le libertà sarebbero consustanziali alla democrazia, mentre «*i diritti fondamentali diversi dai diritti di libertà (e quindi sostanzialmente i diritti sociali) non sarebbero invece consimili* a priori *della democrazia ma varrebbero semplicemente a definirne la manifestazione concreta in ciascuna esperienza costituzionale*» (LUCIANI M., *op. ult. cit.*, 117).

36 BALDASSARRE A., *op. ult. cit.*, da 152

37 BALDASSARRE A., *op. ult. cit.*, 208.

38 BALDASSARRE A., *op. ult. cit., 212; vi vengono annoverati il diritto a scegliere la propria professione, a scegliere se contrarre matrimonio e procreare, ad educare i figli, ad istituire e gestire scuole, ad insegnare, a scegliere la scuola, a scioperare, alla salute.*

dotte autonome e garantite del titolare del diritto[39] – e «*diritti sociali condizionati*» che sono garantiti in Costituzione quanto all'*an* ed al *quid*, ma non al *quando* e *quomodo*, sicché potranno esser goduti sotto riserva del possibile e del ragionevole; per i diritti sociali si trova un fondamento unitario perché «*la struttura di valore che li caratterizza e ne determina la natura giuridica è definita dalla Costituzione*»[40], sicché per quanto condizionati, sono altro dai diritti civici, dalle pretese rivolte al legislatore[41], né si tratta di categoria meramente descrittiva[42], ovvero radicalmente opposta alle libertà negative[43].

3. Una nuova ipotesi ricostruttiva è stata recentemente avanzata. L'ipotesi si regge sull'idea che con la Costituzione sia stata invertita la struttura tradizionale della sovranità, sicché la sua appartenenza al popolo (art. 1) la sottrae allo Stato; muovendo da questo presupposto, si afferma che nel "*nostro ordine costituzionale la sovranità delle persone si esprime primariamente con il trattenersi in esse, attraverso l'esercizio delle libertà e dei diritti fondamentali, senza che ciò avvenga solo con trasferimento allo Stato attraverso il circuito della rappresentanza*"[44]. Si afferma, quindi, che i diritti sociali sono diritti fondamentali contenuti nel perimetro della sovranità che spetta alle persone e ne sono diretto esercizio. L'analisi affronta la discussione della relazione tra la tradizionale conformazione dei diritti soggettivi come pretesa immediatamente azionabile nei confronti degli obbligati o della generalità dei terzi, protetti da fattispecie ad applicazione del tutto incondizionata e diritti sociali. Da questo punto di vista, si ritiene "*errato contrapporre diritti sociali e diritti soggettivi in via generale, giacché l'imponente riflessione della dottrina costituzionalistica ha fatto emergere la Drittwirkung dei primi, che si comportano come diritti soggettivi in una pluralità di relazioni*"[45]; in particolare, si nega che essi siano sforniti di azione giurisdizionale a protezione giacché l'art. 24 Cost. provvede la pretesa sostanziale protetta dall'ordinamento con una generale garanzia di azionabilità. Quindi, si nega che i diritti sociali possano essere qualificati come pretesa relativa a prestazioni da erogarsi da parte dello Stato (sicché se quest'ultimo non assume l'obbligo di renderle il diritto sociale non sarebbe protetto); si eccepisce che questa impostazione cade in contraddizione che può essere superata solo ammettendo che i diritti sociali dispongono di una dimensione immediatamente impegnativa per i terzi sicché le pretese oppositive dei diritti sociali si esprimono nello stesso modo sia nei confronti dell'autorità che dei privati, così come quelle pretensive e la differenza non riguarda il soggetto obbligato, ma la natura della pretesa. Fondamentalmente, questa impostazione nega che i diritti sociali debbano essere intesi come pretesa nei confronti dell'autorità e collega queste impostazioni cui si contrappone con l'idea della sovranità statale. Inseriti i diritti sociali nel quadro della sovranità popolare, essi assumono un significato molto più preciso: "*essi vivono nell'àmbito della sovranità, fondano l'autorità e non sono da essa accordati; la loro esistenza è insopprimibile, il loro esercizio comprimibile ma non eliminabile, com'è delle libertà; in quanto diritti importano obblighi e divieti in capo a terzi immediatamente, in ragione della loro esistenza giuridica come diritti; alcune pretese non possono essere immediatamente agite, non perché i diritti sociali non siano diritti, quanto piuttosto per il fatto che essi contengono – come ogni posizione soggettiva – pretese differenti,*

[39] BALDASSARRE A., *op. ult. cit.*, 213
[40] BALDASSARRE A., *op. ult. Cit., 219.*
[41] BALDASSARRE A., *op. ult. cit., 210.*
[42] BALDASSARRE A., *op. ult. cit., 219.*
[43] BALDASSARRE A., *op. ult. cit., 211, giacché se è vero che il godimento dei diritti sociali in concreto dipende dall'organizzazione dello Stato, «è pura illusione pensare che lo stesso non sia vero anche per i diritti di libertà», osservazione tratta da* MAZZIOTTI M., *op. ult. cit., 806.*
[44] PERFETTI L. R., *op. ult. cit.*
[45] PERFETTI L. R., *op. ult. cit.*

alcune oppositive ed altre pretensive; tuttavia, proprio perché queste pretese sono da riferire al godimento di diritti inviolabili appartenenti all'àmbito della sovranità, esse dovranno comunque essere garantiti in ragione di un contenuto minimo (come espressamente previsto dall'art. 117 Cost.); le pretese – nei confronti di chicchessia – che partecipano di questo nucleo essenziale saranno sempre diritti perché l'art. 24 Cost. provvede loro un'azione giurisdizionale; le pretese non immediatamente esigibili – perché necessitanti organizzazioni che forniscano prestazioni – non sono necessariamente rivolte nei confronti dello Stato ed, anzi, in applicazione dell'art. 118 Cost. spetterà primariamente alla società provvedervi"[46].

4. Ponendo le premesse per l'analisi dei dati normativi – cui ci si dedicherà specificamente in uno studio *ad hoc* – non si può non osservare come per un verso quest'ultima lettura del problema dei diritti sociali sembra fornire una spiegazione convincente e che trova conferma in larga parte della legislazione recente e della giurisprudenza costituzionale. Questa seconda, in particolare, ha più volte affermata la natura di diritti fondamentali dei diritti sociali[47].
Per parte sua, la giurisprudenza amministrativa fornisce conferme interessanti; ad esempio si è condannata la pubblica amministrazione ad aumentare il numero delle ore di sostegno a favore di un alunna disabile superando il limite fissato dalla disciplina positiva, ovvero è stato dichiarato illegittimo il diniego di accoglienza presso una struttura del servizio sanitario, richiesta al fine di ottenere assistenza piena negli interventi e nelle prestazioni strumentali ad accompagnare il soggetto nella sospensione dei trattamenti medici quale espressione del suo diritto di autodeterminazione in materia di salute, pur in mancanza di una disciplina che espressamente ne stabilisse la doverosità[48]. .
Allo stesso modo, a fronte dei livelli essenziali di prestazioni da assicurare in ogni caso, da tempo, ha chiarito che "*è la natura stessa dell'atto di definizione dei predetti livelli essenziali di assistenza, quale momento di sintesi dei contrapposti interessi pubblici in gioco (per un verso la tutela del diritto (..) nel rispetto dei principi di uguaglianza, solidarietà, equità e della dignità umana, e per altro verso, l'invalicabile limite della concreta disponibilità finanziaria), ad imporre che essi abbiano veste legislativa, espressione della contrapposizione dialettica tra le forze parlamentari di maggioranza e di opposizione rappresentativa di tutti i cittadini e perciò unico strumento idoneo ad assicurare il giusto contemperamento degli interessi in gioco e a conseguire l'effettivo interesse pubblico*".

Sul versante del diritto (fondamentale) all'istruzione, la giurisprudenza ha qualificato come priva di "*alcuna elasticità nell'erogazione delle prestazioni*" la valutazione relativa alla pretesa dello studente portatore di *handicap* al servizio di trasporto gratuito dall'abitazione alla sede della scuola secondaria superiore. Allo stesso modo si è qualificato il diritto all'assegnazione delle ore di sostegno, prescrivendosi il superamento delle difficoltà organizzative (carenze in organico di personale adeguato) con la mobilità. Inoltre, si è statuito il dovere delle Università di prevedere lo scorrimento della graduatoria o l'accettazione della richiesta di trasferimento dello studente, per assicurare la fruizione dei corsi a fronte di situazioni di numero chiuso e di presenza di corsi con iscritti in numero inferiore a quello dei posti disponibili.
In ordine al diritto alla salute, è nota la giurisprudenza relativa all'obbligo di rimborso delle cure mediche all'estero nei casi in cui la prestazione richiesta sia autorizzabile ai sensi della

[46] PERFETTI L. R., *op. ult. cit.*

[47] Cfr. Corte cost. n. 62 del 2013; inoltre, Corte cost. n. 10 del 2010.

[48] Per la rassegna della giurisprudenza VENTIMIGLIA C., *I diritti sociali tra garanzia costituzionale e compiti dell'autorità*, Roma, 2013.

normativa di riferimento, così come quella che ha visto la condanna delle aziende sanitarie alla somministrazione gratuita di farmaci non ancora inseriti nel prontuario farmaceutico.
Si tratta solo di alcuni spunti tratti dalla giurisprudenza, che si forniscono al solo scopo di indicare la possibilità di proseguire nel percorso di analisi con indagini più dettagliate, confidando di trovare elementi di conferma dell'impostazione teorica recentemente ed autorevolmente proposta.