

Rivista N°: 3/2016
DATA PUBBLICAZIONE: 25/07/2016

AUTORE: Massimo Luciani*

DIRITTI SOCIALI E LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI PUBBLICHE NEI SESSANT'ANNI DELLA CORTE COSTITUZIONALE**

Sommario: 1.- I tribunali costituzionali e la contestazione dello Stato sociale. 2.- La Corte costituzionale italiana e i suoi paradigmi di riferimento. 3.- Dai paradigmi alle tecniche decisorie. 4.- Di qualche possibile sviluppo.

1. I tribunali costituzionali e la contestazione dello Stato sociale.

È bene dirlo subito. E senza infingimenti. Quando, ai giorni d'oggi, i tribunali costituzionali sono chiamati a confrontarsi con la grande questione dei diritti sociali vengono gettati nel fuoco di uno scontro epocale, nel quale si affrontano due prospettive opposte della costruzione e del mantenimento delle comunità politiche. Si trovano, dunque, in una posizione molto scomoda, che li rende fatalmente oggetto di attenzione polemica, connessa non soltanto alle contingenti vicende del momento (tal sentenza “costa troppo”; tal'altra “protegge troppo poco” alcuni beni della vita), ma anche - e soprattutto - alle prospettive di lunga lena di un mondo in tumultuosa trasformazione.

Anche se a prima vista potrebbe non esser chiaro, la questione, una volta di più, è quella - cruciale - dei processi di integrazione politica e sociale. Cosa ci fa stare assieme? Come questo stare assieme può essere realizzato? Quali sono i processi che determinano il senso di appartenenza a una comunità politica? Preciso che qui il termine “comunità” vale generico *societas* e non implica alcuna scelta nell'alternativa fra *Gemeinschaft* e *Gesellschaft*. Certo sui due concetti non sono ammesse confusioni, perché la prima deve intendersi

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Roma “Sapienza”.

** Relazione al Convegno “Per i sessant'anni della Corte costituzionale”. Roma, 19-20 maggio 2016, presso la sede della Corte costituzionale. Ringrazio sentitamente il suo Presidente, Prof. Paolo Grossi, per la cortese autorizzazione alla pubblicazione anticipata su questa *Rivista*. Contributo pubblicato senza referaggio.

come “un organismo vivente” e la seconda come “un aggregato e prodotto meccanico”¹, ma al di là delle opposizioni idealtipiche le concrete *societates* umane esibiscono, con variabili equilibri, tratti che sono propri sia dell’una che dell’altra. E questo spiega bene perché la costituzione del vincolo politico sia stata collegata a così tante e tanto diverse strategie. Sono tre, nel Novecento, quelle che paiono più significative.

La prima, avviata dalla weberiana tripartizione dei *Legitimitätsgründe einer Herrschaft* - razionale, tradizionale e carismatico - pone l’accento sull’esigenza di un potere legittimo che, riconosciuto come tale (*als legitim angesehen*), sia in grado di tenere assieme il gruppo sociale grazie alla comune credenza (“*la légitimité n’est qu’un système de croyances*”, avrebbe poi detto Duverger)² sulla fondatezza della pretesa a governare della classe dirigente³. Gli sviluppi ultimi e certo indesiderati e non previsti di questa strategia li troveremo nella disperante tesi schmittiana della riduzione del vincolo politico all’immedesimazione in un capo (“*Das Volk akklamiert einem Führer [...]. Kein Staat ohne Volk, kein Volk ohne Akklamationen*”)⁴, peraltro in una prospettiva teologico-politica che appare fortemente premoderna e venata di tomismo⁵.

La seconda è quella procedurale e formale che ha segnato le più fortunate dottrine della democrazia del secolo appena trascorso, da Popper a Schumpeter, da Dahl a Luhmann. Si tratta di una strategia che, per la verità, non segna affatto un abbandono di Weber⁶, ma assolutizza uno dei suoi tipi di autorità - quello razional-legale - per esaurirvi ogni pretesa di fondazione del politico. Sia pure nella profonda diversità dei singoli esiti, per tutti gli autori appartenenti a questo filone la premessa fondamentale è la neutralizzazione del conflitto attraverso l’osservanza di procedure legali, capaci di ridurre la temperatura dello scontro sociale e di generare la credenza nella ragionevolezza della decisione pubblica finale. Gli ultimi sviluppi di questa linea di pensiero li troviamo in Habermas, che tuttavia sembra complicare il quadro, innervando la legittimazione procedurale di qualche robusta determinazione contenutistica (basta pensare al *tópos* del patriottismo costituzionale).

L’ultima è quella, eclettica, che mette assieme entrambe le precedenti linee strategiche, cogliendo la necessità che il vincolo politico sia costruito grazie a un’azione coordinata su plurimi piani, simbolico, personale, materiale. È la posizione di Rudolf Smend, che, se cul-

¹ Questa la classica sistemazione di F. TÖNNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Darmstadt, Buske, 1935, trad. it. di G. Giordano, *Comunità e società*, Milano, Ed. di Comunità, 1979, 47.

² M. DUVERGER, *De la dictature*, Paris, Julliard, 1961, 47.

³ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, ed. critica Winkelmann, 1956, trad. it. coord. da P. Rossi, *Economia e società*, 2^a ed. it., Milano, Comunità, 1968, I, 207 sgg. Questa dottrina, come è noto, è anticipata, in forma sintetica, in *Politik als Beruf*, 1919, dal quale saggio sono tratte anche le brevi espressioni citate nel testo.

⁴ C. SCHMITT, *Volksentscheid und Volksbegehren*, Berlin u. Leipzig, de Gruyter, 1927, 34.

⁵ In Tommaso, infatti, l’autorità umana è modellata su quella divina (è, dunque, “analogica”: F. VIOLA, *Per una filosofia dell’autorità secondo S. Tommaso D’Aquino*, in AA. VV., *Atti dell’VIII Congresso Tomistico Internazionale*, Vol. VI, Città del Vaticano, Pontificia Accademia di S. Tommaso, 1982, 271).

⁶ Sulla profondità del lascito weberiano nel mondo del diritto, da ultimo, le intelligenti riflessioni di N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, *passim*.

turalmente è poco conosciuta al di là della cerchia dei giuristi continentali, fattualmente ha trovato, nelle democrazie novecentesche, il successo più evidente⁷.

La straordinaria profondità di queste linee argomentative non cancella l'impressione di un'assenza⁸. Assenza di un elemento capitale del vincolo politico che, invece, era stato colto pienamente, già duemila anni orsono, da Cicerone. Insisto, una volta di più e a costo di annoiare chi già conosce la mia opinione: la più limpida definizione della nozione di popolo continua ad apparirmi proprio la sua, nella quale il popolo non è "*omnis hominum coetus quoquo modo congregatus*", bensì "*coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communi-
ne sociatus*"⁹. In questa visione, perché il vicolo politico si stringa e si mantenga occorrono sia un diritto comune e - si badi - condiviso, sia una comunanza di interessi materiali: il *consensus iuris* è indispensabile, ma senza *communio utilitatis* non regge alla prova del conflitto. Chi volesse averne una prova, attuale e drammatica, potrebbe rivolgersi alla vicenda dell'integrazione europea, avviata alla sua peggiore crisi dall'insipienza di chi ha creduto di poter surrogare la dimostrata incompiutezza¹⁰ di un interesse comune con l'assoggettamento sempre più intenso e addirittura parossistico a un comune diritto (oltretutto di dubbia condivisione generale).

L'inadeguatezza di questa prospettiva non muta se dal diritto (oggettivo) si passa ai diritti (soggettivi). Continuo a credere che nella nostra esperienza politica e costituzionale i valori fondanti siano "essenzialmente i diritti"¹¹. Ma è bene chiarire in che senso.

Il diritto è uno strumento per regolare rapporti fra esseri *umani* e per soddisfare bisogni *umani*. La grande capacità del diritto di creare *personae fictae* e di procedere in generale per finzioni non deve far dimenticare questo vero e proprio ovvio. La costruzione di *personae fictae* pubbliche, in primo luogo dello Stato, ne ha per lungo tempo suggerito l'antropomorfizzazione, come s'esse potessero avere vita, interessi e bisogni propri, indipendenti da quelli degli uomini che le avevano create. Non è così: gli interessi pubblici altro non sono che epitomi di bisogni e interessi *umani*, interessi che - peraltro - sono distribuiti disegualmente nella collettività sociale e che vengono qualificati come comuni solo in seguito a complessi processi selettivi e decisionali, nei quali il punto di equilibrio non fornisce mai una somma attiva per tutti, ma è raggiunto solo attraverso un aspro confronto fra poteri e con il pagamento di prezzi più o meno elevati da parte delle singole componenti sociali e delle sin-

⁷ R. SMEND, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform*, in *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl*, Tübingen 1923, ora in ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, 1955, 68 sgg.; ID., *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig, 1928, ora in ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., spec. 136.

⁸ E' forse in Smend che residua qualche traccia degli elementi analitici di cui subito si dice nel testo, almeno laddove si fa riferimento alle forme di integrazione materiale. Ma si tratta, appunto, di semplici tracce.

⁹ *De Re Publica*, I, 39.

¹⁰ Non ho scelto la parola a caso: non si tratta dell'"assenza" di interessi comuni, ma appunto della loro incompiutezza. Anche nella sua attuale penosa condizione, l'Unione offre prestazioni positive in termini di interessi materiali condivisi, ma queste ormai non bastano più, a fronte dell'evidente asimmetria posizionale di chi maggiormente guadagna e di chi maggiormente perde.

¹¹ M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome di valori*, in AA. VV., *La giustizia costituzionale a una svolta* (a cura di R. Romboli), Torino, Giappichelli, 1991, 173.

gole persone (fisiche)¹². È per questo che quasi mai le costituzioni formalizzano i diritti nella loro nuda absolutezza, ma li controbilanciano con specifici interessi sociali contrapposti, interessi che tuttavia, come accennato, sono essi stessi epitomi di bisogni e diritti di singoli, che generano - a loro volta - specifiche posizioni di dovere. Mi sembra chiara la differenza che intercorre fra questa posizione e quella che oggi sembra più fortunata, che ha fatto dei diritti il solo oggetto rilevante di studio del diritto costituzionale e ha cancellato la questione - che a me continua ad apparire essenziale - della sostanza di potere che giace sotto ogni diritto. La retorica dei nuovi diritti e il diffuso convincimento che ogni arricchimento del catalogo dei diritti sia un progresso¹³ si sposano a meraviglia con l'illusione che anche la moltiplicazione delle sedi di protezione dei diritti sia in sé un fenomeno positivo. Illusione, questa, sulla cui infondatezza non è il caso di tornare ancora una volta.

Ora, se vale questo collegamento fra vincolo politico e comunanza di interessi materiali, è evidente che si tratta di capire quali siano le strategie da seguire perché questa comunanza sia raggiunta. Ed è qui che si situa lo scontro, è qui che si articola la linea di frattura lungo la quale - volenti o nolenti - i tribunali costituzionali sono oggi costretti a muoversi quando si occupano dei diritti sociali.

La questione è quella dell'alternativa fra mercato e Stato sociale. È del tutto corretto dire che, da oltre un secolo, "l'integrazione negli Stati pluriclasse" è "passata sempre di più attraverso i diritti sociali e il *Welfare* come produttore di cittadinanza"¹⁴ e che - invece - oggi tende ad affermarsi la linea che "l'unica forma possibile di integrazione sociale nella cittadinanza sia quella garantita dal mercato"¹⁵. In via di principio, *welfare* e mercato non sono incompatibili, anzi si potrebbe dire che il *welfare* è concepibile solo in un ambiente di mercato avanzato, perché nelle forme di produzione precapitalistiche non è praticabile per ragioni materiali e in quelle socialiste è sostituito dalla diretta partecipazione alla produzione, spartizione e utilizzazione dei beni.

L'impostazione in termini di alternatività, tuttavia, è un fatto. Ed è un portato dell'ultima parte del secolo appena trascorso e dei primi anni di questo che stiamo vivendo. La sua premessa è la fine dei *Trenta Gloriosi*¹⁶, annunciata già dalla crisi petrolifera del 1973. La rottura del patto sociale che aveva retto il secondo dopoguerra, l'idea della crisi fiscale dello Stato¹⁷, la critica ai processi decisionali democratici quali generatori di eccessi di

¹² Da ultimo, richiama l'attenzione sulla sostanza di *potere* che è comunque sottesa all'elaborazione delle finzioni E. OLIVITO, *Le finzioni giuridiche nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 2013, 303 sg.

¹³ Qualche segnale di opportuna resipiscenza sul punto, peraltro, ci è venuto dalla Corte costituzionale, con la sent. n. 317 del 2009.

¹⁴ G. PRETEROSSÌ, *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2015, 26.

¹⁵ G. PRETEROSSÌ, *Ciò che resta della democrazia*, cit., 27.

¹⁶ J. FOURASTIÉ, *Les Trente Glorieuses, ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, Paris, Fayard, 1979.

¹⁷ Quel *tópos* è associato, in genere, al noto volume di J. R. O'CONNOR, *The Fiscal Crisis of the State*, New York, St. Martin's Press, 1973, trad. it. di V. Grisoli, *La crisi fiscale dello Stato*, Torino, Einaudi, 1979, ma, come ben chiarito da Federico Caffè nella *Prefazione* a questa edizione italiana (IX sg.), esso era ben lontano dall'inserirsi nel filone di pensiero qui ricordato nel testo e si ispirava - anzi - a un sentimento critico nei confronti delle tendenze neoliberaliste, spingendo, anzi, per intense forme di socializzazione.

spesa¹⁸, tutto questo ha alimentato il convincimento che il tempo del *welfare* fosse giunto a conclusione e che si dovesse fare ricorso a nuove energie per affrontare le sfide di una diversa stagione dell'economia e della società. Sono, queste, le energie di un individualismo estremo che si vorrebbe essere stato proclamato dalla modernità, sebbene questa l'abbia sempre problematizzato, consapevole dei rischi disgregativi che avrebbe comportato.

La partita in corso, comunque, è proprio questa: l'integrazione sociale passa dalla fornitura di prestazioni solidaristiche e dall'equilibrio fra diritti e doveri, oppure dalla competizione e dal mercato, come strumenti di affermazione di individualità che accettano difficoltosamente il vincolo politico nazionale e optano per una più impalpabile comunità globale? Ribadisco: in astratto, l'alternativa mercato/*welfare* non si pone, ma in concreto e storicamente sì, per quanto questa posizione estrema sia concettualmente infondata. Stando così le cose, l'imbarazzo dei tribunali costituzionali è oggettivo, perché la radicalità dell'alternativa non sembra lasciar loro autentici margini di manovra. Ma se queste sono ragioni storiche, ve n'è anche di logiche che rendono arduo il compito del controllore delle leggi quando s'addentra nel dominio dei diritti e delle prestazioni sociali. E stanno nel rapporto fra ricchezza e povertà.

“Ricchezza” è concetto relativo al contesto. Lo è per rapporto al *contesto storico* (un ricco mugnaio medievale possedeva meno beni materiali di un impiegato di concetto dei giorni nostri). Lo è per rapporto al *contesto sociale* (si è ricchi in comparazione ad altri che ricchi non sono). Lo è per rapporto al *contesto economico*: giustamente osservava Lionel Robbins che “una notevole proporzione [...] degli alti redditi dei ricchi è dovuta all'esistenza di altri individui ricchi” che acquistano i loro servizi¹⁹, anche se aggiungerei che la presenza di altri ricchi incide sulla ricchezza propria non solo perché si possono vendere i propri servizi, ma anche perché si possono vendere i propri beni (se non ci fossero altri ricchi, vendere beni come automobili Ferrari o caviale non sarebbe possibile o lo sarebbe solo a condizione di degradarli dalla loro condizione di beni di lusso)²⁰.

¹⁸ Su quest'ultimo punto, v. le riflessioni di A. CANTARO - D. LA ROCCA, *Costituzionalismo fiscale e nuovi assetti della finanza pubblica*, in AA. VV., *La politica di bilancio in condizioni di stress fiscale. Profili istituzionali*, a cura di F. Fichera, Milano, Franco Angeli, 1986, 139 sgg.

¹⁹ L. ROBBINS, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 2^a ed., London, Mac Millan, 1935, trad. it. non indicato, *Saggio sulla natura e l'importanza della scienza economica*, Torino, UTET, 1947, 71.

²⁰ Questione ulteriore è quella della *misurazione* della ricchezza, questione che ha assunto delicatezza e urgenza affatto particolari quando la si pone in riferimento alle comunità politiche (agli Stati). Come è noto, il paradigma comune è il PIL. Molto opportunamente, l'ISTAT e (forse *in articulo mortis*?) il CNEL hanno proposto un'altra e ben più accurata misurazione del ben-essere, in un documento (*BES 2013. Il benessere equo e sostenibile in Italia*, edito direttamente da quelle stesse istituzioni) nel quale il benessere economico (quello misurabile quantitativamente in termini di prodotto materiale) è considerato solo uno dei fattori determinanti il benessere complessivo (sul quale incidono anche la salute, il lavoro, l'istruzione, le relazioni sociali, l'ambiente, le condizioni delle istituzioni, etc.). Ora sembra che anche le istituzioni rappresentative abbiano finalmente colto il punto: è in discussione al Senato il d.d.l. n. 2451 (“Modifiche alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, concernenti il contenuto della legge di bilancio, in attuazione dell'articolo 15 della legge 24 dicembre 2012, n. 243”), ove - fra l'altro - si prevede, all'art. 1, che in allegato al DEF siano “riportati l'andamento, nell'ultimo triennio, degli indicatori di benessere equo e sostenibile selezionati e definiti dal Comitato per gli indicatori di benessere equo e sostenibile, istituito presso l'ISTAT, nonché le previsioni sull'evoluzione degli stessi nel periodo di riferimento, anche sulla base delle misure previste per il raggiungimento degli obiettivi di politica economica [...]”.

Le cose vanno solo in parte allo stesso modo per “povertà”. Anzitutto, sebbene la posizione relativa sia anche qui importante (si pensi al concetto di “medicalmente indigente”)²¹ sembra possibile individuare almeno una nozione assoluta di povero, come quella di colui che non è in grado di assicurare a se stesso o alla propria famiglia le condizioni minime di sopravvivenza. In secondo luogo, mentre - come si è visto - l’esistenza di altri ricchi è condizione *positiva* del soddisfacimento dei bisogni del ricco²², l’esistenza di altri poveri è condizione *negativa* del soddisfacimento dei bisogni del povero, che si trova a competere con altri per la distribuzione di risorse scarse quali sono (con le precisazioni che vedremo più avanti in termini di bilanciamento fra i diversi beni costituzionali) quelle della carità o quelle del *welfare*.

Se impostiamo le cose in questi termini e, trascurata la questione della carità (che storicamente è - si dovrebbe sperare - inattuale e per i profili più rilevanti attiene all’etica e non al diritto), volgiamo lo sguardo al *welfare*, ci accorgiamo che il tema dei diritti sociali, anche se limitato ai diritti degli indigenti, investe in pieno la questione del modo di produzione, delle politiche economiche, della distribuzione della ricchezza. È questo il campo sconfinato che un tribunale costituzionale deve saper percorrere quando gli si pongono questioni di tal genere.

2. La Corte costituzionale italiana e i suoi paradigmi di riferimento.

Se da questo piano più generale, sul quale sono costretti a operare tutti i tribunali costituzionali dei Paesi più avanzati, passiamo a quello particolare che è proprio della nostra Corte costituzionale, dobbiamo ovviamente porre al centro della nostra attenzione i paradigmi che questa è tenuta ad applicare. Provo a semplificare al massimo il quadro.

I diritti sociali si collegano al principio di eguaglianza e in un mondo dominato dal principio di libertà è stato fatale che soffrissero di una condizione di minorità²³. È la vicenda storica che spiega bene il loro destino: nella Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789 essi non erano presenti e questo li ha fatalmente esclusi dal cerchio magico che la Dichiarazione tracciava al costituzionalismo moderno²⁴. E non vale obiettare che si sarebbe potuto dedurli dal secondo periodo dell’art. 1 (“*Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l’utilité commune*”), il quale avrebbe significato che “*les inégalités sociales ne sont acceptables que si elles sont dans l’intérêt de tous, et en particulier des groupes sociaux le plus désavantagés*”²⁵, perché in questo modo, assai arbitrariamente, si

²¹ Esserlo, infatti, non dipende da condizioni assolute, ma dal costo relativo delle cure necessarie, per rapporto alle risorse di bilancio assegnate alla sanità.

²² Fermo restando che, evidentemente, qualche non ricco ha da esserci, altrimenti non verrebbe soddisfatta la seconda delle condizioni di contesto elencate in apertura.

²³ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi Mazziotti*, Padova, Cedam, 1995, II, 101.

²⁴ V. ancora M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 103.

²⁵ E’ la proposta interpretativa di T. PIKETTY, *Le capital au XXI^e siècle*, Paris, Seuil, 2013, 767.

anticipa di quasi due secoli la nota posizione rawlsiana²⁶, non solo ascrivendola a chi non aveva alcuna intenzione di farla propria, ma anche inserendola in un contesto sistemico affatto inospitale. Come per l'alternativa fra mercato e *welfare*, la contrapposizione fra libertà ed eguaglianza è in fatto, ma non in concetto: le democrazie, è vero, esibiscono la pretesa di libera autodeterminazione, ma riposano sul postulato dell'eguaglianza dei loro cittadini, sicché libertà ed eguaglianza, sia pure su piani diversi (rispettivamente: teleologico la prima; logico la seconda)²⁷, sono ad esse consustanziali. Tuttavia, la falsità teorica dell'alternativa, anche qui, non ne cancella la realtà storica (non a caso, chiamiamo "sociali" quei diritti che *non* sono della prima generazione). Ed è con questa che occorre fare i conti.

Questi conti li hanno fatti molte costituzioni del secondo dopoguerra e - soprattutto - li ha fatti la Costituzione repubblicana. Non solo l'art. 3, secondo comma, ma l'intera trama costituzionale assevera la consapevolezza dell'insufficienza dei diritti politici e di libertà per il buon funzionamento *reale* del principio democratico, sicché i diritti sociali, nella nostra Costituzione, hanno recuperato il divario che li separava da quelli delle generazioni precedenti²⁸, ai quali devono ritenersi del tutto equiparati. Residuerrebbe, si dice, la loro diversità strutturale, ma anche qui è ragionevole sollevare qualche dubbio, mentre sembra più corretto classificare come "sociale" un certo diritto solo in ragione della sua parabola storica. Infatti²⁹:

a) non sempre i diritti sociali hanno la struttura di diritti a prestazione (si pensi ai diritti a scegliere il proprio medico, a non farsi curare, a scegliere il tipo di istruzione che si preferisce, il cui contenuto è l'esercizio di spazi di libertà);

b) anche i diritti di libertà, per converso, si configurano sovente come diritti a prestazione (si pensi alla necessità di apprestare mezzi materiali per garantire in effetto la libertà di manifestazione del pensiero; alla necessità di costruire e mantenere strade per garantire in effetto la libertà di circolazione; alla necessità di predisporre un servizio giustizia per consentire l'esercizio del diritto di difesa);

c) di conseguenza, tutti i diritti, ivi compresi quelli di libertà, costano³⁰.

Proprio quest'ultimo è il punto più delicato, perché se - a mio avviso, almeno - è evidente che così sia, non è meno evidente che la cosa sia meno direttamente percepibile³¹ per

²⁶ Il secondo principio di giustizia di Rawls, infatti, comporta che "le aspettative di coloro che sono in una situazione migliore sono giuste se e solo se funzionano come parte di uno schema che migliora le aspettative dei membri meno avvantaggiati della società": J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971, ed. rived., trad. it. di U. Santini, 3^a ed., Milano, Feltrinelli, 2010, 89.

²⁷ La democrazia è servente rispetto al fine della *libera* autodeterminazione dei cittadini, ma solo cittadini *eguali* possono sfuggire all'eteronomia (almeno nei limiti in cui lo consente l'applicazione del principio di maggioranza e non di quello di unanimità). E' per questo che - come si dice nel testo - la libertà è *teleologicamente* e l'eguaglianza *logicamente* connessa alla democrazia.

²⁸ Dubito, anche, che si possa parlare di un'antecedenza *logica* dei diritti di libertà (così, invece, A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, Ist. dell'Enc. it., 1998, 23).

²⁹ Ho cercato di dare un'argomentazione più diffusa di quanto si dice nel testo in M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., spec. 118 sgg.

³⁰ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 121; S. HOLMES - C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York - London, W.W. Norton, 1999, trad. it. di E. Caglieri, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, Il Mulino, 2000.

³¹ Ad esempio, che il diritto alla procreazione abbia un costo anche quando non è garantito da interventi medici pubblici gratuiti lo si è compreso ora che l'Agenzia delle entrate ha sancito la detraibilità delle spese per la

i diritti di libertà e che i loro costi non siano agevolmente quantificabili. È per questo che solo a proposito dei diritti sociali si parla di diritti finanziariamente condizionati, mentre sarebbe più corretto qualificare *tutti* i diritti come risorse *giuridicamente* scarse (nel senso che il loro godimento non è illimitato), condizionate alla disponibilità di risorse *economicamente* scarse (nel senso che sono le decisioni di bilancio che determinano le opportunità di godimento dei diritti).

Tornerò fra poco sulla questione. Per ora accontentiamoci di dire che la Costituzione non ha dubbi nel proclamare falsa l'alternativa fra mercato e *welfare*: l'art. 41, comma 1, e l'art. 43 chiariscono che il modo di produzione presupposto dai costituenti è capitalistico e di mercato, non socialista³²; il principio di eguaglianza sostanziale, la fondazione della Repubblica sul lavoro e il ricco catalogo di diritti sociali attestano che i processi integrativi passano attraverso le politiche redistributive e che sperequazioni sociali troppo forti non sono tollerabili.

Quest'ultimo è un profilo cruciale. È un *tópos* del pensiero politico occidentale la critica all'eccesso di diseguaglianza, imputabile alla sproporzione delle ricchezze di qualche privilegiato. È subito Platone a collegare la limitazione degli eccessi di ricchezza alla solidità del vincolo politico tra i cittadini, scrivendo che "generalmente, quando in un gruppo non coabitano né ricchezza né povertà, si determinano al suo interno nobilissime inclinazioni e non vi possono allignare né violenza né soprusi né gelosie né invidie"³³. Aristotele, oltre a precisare che è più la ricchezza dei governanti che il loro numero a segnare il confine tra oligarchia e democrazia³⁴, paventa il rischio che l'eccesso di ricchezze fomenti le ribellioni, affermando che "bisogna cercare per mezzo delle leggi di regolare le cose in modo che nessuno riesca a raggiungere una posizione troppo preminente per aderenze di amici e possibilità di ricchezze, se no, si devono allontanare costoro, mediante l'espulsione"³⁵. Seneca, tiepidamente, si limita a contestare solo il lusso inutile (i "*sumptus supervacui*")³⁶ e la ricchezza disonestamente acquisita ("*Sapiens nullum denarium intra limen suum admittet male intransit; idem magnas opes, munus fortunae fructumque virtutis, non repudiabit nec excludet*")³⁷. Sallustio vede proprio nell'*avaritia pecuniae* il fattore di disgregazione dei *boni mores* e della struttura istituzionale antica³⁸, percependo la perversità del rapporto fra danaro e potere ("*primo pe-*

crioconservazione di ovociti nell'ambito di un percorso di procreazione medicalmente assistita (Circ. n. 17/E del 24 aprile 2015, ma v. anche le notizie di stampa - *Il Corriere della Sera* del 7 maggio 2016 - sull'estensione della detraibilità alle spese sostenute all'estero).

³² Al contrario di quanto sostenuto da C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, Il Mulino, 1977, *passim*, al socialismo si potrebbe approdare solo in forza di una rottura rivoluzionaria.

³³ *Leggi*, 679b-c (cito dalla trad. it. di F. Ferrari e S. Poli, Milano, RCS, 2^a ed., 2007), cui *adde*, almeno, *Repubblica*, VIII, 555 d; 557 a; *Leggi*, 728e 737b.

³⁴ *Politica*, III (Γ), 7, 1279b sgg.

³⁵ *Politica*, V (E), 8, 1308b. Lo stesso Aristotele opera un saldo collegamento tra ostracismo e democrazia, perché i sistemi democratici "perseguono sopra ogni cosa l'eguaglianza", sicché ivi è coerente bandire chi ha un eccesso di potere (per la troppa ricchezza o le troppe amicizie): *Politica*, III (Γ), 13, 1284a.

³⁶ *De beneficiis*, 2, 34, 3.

³⁷ *De vita beata*, 23, 3.

³⁸ *De coniuratione Catilinae*, XI, 3.

cuniae, deinde imperi cupido crevit; ea quasi materies omnium malorum fuere)³⁹. Cicerone constata che la ricchezza eccessiva può distorcere addirittura il funzionamento della stessa giustizia, facendo sì che *“pecuniosum hominem, quamvis sit nocens, neminem posse damnari”*⁴⁰. Tommaso d’Aquino qualifica peccato mortale (e quindi attentato a quella giustizia naturale che è preordinata al consolidamento delle comunità umane) l’avarizia, intesa come *retentio* del danaro (o comunque delle ricchezze) fine a se stessa: *“congregare temporalia bona contra iustitiam semper est peccatum mortale”*, scrive, ma aggiunge che *“congregare temporalia bona, etsi non contra iustitiam, constituendo tamen in eis finem, est peccatum mortale”*⁴¹. Nella modernità riprendono il tema, infine, fra i molti, Montesquieu⁴², Rousseau⁴³, Leopardi⁴⁴.

Quel che più conta in chiave pratica, però, è che le indagini sociologiche hanno dimostrato empiricamente che l’eccesso di diseguaglianza impedisce al vincolo politico di saldarsi stabilmente⁴⁵, mentre gli studi economici hanno palesato l’estrema inefficienza derivante dall’accumulazione di enormi fortune, a causa degli ostacoli che frappone alla mobilità sociale, dalla quale dipende la crescita complessiva dei sistemi economici⁴⁶. Si conferma, così, l’intuizione di Ferdinand Tönnies: in una comunità le diseguaglianze “non possono estendersi oltre un certo limite, perché al di là di esso viene soppressa l’essenza della comunità in quanto unità del differente”, perché, quando la forza del proprio diritto diviene troppo piccola, essa si fa “irreale e priva di valore”⁴⁷.

3. Dai paradigmi alle tecniche decisorie.

La saldezza dei paradigmi è dunque chiara, ma certo non risolve il problema della giustiziabilità costituzionale dei diritti sociali, che non è affatto semplice. Nel tempo, la nostra Corte ha elaborato molteplici tecniche argomentative e decisorie. Accenno, in sintesi, a quelle che a me sembrano le principali.

i) La gradualità. Il principio di gradualità, che già da tempo aveva trovato applicazione anche in altri campi, come in materia fiscale⁴⁸, di riforma agraria⁴⁹, di giustizia amministrativa⁵⁰, di recesso dai contratti di lavoro⁵¹, di rapporti Stato-Regioni⁵², dopo qualche timido ac-

³⁹ *De coniuratione Catilinae*, X, 3-4.

⁴⁰ *In Verrem*, Act. 1, 1.

⁴¹ *De malo. De vitiis capitalibus*. Q. XIII, *De avaritia*, a. 2.

⁴² *De l’esprit des lois*, P. I, L. VII, Cap. II: “moins il y a de luxe dans une république, plus elle est parfaite”.

⁴³ *Discorso sull’origine e i fondamenti della disuguaglianza fra gli uomini*, trad. it. di M. Garin, in *Scritti politici*, Milano, Mondadori, 2009, 711.

⁴⁴ *Zibaldone*, 565 sgg., spec. 570.

⁴⁵ Cfr. i dati forniti da R. WILKINSON - K. PICKETT, *The Spirit Level. Why Equality is Better for Everyone*, London, Penguin Books, 2010, *passim*.

⁴⁶ T. PIKETTY, *Le capital au XXI^e siècle*, cit., spec. 769 sgg.

⁴⁷ F. TÖNNIES, *Comunità e società*, cit., 61 (spaziatura nell’orig.).

⁴⁸ Sentt. nn. 58 del 1964 e 74 del 1973.

⁴⁹ Sent. n. 16 del 1968.

⁵⁰ Sent. n. 49 del 1968.

⁵¹ Sent. n. 194 del 1970.

cenno⁵³ si è affacciato con decisione nel campo dei diritti sociali già nel 1973, quando si affermò che, in materia di riforme previdenziali, “*La gradualità si presenta come modo di essere necessario e internamente coerente del fenomeno visto nel suo pratico atteggiarsi, e appare come caratteristica del pari necessaria e comunque compatibile del fenomeno stesso nella sua rilevanza costituzionale*”⁵⁴ e si collegò esplicitamente quell’esigenza alle compatibilità di bilancio, ritenendo necessario che “*specie nella ipotesi di vaste ed onerose innovazioni [...], anche in relazione alle esigenze di bilancio, si adotti un criterio di gradualità nello estendere al trattamento di quiescenza le maggiorazioni accordate per quello di attività, tanto più quando questa gradualità sia mantenuta [...] in un ristretto limite di tempo*”⁵⁵.

L’anno in cui questo è accaduto è significativo (siamo nella fase declinante dei *Trenta Gloriosi*) ed è significativo che vi fosse già, qui, il tratto distintivo dell’indirizzo giurisprudenziale che ben conosciamo e che ancora oggi appare saldo⁵⁶: l’assunzione delle esigenze di bilancio come presupposto della necessaria gradualità degli interventi legislativi che costano. La giurisprudenza meno recente, tuttavia, si segnala per una maggiore cautela rispetto a quella che va dagli anni Ottanta in poi, sia perché - come si vede dai brani ora riportati - ha insistito sulla necessaria limitatezza nel tempo della fase transitoria, sia perché ha escluso qualunque possibilità o esigenza di gradualità quando si è trovata di fronte a norme costituzionali di indiscutibile precettività immediata, (è il caso della gratuità dell’istruzione inferiore, che è imperativamente tale ai sensi dell’art. 34, comma 2, Cost.)⁵⁷.

ii) La considerazione dei costi e il loro accertamento. Ormai da molti anni, si è visto, la Corte costituzionale considera l’elemento-costo fra quelli che possono determinare l’esito di un giudizio. Non ha elaborato, però, un’adeguata procedura di accertamento. E, così facendo, non a caso è andata incontro a più di un problema.

Una parte della dottrina ha molto criticato l’apparente contraddizione fra le sentt. nn. 10 e 70 del 2015, che avrebbero diversamente ragionato in termini di costi delle sentenze costituzionali, pervenendo nel primo caso a una declaratoria di incostituzionalità a effetti differiti e nel secondo a una declaratoria di incostituzionalità “secca”, sebbene i costi della prima (almeno sembra) fossero assai inferiori a quelli della seconda⁵⁸. Ora, se le critiche non sempre sono centrate, perché la diversità fra queste due “sentenze gemelle”... eterozigote può spiegarsi in ragione della differente natura delle situazioni soggettive in giuoco (diritti economici nel primo caso, diritti sociali nel secondo), le due vicende mettono a nudo un grave problema che da tempo affligge la giurisprudenza costituzionale e che in questi ultimi anni (specie dopo la l. cost. n. 1 del 2012) si è fatto ancor più delicato e urgente. Mi riferisco all’istruttoria costituzionale.

⁵² Sentt. nn. 39 e 171 del 1971.

⁵³ Sent. n. 119 del 1972.

⁵⁴ Sent. n. 128 del 1973.

⁵⁵ Sent. n. 57 del 1973.

⁵⁶ V., ad es., fra le più recenti, le note sentt. nn. 10 e 70 del 2015, cui *adde* la sent. n. 188 del 2015.

⁵⁷ Sent. n. 7 del 1967.

⁵⁸ V., ad es., A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l’ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 20 maggio 2015, 3.

Di questo tema, se posso permettermi di ricordarlo, mi ero occupato già trent'anni fa⁵⁹, arrivando alla conclusione che l'uso dei poteri istruttori potrebbe essere più intenso e dovrebbe essere più trasparente e meglio formalizzato. Non ho cambiato idea, anzi. L'introduzione in Costituzione del principio dell'equilibrio di bilancio e la scelta di tener conto dei costi delle sentenze (non già al fine dell'applicazione alle stesse dell'art. 81 Cost., che sarebbe un grave errore bensì) al fine di conciliare al meglio multiple esigenze di protezione di beni costituzionali impone non solo che si abbia certezza sui dati economico-finanziari, ma anche che questa emerga in modo trasparente nella motivazione delle pronunce. La Corte, a suo tempo, stabilì di tenere conto di queste esigenze istituendo un apposito ufficio, chiamato a calcolare gli oneri derivanti dalle sentenze costituzionali, ma, come è noto, esso è stato soppresso. Risulta invece (ne ha dato notizia anche la stampa) una prassi di accesso informale alle informazioni disponibili presso le pubbliche Amministrazioni, ma mi permetto di osservare che questa prassi, interrotta solo da sporadiche eccezioni⁶⁰, non appare soddisfacente.

Anzitutto, solo la formalizzazione assicura trasparenza nei rapporti con le parti e con l'opinione pubblica. La prima serve per il corretto svolgimento delle vicende processuali; la seconda interessa direttamente la Corte stessa, che può meglio legittimare le proprie decisioni, all'esterno, se le fonda su dati chiari e ben conosciuti. In secondo luogo, la formalizzazione consente anche di ampliare le fonti di informazione. Per quanto riguarda, in particolare, il tema dei costi, le istanze informative non dovrebbero essere rivolte soltanto al MEF (alla Ragioneria Generale), ma anche a soggetti terzi, quali, ad esempio, l'Ufficio parlamentare di bilancio, l'ISTAT, la Banca d'Italia e la Corte dei conti, nonché, se necessario, le istituzioni europee. La comprovata opinabilità dei dati economico-finanziari e della loro lettura suggerisce di procedere a un loro confronto incrociato.

Oltre alla prassi, peraltro, dovrebbero mutare anche alcune norme positive, specie in punto di pubblicazione delle ordinanze istruttorie, che, nella prospettiva ora indicata, sembra essenziale.

iii) La regolazione degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento. La questione, dopo la già ricordata sent. n. 10 del 2015, ha ricevuto un'attenzione così diffusa da parte della dottrina che sarebbe impossibile anche soltanto accennare alle varie posizioni. Mi limito dunque a dire che, personalmente, da tempo ritengo che la Corte possa governare gli effetti temporali delle proprie pronunce, ma non possa farlo senza limiti.

⁵⁹ Nel saggio *I fatti e la Corte. Sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Giur. cost.*, 1987, I, 1045 sgg.

⁶⁰ Da ultimo, si segnala l'ord. 26 novembre 2015 emessa all'esito dell'udienza del 4 novembre 2015, della quale dà conto la sent. n. 188 del 2016, relativa al giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 711, 712, 715, 723, 725, 727 e 729, della l. 27 dicembre 2013, n. 147, promosso dalla Regione Friuli-Venezia Giulia. Questa importante pronuncia, non disponibile al momento in cui queste pagine venivano inizialmente scritte, conferma la straordinaria rilevanza dello strumento istruttorio nel dominio della finanza pubblica: è proprio (anche) "dall'istruttoria conseguente all'ordinanza di questa Corte", infatti, che "emergono [...] plurimi elementi di contrasto con i [...] parametri costituzionali".

Contrariamente a quanto recentemente è stato sostenuto⁶¹, questa posizione non implica adesione al filone dottrinale che ha ritenuto le regole processuali bilanciabili (in quanto assunte a principi) con i principi materiali. Semplicemente, in assenza di qualsivoglia norma che formalizzi un potere della Corte di determinare gli effetti delle sue pronunce, è l'interpretazione sistematica della Costituzione (e delle fonti sottordinate) che consente di identificare alcuni temperamenti della rigidità degli effetti delle pronunce di accoglimento, in particolare per quanto riguarda il loro dirigersi *ad prateritum tempus*. Già molti anni addietro pensavo che tali limiti si ponessero in tre ipotesi⁶². E non ho cambiato idea. Le ipotesi in questione sono le seguenti:

- a) quando l'illegittimità costituzionale derivi da norme o fatti sopravvenuti, successivi all'entrata in vigore della norma censurata e anteriori alla decisione della Corte;
- b) quando l'illegittimità costituzionale riguardi norme che governano materie nelle quali l'attuazione costituzionale deve avvenire con necessaria gradualità;
- c) quando la retroazione degli effetti dell'accoglimento produrrebbe un *vulnus* per un altro, concorrente, principio costituzionale.

Il primo caso (quello dell'incostituzionalità sopravvenuta che potremmo chiamare "in senso stretto")⁶³ non pone alcun problema, perché perfettamente compatibile con il tenore testuale sia dell'art. 136 Cost. che dell'art. 30, comma 3, della l. n. 87 del 1953. Non ne pone neanche il secondo, che costituisce un esempio sicuro della distinzione fra applicazione e attuazione della Costituzione. Ne pone di più il terzo, come dimostra proprio la sent. n. 10 del 2015.

Il *punctum crucis* è la decisione di escludere la produzione di effetti nel giudizio principale da parte della declaratoria di incostituzionalità. La dottrina ha osservato che l'*Anlassfall* non può non essere inciso dalla pronuncia di incostituzionalità, perché altrimenti salta (con il presupposto della rilevanza) il requisito dell'incidentalità. La Corte, invece, ha accolto quasi testualmente l'opinione che la rilevanza varrebbe solo in entrata (nei confronti del remittente), ma non in uscita (nei confronti della Corte)⁶⁴. Tuttavia, nonostante l'autorevolezza di chi l'ha sostenuta, quella tesi finisce per consegnare al giudice costituzionale il dominio del rapporto fra giudizio principale e giudizio incidentale, che invece è interamente regolato dalla legge. Né - a mio avviso - sembra possibile opporre che la parte privata che ha promosso il giudizio *a quo* ottiene comunque un vantaggio materiale, consistente nell'annullamento della norma censurata almeno *de futuro*. Una cosa, infatti, è il vantaggio materiale (che certamente sussiste) e altra la situazione giuridica fatta valere in giudizio (che

⁶¹ Da R. ROMBOLI, *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 aprile 2015, 20, nt. 45.

⁶² *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni '90*, in AA. VV., *Gli effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 1989, 112.

⁶³ Per riprendere la recente espressione di R. ROMBOLI, *L'"obbligo"*, cit., 8.

⁶⁴ M. MORELLI, *La sentenza n. 50 del febbraio 1989 e l'accoglimento del nuovo modello di declaratoria di incostituzionalità "soppravvenuta" a seguito di precedente pronuncia monitoria*, in AA. VV., *Gli effetti temporali*, cit., 421.

resta priva di tutela giurisdizionale). Non solo: poiché è diffusa la prassi della c.d. sospensione impropria (e cioè della formale sospensione dei giudizi in attesa della definizione delle questioni di costituzionalità sollevate in giudizi analoghi)⁶⁵, se non addirittura quella della sospensione informale e tacita (che nelle medesime ipotesi si limita all'inerzia del giudice), è da chiedersi se non sia necessario assicurare l'estensione degli effetti della pronuncia di accoglimento anche a tutti i giudizi pendenti, perché risulta problematico lasciare al dato casuale della solerzia o della passività del giudice la pienezza delle tutele.

iv) Il bilanciamento. Il canone del bilanciamento non è certo proprio della sola giurisprudenza in materia di diritti sociali e - anzi - tende un po' in tutto il mondo a diventare una sorta di *Zauberformel*, alla quale si ricorre in mancanza di strategie argomentative più salde. È escluso, dunque, che sia possibile anche solo sfiorare i problemi generali che pone. Mi limito, in sintesi estrema, a qualche osservazione, precisando subito che l'evidente complessità delle operazioni di concreta ponderazione che qui si elencano già suscita dubbi sulla risolutiva utilità del ricorso a questa (forse troppo) fortunata tecnica:

a) il bilanciamento dovrebbe farsi fra entità omogenee. Non si dovrebbe bilanciare, dunque, direttamente fra diritti sociali ed esigenze di bilancio, bensì fra diritti sociali e diritti sociali o comunque fra diritti e diritti (considerando - cioè - quanto il soddisfacimento di quelli tutelati dalla legge scrutinata si "pagherebbe" in termini di minor protezione di altri, concorrenti, in presenza di eventuali rigidità degli appostamenti di bilancio);

b) qualora questo non fosse tecnicamente possibile e si procedesse a bilanciare direttamente le ragioni finanziarie e quelle dei diritti sociali il bilanciamento in questione dovrebbe essere "ineguale", nel senso che l'efficienza economica deve comunque cedere, ancorché nei limiti del rispetto dei comuni principi di proporzionalità e non-eccessività. Questa posizione, già sostenuta molto tempo addietro⁶⁶, non ha ragione d'essere abbandonata dopo l'entrata in vigore della l. cost. n. 1 del 2012 e la conseguente riforma dell'art. 81 Cost., perché l'equilibrio di bilancio è cosa diversa dal pareggio e, consentendo il nuovo art. 81 le politiche anticicliche⁶⁷, permette il sostegno delle situazioni sociali più deboli proprio nelle fasi più basse del ciclo. Problema diverso è quello del rispetto dei vincoli europei, ma qui il problema si fa politico e investe la più che dubbia razionalità dell'attuale assetto dell'Unione;

c) non devono entrare nel bilanciamento i presunti diritti delle generazioni future, cui - pure - il legislatore non ha mancato di fare riferimento⁶⁸ e la stessa giurisprudenza costituzionale ha talvolta alluso⁶⁹. La cosa, infatti, sarebbe ingiustificata sul piano economico (per la

⁶⁵ L'istituto è stato elaborato in particolare dalla giurisprudenza amministrativa: cfr., fra le molte, Cons. Stato, Ad. Plen., Ord. 15 ottobre 2014, n. 28.

⁶⁶ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 127.

⁶⁷ Mi permetto di rinviare, sul punto, ai miei *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in AA. VV., *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, Giuffrè, 2015, 1673 sgg.; *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in AA. VV., *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Milano, Giuffrè, 2014, 1 sgg.

⁶⁸ V., in particolare, l'art. 1, comma 2, della l. 5 gennaio 1994, n. 36, e l'art. 144, comma 2, del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

⁶⁹ V. sentt. nn. 259 e 419 del 1996; 246 del 2009; ord. n. 46 del 2001. Non più che allusioni, si dice nel testo. Tuttavia, si devono registrare anche le ben più recise e impegnative affermazioni della sent. n. 345 del 2005, che va in senso opposto a quello indicato nel testo: "*l'equilibrio del bilancio [...] può giocare un ruolo decis-*

semplice ragione che, almeno in Europa, la somma del patrimonio pubblico e di quello privato non è mai stata così elevata, sicché l'idea che staremmo per coprire i nostri discendenti di debiti "n'a tout simplement aucun sens"⁷⁰ e infondata sul piano giuridico (perché non è dato identificare alcun soggetto cui imputare quei diritti; perché non si sa neppure se ve ne sarà mai uno; perché non si sa quale delle *n* generazioni future dovrebbe prevalere una volta che si considerassero partitamente i "diritti" di ciascuna)⁷¹.

v) *La doppia pronuncia*. La tecnica delle c.d. "doppia pronuncia", come è noto, istituisce un dialogo (non sempre pacifico) del giudice costituzionale con i giudici comuni e il legislatore. Con i primi, quando la Corte adotta una pronuncia interpretativa di rigetto e propone una propria lettura del diritto positivo, cui può tuttavia seguire una sentenza di accoglimento, qualora i giudici comuni non si uniformino. Con il secondo, quando, temendo di invadere il campo della normazione, si limita a una "messa in mora" del Parlamento, rivolgendogli un monito a intervenire e - in fatto - intervenendo in caso di inerzia (se del caso, ripetuta). È evidente che nel dominio dei diritti sociali questa tecnica può essere molto utile, specie quando il già esaminato principio di gradualità sconsiglia interventi demolitori eccessivamente bruschi e immediati. V'è da chiedersi, semmai, se essa non possa conoscere sviluppi ulteriori e originali, in ragione di un uso più forte del potere di controllo sulle decisioni di bilancio. Ma è questione cui si accennerà in chiusura.

vi) *L'onere della prova nei rapporti Stato-Regioni in materia di diritti sociali*. Una parte significativa della cura dei diritti sociali spetta, ormai, alle Regioni. Dei tre grandi diritti che (quasi) monopolizzano il campo (salute, istruzione e previdenza), infatti, sono assegnati al livello regionale il primo e in parte anche il secondo. Di conseguenza, si pone il problema dell'adeguatezza delle risorse finanziarie regionali, anche perché i cordoni della borsa li tiene sempre in mano lo Stato. Di recente, in una significativa pronuncia⁷², la Corte ha affermato che:

a) *"la funzione di coordinamento finanziario prevale su tutte le altre competenze regionali, anche esclusive"*;

b) quando disposizioni statali che costituiscono esercizio di tale funzione determinano un *"impatto sull'autonomia finanziaria delle Regioni"*, la Regione non può limitarsi a contestare la compromissione della propria autonomia finanziaria, ma deve *"dimostrare l'assoluta impossibilità, conseguente all'applicazione delle misure finanziarie [...], di svolgere le funzioni attribuitele dalla Costituzione"*;

vo in materia pensionistica – ove si tratta di pareggiare le entrate costituite dai contributi versati con le uscite rappresentate dalle prestazioni erogate (in un'ottica in cui il sacrificio nel godimento del diritto alla pensione da parte delle generazioni presenti è volto ad assicurare il godimento di un analogo diritto alle generazioni future)". Più correttamente imposta la questione nei termini dei doveri della generazione presente la sent. n. 88 del 2014.

⁷⁰ T. PIKETTY, *Le capital au XXI^e siècle*, cit., 932.

⁷¹ Per la dimostrazione - spero - dell'evanescenza giuridica della categoria dei diritti delle generazioni future, M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2008, 145 sgg. Ora, v. anche, sia pure più cautamente, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 175 sgg.

⁷² Sent. n. 65 del 2016.

c) questo “*onere della prova non può [...] considerarsi assolto*”, quando, “*pur avendo descritto ampie riduzioni di spesa in alcuni, pur fondamentali, ambiti (assistenza sociale e istruzione)*” la Regione “*non ha dimostrato l’oggettiva impossibilità di offrire un adeguato livello di servizio rispetto ai bisogni della popolazione*”;

d) tuttavia, le Regioni hanno ben ragione, quando sottolineano “*l’utilità della determinazione, da parte dello Stato, ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., dei livelli essenziali delle prestazioni per i servizi concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale [...]. Un tale intervento, che deve svolgersi «attraverso moduli di leale collaborazione tra Stato e Regione» [...], offrirebbe, infatti, alle Regioni un significativo criterio di orientamento nell’individuazione degli obiettivi e degli ambiti di riduzione delle risorse impiegate, segnando il limite al di sotto del quale la spesa – sempreché resa efficiente – non sarebbe ulteriormente comprimibile*”.

Si tocca con mano, qui, l’intreccio tra i profili orizzontali e verticali della politica dei diritti sociali, il cui problema non è solo “quanto” possono essere soddisfatti, ma anche “chi” può soddisfarli. E qui la questione si complica ulteriormente, perché la rigorosa applicazione del principio di leale collaborazione, che sarebbe necessaria, è ostacolata da troppo frequenti inerzie e difetti di trasparenza⁷³. Un’altra pronuncia recente⁷⁴, che mi sembra di sistema, ha ricostruito molto bene l’importanza della chiarezza del quadro finanziario nei rapporti fra livelli di governo per l’effettiva garanzia dei diritti sociali. Non solo, infatti, si è detto che “*In assenza di adeguate fonti di finanziamento a cui attingere per soddisfare i bisogni della collettività di riferimento in un quadro organico e complessivo, è arduo rispondere alla primaria e fondamentale esigenza di preordinare, organizzare e qualificare la gestione dei servizi a rilevanza sociale da rendere alle popolazioni interessate*”, ma si è anche aggiunto che, in difetto, si incide direttamente nell’art. 3, comma 2, Cost., “*a causa dell’evidente pregiudizio al godimento dei diritti conseguente al mancato finanziamento dei relativi servizi*”. Affermazione, questa, pienamente condivisibile.

4. Di qualche possibile sviluppo.

Se vale l’impostazione iniziale, se - cioè - la questione dei diritti sociali (e forse dei diritti in generale, dato che tutti i diritti costano) è strettamente collegata alle prospettive dell’integrazione politica e ai condizionamenti derivanti dagli equilibri di bilancio, a tutta prima sembra molto difficile che un tribunale costituzionale possa dominarla. In effetti, sulle giurisdizioni costituzionali si sono scaricate, negli anni, pretese sempre più elevate, talvolta insorgibili. Così, ci si è illusi che spettasse ai custodi giurisdizionali dei valori costituzionali non solo *conservare* (come loro compete), ma addirittura *produrre* una salda unità collettiva anche in assenza di processi politico-sociali profondi capaci di identificarne le ragioni. Parimenti, si è chiesto loro di sostituirsi ai legislatori nell’esercizio della funzione di *mediazione* socia-

⁷³ V., ora, la sent. n. 107 del 2016.

⁷⁴ Sent. n. 10 del 2016.

le (laddove è proprio dei giudici, semmai, assicurare prestazioni di *moderazione* del conflitto)⁷⁵. Paradossalmente, però, e in contraddittorio andamento, taluno ha tentato di tenerli lontani dal sindacato sulle decisioni di bilancio, il che - ferma restando la larga discrezionalità del legislatore in materia - non solo determinerebbe una sostanziale neutralizzazione del controllo di costituzionalità, visto il legame fra decisione di bilancio e diritti, ma, per stare al caso italiano, sarebbe anche in pieno contrasto con il novellato art. 81 Cost. Ma qui si pongono alcuni interrogativi.

Anzitutto: *come trovare un equilibrio fra un eccesso e un difetto di giurisdizionalizzazione (costituzionale) del conflitto sociale*. A mio parere andrebbe ripresa l'idea che alle giurisdizioni costituzionali spetti anzitutto il compito di "*clear the channels*" del processo pluralistico di assunzione delle decisioni politiche⁷⁶. Lo si può fare soprattutto difendendo rigorosamente il principio di leale collaborazione ed estendendone l'applicazione anche al di là del dominio dei rapporti verticali fra livelli di governo, così sollecitando il dialogo fra i soggetti sociali e rivalutando il ruolo di quei corpi intermedi che oggi destano sovente tanta insofferenza. Certo, quell'idea deve essere depurata delle sue estremizzazioni, perché la giurisdizione costituzionale non può essere soltanto questo, ma nella fase che viviamo potrebbe fungere da guida preziosa, anche perché è una necessità di sistema, soprattutto (ma non solo) in Italia, che gli attori istituzionali, politici e sociali recuperino le posizioni che dovrebbero essere loro proprie.

In secondo luogo: *come utilizzare le regole processuali per un più stringente controllo sul rispetto dei diritti sociali*. Si sono sommariamente descritte, in precedenza, alcune delle principali tecniche, argomentative e decisorie, che la Corte ha utilizzato in materia di diritti sociali (ovvero ha elaborato in via generale, ma utilizzandole con particolare pregnanza nel campo dei diritti sociali). A mio avviso sarebbe possibile, proprio in questo dominio, una rielaborazione di quella della doppia pronuncia. Appunto nel caso dei diritti sociali, infatti (più che in quello dei diritti politici e di libertà, tenuto conto della segnalata difficoltà di percepirne e di quantificarne i costi), l'ostacolo delle risorse disponibili condiziona direttamente la possibilità di dichiarare costituzionalmente illegittime le leggi che li limitino. Le risorse "disponibili", tuttavia, sono quelle accertate come tali sulla base della decisione di bilancio in essere, non - certo - quelle totali disponibili in astratto, che, considerato il loro ammontare, permetterebbero il più ampio margine di manovra. Se un diritto sociale possa essere o meno soddisfatto, dunque, dipende da una decisione schiettamente *politica*, qual è quella di bilancio; una decisione che vale *rebus sic stantibus* e che può essere modificata al mutare delle condizioni di sistema. Ebbene: fra le condizioni di sistema può stare, anzi senz'altro sta, anche la giurisprudenza costituzionale. Se la Corte accerta la violazione di un diritto sociale, ma si trattie-

⁷⁵ La (opportuna) distinzione tra mediazione e moderazione del conflitto è scolpita con efficacia da C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, Tipografia Veneziana, 1984, che riconduce ai tribunali costituzionali la seconda, non la prima prestazione. Nel senso che - invece - il destino della giurisdizione (specie costituzionale) sarebbe stato quello della mediazione del conflitto, G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1977, 350.

⁷⁶ J. H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1980, *passim*.

ne dall'adottare una pronuncia demolitoria a causa del difetto di risorse o del margine di discrezionalità spettante al legislatore, a mio avviso dovrebbe esserle consentito rivolgere a quest'ultimo un monito - diciamo così - qualificato, che gli imponga di reperire le risorse necessarie entro il successivo o un certo numero di successivi esercizi finanziari. Tanto, con la riserva di passare alla demolizione, qualora il monito non sia stato osservato. Ma si potrebbe pensare di andare anche più in là. Provo ad azzardare due ipotesi.

La prima è quella di una sentenza di incostituzionalità condizionata e differita. La Corte potrebbe dichiarare la legge illegittima a condizione che il legislatore non abbia reperito, entro l'esercizio finanziario indicato, le risorse necessarie, con effetti annullatori decorrenti a far data dal maturarsi dell'inadempimento. Si tratterebbe di una soluzione che, indubbiamente, potrebbe essere praticata solo qualora al legislatore non residuassero margini di discrezionalità e che porrebbe qualche problema di conoscenza legale del *dies* dell'annullamento. Problema, però, più che altro pratico, la cui soluzione potrebbe ben affidarsi ai giudici comuni.

La seconda ipotesi (che questo problema non lo porrebbe) è quella dell'adozione di una sentenza parziale, nella quale enunciare il "principio" dell'incostituzionalità della legge in assenza del reperimento delle risorse necessarie entro il termine indicato, con contestuale fissazione di una nuova udienza subito dopo la scadenza di tale termine. A seguito della seconda udienza si potrebbe adottare la sentenza definitiva, che - ovviamente - sarebbe di rigetto o di accoglimento a seconda della risposta data dal legislatore.

Due ipotesi, mi rendo ben conto, processualmente molto innovative, ma che renderebbero il sindacato di costituzionalità in materia di diritti sociali particolarmente efficace e idoneo ad assicurare quella "tutela piena ed effettiva" dei diritti che il nostro ordinamento, ormai, tende sempre più frequentemente a esigere⁷⁷.

Infine: *come valorizzare la scelta costituzionale in favore di un'alleanza e non di un'alternatività fra mercato e Stato sociale*. Una delle intelligenze più acute del nostro primo Novecento aveva previsto gli approdi ultimi di un'economia abbandonata a se stessa: "Il *dannaro*, il mezzo attuale di comunicazione della violenza sociale per cui ognuno è signore del lavoro altrui: il «concentrato di lavoro», il «rappresentante del diritto», la fascia di trasmissione fra le ruote della macchina - sarà come divinità assunto in cielo, diventerà del tutto nominale, un'*astrazione*, quando le ruote saranno così ben congegnate che ognuna entrerà nei denti dell'altra senza bisogno di trasmissione". Lo scriveva il giovane Carlo Michelstaedter e, ormai è chiaro, aveva ragione⁷⁸. Non si può chiedere alla Corte costituzionale di arrestare, da sola, questo processo, che dovrebbe trovare impedimento soprattutto in lungimiranti strategie politiche e in un risveglio della coscienza sociale dei cittadini. Ma l'applicazione rigorosa di una Costituzione come l'italiana, che non contrappone il mercato al *welfare*, non è cosa

⁷⁷ Come è noto, la formula si incontra, in particolare, all'art. 1 del codice del processo amministrativo.

⁷⁸ C MICHELSTAEDTER, *La persuasione e la rettorica*, a cura di S. Campailla, 11^a ed., Milano, Adelphi, 2007, 173.

irrilevante nel contesto di uno scontro tra finanza globale e persona situata⁷⁹ che appare sempre più drammatico e pone problemi di tenuta democratica e di consenso sociale che nessuna classe dirigente, che non voglia suicidarsi, può trascurare impunemente⁸⁰.

⁷⁹ Parafraza, ovviamente, la formula (*homme situé*) di G. BURDEAU, *Traité de science politique*, Paris, LGDJ, 1956, vol. VII, spec. 361, 362 e 374.

⁸⁰ Questa conclusione, così come tutta la relazione, era stata scritta prima del *referendum* inglese sull'Unione (e, *si parva licet*, delle elezioni amministrative italiane del giugno 2016). Capiranno, finalmente, le pre-suntuose e inadeguate *élites* tecnocratiche che largamente governano il continente quale vulcano ribolle sotto i loro piedi?