

Il paradossale percorso dei diritti sociali*

LUIGI VENTURA, ALESSANDRO MORELLI**

Sommario

1. La collocazione storica dei diritti sociali. – 2. La questione teorica: il rapporto tra libertà ed eguaglianza. – 3. Diritti sociali, dignità umana ed emergenza.

Data della pubblicazione sul sito: 17 aprile 2021

Suggerimento di citazione

L. VENTURA, A. MORELLI, *Il paradossale percorso dei diritti sociali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Il contributo è destinato agli *Scritti in onore di Monsignor Vincenzo Bertolone*.

** Luigi Ventura è Professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università degli studi "Magna Græcia" di Catanzaro. Indirizzo mail: ventura@unicz.it. Alessandro Morelli è Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Messina. Indirizzo mail: alessandro.morelli@unime.it.

1. La collocazione storica dei diritti sociali

Quella dei diritti sociali è una storia ricca di paradossi: per lungo tempo svalutati, considerati perfino di dubbia compatibilità con lo Stato di diritto e, poi, intesi come situazioni giuridiche secondarie rispetto ai diritti civili, limitate e limitabili in base a “esigenze di bilancio” in quanto “diritti costosi”. Ora, dopo l’esplosione dell’emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del Covid, protagonisti assoluti di ogni discussione pubblica sulle misure e sugli interventi di gestione della pandemia: salute, istruzione e lavoro costituiscono i beni le cui esigenze di tutela e di promozione vengono prevalentemente rappresentate nel dibattito pubblico, mentre i diritti di libertà negativa sono limitati e compressi con atti amministrativi, talora privi di una sufficiente copertura legislativa.

Se si ripercorre la storia dei diritti sociali verso il loro pieno riconoscimento come diritti costituzionali, appare evidente come essi abbiano dovuto scontare, prima di ogni altro, lo scoglio della dottrina pubblicistica. Il primo dibattito si ebbe a seguito della loro inclusione nella Costituzione di Weimar del 1919, che ne faceva una categoria giuridica finalmente sottratta al limbo cui erano stati destinati fino ad allora, in quanto ritenuti enunciazioni di carattere soltanto politico. La dottrina, in seguito a quella inclusione, si interrogò sulla loro compatibilità con lo Stato di diritto, così come lo intendeva il pensiero liberale. Quella inglese è storia non solo di dottrine politiche, ma del prodotto, sul piano legislativo, delle scelte della classe borghese liberale e del suo “egoismo intelligente” che introdusse, al di là dei contributi di pensiero, misure ingenti di protezione sociale, soprattutto da parte di un governo conservatore, e ricordando che, inoltre, l’espressione “Stato liberale” non è una categoria propriamente giuridica, essendo i suoi connotati fondamentali di natura economica (libera concorrenza, mercato, proprietà privata, libertà di contratto e relativo *laissez faire*), tanto che, alla fine della storia, si definisce lo Stato sociale come l’evoluzione del moderno Stato di diritto¹; una modernità che, quantomeno sul piano teorico, fu assai difficile da conquistare.

La dottrina adottò un approccio svalutativo e riduttivo di tali diritti, a paragone di quelli della precedente generazione, intendendoli talvolta come diritti legali, talaltra come *indicazioni* o *direttive* rivolte al legislatore, ovvero come *norme di principio* dirette sempre al legislatore, che avrebbe dovuto darne attuazione attraverso la legge. In sostanza si trattava di diritti non azionabili, richiedenti la necessaria *interpositio* del legislatore, che non era sottoposto a strumenti giuridici che lo potessero indurre o costringere a dar seguito agli enunciati della

¹ Cfr. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XV ed. interamente riveduta da G. SILVESTRI, Giuffrè, Milano, 2020, spec. pp. 132 ss., 206 ss., 615.

Costituzione. Difatti, le norme che prevedevano diritti sociali rimanevano con il loro valore politico, ma senza efficacia giuridica ed effettività².

Una volta giunti al tragico superamento della realtà politico-istituzionale di Weimar, con l'approvazione in Italia, Francia e Germania di Costituzioni caratterizzate fortemente dalla democrazia pluralista, il dibattito dottrinale, massimamente nel nostro Paese e in Germania, riprese le sue mosse alla stregua del precedente. L'unica differenza, se così può dirsi, fu che si determinò una contrapposizione, sempre e comunque sul versante della loro inconciliabilità, tra i principi dello Stato liberale di diritto e quelli dello Stato sociale democratico, che inconfutabilmente era stato impiantato nelle citate Costituzioni del dopoguerra. Non più, pertanto, una non solubile tensione tra diritti di libertà e diritti sociali.

G. Leibholz sostenne al riguardo che, basandosi i diritti fondamentali classici sul concetto (liberale) di *libertà negativa*, e i diritti sociali sul concetto (democratico) di *eguaglianza*, si sarebbe creato tra di essi una *tensione irresolubile*, essendo i diritti sociali limitativi e restrittivi rispetto alla condizione dei titolari dei classici diritti di libertà negativa³. Tale tensione, peraltro, non avrebbe avuto che una soluzione: la negazione o dei diritti di libertà o dei diritti sociali. E, posto che la condizione originaria dell'individuo era quella della *libertà* e non già dell'*eguaglianza* e che solo la libertà faceva da argine ai regimi totalitari, la dialettica andava risolta a vantaggio dei diritti di libertà, mentre i diritti sociali erano ritenuti solo dei principi programmatici e, pertanto, non autentici diritti. Nonostante la chiara lettera delle due Costituzioni in discorso, e segnatamente di quella italiana, la questione tenne banco durante il primo decennio di vita della democrazia costituzionale, fino a quando, cioè, non furono rese funzionanti le Corti costituzionali, che avrebbero dato un impulso decisivo alla soluzione del dilemma. Tuttavia, è stata notata⁴ l'incapacità a superare i limiti teorici del c.d. modello dello Stato liberale di diritto al cospetto del nuovo contesto istituzionale dello Stato democratico, impiegando, senza adattarli, antichi concetti e categorie ormai obsoleti, anche da parte di chi riteneva inaccettabile la visione svalutativa di Leibholz.

A posteriori si può osservare che la conservazione è sempre dura a cedere il passo, anche sul piano della dottrina. Esempio è, al riguardo, la tesi di M. Mazziotti di Celso, per il quale anche i diritti sociali sarebbero situazioni giuridiche soggettive, non già principi programmatici e, tuttavia, diverse dai diritti fondamentali di libertà. Sarebbero, cioè, situazioni giuridiche attenuate, *interessi*

² Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, vol. XI, pp. 1 ss.

³ G. LEIBHOLZ, *Der Strukturwandel der modernen Demokratie* (1952), in ID., *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Muller, Karlsruhe, 1958, pp. 87 ss., 130.

⁴ ... da A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit.

costituzionalmente protetti, alla stregua degli interessi legittimi del diritto amministrativo, vale a dire, più precisamente, delle *aspettative giuridiche che rappresenterebbero il riflesso delle norme costituzionali prescriventi al titolare di un pubblico potere l'esercizio di una funzione per il soddisfacimento di un interesse collettivo*⁵. Si tratta così, ancora una volta, di una svalutazione dei diritti sociali ridotti al livello di interessi legittimi, che non tiene conto delle differenze che intercorrono tra amministrazione e legislazione, la quale ultima è un'attività libera nel fine e, come s'è visto dianzi, pur affidandole il ruolo di concretizzare e rendere effettivi i diritti sociali, non prefigurerebbe misure e strumenti idonei a costringerla a tale compito. E tuttavia lo stesso Autore, dopo un lineare ragionamento, conclude che «i diritti sociali non sono affatto, per loro natura, in contrasto intrinseco con i diritti di libertà. In quanto tendono ad attuare l'eguaglianza giuridica, essi sono anzi in armonia con la libertà».

Non c'è ora l'intenzione di ricostruire il tortuoso affermarsi dei diritti sociali, ormai ritenuti diritti fondamentali. E il percorso verso questo approdo è con precisione disegnato, stigmatizzando «*incongruenze*» e «*distorsioni della realtà storica*», nonché «l'infelice destino storico della positivizzazione dei diritti sociali», che hanno determinato per lungo tempo, per essi, una situazione di '*minorità*', causata dalla pur innegabile «*priorità storica dei diritti di libertà*»⁶. Si rinvia pertanto alla copiosissima letteratura che ha affrontato e risolto il problema, se non altro nel suo profilo teorico e giuridico, nonché alla giurisprudenza costituzionale, nel cui ambito la conservazione è stata ed è incarnata dagli interventi dell'Avvocatura dello Stato, a rappresentare il Presidente del Consiglio dei ministri soprattutto nei giudizi incidentali, sempre e comunque a difesa anche dell'indifendibile, ma non già da parte della Corte, come temevano le sinistre, prima della tardiva realizzazione effettiva dell'organo di garanzia, dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, in funzione di supplenza rispetto a un legislatore inerte dinanzi al compito istituzionale di "riformare" la legislazione sotto il segno della Costituzione, ha provveduto in suo luogo, ma anche ad anticipare bilanciamenti e decisioni legislative sul versante della instaurazione dell'ordinamento democratico e pluralista, lontano ormai da utopie di retroguardia sempre presenti in difesa surrettizia e mendace dello Stato di diritto volutamente immaginato. Basti pensare alla definizione dei diritti sociali (profondamente erronea e antistorica) come «*diritti socialisti*»⁷, interpretazione dura a sparire,

⁵ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, vol. XII, pp. 802 ss.;

⁶ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 82 ss.

⁷ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it. a cura di A. CARACCILO, Giuffrè, Milano, 1984, spec. pp. 50 ss.

anche per l'ignoranza d'accatto di taluni dirigenti politici. Essi hanno trovato la Consulta come protagonista, con uno strumentario sempre più affinato al fine della loro realizzazione concreta e quindi dello Stato di diritto disegnato in Assemblea costituente, fin dalla sentenza n. 1 del 1956, in cui la Corte affermò definitivamente la sua competenza a considerare le norme c.d. *programmatiche* come parametro del giudizio di legittimità costituzionale delle leggi. Anche se l'armamentario della Corte, che ha avuto lo strumento più efficace nelle sentenze *additive di prestazione*, si è progressivamente assottigliato, attraverso passaggi intermedi, come *l'incostituzionalità accertata e non dichiarata*, o il *differimento nel tempo dell'entrata in vigore delle pronunce*, fino alle sentenze *additive di principio*.

Come, al riguardo, rileva esattamente C. Salazar⁸, mentre la Corte, anche per effetto della crisi economica, ha per l'appunto "chiuso" «la stagione della ricerca dei 'rimedi' alle omissioni incostituzionali del legislatore, almeno quando si tratta di diritti 'costosi'» e pur osservando che, al contrario di quanto si pensi, «il ricorso al *test* di ragionevolezza ha finito per contenere la pervasività del controllo di costituzionalità», piuttosto che rappresentare un giudizio di «opportunità» sulle scelte affidate alla discrezionalità legislativa, l'Autrice osserva un persino felice paradosso. Difatti, per «il 'segmento' relativo ai diritti degli immigrati, divenuto ormai imponente», si nota come il *trend* relativo ai c.d. diritti costosi abbia registrato una inversione di tendenza, poiché la Corte è ricorsa a sentenze additive di prestazione, «ben al di là dei casi di palese irragionevolezza o di compressione del contenuto essenziale dei diritti», quasi a evitare che la compressione dei diritti a ottenere prestazioni, oltre a costituire una odiosa discriminazione, finisca «per negare a chi giunge nel nostro Paese ... la possibilità di sentirsi parte della collettività, pur quando si tratti di lavoratori che contribuiscono, con il loro apporto, al benessere generale», con la conseguenza che in tali casi la discrezionalità legislativa, anche al cospetto di carenza di risorse disponibili, «perde la sua ampiezza»⁹. A parte che sarebbe facilmente dimostrabile che tutti i diritti, anche quelli c.d. della prima generazione, costano.

2. La questione teorica: il rapporto tra libertà ed eguaglianza

Non vi è dubbio che il discorso sui diritti sociali sia per induzione riconducibile a quello su libertà ed eguaglianza, concetti e principi sui quali non si finirà mai di discorrere, forse perché essi non esisteranno mai in modo pieno. Ma fanno bene i costituzionalisti a dibatterne i contenuti e le reciproche implicazioni, non fosse altro per non lasciarli alla sarabanda dei dibattiti politici, tradotti in "concetti" da

⁸ C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, p. 11.

⁹ *Ibidem*.

“grandi magazzini”. È evidente che nella discussione dal '900 in poi hanno inciso posizioni ideologiche diverse e spesso opposte, che si sono tradotte, talvolta naturalmente talaltra tragicamente, in regimi e istituzioni totalitari, che hanno scandito e segnato la storia del «secolo breve»¹⁰. Ma la discussione continua. E continua pure l'insoddisfazione di vedere, se non altro al livello globale, libertà ed eguaglianza non realizzate, ma utilizzate come un dentifricio per sbiancare i sorrisi di potenti democratici e dittatori. Tuttavia, mentre, anche per ragioni storiche, la libertà è più pacificamente assorbita nell'immaginario collettivo di persone e di popoli, è l'eguaglianza a determinare problemi non solo e non tanto perché lontana dall'essere mediamente raggiunta, ovviamente nelle forme previste dalle Carte costituzionali, quanto più perché, nonostante le teorie filosofiche, i dibattiti dei costituzionalisti e degli intellettuali in genere, si tratta di un concetto, di un valore, di un principio che determina “paura” in larghi strati del popolo: non tutti vogliono essere eguali, anche se tutti, per se stessi, pretendono dallo Stato le prestazioni dei diritti sociali. La libertà ha in certo senso un valore assertivo: io sono libero; l'eguaglianza ha un valore di relazione: io sono eguale ... a chi? Ed è forse la risposta a quest'ultimo quesito a rendere problematica l'affermazione non ipocrita dell'eguaglianza. Non tocchiamo l'argomento della società dei due terzi, né l'argomento del privilegio, né del carico fiscale che dovrebbero assumersi i privilegiati (in chiave costituzionalmente progressiva) per rendere più agibile la media realizzazione dell'eguaglianza di cui al secondo comma dell'art. 3 Cost. Ma guardiamo per un momento alle differenze che creano paure e spesso “mostri”, che sono i mostri del nostro tempo, in una società violenta e perciò stesso ineguale. E, tuttavia, se l'eguaglianza è un valore cui tendere senza sosta o quartiere, anche le diversità sono valori. Tutti vogliono essere liberi, non tutti vogliono essere eguali. Difatti si tratta di discorrere di eguaglianza dinanzi alla legge e allo Stato di soggetti e gruppi diseguali, senza che la discussione debba o possa essere “inquinata” e falsata dall'egualitarismo, poiché non è pensabile un'eguaglianza, «come diritto», senza l'indicazione del contenuto di una possibile discriminazione, mentre «nel nostro ordinamento, non si potrà innanzi tutto parlare dell'eguaglianza in genere, ma dell'eguaglianza quale è proclamata dall'art. 3 Cost.»¹¹. Non vi è dubbio che l'eguaglianza, pur nelle forme introiettate dal costituzionalismo, non è di questo mondo, qualunque sia l'ideologia dominante. Quella “livellatrice” si ha solo alla fine della vita, astrazione fatta per chi crede in una diversa dimensione con contenuto “retributivo”. Abbiamo solo la possibilità di batterci per l'eguaglianza di fronte al diritto e nel diritto; ma, mentre le politiche degli Stati sono

¹⁰ E.J. HOBSBAWM, *Il secolo breve 1914/1991* (1994), trad. it. di B. LOTTI, Rizzoli, Milano, 2000.

¹¹ A. PACE, *Eguaglianza e libertà*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, CEDAM, Padova, 2002, pp. 78 ss.

tendenzialmente esclusive, le sentenze delle Corti, nazionali ed europee, sono tendenzialmente inclusive. E questo è un problema. V. Onida afferma: «è proprio ed anzitutto sul terreno dei diritti di libertà ‘classici’ che il precetto dell’eguaglianza, intesa come estensione universale delle regole e delle garanzie, senza discriminazioni, può espandersi pienamente. Le libertà costituzionali sono veramente tali solo se espressione di *eguale libertà* delle persone». E «se si ha riguardo al criterio dell’effettività del godimento dei diritti: anche le libertà ‘classiche’ hanno ... una componente sociale, se si pretende che esse siano effettivamente usufruite da tutti». Mentre «i diritti sociali ... non riguardano e non possono riguardare, invece, tutti gli individui nello stesso modo, bensì, assai spesso, solo coloro che si trovano in situazioni di svantaggio di fatto, i così detti soggetti deboli: e quindi richiamano meno l’uguaglianza intesa come universalità e uniformità di regime giuridico, e più l’eguaglianza c.d. sostanziale, la cui realizzazione richiede spesso, o può richiedere, differenze di trattamento, giustificate o imposte appunto dall’imperativo del superamento o della limitazione delle disuguaglianze di fatto»¹².

3. Diritti sociali, dignità umana ed emergenza

Se corrisponde a una convinzione diffusa che la forma dello Stato sovrano si articoli nel rapporto mortatiano tra autorità e libertà, tale relazione assume nella democrazia costituzionale una connotazione del tutto peculiare: ha ragione, infatti, H. Kelsen, dinanzi alla dialettica tra eguaglianza e libertà e sicuramente dinanzi alla loro sintesi teorica (che, purtroppo, non corrisponde spesso, nei fatti, a una reale sintesi politica)¹³. L’autorità c’è sempre (anche se nello Stato sociale e nella democrazia costituzionale deve essere assistita dal, e fondarsi nel, consenso), oltre le libertà e altri principi di pari rango. Ci sono l’eguaglianza, i diritti fondamentali, la dignità della persona, che necessitano, sempre e come che sia, di essere effettivamente garantiti. Non si può fare a meno dell’autorità (essendo venuta meno, e non poteva essere altrimenti), sia in generale che nelle condizioni storiche e sociali contingenti, l’utopia tradita della fine dello Stato. Non si può fare a meno dello Stato, in cui la sovranità è declinata nelle forme della separazione dei poteri e della tutela di quei principi e diritti di cui si è fin qui discorso. Allora il rapporto va costruito *circolarmente*, tra *autorità-libertà-eguaglianza-diritti*; circolarmente perché non si può trattare di una linea retta o, come pure si potrebbe dire, di rette parallele. L’autorità nasce ed è legittimata dalle libertà politiche e civili, dall’eguaglianza e dall’esercizio dei diritti fondamentali. Ma libertà, eguaglianza e

¹² V. ONIDA, *Eguaglianza e diritti sociali*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, cit., pp. 102 ss.

¹³ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* (1929), in ID., *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 46.

diritti non possono autoaffermarsi, non possono essere autofondati, perché sarebbero come foglie al vento. Hanno bisogno, per l'appunto, di una autorità che da essi tragga alimento, che, allo stesso tempo, li realizzi, li implementi, li garantisca. Nella fase attuale ci sono le Corti nazionali e le Corti europee. Non è dato sapere, soprattutto per queste ultime, quale sarà il futuro e se, in ipotesi, tali Corti si distaccheranno dalla ora necessitata "politica" casistica; mentre la mancanza di δῆμος non colpisce solo le istituzioni europee, ma anche l'inconcludenza, almeno in questa fase, delle istituzioni nazionali. Si può confidare ancora che siano le Corti nazionali che, non facendosi scavalcare da indirizzi inclusivi delle Corti europee, continuino la loro opera di indiscutibile rendimento che data dalla fine degli orrori del '900 in poi, anch'esse espressione del principio di sovranità. Se poi, ma purtroppo sembra una delle tante utopie di cui si sono alimentati teorici, studiosi e padri lungimiranti, nascesse un altro vero sovrano sovranazionale, con i caratteri dettati dal costituzionalismo e non dal mercato o dalle esigenze economico-finanziarie, nulla cambierebbe sul piano dei principi, a condizione che il nuovo sovrano (federale), nel rispetto della sovranità auto-limitata degli Stati membri, fosse ancora, di più degli stessi, democratico e inclusivo. Occorre, cioè, che ci sia pur sempre un Sovrano per dare certezza a diritti e doveri. Ancor più in una fase storica tragica come quella che stiamo vivendo, nella quale tornano ad affermarsi istanze primordiali di sopravvivenza, la stessa garanzia dell'esistenza umana rivela la sua natura di precondizione di ogni altra pretesa giuridicamente fondata e il rapporto tra diritti civili e diritti sociali vive un paradossale capovolgimento, le esigenze di protezione degli ultimi risultando prevalenti rispetto a quelle dei primi. Si tratta, per vero, di un paradosso solo apparente, considerato che i diritti sociali danno veste giuridica a bisogni primari dell'essere umano, il cui soddisfacimento impone non soltanto l'adozione di adeguate politiche sociali ma l'assunzione d'ineludibili scelte di giustizia.

Alla stregua dei temi all'attenzione in questi tempi, occorre ribadire che il diritto prevalente, che deve essere prevalente, e che è forse poco all'attenzione dei dibattiti politici e dell'informazione, è quello naturale alla vita, prima ancora che alla salute, che ne è prodromico. Poco si discute delle centinaia di persone che, quotidianamente, la perdono nel silenzio non solo degli innocenti. Un diritto che è riconosciuto e positivizzato dallo Stato democratico che ne determina la differenza con ordinamenti autocratici o autoritari, in cui diritti della "prima generazione" e quelli sociali di cui qui si discorre, è tale anche se non fosse riconosciuto positivamente. Non ci possono essere dubbi che valga di più la protezione della vita e ovviamente quella della salute più di qualsiasi altra libertà e di qualsiasi altro diritto anche "costoso". Agli studenti di diritto costituzionale si può dire, come si è detto, che vale più una vita di qualsiasi esigenza di natura economica. Il diritto alla vita, anche se non fosse positivizzato, esisterebbe

comunque e la sua violazione legittimerebbe qualsiasi diritto di resistenza¹⁴. Non si sta discutendo dell'ipocrita "diritto alla felicità" recitato dalla Costituzione degli Stati Uniti. Si sta richiamando quel diritto, evidentemente considerato, al livello mediatico, prevalente rispetto al "diritto" di praticare lo sport dello sci sulle piste montane o a quello di chi gestisce piste innevate e che hanno avuto, a torto o a ragione, una ribalta mediatica che non hanno (in quanto solo numeri) coloro che ogni giorno perdono la vita e che hanno, non umanamente, un solo valore statistico. Semmai si parli e, soprattutto, si operi per un diritto al futuro, possibilmente migliore del presente. Ma tutti i diritti della prima generazione e, forse soprattutto, quelli sociali sono indubbiamente serventi il diritto alla vita.

¹⁴ Cfr. J. LOCKE, *Trattato sul governo* (1691), a cura di L. FORMIGARI, Editori Riuniti, Roma, 2000, p. 173.