

F. Manganaro, R. Morzenti Pellegrini,
V. Molaschi, D. Siclari

Manuale di legislazione dei servizi sociali

Estratto

TERZA EDIZIONE



Giappichelli

CAPITOLO II

I SERVIZI SOCIALI E IL MODELLO DI WELFARE DELINEATO DALLA L. N. 328/2000

Viviana Molaschi

Sommario

1. Considerazioni introduttive sulla nozione di servizi sociali: diritti e servizi sociali nella Costituzione. – 2. I servizi sociali tra «diritti finanziariamente condizionati» e «livelli essenziali delle prestazioni». – 3. La garanzia della presenza privata nell'ambito dei servizi sociali. Il principio di sussidiarietà orizzontale. – 4. Le elaborazioni che evidenziano il carattere «biunivoco» e «personale» della solidarietà sottesa ai servizi sociali. – 5. Beneficenza pubblica, assistenza sociale e servizi sociali nell'evoluzione normativa. Il problema della "sorte" della l. n. 328/2000 nel nuovo quadro costituzionale: rinvio. – 6. Il modello di *welfare* accolto dalla l. n. 328/2000: un *welfare* universalistico e selettivo. – 7. *Segue*: il ruolo dell'Isee nell'accesso e nella definizione della compartecipazione degli utenti alle spese per le prestazioni sociali. – 8. I destinatari del sistema integrato di interventi e servizi sociali. Diritto all'assistenza sociale e stranieri: cenni e rinvio.

1.

Considerazioni introduttive sulla nozione di servizi sociali: diritti e servizi sociali nella Costituzione

Quando si parla di servizi sociali vengono in considerazione due distinte nozioni: un'accezione lata, con la quale si fa riferimento ad un'area di servizi che ricomprende la sanità, l'istruzione, l'assistenza, la previdenza e, secondo taluni, l'edilizia economico-popolare; un'accezione più limitata, coincidente con la sola assistenza, disciplinata dalla l. 8 novembre 2000, n. 328, «Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali», e dalle leggi regionali emanate in materia.

L'analisi che si intende svolgere avrà dapprima ad oggetto la nozione più ampia.

Per lungo tempo gli studiosi di diritto amministrativo non hanno riconosciuto ai servizi sociali una propria specificità rispetto agli altri servizi pubblici e le riflessioni dei costituzionalisti sui diritti sociali, seppur numerose, sono

per lo più rimaste ai margini dell'attività di prestazione.

È della metà degli anni '80 l'elaborazione della cosiddetta «definizione formale» dei servizi sociali, pilastro delle indagini successive.

Secondo questa impostazione di pensiero, per servizi sociali si intendono «le prestazioni sociali la cui previsione legislativa risponde agli obiettivi di fondo voluti dalla Costituzione in tema di promozione del benessere fisico e psichico della persona» (E. Ferrari, 1986, 273).

Dal punto di vista metodologico, tale tesi non esaurisce la nozione di servizi sociali in quella di diritti sociali, ma evidenzia la necessità di far riferimento, a fini ricostruttivi, all'assetto normativo complessivo dei medesimi: quella particolare area di attività cui si dà il *nomen* di servizi sociali è il frutto della dialettica tra Costituzione e disciplina della materia enucleata a livello delle fonti primarie e secondarie (G. Corso, 1981, 758; E. Ferrari, 1986, 71).

Per quanto concerne il ruolo giocato dalle disposizioni costituzionali, da cui muove il legislatore ordinario per dar corpo alla disciplina puntuale dei servizi, la Costituzione indica gli «obiettivi di fondo» e le coordinate fondamentali della «forma» (E. Ferrari, 1986, 93).

Gli «obiettivi di fondo» sono i fini a cui i servizi sociali debbono tendere, espressi dai principi personalista, di solidarietà ed eguaglianza di cui agli artt. 2 e 3 Cost.

Il principio personalista, che pone la persona al centro dell'assetto costituzionale, non è *un* principio, ma «*il* principio, come ciò che sta appunto all'inizio e, a un tempo, alla fine del percorso costituzionale che con esso si apre e in esso circolarmente si chiude» (A. Ruggeri, 2013, 3). Al principio personalista si correla il valore della dignità umana. L'art. 2 Cost. è la disposizione che sicuramente meglio concorre a definirlo, ma esso, oltre ad essere ribadito nell'art. 3, comma 2, Cost., laddove dichiara il necessario «pieno sviluppo della persona umana», pervade l'intera Carta costituzionale.

L'art. 2 Cost. non solo «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», ma «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», secondo una relazione di reciprocità.

Il principio di eguaglianza, consacrato dall'art. 3 Cost., viene in considerazione tanto nella sua dimensione formale, atta ad evitare qualsiasi discriminazione, quanto, in particolare, in quella sostanziale, inerente alla «rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale» che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini.

Nell'«architettura costituzionale» alle finalità di cui agli artt. 2 e 3 Cost. viene data attuazione tramite la previsione in capo alla Repubblica di specifici compiti di protezione, aventi ad oggetto bisogni ritenuti fondamentali dall'ordinamento. È questa la doverosità dei servizi sociali: la Repubblica «tutela» la salute

(art. 32, comma 1, Cost.); «istituisce» scuole statali per tutti gli ordini e gradi (art. 33, comma 2, Cost.); «rende effettivo» il diritto dei capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, di raggiungere i gradi più alti degli studi, mediante borse di studio, assegni alle famiglie e altre provvidenze (art. 34, commi 3 e 4, Cost.); «cura» la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori (art. 35, comma 2, Cost.). Ai «compiti» stabiliti dall'art. 38 Cost. in materia di assistenza e previdenza «provvedono» organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato (art. 38, comma 4, Cost.).

All'attribuzione dei suddetti compiti si correla, sotto il profilo soggettivo, il riconoscimento ai privati di una posizione di pretesa, che, come si vedrà, corrisponde, secondo la dottrina più accorta, a un «diritto finanziariamente condizionato», fermo restando il limite del c.d. «contenuto essenziale» del diritto medesimo (v. il par. successivo).

Può essere di interesse osservare come un quadro assiologico simile, anche se non uguale, sia oggi presente, a seguito di una complessa evoluzione, a livello dell'Unione Europea (sui servizi sociali nell'ordinamento europeo si rinvia al cap. V).

Il fulcro della dimensione sociale europea è rappresentato dalla Carta dei diritti fondamentali, cui l'art. 6 del nuovo Trattato sull'Unione Europea ha riconosciuto lo stesso valore giuridico dei Trattati: tale Carta non è più mera *soft law*, ma è divenuta diritto primario dell'Unione. Essa, peraltro, per il suo significato simbolico, veniva richiamata sia dalla Corte di giustizia che dai giudici nazionali già prima di acquisire la rilevanza giuridica ad essa attribuita dal Trattato di Lisbona.

Nel Preambolo si sancisce anzitutto che l'Unione «pone la persona al centro della sua azione». Un articolo apposito della Carta, inoltre, è dedicato alla dignità umana, che è inviolabile e deve essere rispettata e tutelata (art. 1).

La Carta condivide con la nostra Costituzione il valore della solidarietà, quale principio fondante del sistema dei diritti sociali. Le previsioni in materia di sicurezza sociale e assistenza sociale (art. 34) e di protezione della salute (art. 35) si trovano, infatti, nel capo IV, rubricato appunto «solidarietà». Il diritto all'istruzione (art. 14), invece, si trova nel capo II, intitolato alla «libertà»; tale collocazione riflette un'impostazione diversa da quella della Costituzione italiana, ove il diritto in esame è racchiuso nel Titolo II, relativo ai «rapporti etico-sociali».

Pure il principio di «uguaglianza», cui è dedicato il capo III, assurge al ruolo di coordinata fondamentale: nel capo in esame, oltre ad affermarsi l'uguaglianza davanti alla legge (art. 20), si pone il divieto di qualsiasi forma di discriminazione (art. 21). Specifici articoli sono poi dedicati ai diritti del bambino (art. 24) e degli anziani (art. 25), oltre che all'inserimento dei disabili (art. 26). La dimensione sostanziale dell'uguaglianza, però, non è affermata con la forza

della Costituzione italiana, anche per la diversità delle tradizioni costituzionali dei vari Stati membri.

Tornando agli elementi costitutivi della «definizione formale» che si sta in questa sede approfondendo, le attività in cui si concretano i servizi sociali, infine, non sono riservate al soggetto pubblico: dall'analisi delle singole previsioni costituzionali relative ai diritti sociali si ricava come l'ordinamento garantisca la libertà dei privati di operare sia all'interno che all'esterno del sistema pubblico (v. *infra* il par. 3).

Si delineano così le caratteristiche fondamentali della «forma» dei servizi sociali: «obbligo della collettività in primo luogo e corrispondente pretesa della persona in secondo luogo in ordine ai bisogni ritenuti essenziali dall'ordinamento, infine garanzia della presenza dei privati negli interventi relativi ai medesimi bisogni» (E. Ferrari, 1986, 93).

Accanto a quelli menzionati, taluni autori evidenziano un ulteriore elemento definitorio della nozione: il carattere selettivo della gratuità delle prestazioni (G. Corso, 1997, 31; 2003, 37), che, però, è estraneo alla scuola dell'obbligo.

Il legislatore costituente, preso atto della scarsità di risorse con la quale si è trovato a dover «fare i conti» lo Stato dopo la seconda guerra mondiale, ha limitato la gratuità delle prestazioni sociali a particolari soggetti in situazione di difficoltà economica ed emarginazione.

In materia di diritto alla salute, la Repubblica garantisce cure gratuite agli «indigenti» (art. 32, comma 1, Cost.).

Per ciò che riguarda l'istruzione, occorre distinguere tra quella inferiore e quella superiore: solo la prima, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita (art. 34, comma 2, Cost.); hanno invece diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi, «anche se privi di mezzi», solo i «capaci e meritevoli» (art. 34, comma 3, Cost.). Per coloro che hanno problemi di reddito la Repubblica «rende effettivo» tale diritto con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, attribuite a seguito di procedure concorsuali (art. 34, comma 4, Cost.).

Infine, ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale ogni cittadino «inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere» (art. 38, comma 1, Cost.).

Occorre peraltro osservare come, in concreto, l'evoluzione del nostro sistema di *welfare* sia stata più generosa rispetto alle previsioni costituzionali: la garanzia dei servizi sociali, intesi in senso lato, non è stata circoscritta ai destinatari dei doveri costituzionali così come delineati dalle disposizioni *supra* citate, avendo il legislatore ampliato la platea dei beneficiari, soprattutto nei campi della sanità e della scuola. In materia di assistenza, invece, sono state effettuate scelte più restrittive, in controtendenza rispetto all'universalizzazione «ultracostituzionale» che ha connotato gli altri settori a vocazione sociale (C. Pinelli, 2011, 405).

2.

I servizi sociali tra «diritti finanziariamente condizionati» e «livelli essenziali delle prestazioni»

Lo studio dei servizi sociali trova oggi, a seguito della riforma operata dalla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, un importante riferimento costituzionale, rappresentato dai «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», la cui «determinazione» costituisce oggetto di potestà legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. *m*), Cost. In questa sede non interessano le implicazioni di detta previsione sul piano del riparto di competenze normative tra Stato e Regioni (su cui v. il cap. III, par. 1), ma il significato che essa può assumere ai fini della ricostruzione della nozione di servizi sociali, soprattutto per ciò che riguarda i profili di tutela degli utenti.

Per comprendere l'importanza di tale nuova coordinata definitoria occorre muovere dalle riflessioni di quegli autori che hanno messo in evidenza come la posizione di pretesa di un privato che aspira ad ottenere una determinata prestazione sociale non sempre sia configurabile come un "diritto". I diritti sociali sono stati infatti significativamente qualificati come «diritti finanziariamente condizionati» (R. Ferrara, 2010, 22 ss.; 2007, 37 ss.; 2005, 59 ss.; 1999, 197 ss.; 1999, 1077 ss.; 1997, 530 ss.; F. Merusi, 1990, 28 ss.).

Più precisamente, con tale espressione si fa riferimento al fatto che la garanzia dei "diritti" in questione incontra limitazioni, da un lato, di carattere politico-istituzionale, dall'altro, di natura economico-finanziaria.

I condizionamenti del primo tipo discendono dalla circostanza secondo cui la concretizzazione degli obiettivi di tutela costituzionalmente sanciti deve necessariamente essere mediata dalle scelte compiute a livello di indirizzo politico-legislativo e dalle dinamiche organizzative e gestionali delle pubbliche amministrazioni.

Alla base del secondo ordine di restrizioni vi è la consapevolezza secondo cui «le aspettative nei confronti dello Stato sociale, fondate sui valori personali tutelati nella Costituzione, non possono essere realisticamente definite senza il riferimento al concetto di fattibilità economica»; in quest'ordine di idee si è affermato che «se si supera tale limite lo Stato sociale rovina su se stesso» (L. Mengoni, 1996, 36). Di qui l'imposizione di stringenti vincoli di finanza pubblica che limitano le garanzie sociali.

Tali problematiche sono state oggetto di una copiosa giurisprudenza della Corte costituzionale. Con specifico riferimento al diritto alla salute – ma un analogo discorso può formularsi anche in relazione agli altri diritti sociali –, la Consulta ha affermato che esso «è garantito a ogni persona come un diritto

costituzionale condizionato all'attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento» (Corte cost. 16 ottobre 1990, n. 455).

Il carattere «finanziariamente condizionato» dei diritti sociali ha importanti conseguenze sul piano delle situazioni giuridiche soggettive. I «diritti» sociali sono suscettibili di dissolversi in una pluralità di posizioni giuridiche: diritti soggettivi, ma anche interessi legittimi o interessi di fatto a fronte delle scelte compiute a livello legislativo o a seguito dell'esercizio della funzione di programmazione ed organizzativa degli apparati amministrativi. Il che ha notevoli implicazioni per quanto riguarda l'esigibilità delle prestazioni da parte degli utenti (sulla cui tutela v. il cap. X).

Lo stesso giudice delle leggi, peraltro, per evitare il rischio di un'eccessiva relativizzazione dei diritti sociali, ha elaborato un differente concetto, quello di «contenuto essenziale» dei diritti: pur prendendo atto dell'incidenza dei «condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone», la Consulta ha stabilito, ancora una volta con particolare riferimento al diritto alla salute, che «le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile» di tale diritto, «protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana» (così, *ex multis*, Corte cost. 16 luglio 1999, n. 309. V. altresì Corte cost. 26 maggio 1998, n. 185, che si è pronunciata sul «caso Di Bella»).

Venendo ad anni più recenti, a tale concetto il giudice delle leggi si è richiamato in alcune sentenze in cui ha affrontato il problema dei tagli alla spesa pubblica e delle riduzioni dei servizi conseguenti alla contrazione delle risorse dovuta alla crisi economica. È, tra l'altro, figlia di tale crisi l'introduzione nella nostra Costituzione del principio dell'equilibrio di bilancio ad opera della l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, che ha riscritto l'art. 81 Cost.

Il rapporto tra istanze sociali e ragioni della finanza pubblica non può che consistere in un «bilanciamento ineguale» (M. Delsignore, 2018, 600) e la stessa Consulta ha messo in guardia da un'applicazione del principio in esame che porti i diritti sociali a soccombere di fronte alle esigenze del bilancio pubblico.

Si segnala, in particolare, per la risonanza avuta, un caso relativo al servizio di trasporto per studenti disabili, funzionale alla garanzia del loro diritto allo studio e all'educazione, nonché all'integrazione scolastica (art. 38, comma 3, Cost.). La Corte costituzionale, pur riconoscendo la discrezionalità del legislatore nell'individuazione delle misure di tutela, ha precisato che il «nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo» tale diritto «non può es-

sere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali»: «È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione» (Corte cost. 16 dicembre 2016, n. 275).

Può infine essere di interesse osservare come un utilizzo peculiare dell'idea di «nucleo essenziale» o «irriducibile» sia stato fatto dalla Consulta con riferimento all'introduzione di distinzioni tra cittadini e stranieri nell'accesso alle prestazioni sociali: ciò che rientra in tale nucleo non può essere oggetto di differenziazione. Come si vedrà (in argomento v. *infra* il par. 8), sono ammissibili discipline diversificate solo al di fuori di esso, sempre, però, nel rispetto di criteri di razionalità e ragionevolezza (Corte cost. 2 dicembre 2005, n. 432).

Il concetto di «contenuto essenziale» non è estraneo alla dimensione sociale europea: ai sensi dell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali, «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà» riconosciuti dalla stessa «devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà».

Nella rilevata tensione dialettica tra condizionamento (anche) finanziario dei diritti sociali e garanzia del «contenuto essenziale» dei medesimi si inserisce significativamente la coordinata costituzionale dei «livelli essenziali delle prestazioni», di cui all'art. 117, comma 2, lett. *m*), Cost.

Tale previsione, come già anticipato, sembra rivestire un ruolo che va al di là del significato che essa assume nell'ambito del riparto di competenze legislative Stato-Regioni, contribuendo a precisare la nozione di servizi sociali come delineata dalla c.d. «definizione formale». In particolare, essa sembra sostanziare di contenuto il profilo della doverosità dei servizi, che trova fondamento nell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sanciti dall'art. 2 Cost., concretizzandolo nella garanzia di determinate prestazioni la cui definizione diviene ora un preciso compito del legislatore (V. Molaschi, 2008, 247; 2004, 101). Al riguardo si tenga presente che l'art. 117, comma 2, lett. *m*), Cost. parla espressamente di «livelli essenziali delle prestazioni ... che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale».

La Corte costituzionale ha avuto modo di occuparsi in più occasioni della statuizione in esame. Il c.d. *leading case* è rappresentato dalla sentenza 26 giugno 2002, n. 282, che ha affermato, invero in un *obiter dictum*, che essa non delinea «una "materia" in senso stretto», bensì «una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle».

Nell'ambito delle riflessioni che si stanno svolgendo interessa soprattutto l'accostamento dei «livelli essenziali delle prestazioni» al concetto di «conte-

nuto essenziale dei diritti», peraltro non valorizzato da tutti in dottrina (A. Rovagnati, 2003, 1162 ss.), che sembra suggerire come la definizione dei primi possa in qualche misura costituire un argine al processo di dequotazione dei diritti sociali sopra descritto, configurando in capo ai privati situazioni di diritto soggettivo (V. Molaschi, 2008, 241 ss.).

Alcuni studiosi hanno inoltre sottolineato come i «livelli essenziali» non solo debbano corrispondere, quantomeno, a ciò che è necessario per rispettare il «contenuto essenziale» dei diritti, ma possano addirittura operare come elemento di espansione dello stesso (A. D'Aloia, 2003, 1116 ss.), accrescendo di conseguenza il novero delle prestazioni esigibili.

3.

La garanzia della presenza privata nell'ambito dei servizi sociali. Il principio di sussidiarietà orizzontale

Tra gli elementi caratterizzanti la nozione di servizi sociali rientra la garanzia della presenza dei privati, che possono operare sia all'interno che all'esterno del servizio pubblico.

Gli autori che si sono occupati di tale tematica hanno sottolineato come, in ordine alla soddisfazione dei diritti sociali, la Costituzione configuri in capo alla Repubblica una mera «obbligazione di risultato», cosicché per l'ordinamento risulta poi indifferente la natura pubblica o privata dell'azione volta a dare ad essi attuazione (G. Corso, 1981, 32).

Ciò appare particolarmente evidente nella disciplina costituzionale del diritto alla salute. L'art. 32 Cost. ne affida la tutela alla Repubblica – complessivamente considerata – ossia ad una pluralità non differenziata di soggetti, «senza che sia espressamente delineato un modello distributivo di riparto di ruoli e delle competenze che possono (o debbono) essere necessariamente svolti e dalla pubblica amministrazione e dagli operatori privati» (R. Ferrara, 1997, 520).

Nel settore dell'istruzione, invece, la Carta costituzionale impone necessariamente l'intervento pubblico: la Repubblica «istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi». La presenza dei privati trova peraltro un'esplicita e parallela garanzia costituzionale: la Costituzione stabilisce che «enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione senza oneri per lo Stato» (art. 33, comma 3, Cost.).

Un'analoga previsione si riscontra nel campo dell'assistenza sociale, in relazione alla quale il testo costituzionale reca l'affermazione secondo cui «l'assistenza privata è libera» (art. 38, comma 5, Cost.), sancendo una posizione qualificata e protetta a vantaggio degli operatori privati del settore.

Pare importante sottolineare come la garanzia dell'intervento privato che connota i servizi sociali discenda direttamente dalle stesse previsioni costituzionali in materia di diritti sociali e non sia solo un corollario dell'art. 41 Cost., che sancisce la libertà economica, o del principio di tutela della concorrenza, a seguito della riforma costituzionale del 2001 espressamente menzionato nel novellato art. 117, comma 2, lett. e), Cost. Trattandosi di garanzia immanente alla configurazione stessa dei diritti sociali, essa si estende anche oltre il campo di applicazione delle due disposizioni citate, tutelando il privato a prescindere dal fatto che la sua azione concreti esercizio di iniziativa economica.

D'altra parte, nel sociale si registra una significativa presenza di soggetti che operano mossi non già da motivazioni di tipo lucrativo, ma da spinte ideali, di ordine etico, talora religioso. L'agire dei privati si ricollega quindi, in prima battuta, alla rilevanza, nella materia dei servizi sociali, del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.

Il che consente di comprendere anche l'estraneità della ricostruzione in oggetto all'ambito di applicazione dell'art. 43 Cost., secondo cui «a fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi»: non è possibile impedire ai privati di manifestare la propria vocazione solidale.

Tra gli autori, peraltro, sono sorte divergenze in ordine allo spazio attribuito rispettivamente all'intervento pubblico ed a quello privato.

Secondo alcuni, se si esclude il caso dell'istruzione, in cui la presenza pubblica è imposta espressamente dalla Costituzione, l'azione dei pubblici poteri sarebbe ammessa e, se del caso, prescritta solo in caso di inadeguatezza della società e del mercato a far fronte alle esigenze della collettività (G. Corso, 1997, 32).

Altri hanno interpretato la garanzia della presenza privata come assenza del divieto di svolgere le attività sociali di cui si sta discorrendo (E. Ferrari, 1986, 92-93). In questo quadro, quindi, i privati giocherebbero un ruolo integrativo rispetto a quello pubblico, preteso dall'ordinamento a prescindere dal fallimento del mercato (E. Casetta, 2011, 691).

In materia riveste oggi un ruolo fondamentale anche l'art. 118, comma 4, Cost., che sancisce il principio di sussidiarietà orizzontale. Ai sensi di tale norma «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

Del principio di sussidiarietà orizzontale sono state date, storicamente, diverse formulazioni.

La dottrina ha sottolineato come le diverse analisi siano sostanzialmente riconducibili a due filoni, potendosi ravvisare in tale principio una valenza «negativa» e una «positiva» (A. Albanese, 2007, 111 ss.). In via di estrema sintesi, gli orientamenti che ne sottolineano l'accezione negativa, riconducibili al pensiero liberale, evidenziano la necessità di sottrarre alla sfera pubblica settori in cui l'iniziativa privata si rivela congrua rispetto alle istanze provenienti dalla società e pertanto sufficiente. Le posizioni fautrici dell'accezione positiva, invece, in cui può cogliersi un chiaro riferimento alla dottrina sociale della Chiesa, rimarcano l'importanza dell'intervento pubblico a sostegno delle attività dei privati aventi rilevanza sociale, in quanto ritenute di interesse generale.

In tale contesto, l'art. 118, ult. comma, Cost. porrebbe l'accento sulla seconda delle due dimensioni del principio (A. Albanese, 2007, 116) e quindi sul ruolo promozionale ed incentivante che i pubblici poteri debbono assumere nei confronti delle iniziative private.

Comprendere le implicazioni della costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, invero, è operazione non priva di difficoltà.

Alcuni studiosi, proprio con riferimento al settore dell'assistenza, hanno osservato, con un qualche scetticismo, come a fronte della complessità del sistema, connotato da sempre da una congerie di interventi promossi a vario titolo da privati, «l'affermazione della preferenza per il privato rispetto al pubblico ... ci lascia sprovvisti di reali strumenti di analisi e di disciplina delle vicende attuali» (E. Ferrari, 2002, 109).

A ben vedere, la valutazione dell'impatto del principio di sussidiarietà orizzontale ha scontato le incertezze derivanti dalla sua configurazione quale «criterio procedurale» o «principio relazionale».

Secondo la prima delle due accezioni detto principio esprime «quel criterio in base al quale un tipo di azione (o una specifica azione) spetta prioritariamente ad un determinato soggetto ... rispetto ad un altro e può essere svolto in tutto o in parte da un altro soggetto, al posto o ad integrazione del primo, se e solo se il risultato di tale sostituzione è migliore (o si prevede migliore) di quello che si avrebbe o si è avuto senza tale sostituzione» (G.U. Rescigno, 2002, 14).

Partendo da tale definizione, si è sottolineato come non sia possibile formulare in merito all'applicazione della sussidiarietà orizzontale un discorso unitario, valevole per tutte le attività a vocazione sociale, manifestando quest'ultima una diversa incidenza a seconda del singolo servizio sociale considerato (G.U. Rescigno, 2002, 5 ss.).

Alla stregua dell'impostazione descritta, inoltre, il principio si risolve in un parametro per il reciproco dimensionamento dell'intervento pubblico e di quello privato. In ossequio a tale logica, alcuni autori (F. Fracchia, 2003, 267-268;

V. Molaschi, 2004, 104) hanno conseguentemente osservato come, a rigore, non possano ricondursi ad esso né le forme di gestione dei servizi aventi carattere integrato pubblico-privato – valga per tutti l'esempio dell'accreditamento, ma il discorso involge anche le forme di affidamento ai privati (v. i capp. VIII e IX) –, nella misura in cui riguardano l'erogazione di servizi "assunti" dal sistema pubblicistico, né le garanzie partecipative procedurali dei privati. Emblematica, da questo punto di vista, la partecipazione ai procedimenti di programmazione (v. il cap. III).

In contrapposizione a tale ottica si è sviluppato un diverso filone di pensiero che vede nella sussidiarietà orizzontale un «principio relazionale» (G. Arena, 2003, § 4), espressione di una «società pluralista», connotata da «rapporti paritari fra diversi centri di riferimento di interessi, sia pubblici sia privati».

Non è questa la sede per affrontare il tema – controverso – della caratterizzazione paritaria di detti rapporti; ciò che preme rilevare è come il punto di vista in esame tenda a evidenziare non già le "delimitazioni di campo", ma le «alleanze» che possono instaurarsi tra soggetti pubblici e privati (G. Arena, 2003, § 4).

Muovendo da tali presupposti, questa tesi coglie una manifestazione del principio di sussidiarietà orizzontale nell'evoluzione, che, in effetti, è da tempo in atto nei diversi servizi sociali (G. Pastori, 2002, 85 ss.), nel senso della creazione di sistemi "a rete", connotati da una forte sinergia pubblico-privato (G. Pastori, 2007, 77). Non a caso, la stessa l. n. 328/2000 valorizza la "cultura dell'integrazione" tra soggetti pubblici e privati a partire dallo stesso titolo dell'atto normativo, dedicato alla realizzazione di un «sistema integrato di interventi e servizi sociali».

Gli esiti applicativi di tale diversa visione sono del tutto opposti a quelli della prima impostazione analizzata, nella misura in cui essa riconduce al principio di sussidiarietà orizzontale proprio ciò che la diversa concezione «procedurale» escludeva, ossia le forme di gestione integrata pubblico-privato dei servizi e la previsione delle prerogative partecipative procedurali dei privati, soprattutto a livello della programmazione.

La prevalenza di questa seconda lettura del principio di sussidiarietà orizzontale è stata in un certo senso consacrata dal d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, c.d. Codice del Terzo settore, che si propone di «sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona» (art. 1). Sono reputate «attuazione» del principio in esame le varie forme di coinvolgimento del Terzo settore nei rapporti con i soggetti pubblici, in particolare co-programmazione, co-progettazione e accreditamento, disciplinate dall'art. 55 del Codice.

Tale impostazione è stata recentemente ribadita e articolata dalla Consulta (Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131), secondo cui l'art. 118, ult. comma, Cost. «ha esplicitato nel testo costituzionale le implicazioni di sistema derivanti dal riconoscimento della «profonda socialità» che connota la persona umana (sentenza n. 228 del 2004) e della sua possibilità di realizzare una «azione positiva e responsabile» (sentenza n. 75 del 1992)». È proprio in espressa attuazione di tale disposto costituzionale che, secondo il giudice delle leggi, gli istituti di cui all'art. 55 del Codice del Terzo Settore realizzano «per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria – strutturando e ampliando una prospettiva che era già stata prefigurata, ma limitatamente a interventi innovativi e sperimentali in ambito sociale».

4.

Le elaborazioni che evidenziano il carattere «biunivoco» e «personale» della solidarietà sottesa ai servizi sociali

Tra le più recenti riflessioni in materia di servizi sociali si segnalano anche alcuni spunti ricostruttivi che approfondiscono il tema della doverosità dei servizi sociali, evidenziata dalla teoria «formale», mettendo in luce come, sia a livello costituzionale che sul piano legislativo, sia possibile riscontrare la previsione di doveri o di obblighi in capo non solo agli apparati erogatori di servizi, ma anche agli stessi utenti, al contempo destinatari e artefici di solidarietà, salvi, ovviamente, i casi in cui si trovino in situazione di difficoltà o di bisogno tale da non consentirlo.

In questa prospettiva, la solidarietà che si esprime nei servizi sociali si connota come «biunivoca» o bilaterale (F. Fracchia, 2004, 41 ss.; V. Molaschi, 2008, 51 ss.; 2004, 95 ss.); essa si muove lungo una duplice traiettoria: dal sistema verso i privati e dai privati verso il sistema.

Il fondamento di tale configurazione viene ravvisato nell'art. 2 Cost., che, oltre a riconoscere e garantire «i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

Questa reciprocità di diritti, da un lato, e doveri o obblighi – se calati nel contesto di uno specifico rapporto giuridico – dall'altro, sarebbe rispecchiata nella stessa conformazione costituzionale dei diritti sociali.

Tale impostazione è stata sviluppata soprattutto in alcuni studi dedicati alla ricostruzione dei lineamenti fondamentali del sistema educativo di istruzione e formazione (F. Fracchia, 2008; 2006, 143 ss.).

Indicativo è, ad esempio, l'art. 34 Cost., che, come già anticipato, stabilisce

l'obbligatorietà dell'istruzione inferiore, di cui sancisce la gratuità, per almeno otto anni. Per quanto concerne i «gradi più alti degli studi», l'ult. comma dell'articolo associa alla previsione dell'intervento della Repubblica in favore del diritto allo studio una richiesta di impegno da parte degli studenti, che debbono dimostrare di essere «capaci» e «meritevoli». Analoga filosofia ispira la disposizione secondo la quale l'attribuzione di «borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze» deve essere subordinata all'espletamento di un «concorso»: ancora una volta occorre dimostrare di essere «bravi», di meritare l'investimento dello Stato sulla propria persona.

Il carattere «biunivoco» della solidarietà, peraltro, si ricava anche dalle altre disposizioni costituzionali in materia di diritti sociali: il fatto che l'art. 32 Cost. garantisca cure gratuite agli «indigenti» implica che chi tale non è possa essere chiamato a compartecipare ai costi delle spese di assistenza sanitaria.

Una lettura non dissimile può valere anche per il settore dell'assistenza sociale: l'art. 38 Cost. assicura l'assistenza sociale a «ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere»; si legittima in tal modo, egualmente, il contributo economico di quegli utenti che, pur bisognosi di aiuto, non versino in tali drammatiche situazioni (sulla compartecipazione degli utenti alle spese di assistenza sociale v. *infra* il par. 7).

La collaborazione richiesta al privato destinatario delle prestazioni, peraltro, non si esaurisce nella sola compartecipazione pecuniaria, come emerge da numerose disposizioni della l. n. 328/2000.

Le previsioni dedicate alla realizzazione di specifici interventi di integrazione e sostegno sociale contemplano, ferme restando le «risorse disponibili», la definizione di «progetti individuali per le persone disabili» finalizzati a realizzarne «la piena integrazione nell'ambito della vita familiare e sociale, nonché nei percorsi dell'istruzione scolastica o professionale e del lavoro» (art. 14, l. n. 328/2000). Tali progetti, che i Comuni, d'intesa con le Aziende sanitarie locali, provvedono a predisporre «su richiesta dell'interessato», costituiscono una forma di «coprogettazione», in cui è fondamentale l'apporto individuale del soggetto beneficiario (e/o dei suoi familiari) in termini di conoscenze e di volontà (E. Codini, 2007, 353).

Un'impostazione analoga può rinvenirsi nelle varie misure di reddito garantito che si sono succedute nel nostro ordinamento, a partire dal Reddito minimo inserimento, contemplato dalla stessa l. n. 328/2000, per arrivare, passando attraverso il Reddito di inclusione, al Reddito di cittadinanza (su tali misure v. il cap. XIII). Tali strumenti non rappresentano una mera erogazione monetaria, ricomprendendo anche una componente c.d. di «attivazione»: l'assistenza economica è infatti subordinata alla partecipazione a programmi di inserimento sociale e lavorativo.

Chiaramente, nei casi in cui il soggetto sia in situazione di difficoltà tale da

non poter dare il proprio contributo, per quanto nelle sue possibilità, ai fini del proprio reingresso nelle dinamiche socio-economiche della società, il suo apporto, in virtù dello stesso principio solidaristico, non può essere richiesto.

Si pensi, a titolo di esempio, all'introduzione del Reddito di emergenza (Rem) a seguito delle gravi problematiche sociali innescate o, se preesistenti, esacerbate dal Covid-19 (art. 82, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, c.d. «Decreto rilancio», convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 17 luglio 2020, n. 77): tale misura non prevede una componente c.d. di riattivazione (v. il cap. XIII, par. 9).

Nello stesso ordine di idee si colloca la sospensione degli obblighi connessi alla fruizione del Reddito di cittadinanza (prevista dall'art. 40, comma 1, del d.l. 17 marzo 2020, n. 52, convertito con modifiche dalla l. 24 aprile 2020, n. 27 e prorogata dall'art. 76 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34), pur essendosi prevista, in ogni caso, la possibilità di partecipare al bando della Protezione civile per svolgere la funzione, fino al 31 luglio, di assistente civico e di stipulare, nel rispetto di determinati limiti e con alcune garanzie, contratti nel settore agricolo (v. il cap. XIII, par. 7).

Alcuni studi in materia di servizi sociali, infine, nella ricerca di un elemento di differenziazione tra questi e gli altri servizi pubblici, ne sottolineano il carattere "personale", "relazionale", che si rifletterebbe anche sul rapporto di prestazione (F. Fracchia, 2008; 2006, 143 ss.; 2004, 41 ss.; D. Sorace, 2005, 129 ss.; V. Molaschi, 2008, 53 ss.; 2004, 95 ss.).

Queste ricostruzioni, che muovono da una lettura combinata degli artt. 2 e 3 Cost., evidenziano come i servizi sociali si connotino per l'«individualizzazione» e la «personalizzazione» degli interventi (E. Ferrari, 2003, 893; G. Bognetti, 1987, 95), per l'erogazione di «prestazioni mirate a esigenze specifiche delle persone che ne fruiscono» (D. Sorace, 2005, 130).

Finalizzati alla realizzazione del «pieno sviluppo della persona umana» nella società (art. 3 Cost.), essi implicano un «rivolgersi al volto dell'altro» (F. Fracchia, 2004, 63, il quale si richiama a E. Lévinas, 1982). Si pensi al rapporto medico-paziente, al particolare legame che gli insegnanti hanno con gli allievi o alla relazione che, sotto il profilo umano, si instaura tra coloro che operano nel settore dell'assistenza e i soggetti in difficoltà da questi aiutati.

In linea con questa impostazione, talune ricostruzioni mettono in risalto come la peculiarità dei servizi sociali risieda nella rilevanza giuridica dei c.d. «fatti di sentimento» (A. Falzea, 1985, 541 ss.), ossia del fattore emotivo che ne ispira l'erogazione (V. Berlingò, 2010). In quest'ottica, di tali servizi è stata data una lettura in termini di «beni relazionali», la cui utilità non dipende soltanto dalle caratteristiche intrinseche ed oggettive dei beni stessi, ma dalla reciproca interazione tra i soggetti che li producono ed i soggetti che ne fruiscono (V. Berlingò, 2010, 114. Per un'applicazione di tale impostazione di pensiero in relazione alle forme di tutela degli utenti v. il cap. X, par. 7).

La componente “relazionale” non assume invece rilievo negli altri servizi pubblici, ove appare prevalente la finalità di «un'estensione universalizzante di posizioni di vantaggio» (F. Fracchia, 2004, 58); le prestazioni sono in genere predefinite, standardizzate (F. Fracchia, 2004, 66; D. Sorace, 2005, 130).

Si osservi che l'aspetto “relazionale” della solidarietà non è presente in tutti i settori che vengono normalmente ricondotti al *genus* servizi sociali; non si riscontra infatti in ambiti quali la previdenza o l'edilizia economico-popolare, quest'ultima, peraltro, di incerta collocazione nel contesto dei servizi sociali.

Sulla base di tale rilievo si potrebbe forse individuare, all'interno della categoria dei servizi sociali, una nozione più limitata, definita, appunto, dalla presenza di una solidarietà di tipo “personale”, spesso concretantesi in prestazioni infungibili: essa riguarderebbe ambiti quali la sanità, la scuola e l'assistenza (V. Molaschi, 2008, 54; 2004, 112).

Occorre peraltro puntualizzare come la caratteristica evidenziata non concerna tutti i segmenti delle attività in cui si articolano i suddetti servizi sociali (D. Sorace, 2005, 130). A titolo di esempio si considerino, per quanto concerne la sanità, la distribuzione dei pasti ai pazienti ricoverati o certe prestazioni diagnostiche strumentali (D. Sorace, 2005, 130). D'altra parte, come si avrà modo di rilevare, lo stesso concetto di servizi sociali recepito dalla legge quadro ricomprende anche l'erogazione di prestazioni economiche.

Infine, non ci si può esimere dal chiedersi come incideranno sugli aspetti relazionali tipici dei servizi sociali i cambiamenti sociali conseguenti alla diffusione del Covid-19. Si pensi, in particolare, alle misure di distanziamento sociale, all'uso di dispositivi quali le mascherine, che in parte nascondono il “volto dell'altro” e, infine, all'incremento dell'uso delle tecnologie, in cui la comunicazione è “a video”, mediata da uno schermo, e non di persona.

5. *Beneficenza pubblica, assistenza sociale e servizi sociali nell'evoluzione normativa. Il problema della “sorte” della l. n. 328/2000 nel nuovo quadro costituzionale: rinvio*

La nozione di servizi sociali c.d. in senso stretto è stata enucleata dall'art. 128, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, richiamato dall'art. 1, comma 2, l. n. 328/2000, che l'ha fatta propria.

Prima di procedere alla sua disamina, occorre precisare che essa rappresenta il punto di approdo di una complessa evoluzione normativa, legata alle vicende dei trasferimenti di funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni, in attuazione degli artt. 117 e 118 Cost., e imperniata sulle nozioni di «assi-

stenza sociale» e di «beneficenza pubblica», il cui significato è stato al centro di un ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza.

Giova al riguardo ricordare che il termine «assistenza sociale» ricorre nell'art. 38, comma 1, Cost., già analizzato; alla «beneficenza pubblica» faceva invece riferimento il testo dell'art. 117 Cost. precedente alla riforma del Titolo V della Costituzione operata dalla l. cost. n. 3/2001, che annoverava detta materia tra quelle oggetto di potestà legislativa concorrente e, conseguentemente, da trasferirsi alle Regioni ai sensi dell'art. 118 Cost., in base al c.d. principio del (tendenziale) parallelismo.

Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 112/1998 l'espressione servizi sociali, peraltro di non frequente utilizzo, non aveva il significato che ha oggi.

Essa comparve sostanzialmente per la prima volta nell'ambito del d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616, ove rappresentava un «settore organico», comprensivo di più attività eterogenee: «polizia locale urbana e rurale», «beneficenza pubblica», «assistenza sanitaria ed ospedaliera», «istruzione artigiana e professionale», «assistenza scolastica», «musei e biblioteche di enti locali».

Gli altri «settori organici» previsti dal d.p.r. n. 616/1997 erano: «ordinamento e organizzazione amministrativa»; «sviluppo economico»; «assetto ed utilizzazione del territorio».

I «settori organici», peraltro, erano già stati introdotti dall'art. 17, lett. *b*), della l. 16 maggio 1970, n. 281, ma non avevano ricevuto attuazione alcuna con i decreti delegati del 1972. In questa prima stagione il trasferimento delle funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni avvenne non già attraverso l'emanazione di un unico atto normativo, bensì mediante distinti decreti legislativi, aventi ad oggetto, in sostanza, le singole «rubriche» dell'art. 117 Cost. Per quanto qui interessa, al trasferimento della «beneficenza pubblica» si provvede con il d.p.r. 15 gennaio 1972, n. 9, intitolato, appunto, «Trasferimento alle Regioni a statuto ordinario delle funzioni amministrative statali in materia di beneficenza pubblica e del relativo personale».

In questa prima fase della regionalizzazione non vi fu pertanto, se non in minima parte, la ricerca di momenti di interdipendenza tra le diverse materie, anche allo scopo di favorire interpretazioni restrittive, tese a limitare la competenza regionale.

L'individuazione di «settori organici» diede invece il via ad un'operazione concettuale, nonché pratica, del tutto diversa, concentrando l'attenzione sull'identificazione di denominatori comuni tra i diversi ambiti di attività, in base a «criteri oggettivi desumibili dal pieno significato» delle materie «e dalla più stretta connessione esistente tra funzioni affini, strumentali e complementari»; il trasferimento doveva «risultare completo ed essere finalizzato ad assicurare una gestione sistematica e programmata delle attribuzioni costituzionalmente spettanti alle Regioni per il territorio e il corpo sociale» (art. 17, comma 3, l.

22 luglio 1975, n. 382). Di qui la riconducibilità sotto una comune “etichetta” di settori d’azione differenti, ma connotati da profili di comunanza.

Chiarito il diverso contenuto dell’espressione servizi sociali – indicativa di un «settore organico» – in questa stagione dell’evoluzione normativa, si può ora cercare di fornire qualche delucidazione sul significato delle locuzioni «assistenza sociale» e «beneficenza pubblica», che ha animato le diatribe dottrinarie e giurisprudenziali all’epoca delle prime due regionalizzazioni.

Inizialmente l’interpretazione dominante era nel senso della coincidenza delle due espressioni: si riteneva che con il riferimento alla «beneficenza pubblica» l’art. 117 Cost. avesse statuito la competenza delle Regioni su tutto il settore dell’assistenza. Questa tesi ermeneutica era stata in un primo momento accolta dalla Corte costituzionale, trovatasi a giudicare sulla costituzionalità di alcune leggi in materia dettate da Regioni ad autonomia speciale (Corte cost. 9 aprile 1968, n. 29; Corte cost. 6 aprile 1965, n. 27).

Successivamente, però, la Consulta, chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità del d.p.r. n. 9/1972, con il quale, come si è già avuto modo di accennare, si era avviato il processo di trasferimento alle Regioni ordinarie delle funzioni amministrative statali relative alla «beneficenza pubblica», aveva ribaltato il proprio precedente orientamento, ritenendo che alle due locuzioni corrispondessero due tipologie diverse di prestazioni.

Il giudice delle leggi (Corte cost. 24 luglio 1972, n. 139) aveva infatti individuato la caratteristica principe della «beneficenza pubblica», sviluppatasi «sul tronco» della l. 17 luglio 1890, n. 6972, c.d. legge Crispi, nella «discrezionalità delle prestazioni», in denaro o in servizi, e nell’erogazione di queste in favore di coloro che, «per qualsiasi causa ed a prescindere da particolari status e qualifiche», versassero in «condizione di bisogno». «Determinante» era in essa «la considerazione della concreta situazione del singolo individuo, la valutazione della personalità e delle condizioni di vita dell’assistibile, in relazione, peraltro, alle disponibilità materiali dell’ente od organo erogante».

Per quanto riguarda l’«assistenza», invece, la Corte ne aveva individuato le finalità nell’«eliminare o ridurre entro limiti rigorosi, ancorandola all’accertamento di dati oggettivi, la discrezionalità degli organi od enti erogatori, così da rendere progressivamente concreto quel “diritto” all’assistenza sociale, che il comma 1 dell’art. 38 Cost. vuole sia attribuito ad ogni cittadino “inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere”». Essa si connotava per «la tipizzazione legislativa di determinate categorie di assistibili», di modo che le prestazioni venivano erogate «per il sol fatto di rientrarvi».

Traendo le conseguenze di tali definizioni sul piano delle competenze, quest’impostazione ermeneutica tracciava una netta linea di demarcazione tra «l’assistenza sociale», appannaggio dello Stato, coerentemente con quanto disposto dall’art. 38, comma 4, Cost., e la «beneficenza pubblica», di spettanza regiona-