RISORSE E DIRITTI: QUALCHE SPUNTO PER TORNARE A PARLARE DI EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI SOCIALI¹

Di Barbara Pezzini

*Professoressa Ordinario di Diritto Costituzionale
Università degli studi di Bergamo*

Sommario

- 1) Premessa inusuale e fuori luogo
- 2) Risorse e diritti: un tema inesauribile
- 3) Il suo contesto costituzionale permanente
- 4) Il contesto materiale contingente
- 5) Una potenziale novità
- 6) Tornando al contesto, per vedere uno scarto che marca la contingenza ed evoca radicalmente la permanenza costituzionale

Abstract

The work examines the area of control of lawmaker's discretionary choices in balancing protection of social rights against limited availability of resources. A basis for the analysis is found in the Constitutional Court ruling on Cappato Antoniani case (207/2018 and 242/2019) which includes two consecutive decisions: the former a request of information with warning; the latter a decision with the typical consequences of constitutional decision, which includes the declaration of "non constitutional" for the law.

The Author examines whether and to what extent this new model of expression can help to solve the known problems of collaboration between the Constitutional Court and the lawmakers, which is fundamental to ensure the protection of social rights when confronted with the need to find financial resources to avoid non constitutionality of a law-

In the conclusion social rights are acknowledged to promote the fully expression of individuals, and they are to be considered an inalienable rights not as a consumption options.

1. Premessa inusuale e fuor di luogo

Sia consentita una premessa di ordine personale, inusuale e fuori luogo.

In duplice senso.

Una premessa personale, proprio perché tale, sarebbe da considerarsi normalmente inappropriata in una riflessione giuridica che si propone di saggiare le potenzialità di una nuova tecnica decisoria introdotta dalla giurisprudenza costituzionale nella sfera della discrezionalità legislativa sull'impiego delle risorse a garanzia dell'effettività dei diritti sociali.

Ma anche nel senso che impone una dislocazione, portandoci in uno spazio altro rispetto a quello da cui abbiamo preso le mosse.

¹ L'articolo è stato sottoposto a referaggio a doppio cieco secondo la procedura della rivista pubblicata su www.dirittoecon.it

Questo lavoro è stato concepito, e scritto, in due tempi separati da una cesura profonda, imposta dalla emergenza sanitaria. È stato, infatti, pensato e predisposto, in una prima non del tutto completa stesura, prima dell'irrompere della stagione dell'emergenza, ma completato e concluso nel pieno di questa (aggiungendo un ultimo paragrafo, inizialmente non previsto). A misurare la distanza tra la prima e l'ultima stesura non valgono le ordinarie unità di misura del tempo (mesi, settimane, giorni), ma la radicale frattura tra un prima e un dopo, tra uno spazio di vita e di pensiero esterno e uno interno all'emergenza. A misurare la distanza concorre la grande fatica, anche personale, a tenere in uno stesso scritto il prima e il dopo, il fuori e il dentro l'emergenza; e menziono la personale fatica a chiudere questo lavoro – vicenda biografica di per sé di nessun interesse – restituendola come un segno, che confido essere generalizzabile, dell'emergere progressivo, inevitabile e sempre più urgente di una differente consapevolezza: il tempo e lo spazio che sono stati drammaticamente segnati dall'emergenza² non sono immaginabili come una parentesi, chiusa quale sia possibile tornare immutati a ragionare negli stessi termini.

Il rapporto tra risorse e diritti si presenta nell'emergenza sotto una configurazione di alta drammaticità (pensiamo solo ai criteri selettivi per decidere dell'accesso alle cure³), una volta cessata la quale – perché, comunque, prima o poi cesserà – non sarà, però, possibile tornare a

² La farraginoso e incessante attività di configurazione normativa di un assetto di gestione dell'emergenza sanitaria – che, già a metà marzo, veniva segnalata, e stigmatizzata, come un «*impressionante profluvio di fonti normative*» che aveva «*inondato l'ordinamento in meno di due mesi*» (così I. MASSA PINTO *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi. Fiat iustitia et pereat mundus oppure Fiat iustitia ne pereat mundus?*, reperibile all'indirizzo http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-tremendissima-lezione-del-covid-19-anche-ai-giuristi_18-03-2020.php) – è stata fin da subito accompagnata da ricostruzioni e riflessioni sulle strutture giuridiche interessate, in una massa di commenti tanto numerosi da essere già difficili da catalogare. In un quadro in costante aggiornamento, oltre i contributi raccolti in *www.biodiritto.org*, in risposta a una *Call for paper* (BLJ 2/20) (<https://www.biodiritto.org/Online-First-BLJ/Online-First-BLJ-2-20-Instant-Forum-Diritto-diritti-ed-emergenza-ai-tempi-del-Coronavirus>), si vedano gli interventi che alimentano l'Osservatorio Emergenza Covid-19 della rivista *federalismi.it* (<https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=41303&content=Osservatorio%2BEmergenza%25>) e il *Forum Emergenza CoViD-19* della rivista *Osservatorio AIC* (<https://www.osservatorioaic.it/it/forum/emergenza-covid-19>). Si segnalano, inoltre, l'editoriale di G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2020 e il contributo di C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, *ivi*; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 11 aprile 2020, in <http://www.giurcost.org/studi/index.html>. Senza trascurare, naturalmente, i contributi sul sito di *Diritto & conti. Bilancio Comunità Persona, dirittoeconti.it*. Utilissima ricognizione e documentazione nel *Dossier*, in costante aggiornamento, *Risorse giuridiche sull'emergenza COVID-19*, del Servizio Biblioteca della Camera dei deputati (<http://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/testi/MDB18002.htm>).

³ Si vedano i contributi raccolti in “5. *At the bed side: scelte tragiche e risorse limitate*” (<https://www.biodiritto.org/Online-First-BLJ/Online-First-BLJ-2-20-Instant-Forum-Diritto-diritti-ed-emergenza-ai-tempi-del-Coronavirus#pressure>), o le interviste a L.FERRAJOLI, L. EUSEBI, A. RUGGERI e A. TRIZZINO in *Scelte tragiche e covid-19*, sulla piattaforma *Giustizia insieme*, in data 24 marzo (<https://www.giustizainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/942-scelte-tragiche-e-covid-19>).

ragionare con le stesse categorie e gli stessi criteri di prima: proprio della inadeguatezza di quelle categorie e criteri abbiamo avuto nell'emergenza, a me sembra, tragica evidenza.

Restituisco, allora, la mia fatica come riflessione, per proiettare il vissuto personale oltre il dato autobiografico e per trasmettere l'emergere di una consapevolezza radicale, che impone di riscoprire nei fondamentali del costituzionalismo e nei fondamenti della Costituzione repubblicana la chiave di ogni discorso che affronti il rapporto tra risorse e diritti.

2. Risorse e diritti: un tema inesauribile

Il rapporto tra risorse e diritti, particolarmente diritti sociali, è davvero un tema inesauribile e, contemporaneamente, ineludibile.

L'urgenza e l'inevitabilità, insieme sociale e tipicamente giuridico-costituzionale, di mantenere aperta la discussione su di esso ci viene – ancora e forse persino più nettamente di allora – restituita dalle parole usate da Massimo Luciani nel 2016 per introdurre la relazione sui diritti sociali nel convegno Per i sessant'anni della Corte costituzionale: *“quando al giorno 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 confrontano due prospettive opposte della costituzione e del mantenimento delle comunità politiche”*⁴, che riguardano i processi di integrazione politica e sociale.

Il rapporto tra risorse e diritti è condizione della effettività dei diritti sociali, sottraendoli alla dimensione meramente proclamatoria, che è un rischio che riguarda tutti i diritti⁵, ma quelli sociali in modo affatto peculiare nella misura in cui *“abbisognano di permanente affluenza di condizioni e di mezzi”*⁶ di cui possano disporre quegli indispensabili processi della produzione

⁴ M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2016, p. 1.

⁵ Come si dirà oltre, nel par. 3, l'unitarietà dei diritti nella costituzione italiana è garantita dal principio personalista, che salda le generazioni dei diritti.

⁶ F. Salmoni, *Riflessioni minime sul concetto di stato sociale e vincoli comunitari. Selezione dei diritti o selezione dei soggetti da tutelare?*, «*Rivista AIC*», 2/2016, p. 33, richiamando in proposito G. FERRARA, *Riflessioni sul diritto costituzionale. Lezioni del corso proredito*, Anno accademico 2002-2003, Roma, s.d. ma 2002, p. 114-115, che la richiama tra le condizioni strutturali che consentono alle norme costituzionali sui diritti sociali di sfuggire alla mera proclamazione, insieme alla loro riconoscibilità in quanto principi di diritto, suscettibili, in quanto tali, di sviluppo e applicazione; la presenza di un vero e proprio catalogo costituzionale di diritti, che li rende azionabili davanti alla Corte costituzionale. La contestualità e coesistenzialità delle condizioni materiali e giuridico formali impedisce di scivolare in quella sostanziale irrilevanza delle garanzie formali e nella degradazione dei diritti sociali a diritti meramente legislativi presente, come noto, nel filone di pensiero ispirato da C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, (ed. orig. 1928), Milano, 1984 e ripreso da E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione* (ed. orig. 1964), Milano, 1973 – come si potrà vedere anche oltre, rispetto all'uso della formula di diritti legislativamente condizionati, che resta distante dalla configurazione schmittiana.

legislativa (ma, meglio sarebbe dire, della partecipazione politica) che sono permanentemente chiamati a garantirne una realizzazione adeguata al mutare dei tempi e delle condizioni.

A sua volta, il vincolo che garantisce l'integrazione di una comunità politica non può prescindere dalla comunanza degli interessi materiali inscritta e fatta vivere nelle sue strutture giuridiche⁷, pensabile, a sua volta, solo nel riconoscimento della materialità e conflittualità insite nella ineguale distribuzione degli interessi umani, dei bisogni e dei poteri, e non come un dato astratto o meramente postulato dalle strutture ordinamentali⁸.

L'ordinamento giuridico e costituzionale è costruito su questa dimensione dell'integrazione, definita, innanzitutto, dalla dialettica tra mercato e stato sociale, nelle forme in cui essa risulta strutturata dalla costituzione repubblicana; forme messe in discussione, molto concretamente, a partire dalla stagione della crisi fiscale dello stato⁹ e dal crollo dell'ordine economico-monetario di Bretton Woods, dai processi di mondializzazione e dal processo di integrazione europea¹⁰, che erodono, su molti piani, la dimensione nazionale della solidarietà "*frutto prezioso del costituzionalismo democratico-sociale dell'Europa continentale*"¹¹: una dimensione sociale, muovendo dal riconoscimento di conflitti e differenze, richiede di attivare strutture capaci di associare nella ripartizione del prodotto, mentre l'ordoliberalismo dell'economia sociale di mercato concepisce l'intervento pubblico nei processi economici per garantire le

⁷ M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali cit.*, p. 3, richiamando e sviluppando la definizione ciceroniana, che propone come «*la più limpida definizione della nozione di popolo [...] coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*».

⁸ Che è, se vogliamo, quel *sistema della solidarietà* che è tratto peculiare della costituzione repubblicana italiana che, invece, difetta strutturalmente all'ordinamento europeo: sulla solidarietà come "sistema" in particolare B. PEZZINI, *Dimensioni e qualificazioni nel sistema costituzionale di solidarietà (a proposito di eguaglianza ed effettività dei diritti e tematizzazione della differenza)*, in B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano, 2005, p. 93; nella dottrina costituzionalistica gli studi in materia (che hanno direttamente a oggetto la solidarietà, il principio di fraternità o la trattazione dei doveri costituzionali) sono troppi per poter essere indicati qui senza un'eccessiva arbitrarietà.

⁹ J. R. O'CONNOR, *La crisi fiscale dello Stato*, Torino, 1979, che, tuttavia, lungi dall'aprire a quel trionfo del neoliberismo che avrebbe assunto la crisi fiscale dello stato come suo primo presupposto, insisteva sulla dimensione indispensabile della socializzazione. Lo osserva anche E. GROSSO, *I diritti sociali e la crisi economica. Linee di tendenza nella giurisprudenza dei giudici comuni*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, 2017, p. 39.

¹⁰ Criticamente sulla debolezza della dimensione della solidarietà sociale nell'ordinamento europeo, in una letteratura che non è meno ampia di quella nazionale sul principio di solidarietà, v. da ultimo M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione (a proposito dell'introvabile "dimensione sociale europea")*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, Cacucci, 2016, vol. I, pp. 35-51; A. SCHILLACI, *Governo dell'economia e gestione dei conflitti nell'Unione Europea. Appunti sul principio di solidarietà*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017; ma anche M. CAMPUS, S. DORIGO, V. FEDERICO, N. LAZZERINI (a cura di), *Il futuro dell'UE tra responsabilità fiscale solidarietà e nuova cittadinanza europea*", Firenze, in corso di pubblicazione.

¹¹ F. LOSURDO, *L'Unione Europe e il declino dell'ordine liberale*, in *federalismi.it*, 6/2018, p. 4, messo in crisi dall'assetto duale di separazione funzionale tra la costituzione della concorrenza tipica dell'Unione europea e la costituzione sociale tipicamente nazionale (Smith all'estero e Keynes in patria, secondo la nota formula coniata da R. GILPIN, *Politica ed economia delle relazioni internazionali*, Bologna, 1990, ed. orig. 1987, p. 473)

regole di una concorrenza di mercato, in cui l'equità sociale resta come astratto effetto atteso e sottoprodotto dell'efficienza economica¹². D'altra parte, mentre la dimensione solidale dello stato sociale si struttura sulla capacità di rispondere ai bisogni¹³, sul mercato e nel mercato si soddisfano domande; da anni spinte competitive conducono “verso la de-solidarizzazione, sia entro l'ordinamento europeo (specialmente nell'eurozona), sia entro gli ordinamenti degli Stati membri”¹⁴, spingendo al transito verso forme di solidarietà competitiva, con abbandono della solidarietà redistributiva¹⁵.

Di conseguenza, ogni volta che, direttamente o indirettamente, si affronta il tema degli strumenti di monitoraggio e controllo sui mezzi (innanzitutto, finanziari, ma anche organizzativi) di cui uno stato¹⁶ dispone nel dare attuazione alle politiche attuative dei diritti sociali¹⁷, è indispensabile mantenere la piena consapevolezza tanto di ciò che risulta indispensabile e consustanziale alla sua capacità di realizzare effettività dei diritti, quanto, contemporaneamente, di ciò che è potenzialmente in grado di mettere in discussione le coordinate essenziali di un certo modello di Stato e di integrazione politica.

È questa la ragione per cui, ancora una volta, non sembra inutile insistere a esplorarne alcuni aspetti, facendo riferimento, in particolare, alle modalità con cui possono operare le garanzie costituzionali di effettività dei diritti sociali; in altri termini, ancora una volta si proverà ad affrontare il nodo dei “diritti finanziariamente condizionati”, portando con sé la necessaria consapevolezza di tutta l'ambiguità dell'espressione¹⁸: mi pare, infatti, che non si possa

¹² Di prestazioni sociali considerate come mera «leva finanziaria per riequilibrare le asimmetrie all'interno del mercato unico» parla F. BILANCIA, *I diritti sociali nel sistema europeo dei vincoli finanziari: da diritti individuali a parametro macroeconomico*, in www.eticaeconomia.it, 15 maggio 2014. Ma anche F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2016.

¹³ Che restituiscono la misura dell'agire solidale: B. PEZZINI, *Dimensioni e qualificazioni nel sistema costituzionale di solidarietà* cit., p. 110.

¹⁴ A. GUAZZAROTTI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia* in *La geografia del potere. Un problema di diritto costituzionale*, Napoli, 2019, p. 429.

¹⁵ W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e mercato*, 2000/1, pp. 3.

¹⁶ Senza ignorare che la soddisfazione dei diritti sociali è articolata su una molteplicità di soggetti territoriali, sia sovranazionali, sia infrastatali, in queste note si considera unicamente la dimensione sociale al livello dell'intera comunità costituzionale, lo *Stato-comunità*. La complessità della dimensione territoriale è comunque fortemente presente alla riflessione costituzionalistica, come attestata anche l'attenzione a ciò dedicata negli ultimi anni dai convegni annuali dell'Associazione dei costituzionalisti, AA.VV., *Di alcune grandi categorie dei diritto costituzionale. Sovranità Rappresentanza Territorio*, Napoli, 2017; AA.VV., *La geografia del potere. Un problema di diritto costituzionale*, Napoli, 2019.

¹⁷ S. GIUBBONI in M. CINELLI, S. GIUBBONI, *Cittadinanza, lavoro, diritti sociali. Percorsi nazionali ed europei*, Torino, 2014, p. 104, osserva che, nella crisi economica, l'Europa ha sottratto agli stati membri le leve di controllo politico-democratico dei propri sistemi sociali, senza compensare la perdita di capacità redistributiva al livello nazionale.

¹⁸ Su cui v. da ultimo, con sistematica lucidità, M. LUCIANI, *Laterna Magika. I diritti “finanziariamente condizionati”*, in *Riv. Corte Conti*, 1-2/2018, IV, p. 643. Tema assai vasto e comunque presente in tutte le

ragionevolmente ignorare che il rapporto tra diritti e risorse è, quantomeno, complesso, se non ambiguo, nella misura in cui collega dimensioni costituzionalmente di assai differente livello (le finalità primarie incorporate nelle norme di definizione costituzionale di ogni diritto sociale; quelle secondarie relative ai mezzi-organizzazione con cui si devono perseguire gli interessi costituzionalmente protetti; quelle di terzo grado specificamente attinenti all'equilibrio finanziario, strumentale all'efficienza dell'apparato organizzativo).

È, del resto, sulla forma e la sostanza del rapporto tra il riconoscimento costituzionale di un diritto sociale (come *ius*) e la disponibilità dei mezzi per attuarlo che si confrontano le posizioni, dibattendo dei vincoli e degli strumenti di controllo della discrezionalità politica¹⁹, come si vorrebbe provare a fare anche in questa breve riflessione.

Penso, senza alcuna pretesa di completezza, ma solo per richiamare almeno i *topoi* principali del discorso, al bilanciamento ineguale nei rapporti tra diritti sociali e risorse finanziarie²⁰ e alla sindacabilità delle scelte di spesa “*a ribasso*” da parte del legislatore, qualora irragionevoli rispetto alla necessità di garantire comunque determinati diritti costituzionalmente garantiti²¹.

3. Il suo contesto costituzionale permanente

La riflessione sul tema va inquadrata, innanzitutto, nel suo contesto costituzionale permanente, che resta il fondamento, oltre che gerarchicamente sovraordinato, costante e duraturo nelle mutevoli stagioni di un'attuazione legislativa che, al contrario, è costantemente e strutturalmente chiamata a rinnovarsi per rispondere adeguatamente ai bisogni.

La dimensione sociale, in cui agisce come matrice il personalismo degli articoli 2 e 3 della costituzione italiana, colloca tutti i diritti nella materialità dei rapporti sociali e rappresenta l'antitesi rispetto ad ogni astrazione dei diritti di cui la persona è titolare. La costituzione italiana salda le “generazioni” dei diritti e il tema della loro effettività attraverso il rapporto stretto tra

trattazioni sui diritti sociali (v. ampia ricostruzione in M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, in *Dig. pubb. Aggiornamento V*, Torino, Utet, 2012, pp. 219-289).

¹⁹ F. CORTESE, *Social welfare: la difficoltà di liberalizzare e di semplificare*, in *Dir. ec.*, 2014, p. 477, p. 21, rileva due dinamiche nella dimensione ordinamentale europea, l'una in cui l'Unione sembra limitarsi a indirizzare gli Stati membri a una complessiva *razionalizzazione* del proprio *social welfare* adeguandolo ai prevalenti obiettivi del mercato comune – scenario che, a chi scrive, appare già di per sé problematico in rapporto al quadro costituzionale nazionale – e l'altra in cui incentiverebbe addirittura un *rovesciamento* e un cambio di paradigma idoneo a mettere in discussione il modello stesso di stato sociale proprio «mediante un'azione di monitoraggio e di controllo sui mezzi (finanziari) di cui questo potrebbe naturalmente servirsi».

²⁰ Recentemente ripercorre il tema S. BARBARESCHI, *Tecniche argomentative della Corte costituzionale e tutela dei diritti sociali condizionati. Riflessioni a partire dal diritto alla salute*, in *federalismi.it*, 13/2018.

²¹ L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2013.

gli articoli 1, 2 e 3 Cost., dai quali scaturisce la chiara affermazione che il principio democratico richiede il realizzarsi di condizioni materiali di esistenza in grado di assicurare la concreta partecipazione dei cittadini all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Nella dimensione costituzionale segnata dall'indispensabile unità di *Parte prima* e *Parte seconda*, di costituzione *dei diritti* e costituzione *dei poteri*, la costituzionalizzazione dei diritti guarda ai processi decisionali relativi ai medesimi diritti in termini di *processi dinamici* di attuazione non solo progressiva, ma costante, attraverso i quali la garanzia costituzionale si compie e attualizza, realizzando la trasformazione da norme di principio che impongono vincoli oggettivi alla legislazione (*lex*) in pretese soggettive (*iura*). Qui, nel processo che lega *lex* a *iura*, emerge e prende corpo la peculiarità, nel più ampio contesto dei diritti fondamentali, della dimensione costituzionale dei diritti sociali: a fronte del riconoscimento della indispensabilità dell'attuazione e della relativa autonomia costituzionale del suo farsi, che vede nelle disposizioni di riconoscimento costituzionale dei diritti sociali un vincolo oggettivo della *lex*, spostando l'attenzione sull'interesse individuale al cui soddisfacimento è indirizzato il *mandato costituzionale* di protezione sociale si vede l'emersione di un vero diritto soggettivo, *ius*, implicante pretese soggettive e, in particolare, determinazioni di volontà sul bene protetto che provengono dal soggetto titolare del diritto sul bene protetto. L'esistenza di un dovere dello stato, di una funzione dell'ordinamento in ordine ad un particolare bene della vita implica, infatti, un dovere di protezione di tale bene e dell'interesse rilevante per il soggetto connesso a tale bene, *al quale viene a corrispondere, in ogni specifica dimensione relazionale rilevante, una pretesa in termini di ius*.

Si rivela in questa dimensione la peculiarità del rapporto tra un diritto (sociale inteso come) soggettivo e i processi di attuazione che lo riguardano entro un sistema nomodinamico²²: in un sistema di diritto positivo, infatti, l'esistenza di qualsiasi situazione giuridica, attiva o passiva, dipende dalla esistenza di una norma positiva che la prevede; di fronte ad una norma costituzionale che attribuisce testualmente un diritto soggettivo, pur restando generica nella sua qualificazione, l'assenza delle ulteriori norme atte a configurare tutti gli elementi della qualificazione non ci autorizza a modificare il contenuto della norma costituzionale negando che essa configuri un diritto soggettivo ma, al contrario, ci impone di tenere fermi i contenuti della norma costituzionale (attribuzione di un diritto soggettivo) e di rilevare l'esistenza di un problema di natura costituzionale: l'assenza di una norma la cui esistenza è richiesta, la cui

²² Rileva questo carattere a proposito della configurazione delle garanzie dei diritti fondamentali L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 1998, p. 22.

produzione non è irrilevante per l'ordinamento e, anzi, costituisce un comportamento dovuto (lacuna assiologica).

Per questo si può fare riferimento alla struttura costituzionale dei diritti sociali come un processo di incessante e doverosa produzione di decisioni²³.

L'attuazione, che richiede la mediazione legislativa, si configura come l'attività richiesta dalla norma costituzionale per colmare la lacuna (imposta, non solo consentita) ed è ciò che consente che il *favor* espresso nella norma come *lex* diventi diritto soggettivo a tutti gli effetti. Le disposizioni costituzionali di riconoscimento dei diritti espresse in termini di *lex* contengono, esprimendo un *favor*, un'aspettativa di diritto: ma niente autorizza a pensare il *favor* come una situazione degradata, di rango inferiore al diritto soggettivo; tra aspettativa e diritto vi è un nesso normativo, sul piano del diritto costituzionale l'aspettativa è lo stesso diritto visto nel momento in cui ancora mancano quelle norme e quelle condizioni che ulteriormente specificano la posizione attraverso la positiva determinazione dei doveri correlati. Aspettativa e diritto soggettivo non sono alternativi: l'attuazione può essere realizzata attraverso diverse misure (tutte le misure di attuazione capaci di soddisfare il fine incorporato nella norma, tutte le norme derivate che soddisfano il criterio di conformità), quindi, indipendentemente dalla previsione di uno o più obblighi specifici a carico di soggetti determinati per la soddisfazione degli interessi individuali nei confronti del bene protetto (che già configurerebbero al livello costituzionale posizioni di pieno diritto soggettivo), il *favor* espresso dalla norma costituzionale è esteso *all'intero fascio delle misure di attuazione conformi all'obiettivo*, proiettandole sul soggetto attivo come aspettative tutelabili²⁴.

A questo contesto costituzionale, in quanto tale permanente, di riferimento è particolarmente consonante ogni riflessione sulla giustiziabilità dei diritti sociali; dal momento che, nel secondo dopo-guerra, proprio la costituzionalizzazione dei diritti sociali comporta inevitabilmente una prevalenza della *lex* (vincolo oggettivo imposto dalla costituzione alla legislazione) sugli *iura* (la cui dimensione effettivamente riconoscibile resta affidata ai processi di attuazione), a sciogliere l'alternativa tra l'esistenza di un semplice *favor* e il riconoscimento di vere e proprie pretese azionabili è spesso intervenuta la mediazione della giurisprudenza, dimostrando la propria necessaria integrazione nei processi decisionali.

²³ Tema specificamente sviluppato da B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, 2001.

²⁴ Più diffusamente sul tema B. PEZZINI, *La decisione cit.*, spec. cap. 5.

Vi è, tuttavia, una storica fragilità dei diritti sociali, che sembra incapace di sottrarre a letture riduttive persino le formulazioni più pregnanti²⁵ e che indubbiamente è connessa al carattere legislativamente condizionato del diritto sociale costituzionale, che contribuisce a costruirne il contesto materiale contingente.

4. Il contesto materiale contingente

Il contesto costituzionale è, dunque, fortemente connesso allo stato dell'attuazione legislativa nel campo delle politiche sociali.

È dunque nel quadro del contesto materiale dei rapporti politici, sociali ed economici propri di una specifica fase che si misurano, nel concreto, gli interrogativi e i conflitti suscitati dalle aspettative costituzionalmente tutelate di realizzazione delle funzioni di garanzia sociale dello Stato e che si può verificare l'adeguatezza dello strumentario a disposizione per affrontarli.

E dunque, nell'ultimo decennio, è segnato dagli interrogativi sulla tenuta del sistema di welfare in un contesto di crisi economica²⁶ che, a ben vedere, ripropongono – semplicemente contestualizzandoli in un contesto socio-economico e temporale specifico – l'eterno problema degli strumenti che possano fronteggiare la discrezionalità legislativa al fine della garanzia dei diritti sociali, anche a partire dalla fondamentale distinzione tra diritti sociali come diritti legislativamente o finanziariamente condizionati.

I diritti sociali sono in sé legislativamente condizionati, nella misura in cui appartiene strutturalmente alla funzione del legislatore compiere tutte quelle operazioni di selezione e di ponderazione degli interessi indispensabili a garantirne costantemente i processi decisionali di attuazione²⁷.

Il condizionamento finanziario entra, evidentemente, negli elementi delle valutazioni che il legislatore compie e che la Corte costituzionale è eventualmente chiamata a rivedere; tuttavia, nell'operazione di ponderazione legislativa vanno ordinate la finalità principale di garanzia di attuazione effettiva del diritto sociale e quelle ad essa strumentali, relative alla efficienza del

²⁵ Si pensi solo alla questione dell'interpretazione del diritto al lavoro nell'art. 4 Cost.: su cui riflettono criticamente da ultimo, C. BUZZACCHI, *Il lavoro. Da diritto a bene*, Milano, 2019; A. APOSTOLI, *Considerare il lavoro come diritto è ancora possibile*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020.

²⁶ Sulla definizione di un contesto di crisi, peraltro, irrompe drammaticamente l'emergenza sanitaria, potenzialmente in grado di dischiudere scenari di crisi economica e sociale di amplissima portata; considerazioni sul rapporto tra diritti sociali e Covid-19, in C. CROSETTA, *Diritti sociali al tempo dell'emergenza coronavirus: una "prima analisi" in chiave antropologico-giuridica*, (16 marzo 2020), in *www.biodiritto.org cit.* in nota 1.

²⁷ Opportunamente A. MANGIA, *I diritti sociali tra esigibilità e provvista finanziaria*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013, p. 582, ammonisce sulla necessità di tenere distinte, quando si parli dell'effettività dei diritti sociali, l'azionabilità e l'effettivo soddisfacimento, che rimandano a due diversi modi di guardare ai diritti sociali.

sistema (scopo secondario e strumentale alla prestazione dovuta per la tutela del diritto) ed all'equilibrio finanziario (scopo di terzo livello, terziario, a sua volta considerabile come strumentale all'efficienza. Enfatizzando la formula del diritto finanziariamente condizionato, si rischia di dire che spetterebbe, in ultima analisi, al bilanciamento finanziario definire il contenuto delle prestazioni, quindi del diritto, mentre è vero esattamente il contrario: le prestazioni che danno contenuto al diritto, e in particolare quelle che ne definiscono il contenuto essenziale, sono dovute in quanto tali (per la soddisfazione del diritto che è un preciso dovere costituzionale) e insiste sul legislatore il preciso dovere di garantire le risorse finanziarie necessarie a garantire l'attuazione costituzionale²⁸.

Diritti e risorse non sono, quindi, entità costituzionalmente bilanciabili tra loro, alla ricerca del punto di equilibrio che garantisca il massimo di tutela possibile per ciascuno (o la minima lesione possibile dell'interesse contrapposto): il loro rapporto si costruisce sul presupposto che una prestazione adeguata (in termini di efficienza) alla soddisfazione del diritto sociale realizza lo scopo primario e diretto, mentre l'efficienza e l'equilibrio finanziario restano elementi strumentali (di secondo e addirittura terzo livello).

Non credo possano esservi dubbi sul quadro costituzionale di diritti sociali che pretendono attuazione dal legislatore: il problema sta nell'ampio spazio della discrezionalità politica, incomprimibile ed irrinunciabile per tante ragioni – troppe per ricordarle qui – che hanno a che vedere con la qualità stessa della democrazia²⁹, e nella portata limitata del giudizio di costituzionalità, che non può che limitarsi ad una revisione di secondo grado, dalla quale è escluso ogni sindacato nel merito delle scelte del legislatore (ex art. 28 l. 87/1953) e si limita a rilevare la sproporzione e l'irragionevolezza.

Sarebbero, allora, pensabili strumenti che, senza inseguire un'illusoria prospettiva di facile e immediata applicazione della norma costituzionale, come se la mediazione legislativa potesse essere surrogabile, rendano più soddisfacente e adeguato il giudizio costituzionale?

²⁸ Anche F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella "intoccabile") della costituzione*, in *Rivista AIC*, 3/2013, p. 15.

²⁹ La discrezionalità del legislatore difende il ruolo non riducibile e non comprimibile dei processi democratici di attuazione dei principi costituzionali, esprimendo un'esigenza che possiamo ritenere intrinseca ad una, pur aggiornata, dottrina della separazione dei poteri e la necessità che l'evoluzione del diritto proceda, innanzitutto, attraverso l'esercizio della scelta secondo procedure democratiche: M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Dalla costituzione "inattuata" alla costituzione "inattuale"?* in *Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana, Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 31.

La Costituzione offre indubbiamente una trama complessiva di norme relative ai diritti sociali, in cui la solidarietà viene costruita come vero e proprio sistema³⁰; il legislatore sembra avere da tempo rinunciato ad agire coerentemente con tale trama, da ultimo anche accettando – in particolare anche sul piano direttamente costituzionale, con la modifica dell’art. 81 e connessi – vincoli che, per quanto non risolutivamente definiti, parrebbero ulteriormente indebolire il quadro di sistema.

In quali direzioni possono essere esplorati percorsi in grado di garantire la possibilità di conservare la caratteristica di fundamentalità ai diritti sociali, contrastandone la degradazione implicita³¹? quali percorsi possono dare corpo alle proposte di compensare l’irrigidimento del divieto di indebitamento con una garanzia quantitativa della spesa (sociale) costituzionalmente vincolata³²?

5. Una potenziale novità

Le considerazioni svolte sinteticamente sin qui intendono rendere chiara la cornice entro la quale si deve, a mio avviso, collocare l’apertura di una riflessione sulle potenzialità di uno strumento decisionale innovativo recentemente apparso nella giurisprudenza costituzionale, se pensato nel quadro e ai fini del controllo del rapporto tra risorse e diritti e, più specificamente, ai fini del controllo della discrezionalità del legislatore: strumento, che abbiamo visto configurarsi nella sequenza decisionale rappresentata dall’ordinanza 207/2018 e dalla sentenza 242/2019 (che riguarda il noto caso Cappato-Antoniani³³).

³⁰ B. PEZZINI, cit. in nt. 6.

³¹ Secondo R. PEREZ, *La nuova disciplina di bilancio in Germania*, in *Giornale di diritto amministrativo* 2011, p. 95 ss., i diritti, se finanziariamente condizionati dall’equilibrio tra costi e ricavi, alla fine, non sono più identificabili come fondamentali.

³² Una clausola di salvaguardia che compensi la *golden rule* e che correli positivamente rigidità qualitativa e rigidità quantitativa dei vincoli di bilancio, come già osservato da J. VIGNON, B. CANTILLON, *Is there a time for "Social Europe"? Looking beyond the Lisbon Strategy paradigm*, Ose, Paper Series, n. 9, July 2012, p. 9; oltre che da L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, cit. V. anche, con riferimento all’esperienza brasiliana, S. BRUNO, *Diritto alla salute e riserva del possibile. Spunti dal contesto brasiliano per osservare il "federalismo fiscale"*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia cit.*, p. 305 e A. MANGIA, *I diritti sociali tra esigibilità e provvista finanziaria cit.*, p. 598.

³³ Vicenda ampiamente discussa e commentata, nei suoi profili costituzionali, e troppo nota per essere qui ripercorsa nei suoi sviluppi; se ne ricorda la conclusione, con la sentenza n. 8 del 23 dicembre 2019 della Corte d’assise di Milano che ha assolto Marco Cappato dal reato di aiuto al suicidio perché «il fatto non sussiste», a seguito del positivo riscontro, nel caso dell’aiuto al suicidio di Fabiano Antoniani, della condizioni di non punibilità previste dalla sentenza costituzionale 242/2019 e dei requisiti procedurali complessivamente definiti dalla medesima pronuncia, secondo modalità ritenute equivalenti, trattandosi di fatti anteriori alla pubblicazione della sentenza in Gazzetta Ufficiale.

Di questa sequenza si è molto parlato, con un'attenzione preponderante rivolta agli aspetti di contenuto della decisione, certamente di grandissimo rilievo di per sé, che hanno lasciato in secondo piano le caratteristiche e potenzialità più generali dello strumento decisionale, in realtà vera e propria nuova tipologia decisoria in due tempi³⁴; e anche quando lo si è fatto, se ne è ragionato soprattutto con riferimento alla materia penale³⁵.

La lettura dello strumento che propongo, con l'intenzione di saggiarne le potenzialità generali (o generalizzabili), applicabili anche in materia di diritti sociali, fa leva, innanzitutto, sul riconoscimento della stretta relazione tra le due pronunce, adottate in una sequenza unitaria in cui la prima, l'ordinanza, prefigura una serie di limiti che sono destinati a incidere, oltre che come monito al legislatore, sulla seconda, la decisione che definisce la questione, rinviata a una determinata udienza successiva.

La struttura decisionale prospettata si configura come una sola decisione, sia pure articolata in due tempi e due atti: il primo passaggio consiste nell'adozione di un'ordinanza di rinvio con accertamento dell'incostituzionalità e monito al legislatore, seguita a data certa (la data del rinvio) dalla decisione "in via definitiva" – cioè che definisce, ai sensi dell'art. 18 l. 87/1953, il giudizio sottoposto. Il processo decisionale scinde, nella forma e nella scansione temporale, la pronuncia che contiene l'accertamento dell'incostituzionalità da quella che ne dichiara gli effetti conseguenti (che saranno tipicamente erga omnes – ex art. 136 Cost. – nel caso di un dispositivo di accoglimento, ovvero *inter partes* nel caso di dispositivo interpretativo di rigetto³⁶).

Il primo limite discende dall'avvenuto accertamento del contrasto con la Costituzione (nel caso specifico si è trattato del contrasto con gli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., dell'art. 580 c.p., non nel suo intero perimetro applicativo – per cui, al contrario, l'incostituzionalità è stata esclusa – ma per una parte delle fattispecie di riferimento: per quanto concerne il merito della questione,

³⁴ Ne tratta esplicitamente il Seminario del Mulino *Dopo l'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?* del 27 maggio 2019 (v. http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/?page_id=12635) a partire dalla relazione di E. GROSSO, *Il "rinvio a data fissa" nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, successivamente pubblicata in *Quad. cost.*, 2019, p. 531.

³⁵ M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2020, p. 286.

³⁶ Qualora ipotizzabile: dispositivo che, comunque, individuerrebbe l'interpretazione conforme a costituzione imponendola nel giudizio *a quo* e imporrebbe agli altri giudici, che non la ritenessero praticabile, l'onere di riproporre la questione davanti alla Corte costituzionale. La formula della interpretativa di rigetto, qualora possibile, resta la più *soft*: dialogante sia con la giurisprudenza, che caso per caso vedrà se può seguire quella interpretazione o risolversi a sottoporre la questione nuovamente alla Corte, sia con il legislatore, che è stato, e continua a essere, invitato alla leale collaborazione in presenza di una omissione che compromette la tutela di interessi costituzionalmente rilevanti.

quindi, l'incostituzionalità risulta accertata dalla motivazione pienamente sviluppata dell'ordinanza adottata e dagli espliciti riferimenti in essa presenti³⁷). Infatti, l'avvenuto accertamento dell'incostituzionalità nella pronuncia interlocutoria (primo atto), richiede che il dispositivo conclusivo (secondo atto) sia coerente nel merito.

Se la sequenza decisionale prefigurata dall'ordinanza 207 postula che sia solo la seconda pronuncia (sentenza) a produrre effetti tipici, la prima (ordinanza interlocutoria) serve a restituire la complessità del ragionamento e del suo sviluppo logico, i cui primi tre passaggi si compiono nell'ordinanza interlocutoria di rinvio, ed il quarto, finale, nella sentenza da adottare dopo il rinvio: la Corte, innanzitutto, riscontra il *vulnus*; in secondo luogo, paventa gli effetti di un vuoto legislativo provocato dalla rimozione della norma incostituzionale; di conseguenza, invoca la leale collaborazione del legislatore entro un lasso di tempo individuato come ragionevole, in relazione al quale dispone il rinvio della discussione della questione³⁸.

Trascorso il tempo indicato, il giudice delle leggi ritrova automaticamente davanti a sé la questione, senza dover attendere la (eventuale) rimessione di un nuovo caso e affronta il quarto e conclusivo passaggio, prendendo atto di quanto è successo: nell'ipotesi in cui il legislatore sia intervenuto, rimette la questione al giudice a quo perché rivaluti la rilevanza alla luce dello *ius supeveniens*³⁹; se, invece, il quadro normativo non sarà mutato, non potrà che comportarsi come nell'ipotesi di *doppia pronuncia* presa a modello, vale a dire decidendo in modo coerente con l'accertamento dell'incostituzionalità anticipato nell'ordinanza, sia pure nei limiti delle sue possibilità (perché solo il legislatore avrebbe gli strumenti pienamente adeguati a colmare il vuoto).

L'*iter* argomentativo si dispiega nelle due pronunce e la connessione necessaria tra le due, costruita fin dall'origine, esige specifica coerenza: non si tratta del generico effetto di

³⁷ CID punto 10: «Al riscontrato *vulnus* ai principi sopra indicati, questa Corte ritiene, peraltro, di non poter porre rimedio, almeno allo stato, attraverso la mera estromissione dall'ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l'aiuto venga prestato nei confronti di soggetti che versino nelle condizioni appena descritte»; punto 11: il «fine di rimuovere il *vulnus* costituzionale riscontrato» evidenziando il rischio di «lasciare in vita ... la normativa non conforme a costituzione».

³⁸ Va inteso che il termine stabilito dalla Corte costituzionale non è una prescrizione temporale rivolta direttamente al legislatore, introducendo un inaccettabile vincolo alla funzione legislativa, ma la prefigurazione dello spazio di tempo considerato ragionevole perché il legislatore stesso predisporre opzioni consapevoli (che, tra l'altro, consentirebbero alla Corte di restare entro i confini del suo ruolo fisiologico: «il compito naturale di questa Corte essendo quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore», così al punto 10).

³⁹ Pur avendo, la possibilità di anticipare, se necessario, qualche considerazione o suggestione sul modo in cui il legislatore è intervenuto; è evidente quanto la situazione suggerisca *self restraint*, per evitare di alterare la logica dell'incidentalità, che deve strutturalmente «cogliere, in virtù della sua flessibilità, la dialettica e le interazioni tra stabilità e mutamento»: G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, Napoli, 2017, p. 21.

precedente, ma della coerenza interna di una motivazione che resta unitaria, pur dispiegandosi complessivamente in due atti.

Nel caso specifico, che costituisce anche il primo caso di sperimentazione del nuovo modulo decisorio, la sentenza che costituisce il secondo atto “si salda, in consecuzione logica”⁴⁰ al precedente accertamento, occupandosi degli effetti che ne derivano; da un lato (*pars destruens*), dichiarandola formalmente, rimuove l’incostituzionalità accertata e, dall’altro (*pars construens*), introducendo una disciplina provvisoria (sentenza additiva cedevole), intende prevenire l’incostituzionalità che sarebbe derivata dalla mera rimozione della norma incostituzionale.

Al di là del caso specifico, la potenziale generalizzabilità del nuovo modulo decisorio⁴¹ emerge chiaramente nelle parole della stessa Corte costituzionale che, nella ordinanza 207, mostra in modo esplicito di pensare alla propria pronuncia come una tecnica processuale generale, di cui si premura di chiarire, presupposti, fondamento ed effetti:

a) i presupposti: *“quando la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l’incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere”*;

b) il fondamento: *“in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale”*;

c) gli effetti: sia nei confronti del Parlamento, *“consentire, nella specie, al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa così da ... scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch’essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale»*, sia nei confronti del giudizio a quo, *«evitare ... che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili”*.

Sperimentando per la prima volta questa particolare struttura decisionale, la Corte costituzionale ha richiamato espressamente le analogie con le ragioni che l’avevano sin qui condotta ad adottare due successive pronunce definitive (in una sequenza, solo eventualmente ricostruibile a posteriori come *“doppia pronuncia”*, che risolve la prima questione che le viene rimessa con una sentenza di inammissibilità con monito, seguita, in caso di inerzia del legislatore e nuova rimessione, da una sentenza di accoglimento) e ha dichiarato altrettanto esplicitamente le ragioni che l’avrebbero indotta a discostarsene, rimarcando in particolare

⁴⁰ Espressione testualmente usata dalla sent. 242/2019, punto 2 CID.

⁴¹ Contrariamente a chi riterrebbe preferibile che la tecnica impiegata rimanesse una, pur discutibile, condotta processuale *sui generis*, strettamente legata alla logica ed alle esigenze del caso per come interpretate dalla Corte, senza diventare una nuova regola: così E. GROSSO, *Il “rinvio a data fissa” nell’ordinanza n. 207/2018 cit.*

quell'effetto ulteriore nei confronti del giudizio a quo che – al ricorrere di certi presupposti – rende la sequenza prefigurata di una sola decisione in due tempi l'alternativa preferibile⁴².

L'accertamento dell'incostituzionalità non produce immediatamente una sentenza di accoglimento perché la Corte riconosce e individua puntualmente interessi costituzionalmente rilevanti messi a rischio dal vuoto normativo che sarebbe determinato dall'incostituzionalità, rilevando, nel contempo, una sfera di discrezionalità del legislatore, al quale viene primariamente rimessa la regolazione della materia entro il termine dell'udienza di rinvio (quanto fa parlare di un modulo monitorio⁴³).

Così ricostruita la novità della tecnica decisionale, l'ipotesi dell'estensibilità di un simile modulo decisorio all'ambito dei diritti sociali va ricondotta, innanzitutto, ad una sollecitazione di Luciani che, in epoca precedente alla giurisprudenza in oggetto e al caso Cappato-Antoniani, suggeriva *“proprio in questo dominio”* la possibilità di una rielaborazione della tecnica della doppia pronuncia⁴⁴; Luciani prospettava l'ipotesi di una *“sentenza parziale, nella quale enunciare il ‘principio’ dell'incostituzionalità in assenza del reperimento delle risorse necessarie entro il termine indicato, con contestuale fissazione di una nuova udienza”*, a seguito della quale verrebbe adottata la sentenza definitiva (di rigetto o accoglimento a seconda della risposta del legislatore). Uno stimolo che, sorprendentemente, è stato poco ripreso nella pur amplissima discussione⁴⁵ sulla sentenza.

⁴² Punto 11: *«In situazioni analoghe a quella in esame, questa Corte ha, sino ad oggi, dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il vulnus costituzionale riscontrato: pronuncia alla quale, nel caso in cui il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di illegittimità costituzionale (ad esempio: sentenza n. 23 del 2013 e successiva sentenza n. 45 del 2015).*

Questa tecnica decisoria ha, tuttavia, l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione. La eventuale dichiarazione di incostituzionalità conseguente all'accertamento dell'inerzia legislativa presuppone, infatti, che venga sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale, la quale può, peraltro, sopravvenire anche a notevole distanza di tempo dalla pronuncia della prima sentenza di inammissibilità, mentre nelle more la disciplina in discussione continua ad operare».

⁴³ R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2020, p. 343.

⁴⁴ M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, p. 16

⁴⁵ Ne parla E. ROSSI, *L'ordinanza n. 207 del 2018: un tentativo di reagire a omissioni (incostituzionali) del legislatore?* in *forum di Quad. cost.*, (5 luglio 2019), p. 6 <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2019/07/rossi.pdf> riprendendo uno spunto emerso nella discussione e successivamente sviluppato da B. Pezzini in *Dal caso Cappato al caso Fabiano Antoniani e ritorno: i vincoli di coerenza imposti dalla ordinanza 207/2018*, in *Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, Firenze, goWare, 2019, p. 87. Il carattere quasi alluvionale della produzione sulle due decisioni costituzionali potrebbe giustificare, se dovesse essere sfuggita l'esistenza di qualche ulteriore richiamo rispetto ai due citati.

La sequenza sentenza parziale di accertamento dell'incostituzionalità – contestuale monito e fissazione di nuova udienza – sentenza definitiva, che si fonda sul presupposto dell'accertamento di omissione da parte del legislatore di un comportamento costituzionalmente dovuto e non meramente surrogabile da principi o regole ricavate dalla Corte costituzionale, appare comparabile alla sequenza ordinanza 207/2018 – sentenza 242/2019, che ugualmente ha comportato un primo atto di accertamento, con monito e rinvio, e un secondo atto produttivo di effetti tipici nel merito strettamente connessi.

La nuova tecnica potrebbe offrire una risposta di sistema alle omissioni incostituzionali⁴⁶, capace di superare l'impasse derivante da una strutturale esigenza di collaborazione del legislatore, quale è indispensabile, in materia di attuazione dei diritti sociali, in particolare per il reperimento delle risorse finanziarie necessarie a porre rimedio all'incostituzionalità.

Naturalmente alcuni aspetti più delicati, relativi soprattutto al rapporto tra giudice costituzionale e legislatore, richiederanno un più meditato approfondimento: valorizzando il ruolo della Corte costituzionale in chiave di una interpretazione del valore della costituzione come programma e non solo come limite⁴⁷, Corte e legislatore sarebbero, in un certo qual senso, chiamati a procedere *“l'uno a fianco dell'altro” “nel dinamico evolversi del progetto costituzionale”*⁴⁸, e non può sottovalutarsi il rischio di un appannarsi delle fondamentali differenze di ruolo e funzione costituzionale. La discrezionalità del legislatore sottintende anche la consapevolezza del diverso ruolo di giudice e legislatore di fronte all'attuazione delle norme costituzionali: l'esercizio della funzione giurisdizionale è in grado di interpretare il cambiamento e cogliere nell'applicazione del dato normativo le variazioni indotte dalla trasformazione sociale, e lo deve fare quando ciò è richiesto in funzione della garanzia dei diritti inviolabili; ma è solo l'esercizio della discrezionalità legislativa, e della connessa responsabilità politica, che è in grado di offrire un processo democratico nel quale vengano compiute le scelte di attuazione indispensabili per dare ai principi costituzionali un'attuazione coerente.

Nel contesto della tipologia monitoria⁴⁹, l'eventuale sviluppo della nuova tecnica andrà comunque valutato non solo in termini di efficacia del monito sul legislatore (in questo senso,

⁴⁶ V. anche E. ROSSI, *L'ordinanza n. 207 del 2018 cit*, p. 1.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 3.

⁴⁸ Così S. PENASA, *Il “seguito” dell'ordinanza 207: mutamento (nella continuità) di paradigma costituzionale e (necessaria) leale collaborazione tra poteri*, in *Forum di Quad. cost.*, 30 giugno 2019, p. 4.

⁴⁹ L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Padova, 1987; C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013; con riferimento specifico alla sequenza innescata dall'ord. 207/2018, v. anche R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani cit*.

la prima applicazione si è rivelata deludente⁵⁰), ma anche ai fini della giustificazione e del fondamento costituzionale del monito – esplicitati con riferimento al principio di leale collaborazione negli ambiti in cui la mediazione legislativa sia strutturale – nonché nella chiave di una opportuna procedimentalizzazione della prospettiva monitoria.

Nella materia dei diritti sociali potrebbe essere la risposta alle sollecitazioni rivolte alla giurisprudenza costituzionale ad assumere una visione di sistema⁵¹, che consentirebbe anche di superare l'insoddisfazione connessa all'episodicità della giurisprudenza costituzionale. E darebbe corpo alla possibilità di decisioni conseguenti al riconoscimento, ormai attestato dalla giurisprudenza, della priorità della spesa pubblica costituzionalmente necessaria⁵², oltre che alla possibilità di praticare in modo soddisfacente la garanzia dell'incomprimibilità dei diritti⁵³, almeno da intendersi come irretrattabilità del nucleo delle garanzie una volta che sia stato normativamente identificato⁵⁴ (in materia di diritti alla salute, in particolare, attraverso i LEA e, comunque, ai sensi e per gli effetti della definizione dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, II, lett. m⁵⁵).

6. Tornando al contesto, per vedere uno scarto che marca la contingenza ed evoca radicalmente la permanenza costituzionale

⁵¹ Analoga a quella che sarebbe necessaria, e non è un caso, in riferimento al principio della progressività delle imposte di cui all'art. 53 cost.: sulla giurisprudenza costituzionale in materia criticamente M. LOSANA, *Diseguaglianze e obblighi contributivi*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Napoli, 2015, p. 121; ampiamente, C. BUZZACCHI, Milano, 2011.

⁵² Fortemente affermato nella giurisprudenza costituzionale, si pensi alla sequenza delle sent. 275/2016 (in materia di istruzione e disabilità) e 169/2017 (in materia di salute), ma anche 6/2019 e, da ultimo, 4/2020 e 62/2020: su quest'ultima, v. F. SUCAMELI, *La tutela multilivello del diritto alla salute: guida alla lettura di corte cost. sent. n. 62/2020*, in *Diritto & Conti. Bilancio, Comunità, Persona*, (<https://dirittoeconti.it/la-tutela-multilivello-del-diritto-alla-salute-guida-alla-lettura-di-corte-cost-sent-n-62-2020/?print-posts=pdf>) che sottolinea la continuità con le precedenti proprio in questa specifica ottica.

⁵³ Senza le oscillazioni contraddittorie come quella rilevata da M. LUCIANI, *Laterna Magika cit.*, p. 657, nella sent. 154/2017 (su cui v.), che darebbe per scontato che una riduzione delle risorse in materia finanziaria possa pregiudicare un diritto costituzionale fondamentale come quello alla salute.

⁵⁴ M. LUCIANI, *Laterna Magika cit.*, p. 658, afferma che i limiti nei confronti del condizionamento non sarebbero tali per caratteri ontologici dei diritti, ma «per ragioni contingenti (e talora solo procedurali)»: a me pare di poter osservare che essi derivano dal complesso processo decisionale di attuazione che caratterizza strutturalmente i diritti sociali, nel senso che, una volta avviato, viene a essere incorporato nella definizione di quello che sopra abbiamo indicato come *favor* costituzionale.

⁵⁵ Come afferma G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in AA.VV., *La geografia del potere. Un problema di diritto costituzionale*, Napoli, 2019, p. 371, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, in quanto garanzia dell'eguaglianza dei diritti, ne rende costituzionalmente necessario il finanziamento: nella determinazione legislativa dei livelli di prestazione concernenti i diritti sociali l'essenzialità transita sul loro finanziamento.

È difficile, come già si è detto in premessa, nei giorni in cui si scrivono queste brevi riflessioni, sfuggire all'urgenza drammatica e assolutamente nuova del contesto di emergenza sanitaria che ha stravolto tempi e luoghi della quotidianità di ciascuno e ciascuna di noi.

La cornice che contingentemente definisce le condizioni materiali in cui viene decisa e resa possibile l'attuazione delle garanzie di effettività dei diritti sociali è segnata in modo assolutamente inedito per le generazioni dell'esperienza repubblicana da una radicale primarietà dei bisogni a cui si dovrebbe dare risposta, da un lato, e da una drammatica inadeguatezza delle risorse mobilitabili, dall'altro.

Immersi nell'esperienza dello stato di emergenza⁵⁶, è difficile pensare a un ritorno alla ordinarietà precedente, in cui, anche del rapporto tra diritti e risorse e delle regole e procedure che lo strutturano, riprendiamo a discutere negli stessi termini di prima dell'emergenza, rinchiudendo l'emergenza in una parentesi.

Immersi nell'ansia dell'emergenza è altrettanto difficile non trovare superficialmente retorica l'immagine della crisi come potenzialità, ripensamento, nuovo inizio.

A una riflessione sulla *centralità delle strutture della vita collettiva*, però, non potremo sfuggire; non parlo solo del servizio sanitario nazionale indebolito da tagli e scelte che non hanno razionalizzato e responsabilizzato, ma diffuso la cultura della sanità come mercato e consumo individuale⁵⁷; ma anche delle scuole chiuse e delle case di riposo, delle condizioni del lavoro e dell'impatto diversificato delle misure di isolamento sociale per condizioni economiche e per genere⁵⁸.

A me pare che tutto questo conduca in modo radicale a ritornare a mettere al centro davvero la solidarietà sociale declinata sistematicamente nella Costituzione repubblicana.

Bisogna evitare di pensare il problema nei termini della possibilità di disporre di una disciplina efficace dell'emergenza – che oggi non solo giustificerebbe, ma anche pretenderebbe esercizio del potere pubblico, persino in forme concentrate e autoritarie, evocando lo stato di necessità persino nelle sue forme più estreme ed *extra ordinem*⁵⁹ – in

⁵⁶ Dichiarato ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c) del d.lgs n. 1 del 2018, *Codice della Protezione civile*, con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 (*Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*).

⁵⁷ Paradigmatica la profondità della crisi sanitaria proprio in Lombardia.

⁵⁸ Per costanti spunti sull'impatto di genere dell'emergenza sanitaria nella sua dimensione sociale, v. la rivista online di informazione, approfondimento, dibattito e proposte su questioni economiche e sociali, analizzate in una prospettiva di genere *ingenera.it* e il blog attivato nell'ambito del progetto European Law and Gender *unipisa.elan.jus.unipi.it*.

⁵⁹ Una meditata e argomentata ricostruzione della necessità "positivizzata" si legge però in M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza* cit., p. 5.

termini di eccezione e in alternativa all'ordinamento della normalità, che continuerebbe ad affidare l'organizzazione sociale ai meccanismi del mercato e al consumo, in cui le persone tornano ad essere consumatori individuali.

Illuminato dallo stato di emergenza, il contesto contingente spinge sempre più a cercare ancoraggio nel contesto costituzionale permanente, non già cercando in esso semplici correttivi, ma dando propriamente valore alla dimensione sistematica della solidarietà sociale⁶⁰ e riprogettando l'attuazione non a partire dai vincoli a valle, ma dai bisogni a monte⁶¹.

Nell'emergenza non al mercato, ma allo stato si chiedono prestazioni, perché si tratta di soddisfare bisogni, non consumi.

Ci è stato posto violentemente davanti agli occhi il paradosso per cui abbiamo rischiato di rimanere – addirittura – in carenza di personale sanitario in prima linea nella battaglia contro il coronavirus perché in Italia nessuna impresa ha avuto – prima – interesse a produrre mascherine e camici per uso medico (ma ciò vale, almeno in parte, anche per i respiratori), né sembra essere prontamente indirizzabile a farlo nei tempi rapidissimi che l'emergenza imporrebbe⁶².

Richiamare il contesto costituzionale permanente può utilmente aiutarci a riflettere sul rapporto tra Stato sociale e mercato.

L'art. 3, II cost., non solo costituisce il fondamento e l'ancoraggio di tutti i diritti sociali (costituzionalizzati e non), ma fornisce anche il criterio di valutazione da applicare alle politiche sociali, misurandone l'attitudine a soddisfare la qualificazione ordinamentale delle azioni relative al bene protetto richieste dalla tutela costituzione: una qualificazione che riguarda l'eliminazione degli ostacoli economici e sociali che incidono fattualmente sulle condizioni di libertà e astratta uguaglianza dei soggetti e si verifica con riguardo alla coerenza tra il bene oggetto di protezione, così come è individuato nelle norme costituzionali (che prendono in considerazione e specificano un determinato aspetto correlato alla personalità individuale sostenendone lo sviluppo), e gli ostacoli alla cui rimozione l'intervento sociale è diretto.

⁶⁰ G. COTTURRI, 2020: *un nuovo umanesimo*, in <https://www.centroriformastato.it/2020-lanno-dei-venti/> vede nella esperienza globale della crisi sanitaria un processo di «*apprendimento [che] ha dunque carattere veramente universale, sia per l'ordine di coinvolgimento delle persone, sia per il nucleo di pensiero che impone: quello della responsabilità di tutti e di ciascuno verso i più elementari "diritti umani"*»: quella responsabilità condivisa che è l'essenza della solidarietà.

⁶¹ Con le parole di I. LIZZOLA, intervistato il 20 marzo 2020, «*non si tratterà di chiudere una parentesi, ma di sapere insieme ridisegnare una convivenza nuova, nella quale sobrietà, veglia reciproca, coltivazione di ciò che vale, attenzione alle fragilità, uso dei saperi e dei poteri, siano ritessuti tra le generazioni, tra le culture*», in <http://www.aclibergamo.it/2020/03/20/sul-senso-di-questi-giorni-e-l'esperienza-della-distanza-pierluigi-mele-intervista-ivo-lizzola/>.

⁶² Lo osserva L. EUSEBI nell'intervista citata in nota 2.

Ma, l'art. 3 cost. opera anche consentendoci di riconoscere i diritti sociali specificamente costituzionalizzati, la cui costituzionalizzazione è avvenuta attraverso una varietà di formule che non agevolano l'individuazione di un catalogo unanimemente accreditato; il primo dei criteri di ricognizione utilizzabili proviene, infatti, direttamente dal collegamento con l'art. 3, II, e con lo svolgimento della personalità individuale come modalità di partecipazione al gruppo sociale: configurano diritti sociali tutte le norme che, pur nella varietà di formulazione, individuano ambiti protetti, beni tutelati e qualificati giuridicamente nell'ottica specifica di liberazione della autonomia individuale a fini di partecipazione.

Ed è su questo sfondo che – attraverso le norme che fanno sistema e qualificano stato sociale e solidarietà e prima ancora che siano date dai processi di attuazione ulteriori qualificazioni giuridiche – vediamo chiaramente emergere nella struttura costituzionale dei diritti sociali il presupposto della *insufficienza* e/o della *inadeguatezza* del mercato a consentire il rapporto di ciascuna persona con l'oggetto di volta in volta individuato come bene tutelato (lavoro, salute, istruzione, previdenza, assistenza). I limiti riconosciuti del mercato sono presupposti e struttura dei diritti sociali.

L'*insufficienza* ha a che fare con la necessità di intervenire sulla distribuzione delle risorse in modo che i più svantaggiati non finiscano per essere esclusi dalla fruizione del bene, nella misura in cui non sarebbero posti in grado di soddisfare la relazione con quell'oggetto attraverso la mera uguale libertà di accedere al mercato per procurarselo.

L'*inadeguatezza* incorpora una ulteriore valutazione, riferita non più solo ai soggetti svantaggiati, ma alla qualità della relazione soggettiva con il bene, ai fini e nella direzione specifica della partecipazione (integrazione) sociale: la fruizione del bene al di fuori del mercato consente, infatti, di caratterizzare il bene, di esprimere in riferimento a esso una particolare sintesi sociale; si pensi alla dimensione collettiva e individuale della tutela della salute, che non appaiono districabili l'una dall'altra: tale prospettiva dà a ogni scelta individuale una dimensione differente, socializzandola (socializzazione come misura di condivisione e collettivizzazione di responsabilità reciproche, non certo una funzionalizzazione); si pensi alla istruzione pubblica, che offre una dimensione di sintesi unitaria rispetto alla frammentazione di modelli differenziati e posti separatamente in concorrenza tra loro entro uno spazio di mercato.

Il quadro d'insieme dei diritti sociali fa emergere con chiarezza priorità e scelte nei processi politici e giurisdizionali di definizione del bene comune: i beni protetti come elementi che primariamente consentono il pieno sviluppo della persona, che ne sono le pre-condizioni, debbono essere assunti come variabili indipendenti dalle condizioni del mercato, e dunque effettivamente riconosciuti non come beni di consumo ma come bisogni.

Ed è da questo contesto costituzionale permanente e fondativo che sarà opportuno ripartire: perché, come è stato efficacemente sintetizzato, correggendo uno slogan semplicisticamente ottimistico della stagione emergenziale, “andrà tutto bene” solo se davvero “andrà bene per tutte e per tutti” (muovendo dall’attenzione ai bisogni di tutte e di tutti).