

L'esigibilità dei diritti sociali

Livio Pepino

Torino, 20 – 21 – 22 settembre 2002

" Che fare, dunque, per rendere in concreto esigibili anche i diritti sociali in genere? È questo - io credo - l'impegno che ci attende e che richiede un grande sforzo di inventiva e la collaborazione di una pluralità di saperi. Occorre muovere da una consapevolezza culturale: **i diritti sociali (lo Stato sociale) non sono, nel nostro sistema costituzionale, un'opzione politica variabile a seconda della maggioranza parlamentare, ma sono un principio giuridico vincolante. I principi di giustizia distributiva sono diventati diritti e le politiche per realizzarli atti dovuti, sottratti una volta per tutte alla negoziazione politica. Alle maggioranze politiche è rimesso il modo di realizzarli, non il se realizzarli.**

Rivendicare oggi la centralità dei diritti sociali significa essere in controtendenza perché il messaggio mediatico li pone in alternativa alla "modernità" (sulla falsariga di note affermazioni del Presidente del Consiglio secondo cui povertà e disagio sono "inconvenienti del progresso"). La mia impostazione è diametralmente opposta: i diritti sociali sono il nucleo forte della "civiltà dei moderni" e il loro accantonamento propone scenari propri di società premoderne, se non addirittura di barbarie.

La cittadinanza ha subito, nei secoli, trasformazioni profonde. Originariamente era semplicemente un elemento di collegamento di una persona con un territorio (e, soprattutto, con un sovrano); poi, nelle democrazie moderne, è diventata la fonte del diritto di voto, ovvero del diritto di partecipare alla vita politica del Paese; infine, nelle democrazie contemporanee successive alla seconda guerra mondiale, si è verificata una ulteriore evoluzione che l'ha trasformata in uno "status di cui fanno parte, oltre al diritto elettorale, un reddito decoroso e il diritto a condurre una vita civile, anche quando si è ammalati, o vecchi, o disoccupati, o, comunque, in difficoltà". Questa evoluzione è, dal punto di vista soggettivo, l'affiancarsi ai classici diritti di libertà (di riunione, di associazione, di manifestazione del pensiero, di stampa, di religione etc.) dei diritti sociali; dal punto di vista oggettivo è la trasformazione dello Stato liberale in Stato sociale o welfare. Secondo questa impostazione, i diritti sociali (ancorché troppo spesso deboli nei fatti) hanno la stessa dignità, e dunque devono avere la stessa tutela, dei diritti classici (ai quali talora - come nella Costituzione tedesca del 1949 - sono addirittura anteposti).

In questo solco si colloca la Costituzione italiana che dedica ai diritti sociali disposizioni in equivoche. In particolare: a) l'art. 36, ricollegandosi all'art. 4 (che riconosce in via generale il "diritto al lavoro"), prevede che "il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia una esistenza libera e dignitosa"; b) l'art. 38 introduce un vero e proprio "diritto all'assistenza", prevedendo che "ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale" e aggiungendo che "ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi e istituti predisposti o integrati dallo Stato"; c) l'art. 34, dopo aver affermato che "la scuola è aperta a tutti" e che "l'istruzione inferiore è obbligatoria e gratuita", prevede "per i capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi", il "diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi" (assicurato mediante borse di studio, assegni alle famiglie e altre provvidenze); d) in forza dell'art. 32, poi, "la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti".

Il riconoscimento dei diritti sociali non potrebbe essere maggiormente esplicito. Ma diventa ancor più chiaro alla luce dell'art. 3 capoverso: norma in qualche modo anomala tesa com'è a denunciare l'ineffettività di tali diritti e a proclamare che "è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza 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". Il quadro, dunque, non è solo descrittivo ma altresì impegnativo, nel senso che indica anche la strada per superare le difficoltà e passare dalla proclamazione astratta dei diritti alla loro realizzazione in concreto.

Questo il quadro costituzionale, che subisce - non da oggi, ma oggi più di prima - incrinature e ferite non solo sul piano culturale, ma anche su quello normativo. Alcuni esempi possono essere utili.

Il primo riguarda la stessa Costituzione e le modifiche ad essa apportate con la legge costituzionale n. 3/2001 (approvata con il referendum popolare del successivo 7 ottobre), che ha modificato l'art. 117 della Carta fondamentale, dando al sistema una curvatura federalista. Orbene, la norma citata - attribuendo allo Stato il potere di stabilire "i livelli essenziali" delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale - riconosce la legittimità, fatti salvi standard minimi, di diritti sociali diseguali sul territorio. Non che oggi l'assistenza sanitaria o quella sociale siano uguali a Caltanissetta e a Bolzano: ma attribuire legittimità giuridica a una situazione di fatto diseguale (che, secondo l'art. 3 sopra citato sarebbe piuttosto da rimuovere) significa operare un salto di qualità (negativo) di entità tale che solo una diffusa superficialità ha consentito di non cogliere in maniera diffusa.

Altri esempi si trovano in recenti modifiche (o proposte di modifica) della legislazione ordinaria:

a) la legge 28 marzo 2001 n° 149 in tema di adozione e affidamento, dopo aver precisato che le condizioni di indigenza non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore di crescere ed essere educato nella propria famiglia e avere previsto l'attuazione di misure di aiuto economico alle famiglie a rischio, precisa che lo Stato e gli enti locali interverranno a tal fine "nei limiti delle loro risorse finanziarie" (sic!).

Come stupirsi se l'impostazione si trasferisce ai piani sanitari regionali? Inutile aggiungere che un diritto "subordinato alle risorse" è semplicemente un non diritto (perché le risorse possono incidere sulle modalità di attuazione di un diritto, ma non sulla sua esistenza);

b) la legge Bossi-Fini sull'immigrazione ha introdotto nel nostro sistema una "cittadinanza diseguale", attribuendo ad una quota di persone che vivono sul territorio nazionale diritti sociali condizionati alla esistenza di un rapporto di lavoro, in situazione di permanente provvisorietà e precarietà. Ciò nega l'universalità dei diritti sociali e riporta a situazioni premoderne (come quelle dei meteci dell'antica Grecia o dei peregrini della antica Roma); c) la proposta di modifica dell'art. 18 dello statuto lavoratori, poi, è un attacco al cuore del diritto sociale oggi più tutelato, e cioè il diritto al lavoro. L'abrogazione, almeno per alcune categorie di lavoratori, di tale norma significa ridurre il lavoro da diritto a situazione di fatto priva di tutela. Non altrimenti può essere definito il fatto che l'accertamento della mancanza di giusta causa o giustificato motivo per il licenziamento comporti non già la reintegrazione del diritto violato (e dunque il ripristino del rapporto di lavoro ingiustamente interrotto), ma semplicemente un risarcimento in denaro.

La risposta alla erosione delle tutele in atto non può che essere una strategia che parta dai diritti, escludendo, sul punto, ogni possibilità di trattativa o di compromesso. In ogni prospettiva di riforma, in altri termini, la variabile indipendente, il valore intorno a cui costruire il sistema, sta nei diritti e non nel mercato. Questa scelta strategica (che è la ragione forte del consenso di massa raccolto da chi l'ha sostenuta: mi riferisco in particolare, negli ultimi mesi, a Cofferati e alla Cgil) ha delle conseguenze su cui è bene soffermarsi.

Caratteristica immanicabile di ogni diritto è la sua esigibilità, cioè la possibilità di ottenerne una tutela anche coattiva in caso di inadempimento da parte di chi deve realizzarlo. Ciò è, almeno teoricamente, agevole per i diritti classici: il creditore può procedere a esecuzione forzata nei confronti del debitore che non onora il debito; il proprietario può ottenere lo sfratto dell'inquilino moroso; il genitore non affidatario può ottenere dal giudice di incontrare i propri figli

anche se l'altro genitore è dissenziente, ecc.

Nel campo dei diritti sociali ciò è assai più complesso, salvo che per il diritto sociale più forte: quello del lavoro. In questo settore il carattere risalente del diritto e la forza del sindacato hanno portato, ormai trent'anni fa, al varo dello "statuto dei lavoratori", non a caso da molte parti attaccato, che assicura al lavoratore tutele giuridiche simili a quelle previste per i diritti classici, attivabili davanti a un giudice e con un processo ad hoc. Non così per gli altri diritti sociali: il diritto alla salute, il diritto all'assistenza, il diritto all'istruzione, il diritto alla inclusione e così seguitando.

Che fare, dunque, per rendere in concreto esigibili anche i diritti sociali in genere.? È questo - io credo - l'impegno che ci attende e che richiede un grande sforzo di inventiva e la collaborazione di una pluralità di saperi. Occorre muovere da una consapevolezza culturale: i diritti sociali (lo Stato sociale) non sono, nel nostro sistema costituzionale, un'opzione politica variabile a seconda della maggioranza parlamentare, ma sono un principio giuridico vincolante. I principi di giustizia distributiva sono diventati diritti e le politiche per realizzarli atti dovuti, sottratti una volta per tutte alla negoziazione politica. Alle maggioranze politiche è rimesso il modo di realizzarli non il se realizzarli.

Conosco le obiezioni: le norme costituzionali richiamate indicano dei progetti e delle aspirazioni (come il "diritto alla felicità" degli illuministi), non dei diritti in senso stretto con corrispondenti obblighi esigibili; il problema delle risorse non è esorcizzabile (se non ci sono, le prestazioni dello Stato sociale sono inevitabilmente destinate a restare sulla carta); e, poi, la Costituzione è in crisi, superata dai fatti, e sarebbe tempo di pensare alla sua riscrittura piuttosto che alla sua celebrazione. Si tratta di obiezioni note, nessuna delle quali, peraltro, coglie nel segno.

Primo. La distinzione in Costituzione tra norme programmatiche (poco più che un "libro dei sogni", insuscettibile di applicazione diretta) e norme precettive fu uno dei cavalli di battaglia delle forze conservatrici negli anni 50 (la stagione della "inadempienza costituzionale"), ma - almeno nel dibattito giuridico - è da decenni inesorabilmente superata anche nella giurisprudenza della Corte di cassazione (oltre che della Corte costituzionale).

Secondo.

Il vincolo delle risorse è un fatto reale ma richiamato a sproposito. Non esistono diritti "che non costano": la tutela dei diritti più classici (dalla proprietà, alle libertà individuali) ha determinato nei secoli, senza obiezioni di carattere economico, la predisposizione di apparati costosissimi (i più costosi, comparativamente, di ogni Stato), che vanno dalla polizia, alla magistratura, alle prigioni e via seguitando. La questione non è, dunque, l'esistenza delle risorse ma la loro dislocazione, che, per la soglia minima di ogni servizio costituzionalmente previsto, è vincolata (mentre è sul di più - e sul come - che si esercita la discrezionalità politica).

Terzo.

Che una politica miope e compromissoria abbia indebolito la Costituzione è certamente vero, ma la Carta del 1948 resta tuttora la nostra legge fondamentale e, soprattutto, le sue scelte in tema di diritti sociali sono oggi recepite e confermate in una molteplicità di testi internazionali dotati di rilevanza giuridica anche interna (dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

Ciò posto, occorre aggiungere subito che il primo garante dei diritti sociali non può che essere il potere politico (legislativo e amministrativo), cui spetta il compito di approntare un sistema sanitario, un sistema assistenziale, un sistema scolastico adeguati.

Non ci sono scorciatoie: il motore della realizzazione di una società giusta è la politica, non la

tecnica e neppure la giustizia. Con l'ovvio corollario che la politica ha vincoli solo di risultato, non di modalità. Dunque la politica è libera nella scelta dei mezzi per garantire in maniera diffusa i diritti sociali (e in ciò stanno le divergenze tra la destra e la sinistra, o comunque tra gli schieramenti), ma è vincolata nell'obiettivo. Può, peraltro verificarsi (si verifica) l'inadempienza della politica. Che fare, in questo caso, oltre a sollecitarne l'attivazione?

Si pone qui il tema, in gran parte da costruire, delle vie alternative, e tra esse in particolare della via giudiziaria, alla tutela dei diritti sociali. Il diritto soggettivo - già lo si è detto - si differenzia dal semplice interesse o dalla semplice aspettativa per il fatto di essere esigibile, cioè per l'esistenza nell'ordinamento di mezzi che ne garantiscono l'attuazione. Se dunque, per esempio, la salute è un diritto, il cittadino deve poter ottenere le prestazioni necessarie a garantirla, così come al creditore sono attribuiti strumenti per ottenere l'adempimento della obbligazione.

L'intervento giudiziario (quello civile, assai più di quello penale) può essere uno strumento, un rimedio, all'inerzia o all'inadempienza di chi deve provvedere. Esso è residuale, ma può essere fondamentale: come quello richiesto dal mugnaio prussiano che, non rassegnandosi alle prevaricazioni del suo re, opponeva ad esse il celebre "ci sarà pure un giudice a Berlino!".

Il sistema giudiziario affronta le patologie, ma ci sono epoche o situazioni in cui esso - non per protagonismo, ma per necessità - assume un ruolo di particolare rilevanza. È ciò che sta accadendo in questo periodo. Dappertutto l'intervento giudiziario a tutela di diritti fondamentali, anche non patrimoniali, cresce in modo esponenziale: impressionanti sono i dati quantitativi e qualitativi degli Stati Uniti (dove le azioni a tutela dei consumatori sono all'ordine del giorno e dove sono stati demandati ai giudici persino lo smembramento, per violazione delle regole della concorrenza, dell'impero di Microsoft e la decisione sulla regolarità dell'elezione del presidente Bush).

Questa tendenza - è facile prevederla - si incrementerà anche nel nostro Paese, ulteriormente alimentata dall'affermarsi di un sistema maggioritario, che canalizza inevitabilmente verso la giurisdizione le richieste di tutela dei gruppi minoritari che nei sistemi proporzionali (o consociativi) trovano, invece, spazio nella mediazione politica.

Per essere più espliciti, e per tornare allo specifico: è verosimile che la maggioranza sia meno attenta ai diritti di tutti; se ciò accade il rimedio (lo strumento di tutela) previsto dall'ordinamento è il ricorso alla giurisdizione. È - lo ripeto - un dato di sistema, non la forzatura di una visione pangiudiziaria.

Acquisito che la giurisdizione è uno strumento attivabile a tutela dei diritti sociali, occorre soffermarsi sul come esso è attivabile. Anche perché se l'approccio politico ai diritti sociali può provocare molte delusioni, non è detto che quello giudiziario riservi sempre esiti favorevoli. Tra i diritti sociali diversi dal lavoro quello in relazione al quale ci sono state, nel nostro Paese, esperienze significative di attivazione dell'intervento giudiziario è il diritto alla salute. Tre i profili fondamentali in cui ciò è avvenuto: due tradizionali e uno innovativo (il più delicato, e il più interessante ai fini che qui interessano).

Ci sono, anzitutto, misure inibitorie o autorizzative richiedibili al giudice e dallo stesso (sussistendone i presupposti) applicabili: il sequestro e la chiusura di una fabbrica o di un impianto dove si svolgono lavorazioni comportanti danni alla salute; il sequestro di un farmaco o di un alimento nocivo; l'autorizzazione alla esecuzione su un minore di un intervento chirurgico o di una trasfusione necessaria e non autorizzata dai genitori e via seguitando. È un settore ormai classico e ampiamente esplorato, su cui l'esperienza e la casistica offrono riferimenti sicuri (anche se non sempre mettono al riparo da errori).

In secondo profilo, anch'esso tradizionale, è quello degli interventi repressivi o risarcitori, conseguenti a errori od omissioni (di professionisti, di tecnici, di amministratori) nella attività di tutela della salute.

Basti pensare ai due filoni delle malattie professionali e della responsabilità professionale medica (settore quest'ultimo così coltivato in alcuni ordinamenti da provocare consistenti effetti paradossi: negli Stati Uniti, per esempio, è oggetto di ampia discussione il fenomeno del rifiuto, da parte dei

sanitari, di praticare un intervento chirurgico incerto per evitare il rischio di risarcimenti miliardari in caso di esito infausto...).

Ci sono, infine, gli interventi di diretta attuazione del diritto o promozionali, per "costringere" l'amministrazione ad attuare interventi di tutela omessi. È, ovviamente, il settore più delicato. Questa tipologia di interventi si misura con la domanda del cittadino il quale, a torto o a ragione, chiede un intervento o una prestazione che l'amministrazione non gli accorda (perché non vuole, perché assume di non potere, perché il sistema non lo prevede, perché non condivide la richiesta etc.).

Gli esempi sono potenzialmente infiniti e spesso offerti dalla cronaca: c'è l'appello dei genitori di un bambino che ha necessità di un farmaco tolto dalla produzione; c'è la richiesta del malato che vuole la somministrazione gratuita di una terapia pacificamente utile (o necessaria) ma costosissima e non coperta dal servizio sanitario ovvero di una terapia sperimentale e controversa; c'è chi sollecita il rimborso per cure ricevute all'estero o in struttura privata assumendo che i tempi della struttura pubblica gli sarebbero stati gravemente pregiudizievoli; c'è il malato cronico (o i suoi congiunti) che lamentano l'indisponibilità di ogni struttura ad accoglierlo etc. Si potrebbe continuare a lungo, ma gli esempi sono sufficientemente indicativi di una casistica destinata ad allungarsi.

L'eterogeneità delle situazioni è evidente e segnala la difficoltà delle risposte giudiziarie. Per limitarsi a qualche flash sui rischi di tali risposte: l'accoglimento generalizzato delle richieste di porre a carico del servizio pubblico cure ricevute all'estero o in strutture private smantellerebbe inevitabilmente un sistema organizzativo fondato su strutture pubbliche; la sostituzione del giudice al medico nella valutazione della efficacia della terapie provocherebbe (rectius, ha provocato, per esempio nel famoso "caso Di Bella") danni incalcolabili agli stessi malati ecc.

Questo metodo, con le opportune cautele (e traendo le necessarie lezioni dagli errori compiuti e dagli inconvenienti verificatisi), è estensibile ai diritti sociali in genere e a quelli connessi con l'esclusione in particolare?

A sostegno della soluzione affermativa cito un esempio: unico quanto illuminante, se non altro perché proviene dal Regno Unito e dalla Camera dei Lords di Londra (cioè dal sistema più legato alle tradizioni e più attento alle prerogative di ciascuno dei poteri istituzionali).

Una ragazzina, nata nel 1982, soffriva sin dall'età di sette anni di una malattia che le aveva dapprima reso difficile, quindi del tutto impedito la normale frequenza della scuola; per questa ragione dal 1992 la Local Education Authority del Regno Unito territorialmente competente aveva garantito la presenza presso la sua abitazione di un insegnante per cinque ore alla settimana, misura che aveva costituito la condizione stessa della sua istruzione, dato che la presenza a scuola della minore era diventata nel tempo del tutto occasionale. Nel luglio 1996 il direttore del programma di insegnamento a domicilio scrisse ai genitori della minore che il numero delle ore di istruzione prestate a casa sarebbe stato ridotto: ciò perché - come avrebbe ammesso più tardi un funzionario della Contea - le somme di bilancio destinate all'istruzione dei minori a domicilio erano state ridotte da 100.000 a 25.000 sterline annue. I genitori della ragazzina protestarono vigorosamente presso il Consiglio della Contea, senza ottenere soddisfazione; il 25 ottobre 1996, infatti, il presidente del comitato preposto all'istruzione confermò loro che, in ragione delle sopravvenute esigenze di bilancio, la riduzione delle ore appariva necessaria per continuare a garantire a tutti i minori un eguale accesso al servizio di educazione a domicilio.

Inizì così un'azione giudiziaria conclusasi il 20 maggio 1998 con una sentenza della Camera dei Lords di Londra che accolse in toto la richiesta dei genitori di ripristinare il servizio ridotto con una motivazione lapidaria, così condensata nella massima: "Le autorità locali preposte alla educazione sono tenute, secondo la legge del Regno Unito (sezione 298 dell'Education Act del 1993 e sezione 19 dell'Education Act del 1996), a fornire un'istruzione efficiente e adeguata ai minori che, per le loro condizioni di salute, non possono riceverla se non con l'intervento dell'autorità pubblica. Nulla autorizza a ritenere che tale obbligo sia diversamente configurabile a seconda delle risorse economiche disponibili. La discrezionalità amministrativa si limita alla scelta tra più strade (ove

esistano) ugualmente idonee a fornire l'istruzione adatta".

Ciò detto in linea generale è agevole riscontrare che anche nel settore del disagio e della dipendenza ci sono diritti sociali tutelabili: in particolare il diritto alla salute (art. 32 Costituzione) e il diritto alla inclusione (art. 3 Costituzione). Rientrano tra questi diritti non solo l'assistenza sanitaria (in una prospettiva di medicalizzazione degli interventi) ma anche l'assistenza tout court, senza dimenticare che gli interventi di riduzione del danno, lungi dall'esserne estranei, sono riportabili a entrambi i settori. Non esistono bacchette magiche e la via giudiziaria alla tutela del disagio è anch'essa scivolosa (con possibili effetti boomerang). Ma ciò significa solo che occorre prudenza, attenzione e lungimiranza nell'attivarla.

In questa prospettiva indico due linee di approfondimento e di impegno multidisciplinare:

a) la redazione di uno "statuto dei diritti degli esclusi", da usare come base per una pluralità di interventi: dalla contrattazione con la politica e l'amministrazione alla sollecitazione dell'opinione pubblica sino alla proposta di interventi normativi. Non è una strada nuova (carte dei diritti sono state realizzate o sono in via di realizzazione, per esempio, per gli immigrati o per i detenuti), ma è forse tempo di percorrerla in maniera sistematica:

b) la proposizione di azioni giudiziarie pilota su questioni di particolare rilievo, promosse da associazioni rifacendosi all'esperienza di associazioni dei consumatori e a un modello usato con esiti significativi negli Stati Uniti."