

Diritti sociali
Per una critica di alcuni luoghi comuni

Social Rights
Towards a Critique of Some Common Places

GIORGIO PINO
Professore ordinario di Filosofia del diritto,
Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Palermo
giorgio.pino@unipa.it
Piazza Bologni 8
90134 Palermo

ABSTRACT: the article reconstructs and critically assesses some of the most recurring arguments in legal and political philosophy to the effect that social rights are different in structure from, and necessarily incompatible with, the more familiar civil and political liberties. The author shows that social rights and civil and political liberties have in common more than meets the eye, and so they are different in degree rather than in kind. Moreover, while these rights can certainly happen to conflict one against the other in particular instances, they prove not only to be compatible but even mutually reinforcing as far as their respective axiological foundations are concerned.

Keywords: social rights – civil and political liberties – conflicts of rights

I diritti sociali costituiscono, notoriamente, una categoria altamente controversa: diritti «dallo statuto difficile», diritti «deboli», diritti «potenziali», diritti «in bilico», diritti «confinati in una situazione di minorità»¹.

Da un punto di vista filosofico-politico, ad esempio, i diritti sociali sono avversati in quanto considerati fattori scatenanti del debordamento dello Stato dagli angusti confini che gli spetterebbero (quantomeno in una concezione «liberale», e sostanzialmente ottocentesca) nel suo ruolo di buon «guardiano notturno» delle libertà individuali e in particolare dei diritti di proprietà; il riconoscimento dei diritti sociali determinerebbe così il passaggio, catastrofico, dal virtuoso Stato di diritto (uno Stato «minimo», poco costoso in termini di prelievo fiscale e poco sviluppato in termini di apparati amministrativi, agevolatore delle libertà economiche dei cittadini in un quadro di certezza giuridica), all'indolente e asfissiante Stato sociale (uno Stato ipertrofico per la quantità delle leggi e regolazioni che produce, elefantiaco per l'entità degli apparati burocratici di cui si deve dotare, e dunque oltremodo costoso e vorace per la necessità di mantenere sé stesso e i compiti che assume su di sé)².

Da un punto di vista economico, poi, i diritti sociali sono esecrati in quanto fonte di sprechi, di distorsioni del mercato, e perché determinano (o potrebbero determinare) comportamenti parassitari da parte dei loro beneficiari i quali, godendo di forme di assistenza pubblica, non avrebbero incentivi sufficienti a farsi parti attive dei processi produttivi³.

E infine anche nel discorso propriamente giuridico i diritti sociali non se la passano molto meglio, venendo di volta in volta qualificati come diritti di seconda (o di terza) generazione, diritti «di carta»⁴, diritti «imperfetti»⁵, diritti «apparenti»⁶, diritti che costano; dove tutte queste qualificazioni, seppure da prospettive e per ragioni differenti, intendono veicolare l'idea che i diritti sociali non sarebbero «veri» diritti, ma diritti di seconda classe, figli di un dio minore.

Tutto ciò dà corpo ad una diffusa vulgata, secondo la quale i «diritti» sociali sarebbero in definitiva un artificio retorico da un punto di vista giuridico e un lusso dal punto di vista dei conti pubblici, e comunque recessivi rispetto ai *veri* diritti (i diritti di libertà), con i quali sono inevitabilmente destinati ad entrare in conflitto⁷.

È solo per ragioni puramente espositive che sto assumendo che questi livelli di discorso (politico, economico, giuridico) siano distinti e separati. La realtà è, ovviamente, ben diversa – ciascuno di questi livelli di discorso influenza profondamente gli altri, spesso peraltro in maniera non trasparente. E che in particolare i discorsi giuridici (cioè, dei giuristi) sui diritti sociali risentano tacitamente di opzioni ideologiche sottostanti è del tutto inevitabile. Anche per questa ragione, dichiaro subito le mie opzioni etico-politiche sostanziali: ritengo che il riconoscimento e la garanzia dei diritti sociali sia una conquista importante di civiltà, un valore in sé e anche un importante strumento per l'effettivo godimento di altri diritti (i diritti di libertà, incluse le libertà economiche).

Ma non è questa la tesi che voglio difendere qui, almeno non direttamente e certamente non in maniera esaustiva. Piuttosto, intendo saggiare alcuni luoghi comuni del discorso giuridico sui diritti sociali – tra i quali anche alcuni di quelli che ho menzionato poco sopra – e che riguardano

¹ I virgolettati riportati nel testo sono tratti rispettivamente da Bongiovanni 2001; Baccelli 2012: 14-18; Nobbio 1989: 86; Casadei 2012: 27; Luciani 1994: 550.

² Una posizione di questo tipo è ben visibile ad es. in Schmitt 1984: 220-228; Forsthoff 1973; von Hayek 1989; Corso 1981: pp. 783-784; Corso 1996: 67 (la «filosofia politica dei diritti di libertà è quella dello Stato minimo»); Matteucci 1984: 36-37; Fois 1999. Per una discussione critica di approcci di questo tipo, Baldassarre 1989: 3-6; Diciotti 2004: 77-79; Politi 2006: 1024-1030; Waldron 2007:120-123.

³ Stranamente, i vari comportamenti antisociali, non efficienti e non produttivi che possono essere tenuti dai «proprietari» raramente vengono stigmatizzati allo stesso modo.

⁴ Guastini 1994: 168, 173-174.

⁵ Bobbio 1996: 461.

⁶ Jiménez Campo 1999: 24.

⁷ Dettagliate ricostruzioni del dibattito sui diritti sociali nella cultura giuridica italiana si possono leggere in Bongiovanni 2001; Pezzini 2001: 19-42.

il problema della definizione della categoria dei diritti sociali (§ 1); e il problema dei rapporti tra diritti sociali e altri diritti, in particolare i diritti di libertà, dal punto di vista della rispettiva struttura (in senso ampio) (§ 2), e della reciproca compatibilità (§ 3). Ritengo che una analisi più chiara possibile di questi aspetti, effettuata su un piano di teoria generale del diritto e in particolare utilizzando gli strumenti provenienti dalla elaborazione teorica contemporanea in materia di diritti soggettivi, sia non solo utile in sé, ma possa rappresentare anche un buon punto di partenza per chi, come me, intende difendere i diritti sociali su un piano più sostanziale; ma quest'ultimo profilo, come ho detto, qui resterà decisamente sullo sfondo.

1. Per una definizione dei diritti sociali

Un primo luogo comune a proposito dei diritti sociali riguarda il carattere eterogeneo e confuso che contraddistinguerebbe la categoria «diritti sociali». Questo, a dire il vero, è un luogo comune quasi in senso letterale, in quanto è sostenuto non solo dai critici ma anche dagli apologeti nonché dagli osservatori più spassionati della materia dei diritti sociali⁸.

In effetti, che l'uso di questa categoria instilli una netta sensazione non solo di eterogeneità ma talvolta anche di confusione deriva, mi sembra di poter dire, dallo stesso stile di definizione più ricorrente tra i giuristi a proposito dei diritti sociali. Molte trattazioni sui diritti sociali infatti semplicemente non dicono *cosa sono* i diritti sociali, ma direttamente producono elencazioni di *quali sono* i diritti considerati, o da considerarsi, diritti sociali⁹. Così, la categoria dei diritti sociali viene costruita in modo da includere cose tanto diverse quali il diritto alla salute, il diritto al lavoro, i diritti sindacali, il diritto di sciopero, il diritto alla giusta retribuzione, i diritti della famiglia, i diritti associati all'ambiente, e altre cose ancora. I termini della questione non cambiano granché nemmeno quando questi elenchi vengono integrati da qualche laconica qualificazione come «diritti a ricevere una prestazione pubblica» (prestazione che, peraltro, non sempre è poi rinvenibile in tutti i diritti che vengono inclusi in queste liste¹⁰). Un altro stile «ricognitivo» di definizione dei diritti sociali pure presente tra i giuristi consiste nel qualificare come diritti sociali tutti o alcuni dei diritti indicati in una certa parte della costituzione, ad es. il titolo relativo ai «Rapporti etico-sociali», o ai «Rapporti economici»¹¹. Inutile ricordare, poi, che l'elenco dei diritti sociali può cambiare da giurista a giurista, di modo che uno stesso diritto è da alcuni considerato un diritto sociale, da altri un diritto di libertà, e da altri un diritto di tipo ancora diverso¹².

Queste definizioni ricognitive o ostensive, assai diffuse, restituiscono effettivamente una categoria di diritti del tutto eterogenea, della quale non si capisce bene quali siano – e se ce ne siano – gli elementi unificanti ad esempio dal punto di vista strutturale, o dal punto di vista del fondamento assiologico. Probabilmente qui agisce in sottofondo un vago richiamo cronologico, del tutto analogo a quello che anima la favoletta delle varie «generazioni» dei diritti: i diritti sociali sono quei diritti che sono stati riconosciuti o rivendicati in un certo momento storico (diritti di seconda, o di terza, generazione, a seconda del modo di scandire le varie generazioni dei diritti),

⁸ Cfr. ad es. Mazziotti 1964: 802-803; Corso 1981: 783 (la nozione di diritti sociali è caratterizzata da «assoluta genericità e atecnicità»); Baldassarre 1989: 29 (i diritti sociali rappresentano «un arcipelago formato da entità di diversa natura e di diversa consistenza»); Paladin 1991: 658-659; Cheli 1995: 1775; Salazar 2000: 15-22 (secondo la quale non vi è alcuna caratteristica comune a tutti i diritti sociali); Pezzini 2001: 1; Giorgis 2006: 1903.

⁹ Per questo stile di definizione cfr. ad es. Caretti 2002: cap. 11; Diciotti 2004: 51; Diciotti 2006: 77; Colapietro, Ruotolo 2014: 93 ss.

¹⁰ Come quantomeno nel caso dei diritti sindacali e del diritto di sciopero.

¹¹ Corso 1981: 757 (secondo cui comunque non tutte le norme di queste parti della Costituzione fondano diritti sociali); Cheli 1995: 1780 ss.

¹² Per questa osservazione, e per i relativi riferimenti bibliografici, cfr. Principato 2002: 1176-1177; Diciotti 2004: 51; Perfetti 2013: 67.

e così – pur essendo del tutto eterogenei tra loro – tali diritti resterebbero accomunati da questa comune caratteristica genealogica¹³, e magari da una vaga e indefinita ispirazione «sociale».

Ora, è evidente che il fatto che *la categoria* dei diritti sociali sia costruita in maniera eterogenea e confusa non è necessariamente una ragione per screditare *i singoli diritti sociali*, o per rifiutarne l'attuazione. E tuttavia un simile modo di argomentare sembra talvolta aleggiare più o meno indirettamente in alcune trattazioni critiche sui diritti sociali (in soldoni: poiché ritengo insopportabile il peso che la spesa sanitaria scarica sulle casse pubbliche, allora critico la categoria generale dei diritti sociali in quanto concetto mal formato); ed è un argomento che, nella sua capziosità, non è privo di una sua forza retorica, ma che è palesemente insostenibile da un punto di vista logico, una sorta di fallacia di divisione. E d'altronde, ove si volesse proprio far leva sull'argomento dell'eterogeneità per respingere la categoria dei diritti sociali (o per rifiutare i singoli diritti sociali in quanto appartenenti ad una categoria mal costruita), non si vede come tale argomento non potrebbe poi essere diretto anche verso la categoria dei diritti di libertà (civili e politici), che è altrettanto eterogenea, al proprio interno, di quella dei diritti sociali¹⁴.

A prescindere da ciò, resta il fatto che la strategia definitoria che ho chiamato «ricognitiva» è abbastanza insoddisfacente, sia perché fa perdere una informazione importante (c'è qualcosa che accomuna i vari diritti sociali, oltre la mera etichetta, la loro collocazione topografica nel testo costituzionale, o un dato cronologico vago e approssimativo?), sia perché in quegli elenchi tratteggiati vengono fatti rientrare solitamente diritti che hanno *anche* profili di libertà (ad esempio il diritto di scegliere le cure, il lavoro o l'istruzione), e perfino diritti che, a dire il vero, sembrerebbero *interamente* diritti di libertà (ad esempio le libertà sindacali, la possibilità di istituire scuole private).

Circolano invero anche altri tipi di definizione dei diritti sociali, che guardano maggiormente alla dimensione contenutistica di questi diritti. Da questo punto di vista le caratteristiche definitorie a cui si fa più spesso ricorso sono la struttura del diritto, e la sua giustificazione sostanziale. Sulla struttura dei diritti sociali, e in particolare sul loro aspetto prestazionale, entrerò in maggior dettaglio nel prossimo paragrafo (§ 2), mentre per il momento vale la pena di spendere qualche parola sulla questione della giustificazione o fondamento sostanziale dei diritti sociali.

Da quest'ultimo punto di vista, i candidati naturali sono principalmente due: l'eguaglianza in senso sostanziale (art. 3, co. 2 cost.), e la solidarietà (art. 2 cost.). Questi sono in effetti i principi o valori fondanti dei diritti sociali che vengono più spesso richiamati in dottrina, ed è interessante notare che a tal fine questi due principi vengono di solito utilizzati in maniera disgiuntiva: i diritti sociali vengono associati *o* all'eguaglianza sostanziale, *o* alla solidarietà¹⁵. Resta invece da esplorare una possibilità ulteriore: che i diritti sociali trovino la loro giustificazione *congiuntamente* nel principio di solidarietà e nell'eguaglianza sostanziale. In questa prospettiva, che mi sembra più promettente, i diritti sociali sono diritti a ottenere determinate prestazioni (solidarietà), finalizzate ad evitare che una qualche circostanza materiale o esistenziale (salute, disabilità, indigenza, disoccupazione, disparità di rapporti di forza economici e sociali, ecc.) impedisca il pieno sviluppo della persona umana e la sua partecipazione alla vita sociale su un

¹³ Più esplicitamente Barberis 2008: 203, secondo il quale la differenza tra diritti sociali e diritti di libertà sarebbe essenzialmente storica, cronologica; nello stesso senso, Luciani 2016: 7.

¹⁴ Salazar 2000: 14-15.

¹⁵ Indicano l'eguaglianza (in senso sostanziale) come fondamento dei diritti sociali: Mazziotti 1964; Biscaretti di Ruffia 1973: 1092; Corso 1981: 759-781; Corso 1996: 66-67; Baldassarre 1989: 6; Azzariti 1995; Luciani 1994; Luciani 2011: 153; Luciani 2016: 6; Cheli 1995: 1774; Bobbio 1996: 465; Cavallaro 2000: 27; Pinelli 2009: 257; in senso critico, Salazar 2000: 19-22; Diciotti 2004: 76 (che sostiene che alcuni diritti sociali non rimandano all'eguaglianza sostanziale). Indicano la solidarietà come fondamento dei diritti sociali: Pergolesi 1953: 12; Cicala 1967: 16; più di recente il collegamento tra alcuni specifici diritti sociali e il principio di solidarietà è segnalato da Morelli 2013; e si veda adesso la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in cui la maggior parte di quelli che sono tradizionalmente considerati diritti sociali sono proclamati sotto il Capo IV, «Solidarietà».

piede di effettiva libertà ed eguaglianza rispetto agli altri cittadini (eguaglianza sostanziale)¹⁶. Questo è coerente, peraltro, con l'idea alquanto diffusa che i diritti sociali siano funzionali ad assicurare la libertà *attraverso* lo Stato, o che i diritti sociali sono funzionali alla socializzazione, all'integrazione dell'individuo nella società¹⁷. E questa definizione ha anche delle importanti implicazioni, che vedremo meglio più avanti (§ 3), circa il problema della compatibilità tra diritti sociali e diritti di libertà.

Ovviamente, quella appena indicata è la giustificazione assiologica unificante *della categoria generale* dei diritti sociali. Tale giustificazione unitaria dovrà poi essere di volta in volta integrata dal riferimento all'interesse (o agli interessi) sottostanti ai singoli, specifici diritti sociali: così, palesemente, il diritto alla salute è un diritto che protegge in via diretta l'interesse all'integrità psico-fisica, e proteggerlo nelle forme del diritto sociale vuol dire che il titolare avrà il diritto a ricevere prestazioni finalizzate a tutelare quell'interesse anche se egli si trova in una situazione di fatto che gli preclude di procurarsele autonomamente. E così via.

In base a questa definizione, dunque, i diritti sociali sono sempre caratterizzati da un aspetto prestazionale, e da una aspirazione egualitaria nel senso della neutralizzazione di particolari diseguaglianze¹⁸. Di conseguenza, in base a questa definizione saranno considerati diritti sociali, ad esempio, il diritto all'istruzione, alla salute, al lavoro (intesi questi come diritti a ricevere prestazioni pubbliche che eliminino possibili situazioni di diseguaglianza materiale in questi settori), i diritti relativi alla previdenza e all'assistenza, il diritto al gratuito patrocinio per i non abbienti, il diritto all'abitazione (inteso come diritto a che i pubblici poteri si adoperino a far conseguire idonei alloggi a chi ne ha bisogno, sia predisponendoli direttamente, sia imponendo particolari obblighi sui privati¹⁹), il «diritto a conseguire le prestazioni imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno – in particolare alimentare»²⁰. Mentre non potranno essere considerati diritti sociali, ad esempio, il diritto ad un ambiente salubre, i diritti sindacali, il diritto di sciopero (salvo che in talune loro esplicitazioni non siano presenti l'aspetto prestazionale e quello egualitario)²¹.

Un'ultima osservazione. In base alla definizione qui proposta, ciò che conta ai fini della qualificazione di un diritto come diritto sociale è il tipo di interesse tutelato e il modo di tutelarlo, ma non anche la natura del soggetto obbligato. Il soggetto obbligato a fornire la prestazione correlativa ad un diritto sociale può infatti essere indifferentemente un soggetto pubblico, come è nella maggioranza dei casi, oppure un soggetto privato²²: si pensi, come esempi di questa seconda possibilità, alle misure che un datore di lavoro deve adottare per garantire la salute e sicurezza dei lavoratori; oppure all'obbligo sempre del datore di lavoro di corrispondere una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato, o una retribuzione pari per i lavoratori di entrambi i sessi.

¹⁶ Una definizione analoga mi pare offerta da Benvenuti 2012: 224. Fugaci cenni all'intersezione che, nei diritti sociali, si realizza tra eguaglianza in senso sostanziale e solidarietà si possono trovare in Biscaretti di Ruffia 1968b: 761; Luciani 1994: 573; Morana 2013: 1 e 3; Colapietro, Ruotolo 2014: 94.

¹⁷ V. ad es. Corte costituzionale n. 215/1987; e v. in generale la letteratura citata *infra*, nt. 54.

¹⁸ Insistere sull'aspetto prestazionale non è ridondante, poiché nelle più diffuse liste di diritti sociali vengono spesso inclusi sia diritti a prestazione, sia diritti che non includono l'aspetto prestazionale (diritti sociali «di libertà» o «di partecipazione»); per simili distinzioni, cfr. Baldassarre 1989: 28-32; Modugno 1995: 69-70; Giorgis 2006: 1905.

¹⁹ Si veda il caso del diritto all'abitazione del convivente *more uxorio*: Corte costituzionale n. 404/1988.

²⁰ Corte costituzionale n. 10/2010.

²¹ Cfr. in senso analogo Mazziotti 1964: 804 (sui diritti sindacali, il diritto di emigrare e il diritto di sciopero); Barberis 2008: 202 (sui diritti sindacali).

²² Anche quello che vede i diritti sociali come diritti rivolti esclusivamente contro lo Stato o il legislatore è dunque un luogo comune che merita di essere ridimensionato (e che è in vario modo funzionale, come vedremo nel prossimo paragrafo, a puntellare la tesi dell'inesigibilità dei diritti sociali): così ad es. Biscaretti di Ruffia 1968b: 759; Balboni 1984: 743; Corso 1996: 61; Corso 2014: 276, 280; Ferrajoli 2007b: 398. Nel senso indicato nel testo v. invece Mazziotti 1964: 804; Cheli 1995: 1787-1788; Lombardi 1999: 16; Azzariti 1995; Luciani 1994: 567-568; Diciotti 2004: 71.

2. La presunta dicotomia tra diritti sociali e diritti di libertà

Una volta delimitata la categoria dei diritti sociali (lungo le linee proposte nel par. precedente), occorre esaminare la questione della struttura (in senso ampio) di questi diritti: si tratta di diritti radicalmente, ontologicamente diversi rispetto ai diritti di libertà (civili e politici)? Tra queste categorie di diritti corre una distinzione dicotomica?

La domanda, per come viene di solito posta, non è innocente – o comunque non è priva di significative implicazioni pratiche²³. Infatti, chi evidenzia la diversità strutturale tra diritti di libertà e diritti sociali di solito intende sostenere, o tacitamente veicolare l'idea, che solo i diritti che possiedono certe caratteristiche (caratteristiche che paradigmaticamente si ritrovano nei diritti di libertà) sono veri diritti, mentre gli altri diritti andranno relegati in una sorta di limbo pregiuridico, popolato da aspettative di tipo politico e morale e da norme puramente programmatiche. Di contro, chi evidenzia gli elementi di continuità tra diritti di libertà e diritti sociali, come peraltro si cercherà di fare qui, di solito intende sostenere, o veicolare l'idea, che diritti di libertà e diritti sociali sono diritti (e se del caso, diritti fondamentali) a pari titolo.

Prima di esaminare tutto ciò, è necessaria una premessa metodologica. Poiché intendo discutere la questione se diritti di libertà e diritti sociali abbiano caratteristiche in comune e, al fondo, se siano o meno diritti a pari titolo, è necessario esplicitare la nozione di diritto soggettivo che intendo utilizzare: è evidente infatti che utilizzando concettologie differenti si potrebbe arrivare a differenti conclusioni sulla questione di cui ci stiamo occupando. Detto in estrema sintesi, mi avvarrò qui di un apparato concettuale sui diritti soggettivi che si fonda essenzialmente sull'analisi di Hohfeld, coniugato ad una concezione dei diritti come interessi protetti²⁴. In base a questo modello, un diritto è una posizione soggettiva elementare che può consistere in una pretesa, una libertà, un potere, o una immunità, attribuita ad un soggetto per proteggere un suo interesse. Più spesso, però, un diritto si presenta come *un insieme* di posizioni soggettive elementari: in tal caso (che, ripeto, è il caso più frequente), le varie posizioni soggettive che compongono il diritto si dispongono in uno schema complesso, molecolare, e potenzialmente variabile in base alle circostanze rilevanti²⁵, che comprende un nucleo centrale e un perimetro protettivo. Il nucleo centrale del diritto è la posizione soggettiva, o l'insieme delle posizioni soggettive, che rappresentano il modo più diretto e immediato di *assicurare* al titolare l'esercizio o il godimento dell'interesse sottostante. Il perimetro protettivo è un insieme di posizioni soggettive finalizzato a *proteggere* l'esercizio dell'interesse sottostante o comunque strumentali al suo godimento. Così, ad esempio, se ipotizziamo che l'interesse sottostante alla libertà di manifestazione del pensiero sia la possibilità di esprimersi autonomamente, allora il nucleo del diritto sarà una o più libertà (di manifestare o di non manifestare il proprio pensiero), e il perimetro protettivo sarà costituito dall'immunità da censure governative, dalla pretesa di non subire interferenze con i propri atti di manifestazione del pensiero, dalla possibilità di accedere ai mezzi di comunicazione di massa (ad es. con strumenti contrattuali, o anche grazie ad obblighi legali in capo a terzi), dal potere di agire in giudizio contro interferenze ecc. Dunque, ogni diritto minimamente complesso è in effetti un macro-diritto, una composizione molecolare di cui entrano a far parte molteplici posizioni soggettive. Infine, poiché come abbiamo visto anche le posizioni soggettive che operano nel

²³ Come nota Bin 2000: 15, quando si introducono classificazioni nel discorso sui diritti, l'obiettivo consapevole o meno è spesso di accreditare gerarchie e precedenze tra i diritti stessi. E non è un caso, dunque, se specialmente nella discussione sui diritti sociali si assiste a tutto un fiorire di opposizioni dicotomiche: cfr. Politi 2006: 1019.

²⁴ Hohfeld 1913; Hohfeld 1917. Per alcune presentazioni introduttive del modello hohfeldiano e della *interest theory*, v. Celano 2013: cap. I; Pino 2010: cap. IV; Pino 2013. Enrico Diciotti ha analizzato la questione della dicotomia diritti di libertà/diritti sociali utilizzando un diverso apparato concettuale, ma pervenendo a risultati del tutto analoghi a quelli che saranno indicati nel testo (Diciotti 2004; Diciotti 2006: cap. II); in realtà, si può sensatamente ipotizzare che i concetti impiegati da Diciotti siano tutti agevolmente traducibili in termini hohfeldiani.

²⁵ Per alcune felici esemplificazioni in proposito, cfr. Bin 2000: 17-19.

perimetro protettivo possono essere definite «diritti», e comunque possono a loro volta avere una struttura complessa e molecolare, allora è possibile affermare che un certo diritto generi frequentemente ulteriori diritti, o sia strettamente intrecciato ad essi (paradigmatico in tal senso il diritto di agire in giudizio, che è a sua volta un aggregato molecolare di posizioni soggettive hohfeldiane).

Da ciò seguono alcune conseguenze interessanti per il discorso sui diritti in generale. Una prima conseguenza è che gli obblighi corrispondenti ad un diritto possono anche essere indeterminati (al limite, può anche essere indeterminato il soggetto obbligato), e potranno essere specificati di volta in volta in base alle circostanze rilevanti per assicurare l'interesse protetto dal diritto²⁶. Una seconda conseguenza è che la possibilità di agire in giudizio per la tutela del diritto fa parte non del nucleo centrale del diritto, ma del perimetro protettivo²⁷; ciò vuol dire che un diritto non, o non ancora, tutelabile in giudizio non diventa per questo un diritto inesistente, un non-diritto, ma casomai un diritto poco protetto; la mancata «azionabilità» o «giustiziabilità» mette in luce non l'inesistenza del diritto in sé, ma una lacuna nel suo perimetro protettivo.

Ebbene, questa impostazione, se la si ritiene convincente, ha immediate ripercussioni sulla presunta dicotomia tra diritti sociali e diritti di libertà. Per rendersene conto, occorre considerare che i sostenitori della tesi della dicotomia strutturale tra diritti di libertà e diritti sociali affermano che tra le due categorie si darebbero uno o più (a volte: tutti) dei seguenti tratti distintivi: 1) i diritti di libertà sono diritti universali, i diritti sociali sono diritti particolari²⁸; 2) i diritti di libertà sono diritti negativi (il loro correlativo, in capo a terzi e allo Stato, è un obbligo di astensione), i diritti sociali sono diritti positivi (il loro correlativo è un obbligo di prestazione); pertanto i primi non costano nulla mentre i secondi sono costosi, e dipendono dalle risorse disponibili²⁹; 3) i diritti di libertà hanno un contenuto ben definito, i diritti sociali hanno un contenuto indeterminato (sono attribuiti da norme programmatiche), e pertanto i primi sono immediatamente esigibili mentre i secondi no (e così il loro concreto contenuto dipenderà da scelte politiche e, nuovamente, dalle risorse disponibili)³⁰; 4) i diritti di libertà sono tutelabili in giudizio, mentre i diritti sociali no³¹.

Come dicevo in apertura di questo paragrafo, le classificazioni nei discorsi sui diritti non sono quasi mai innocenti. E infatti, dalla rilevazione di questi asseriti elementi distintivi tra diritti di libertà e diritti sociali si intende ricavare, di solito, la conclusione che solo i diritti di libertà sono i *veri* diritti, mentre i diritti sociali sono diritti spuri, di carta: perché non è chiaro chi sia e cosa sia obbligato a fare il soggetto passivo di questi ultimi, perché non si tratta di diritti giustiziabili, e comunque perché i diritti sociali, in quanto non universali e costosi, debbono essere considerati automaticamente come recessivi rispetto ai diritti di libertà³². Inoltre, i diritti di libertà meriterebbero una collocazione prioritaria nella gerarchia dei diritti anche perché le loro caratteristiche conferirebbero loro un'aura di «naturalità»: secondo questo modo di vedere, infatti, l'esercizio dei diritti di libertà non richiede assistenza da parte dello Stato proprio perché riguarda

²⁶ MacCormick 1977: 201; Waldron 2003: 43: «analytically there is nothing awry in the assertion of a right in advance of specifying who are the bearers of the correlative duty».

²⁷ Tranne, ovviamente, per il solo caso dello stesso diritto di agire in giudizio: che è in effetti un meta-diritto.

²⁸ Biscaretti di Ruffia 1968b: 761; Corso 1981: 759-762; Corso 1996: 62; Corso 2014: 278; Bobbio 1989: 70-73; Cavallaro 2000: 28; G. Peces-Barba Martínez 2000: 47-49.

²⁹ Calamandrei 1945a: 107 («se la soddisfazione dei primi *non costa nulla allo stato*, lo stesso non si può dire per i secondi, la soddisfazione dei quali è per lo stato, prima che una questione politica, *una questione finanziaria*», corsivi nel testo); Calamandrei 1945b: 146; Cranston 1967: 50; Biscaretti di Ruffia 1968a: 728; Böckenförde 1991: 196-198; Corso 1996: 60-61; Corso 2014: 277; Bobbio 1989: 73; Bobbio 1996: 465; Pace 1983: 149; Zolo 1994: 30; Fois 1999: 187-188; Cavallaro 2000: 28.

³⁰ Calamandrei 1945b; von Hayek 1989: 307-310; Giannini 1977: 160; Böckenförde 1991: 196-198; Corso 1981: 763, 765; Zolo 1994: 30-31; Bobbio 1996: 461; Pace 1983: 149; Cross 2001: 901-902.

³¹ Calamandrei 1945b; Biscaretti di Ruffia 1968b: 760; Giannini 1977: 160; Böckenförde 1991: 196-198; Zolo 1994: 32-33; Guastini 1994: 168, 173-174.

³² Su quest'ultimo punto una eccezione è rappresentata da Norberto Bobbio, che non è affatto contrario da un punto di vista ideologico al riconoscimento, e soprattutto all'attuazione, dei diritti sociali, e comunque non li ritiene meno importanti dei diritti di libertà: Bobbio 199: 465-466.

comportamenti e stati di cose che esistono in natura (le «libertà naturali») e che comunque derivano dall'ordine anch'esso spontaneo e naturale del mercato, mentre i diritti sociali sono interamente creati dallo Stato, richiedono alquanto pesanti – e altrettanto artificiali – apparati burocratici, e determinano politiche redistributive in quanto tali contrarie agli «spontanei» meccanismi del mercato³³.

Ma le cose stanno davvero così? Davvero le caratteristiche sopra elencate dimostrano che vi è una distinzione netta tra diritti di libertà e diritti sociali? Vediamo.

2.1. I titolari dei diritti

La contrapposizione tra universalità dei diritti di libertà e particolarità dei diritti sociali è agevolmente contestabile: bene che vada può dipendere da un assetto contingente di diritto positivo, non da una genuina differenza categoriale.

Infatti, per un verso sono facilmente immaginabili diritti sociali attribuiti a tutti, sia nel senso che chiunque può trovarsi nella condizione di avere titolo alla prestazione oggetto del diritto (cure mediche), sia nel senso che è perfettamente immaginabile un sistema in cui certe prestazioni sociali siano attribuite automaticamente a tutti (ad esempio un reddito minimo universale). E per altro verso, non è vero che i diritti di libertà spettino sempre a tutti: normalmente i minorenni non sono pienamente titolari delle libertà economiche, e non sono titolari del diritto di voto (e nemmeno lo sono gli immigrati, che però sono titolari di molti diritti sociali), come non lo sono certe categorie di detenuti (in Italia: i detenuti per condanne superiori ai cinque anni); così come, sempre rispetto ai detenuti, non si può dire che vi sia una piena titolarità della libertà di circolazione, della libertà di manifestazione del pensiero, e della segretezza della corrispondenza (e si noti di contro che ai detenuti viene spesso assicurato, compatibilmente con il loro status, il diritto all'istruzione e perfino il diritto al lavoro e – si spera – il diritto alla salute).

Talvolta, poi, la natura «particolare» dei diritti sociali viene riferita non, o non solo, alla platea dei titolari, ma al fatto che la prestazione oggetto del diritto sociale è necessariamente individualizzata: ad esempio, la richiesta di ricevere una specifica cura in ragione di una specifica malattia³⁴. Anche questo presunto tratto distintivo è, però, più apparente che reale: infatti, se proprio si vuol dire che il diritto alla salute, ad esempio, si atteggia in maniera diversa a seconda della specifica situazione soggettiva del beneficiario della prestazione che è oggetto del diritto, non si vede come non si possa poi dire lo stesso per molti diritti di libertà: così, la libertà di circolazione si atteggia diversamente per chi possiede rispettivamente una automobile, una bicicletta, un jet privato, per chi non possieda nessuna di queste cose, e per un disabile in sedia a rotelle; la libertà di manifestazione del pensiero si atteggia diversamente per un giornalista, un regista cinematografico, un poeta, un professore universitario, un funzionario vincolato al segreto di ufficio; la libertà di iniziativa economica si atteggia diversamente per l'azienda multinazionale, per l'artigiano, per l'imprenditore che opera in un settore altamente regolamentato, per il nullatenente, ecc. Il fatto è che sia i diritti di libertà sia i diritti sociali sono attribuiti da norme molto generiche, suscettibili di essere specificate in molti modi diversi³⁵; e dunque il modo di esercizio del diritto non può costituire una caratteristica differenziale tra i due tipi di diritti.

2.2. Diritti positivi e libertà negative (il costo dei diritti)

³³ Indizi di questo modo di pensare emergono ad es. in Biscaretti di Ruffia 1968a:728; Böckenförde 1991: 192, 195; von Hayek 1989: 307-310. L'ingenuità di questa idea è mostrata da Bobbio 1989: 78-79; Diciotti 2006: 117-119; Barberis 2008: 203-204; Sunstein 2005: 93-94.

³⁴ Bobbio 1989: 72.

³⁵ Pino 2010: capp. III, IV.

La distinzione tra diritti di libertà in quanto diritti negativi e diritti sociali in quanto diritti positivi è una delle più radicate, e peraltro ha più di un nocciolo di verità: come si ricorderà, anche in questo lavoro i diritti sociali sono stati definiti come diritti a prestazione (*supra*, § 1). Tuttavia, qui bisogna fare attenzione a non restare prigionieri di un'illusione ottica. Infatti, se – come si è detto sopra – tutti i diritti sono in realtà macro-diritti, situazioni molecolari, allora è abbastanza improbabile che un certo diritto sia *solo* positivo o *solo* negativo. Piuttosto ogni diritto, sia esso sociale o di libertà, conterrà sia posizioni positive sia posizioni negative; ad esempio, il nucleo centrale dei diritti sociali sarà certamente, come abbiamo visto, un diritto positivo, mentre il nucleo centrale di un diritto di libertà sarà a seconda dei casi una libertà o una pretesa di non interferenza; ma attorno a ciascuno di questi nuclei centrali si disporranno poi numerose ulteriori posizioni agevolatrici e difensive nei confronti dell'interesse sottostante (il nucleo protettivo), tali che un diritto sociale potrà ben contenere aspetti di non interferenza, e un diritto di libertà aspetti prestazionali³⁶. E pertanto, poiché tutte queste prestazioni richiedono inevitabilmente la mobilitazione di risorse pubbliche, *tutti* i diritti sono costosi³⁷.

Questo è particolarmente evidente, in primo luogo, se si guarda al momento della tutela giurisdizionale. *Tutti* i diritti richiedono apparati pubblici per la loro protezione. Non vogliamo solo che i nostri diritti vengano solennemente proclamati in una costituzione o in una legge: vogliamo che siano protetti; e pertanto anche i diritti di libertà richiedono un apparato pubblico e costoso finalizzato alla loro tutela giurisdizionale (le garanzie secondarie)³⁸.

E la risposta non cambia neppure se la contrapposizione tra diritti sociali e diritti di libertà viene riformulata nel senso che per i diritti di libertà è costosa solo la (peraltro eventuale) tutela giurisdizionale, mentre per i diritti sociali è costoso lo stesso esercizio³⁹. Infatti, è noto che l'esercizio di almeno alcuni diritti di libertà, o di prima generazione, richiede molto più che la semplice astensione da parte dello Stato: si pensi al caso del diritto di voto, o del diritto di difesa in giudizio. Ma ragionando su un piano più generale, i costi dei diritti di libertà emergono già molto prima dell'eventuale momento in cui si attiva effettivamente la tutela giurisdizionale. In primo luogo, infatti, in uno Stato di diritto l'esistenza di apparati giurisdizionali è normalmente un bene indivisibile (come l'ordine pubblico o la difesa dei confini), e dunque questi apparati di tutela dei diritti vengono approntati, con i relativi costi, ben prima che si verifichino specifiche occasioni di lesione dei diritti protetti. Lo stesso si può dire poi per la tutela dei diritti non solo nel contesto delle strutture specificamente giurisdizionali, ma anche in quelle di polizia e di ordine pubblico; e oltre ai servizi specifici che le forze di polizia forniscono ai titolari di diritti ove tali diritti siano lesi, c'è anche l'effetto dissuasivo e preventivo che la presenza stessa di un efficace apparato di polizia dispiega contro le lesioni dei diritti (basti pensare al rapporto, che ragionevolmente è direttamente proporzionale, tra la presenza di controlli stradali e la sicurezza della circolazione stradale). Infine, interventi pubblici a ben vedere sono necessari non solo per quanto riguarda la tutela dei diritti di libertà, ma anche per il loro stesso *godimento*: basti pensare alle opere di urbanizzazione e alle infrastrutture fisiche e giuridiche che sono necessarie al godimento del diritto di proprietà, della libertà di circolazione, e di molti diritti attinenti al mercato⁴⁰.

Dunque, tutti i diritti costano. Certo, è vero che per i diritti sociali i costi sono più evidenti, più visibili, mentre per i diritti di libertà i costi sono in qualche modo sommersi (anche se non

³⁶ Cfr. Bin 1992: 103 ss.; Bin 2000: 20; Luciani 1994: 565. E per questa ragione è stato correttamente sostenuto che tra diritti di libertà e diritti sociali si dà una differenza solo graduale, e non dicotomica: Diciotti 2004: 70; Sunstein 2005: 95.

³⁷ Per l'idea che tutti i diritti, inclusi quelli di libertà, siano costosi in termini di risorse pubbliche, v. Mazziotti 1964: 806; Rodotà 1994: 304; Luciani 1994: 565; Luciani 2016: 7-8; Sunstein 2005: 95.

³⁸ Per l'osservazione che anche i diritti di libertà costano, in vista della loro tutela in sede giurisdizionale, v. Mazziotti 1964: 806; Waldron 1993: 24-25; Holmes, Sunstein 2000; Celano 2013: 81-83; Morana 2013: 3.

³⁹ Corso 1996.

⁴⁰ Per l'osservazione che non solo la *tutela* ma anche il *godimento* e l'esercizio dei diritti di libertà necessita di (costosi) interventi pubblici, Rodotà 1994: 305; Luciani 1994: 565; Bin 2000: 20-22; Onida 2004: 60-61; Diciotti 2006: cap. II; Politi 2006: 1022.

sempre è così)⁴¹. A dire il vero, si potrebbe immaginare che per i diritti di libertà e i diritti sociali costi visibili e costi non visibili siano semplicemente distribuiti in maniera diversa. Infatti, per la soddisfazione dei diritti di libertà vi è un beneficio visibile (per chi esercita quei diritti), beneficio per assicurare il quale sono stati e sono tuttora sostenuti costi non visibili; di contro, per la soddisfazione dei diritti sociali vengono approntati costi visibili, che producono sia benefici immediati per i titolari di quei diritti (la salute, l'istruzione, ecc.), sia benefici futuri (al momento non percepibili); così, un sistema che non assicura *oggi* la tutela della salute, l'istruzione, l'accesso al lavoro ecc., si ritroverà con tutta probabilità *domani* a fare i conti con scarsa crescita economica, tensioni sociali, criminalità diffusa ecc., cioè con una situazione che – a tacer d'altro – scaricherà i suoi costi sui diritti di proprietà, sull'efficienza del mercato e possibilmente sugli apparati pubblici⁴².

Infine, l'affermazione che i diritti di libertà non costano mentre i diritti sociali costano implica che si debba adottare la prospettiva del mercato e della proprietà privata come una sorta di posizione di default: come un punto di vista privilegiato e, nuovamente, quasi naturale. Ma non è detto che questa debba essere per forza l'unica prospettiva da cui guardare al problema dei costi. In generale, anche la violazione o l'inattuazione di un diritto è un costo, quantomeno dal punto di vista del titolare del diritto (ma, come ho già detto, lo è anche dal punto di vista della società nel suo complesso: si pensi al caso dell'analfabetismo). Ed è vero che dal punto di vista del proprietario il prelievo fiscale (funzionale ad approntare le risorse per assicurare *anche* i diritti sociali) è un costo; ma è anche vero che, dal punto di vista del malato indigente è l'assenza di ospedali pubblici a rappresentare un costo – un costo che ricade su di lui e non sui proprietari. E lo stesso discorso si potrebbe fare agevolmente per altri diritti sociali, come il diritto al lavoro o il diritto all'istruzione⁴³.

2.3. La programmaticità dei diritti sociali

La terza presunta caratteristica differenziale tra diritti di libertà e diritti sociali consiste nel fatto che i primi hanno ad oggetto una condotta del titolare, e quindi sono agevolmente esercitabili (al limite, alcuni di questi diritti vengono «esercitati», o meglio goduti, semplicemente essendone titolari: la privacy); di contro, i secondi non sono immediatamente esercitabili e nemmeno esigibili, in quanto hanno un contenuto talmente indeterminato che la possibilità di esercitarli dipende interamente dal modo in cui lo stesso soggetto obbligato (i pubblici poteri) deciderà di conformare il contenuto dell'obbligo, e dunque il diritto stesso; e poiché questo intervento conformativo ha spesso la forma della legge, i diritti sociali esistono solo nella misura e nel modo in cui sia intervenuta l'*interpositio legislatoris*.

Ora, a parte la considerazione che la dottrina costituzionalistica e la giurisprudenza costituzionale distinguono tra diritti sociali «condizionati» e «non condizionati» (i primi dipendenti da una prestazione pubblica e dunque subordinati all'esistenza di una apposita regolamentazione e di decisioni amministrative, i secondi rivolti verso privati e immediatamente esigibili al pari di qualunque ordinario diritto di credito)⁴⁴, a parte questo per contestare la fondatezza di questa tesi è sufficiente fare le seguenti, brevi osservazioni.

In primo luogo, abbiamo già visto (*supra*, § 2) che ai fini dell'esistenza di un diritto non è necessario che tutti gli obblighi corrispondenti siano precisamente determinati. Un diritto può

⁴¹ Peraltro, come si ricorderà (*supra*, § 1), è del tutto possibile che la prestazione che è oggetto di un diritto sociale non sia a carico di soggetti pubblici, ma di soggetti privati (ad esempio, il diritto ad una retribuzione sufficiente e proporzionata): questi diritti sociali dunque non pesano sui bilanci pubblici con costi visibili ma solo con costi «sommersi», al pari dei diritti di libertà.

⁴² Per un più ampio argomento in tal senso, v. Ferrajoli 2007b: 67-71, 397.

⁴³ Diciotti 2006: 110-111.

⁴⁴ Baldassarre 1989: 28 ss.; Modugno 1995: 70-72; Colapietro, Ruotolo 2014: 97-98.

esistere anche se la sua disciplina è lacunosa, ed è questione contingente (di diritto positivo e di conformazione della cultura giuridica di riferimento) quali lacune possano essere colmate solo dal legislatore, e quali invece possano essere eliminate in altri modi – ad esempio in via giudiziaria (su questo v. *infra*, § 2.4).

In secondo luogo, tutti i diritti (e dunque anche i diritti di libertà) risentono della conformazione che ne viene data dal legislatore e dai pubblici poteri: si pensi a come la libertà di circolazione viene conformata dal codice della strada, a come la libertà di iniziativa economica viene conformata dal codice civile e dal diritto antitrust, a come il diritto di proprietà viene conformato dal codice civile, dalla legislazione urbanistica e dal diritto tributario. Quindi, che la concreta consistenza del diritto all'istruzione o del diritto alla salute dipendano da scelte legislative⁴⁵ non sembra una scoperta molto sconvolgente, né vale a differenziare questi diritti dai diritti di libertà. A meno di non voler pensare, nuovamente, che certi diritti (guarda caso, l'iniziativa economica e la proprietà) siano «naturali», e dunque che l'intervento legislativo si limiti a «regolarli», mentre altri diritti (i diritti sociali) siano artificiali, e che dunque l'intervento legislativo li crei.

2.4. La (non) giustiziabilità dei diritti sociali

La questione dell'asserita non giustiziabilità dei diritti sociali ha veramente assunto la consistenza del luogo comune un po' stantio, e non a caso è ripetuto sempre più raramente dai sostenitori della dicotomia tra diritti sociali e diritti di libertà⁴⁶. (Paradossalmente, peraltro, ove si accedesse alla tesi che i diritti sociali siano privi di tutela giurisdizionale si dovrebbe concludere che almeno da questo punto di vista i diritti sociali costino meno dei diritti di libertà, in quanto non pesano sui costi complessivi dell'amministrazione della giustizia.)

Due veloci osservazioni possono comunque essere utili a questo riguardo. In primo luogo, da un punto di vista di teoria dei diritti, la questione della giustiziabilità non può essere considerata come decisiva dell'*esistenza* di un diritto soggettivo⁴⁷: infatti, se raffiguriamo i diritti come complessi e variabili raggruppamenti di posizioni soggettive (*supra*, § 2), la possibilità di ricorrere in giudizio (in termini hohfeldiani, un potere) è un elemento che attiene al perimetro protettivo del diritto: è una delle posizioni soggettive che sono funzionali alla protezione dell'interesse sottostante al diritto. Di conseguenza, tale potere può in ipotesi anche essere assente, o inizialmente assente, senza che questo determini il venir meno del diritto soggettivo in sé (ciò può incidere invece sull'effettività del diritto). È vero che una caratteristica frequente dei diritti è la possibilità di agire in giudizio per la loro tutela, ma questa è *una conseguenza* dell'inviolabilità dei diritti fondamentali⁴⁸, non un elemento della loro definizione.

In secondo luogo, l'esperienza sia italiana sia di altri ordinamenti ha mostrato che esistono vari modi in cui è possibile attivare forme di tutela giurisdizionale dei diritti sociali: oltre al caso dei diritti sociali «incondizionati», che sono immediatamente tutelabili in sede giurisdizionale, esiste una ricca tipologia di decisioni che tutelano in vari modi diritti sociali in sede di giustizia

⁴⁵ Peraltro, si tratta di scelte discrezionali del legislatore «nella determinazione del *quomodo* e del *quando*, ma [non] in ordine all'*an* e al *quid* della prestazione»: cfr. Ruotolo 2011: 393.

⁴⁶ Verosimilmente, la tesi della non giustiziabilità dei diritti sociali aveva maggiore presa nei primi anni (o decenni) di vigenza della costituzione repubblicana, in quanto allora il sistema del welfare era ancora in gran parte da costruire e in alcuni settori si doveva fare i conti con la totale assenza di intervento legislativo – situazione questa contro cui, come vedremo tra breve, è effettivamente difficile ottenere tutela in sede giurisdizionale.

⁴⁷ *Contra*, Zolo 1994: 33; Guastini 1994: 168.

⁴⁸ Cfr. Corte costituzionale n. 26/1999: «Al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale. Il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti esclude infatti che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possano essere fatte valere».

costituzionale (nell'esperienza italiana, specialmente le sentenze additive «di prestazione» e «di principio») ⁴⁹; ed è alquanto frequente anche il ricorso ai giudici comuni per la tutela di diritti sociali ⁵⁰.

Le questioni che attengono alla giustiziabilità dei diritti sociali in realtà non sono teoriche o concettuali, nel senso che nulla nel concetto di diritto sociale impedisce – o esclude in via assoluta – un intervento giudiziario a tutela dell'interesse protetto. Sono invece questioni politiche, da trattare sul piano del *dover essere* ⁵¹: a causa della pluralità di possibili modi per l'attuazione del diritto in questione, a causa del fatto che può essere necessario predisporre un'organizzazione amministrativa a tal fine (anche se non sempre, visto che in molti casi è già presente un'organizzazione amministrativa che si possa far carico della prestazione rilevante), e a causa dei costi che tutto ciò può richiedere, può essere controverso se la tutela dei diritti sociali debba passare dalle aule giudiziarie. Se questo è vero, allora alla questione della giustiziabilità non si può dare una risposta in astratto: dipenderà per un verso dalle opzioni politiche di fondo, relative ad esempio ai modi di articolare lo spazio della decisione democratica e la separazione dei poteri; e per altro verso dalla struttura dei singoli diritti in considerazione, la cui tutela potrebbe richiedere a seconda dei casi l'esercizio di maggiore o minore discrezionalità, o maggiori o minori costi.

2.5. In sintesi

Per concludere su questo punto. I diritti proteggono interessi delle persone. Quanto più un interesse è importante, tanto più complessa sarà la panoplia di strumenti che verranno predisposti per la sua tutela (garanzia secondaria), e ancora prima per renderne possibile l'esercizio e il godimento (garanzia primaria). Pertanto, *uno stesso interesse fondamentale* può essere protetto *contemporaneamente* nelle forme (essenzialmente negative) del diritto di libertà, attribuendo al titolare del diritto ambiti di libera scelta e pretese di astensione verso terzi, inclusi i pubblici poteri; e nelle forme (essenzialmente positive) del diritto sociale, attribuendo al titolare del diritto la possibilità di ricevere prestazioni positive finalizzate a soddisfare l'interesse sottostante.

Così, ad esempio, l'interesse alla salute – il diritto fondamentale alla salute – può dar luogo *contemporaneamente* a pretese di astensione (diritti di libertà) e a pretese di prestazione (diritti sociali) ⁵². E lo stesso può dirsi per altri interessi fondamentali, come l'interesse all'istruzione, che è protetto dal diritto di ricevere un'istruzione e dalla libertà di scelta della scuola; o l'interesse al lavoro, che è protetto dal diritto di ricevere assistenza nell'accedere ad un posto di lavoro, e dal diritto di non subire discriminazioni sul luogo di lavoro o licenziamenti illegittimi; o l'interesse alla manifestazione del pensiero, che è protetto dalla libertà di manifestazione del pensiero e dalla possibilità di accedere ai mezzi di comunicazione di massa (ad esempio tramite la rettifica, o tramite pubbliche provvidenze all'editoria); o l'interesse all'abitazione, che è protetto dal diritto sociale all'abitazione e dal diritto di libertà all'invio di libertà del domicilio.

Inoltre, *ciascuno* di questi diritti «intermedi» generati dal diritto fondamentale, ancorché rispettivamente qualificabili come diritti di libertà e diritti sociali, sarà *a sua volta* una figura

⁴⁹ Su questa giurisprudenza, che ha conosciuto fasi alterne anche in considerazione dello stato di salute dei conti pubblici, v. Colapietro 1996: capp. II e III; Salazar 2000: cap. IV; Rovagnati 2009: 69-83, 95-106. Si veda poi Giorgis 2006: 1908, per l'indicazione di alcune condizioni (tra cui, la natura pecuniaria della prestazione oggetto del diritto o il fatto che la prestazione rilevante sia già erogata ad altri soggetti, l'esistenza di una organizzazione amministrativa) che rendono di fatto agevolmente praticabile la tutela giurisdizionale dei diritti sociali.

⁵⁰ Come hanno mostrato ripetutamente le cronache italiane sul «caso Di Bella» e sul «caso Stamina».

⁵¹ Fermo restando che sul piano dell'*essere*, come abbiamo appena visto, la realtà si è già incaricata di rispondere affermativamente al quesito della giustiziabilità dei diritti sociali.

⁵² V. ad es. Corte costituzionale n. 445/1990 (il diritto alla salute si articola in posizioni soggettive diverse, a seconda che venga in considerazione il profilo della tutela dell'integrità fisio-psichica a fronte di condotte lesive di terzi, oppure il profilo del diritto a trattamenti sanitari); sulla varietà dei contenuti del diritto alla salute, v. Luciani 1991b: 4-5.

complessa, molecolare: ciascuno comprenderà aspetti prestazionali positivi (ricevere qualche tipo di servizio, incluse alcune forme di giustiziabilità), aspetti prestazionali negativi (non interferenza), e aspetti di libertà. E in tutti questi aspetti saranno variamente coinvolti i pubblici poteri, e tutti questi aspetti saranno potenzialmente costosi.

3. *La presunta incompatibilità tra diritti sociali e diritti di libertà*

Quanto detto fin qui può contribuire a gettare luce su quello che è certamente il problema di fondo del riconoscimento dei diritti sociali: e cioè non la *diversità* strutturale tra questi diritti e i veri diritti di libertà, ma la asserita *incompatibilità* tra questi tipi di diritti⁵³. Questa incompatibilità poi dà luogo ai sospetti che circondano la categoria dei diritti sociali, con i connessi tentativi di sospingerla in quello stato di minorità, o di quasi-giuridicità, di cui si è già detto in precedenza; e dà luogo alla decisa subordinazione dei diritti sociali ai diritti di libertà: i primi potranno essere assicurati, se proprio si deve, solo nella misura in cui ciò non comporti un'eccessiva compressione dei secondi.

Ora, a ben vedere questa tesi è abbastanza curiosa, a dire il vero quasi incomprensibile: infatti, se guardiamo agli interessi tipicamente protetti rispettivamente dai diritti sociali e dai diritti di libertà, non si capisce in che modo e dal punto di vista di chi i primi (la salute, l'istruzione, la sussistenza, l'occupazione, ecc.) potrebbero essere aprioristicamente considerati meno importanti dei secondi (la libertà di circolazione, la libertà di espressione, la libertà religiosa, la libertà di iniziativa economica). Ma per amore di argomento proviamo ad entrare nel merito.

Ebbene, l'incompatibilità tra diritti sociali e diritti di libertà si darebbe in vari modi che in questo saggio sono già emersi: poiché (solo) i diritti sociali sono diritti a prestazioni, essi rendono i destinatari degli obblighi corrispondenti «meno liberi»; poiché sono diritti costosi, limitano direttamente o indirettamente la libertà di iniziativa economica e i diritti di proprietà di terzi; e così via. Abbiamo visto però (§ 2) che la maggior parte degli argomenti basati sulla struttura dei diritti sociali non è in grado di giustificare la tesi della dicotomia: costi e prestazioni positive si trovano sia nei diritti sociali, sia nei diritti di libertà; e palesemente anche chi ha l'obbligo «negativo» di rispettare un diritto di libertà altrui è «meno libero» di quanto non sarebbe in assenza di quell'obbligo.

A ben vedere, la questione dell'incompatibilità tra diritti sociali e diritti di libertà deve essere esaminata su due piani differenti, quello del fondamento assiologico profondo e quello dei conflitti concreti.

Dal primo punto di vista, quello del fondamento assiologico profondo, tra diritti sociali e diritti di libertà si dà non conflitto ma anzi un rapporto di implicazione (una implicazione non strettamente logica, ovviamente, ma pragmatica). Infatti, se si accoglie una definizione del fondamento assiologico dei diritti sociali sulla falsariga di quella indicata in questo lavoro (*supra*, § 1), secondo cui la tutela dei diritti sociali è finalizzata alla socializzazione degli individui, alla loro attiva partecipazione alla vita politica e sociale, e comunque all'attribuzione agli individui di risorse quantomeno minime per le loro necessità vitali, allora diventa evidente che la protezione dei diritti sociali è il presupposto per il miglior godimento, o per il godimento *tout court*, degli stessi diritti di libertà (civili e politici, e anche delle libertà economiche in senso stretto), per poter esercitarli liberamente e su un piede di parità con tutti gli altri cittadini: in una parola, per quella che la costituzione italiana chiama la pari dignità sociale⁵⁴. Di conseguenza i diritti sociali, al pari

⁵³ Cfr. Schmitt 1984: 227; Bobbio 1964: 13; Bobbio 1968: 41 (si noti comunque che Bobbio non trae da questo dato le implicazioni di politica del diritto che sto per indicare nel testo: per Bobbio i valori ultimi sono, semplicemente, antinomici: 42); Corso 1996: 65-67.

⁵⁴ Argomenti di questo tipo si possono trovare in Calamandrei 1945b: 191-200 (con riferimento ai diritti politici); Mazziotti 1964: 803, 805; Baldassarre 1989: 10-11; Paladin 1991: 660; Luciani 1994; Cheli 1995: 1774; Bobbio 1996: 465; Politi 2006: 1023, 1039; Ferrajoli 2007b: 397-398; Ruotolo 2011: 401; Facchi 2013: 119-120.

di altri diritti fondamentali, proteggono sia in via diretta alcuni interessi particolarmente importanti (la salute, l'istruzione, l'abitazione, ecc.), sia in via indiretta la capacità di esercitare in maniera libera ed eguale altri diritti civili e politici⁵⁵.

Che diritti di libertà e diritti sociali siano pensati per integrarsi a vicenda è vero in astratto, per così dire, cioè a livello di architettura costituzionale e di scelte assiologiche di fondo. Altra cosa sarebbe affermare che tra diritti sociali e diritti di libertà non si diano mai concrete ipotesi di conflitto: ipotizzare un quadro irenico di questo sarebbe in verità del tutto fantascientifico. Conflitti in concreto possono darsi tra diritti di libertà e diritti sociali, così come tra diritti di libertà, e tra diritti sociali; e possono darsi tra due istanze di uno stesso diritto di libertà, o di uno stesso diritto sociale⁵⁶.

Che i diritti costituzionali – tutti i diritti costituzionali – confliggano o possano confliggere è semplicemente un dato ineludibile delle costituzioni pluraliste contemporanee⁵⁷. Le costituzioni pluraliste contemporanee hanno l'ambizione di tutelare valori diversi, tra i quali non vi è una aprioristica gerarchia (salvo che ciò non risulti chiaramente dalla costituzione stessa⁵⁸): la «ragionevole» composizione del conflitto andrà realizzata di volta in volta, in sede legislativa o giurisprudenziale, alla luce dell'importanza degli interessi coinvolti e delle concrete dinamiche sociali.

⁵⁵ Cfr. Shue 1980; Häberle 1993: 49. Questo carattere stratificato d'altronde è presente anche in altri diritti fondamentali – probabilmente in tutti: così, la libertà di manifestazione del pensiero è funzionale sia all'autonomia personale, sia alla democrazia; la tutela della riservatezza è funzionale sia alla tutela della dignità individuale sia all'autonomia e alla libertà di manifestazione del pensiero; e così via.

⁵⁶ Luciani 1994: 560.

⁵⁷ Celano 2013: capp. II, III, IV; Pino 2010: capp. VI e VII.

⁵⁸ Ad es., secondo Luciani 1991a: 377-379, la costituzione italiana considera le libertà di iniziativa economica come assiologicamente inferiori rispetto agli altri diritti fondamentali.

Riferimenti bibliografici

- Azzariti, G. (1995). *Ipotesi sui diritti sociali*, in *Ai confini dello Stato sociale*, Roma, Manifestolibri, 27 ss.
- Baccelli, L. (2012). *Diritti sociali e obblighi giuridici*, in M. Cossutta (ed.), *Diritti fondamentali e diritti sociali*, Trieste, EUT, 13-32.
- Balboni, E. (1984). *I servizi pubblici*, in G. Amato, A. Barbera (eds.), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 1994⁴.
- Baldassarre, A. (1989). *Diritti sociali*, «Enciclopedia giuridica», vol. XI.
- Barberis, M. (2008). *Europa del diritto*, Bologna, il Mulino.
- Benvenuti, M. (2012). *Diritti sociali*, «Digesto delle Discipline pubblicistiche», aggiornamento V, 219-289.
- Bin, R. (1992). *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè.
- Bin, R. (2000). *Diritti e fraintendimenti*, «Ragion pratica», 14, 15-25.
- Biscaretti di Ruffia, P. (1968a). *Diritti di libertà*, «Novissimo Digesto Italiano», V, 728-729.
- Biscaretti di Ruffia, P. (1968b). *Diritti sociali*, «Novissimo Digesto Italiano», V, 759-762.
- Biscaretti di Ruffia, P. (1973). *Uguaglianza (principio di)*, «Novissimo Digesto Italiano», XIX, 1088-1092.
- Bobbio, N. (1964). *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in Id., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, 5-16.
- Bobbio, N. (1968). *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*, in Id., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, 17-44.
- Bobbio, N. (1989). *Diritti dell'uomo e società*, in Id., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, 67-86.
- Bobbio, N. (1996). *Sui diritti sociali*, in Id., *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Torino, Einaudi, 1999, 458-466.
- Böckenförde, E.-W. (1991). *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, trad. it. *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, 189-207.
- Bongiovanni, G. (2001). *Diritti dallo «statuto» difficile. Aspetti del dibattito italiano sui diritti sociali nel secondo dopoguerra*, «Scienza & Politica», 13, 75-99.
- Calamandrei, P. (1945a). *Costituente e questione sociale*, in Id., *Costruire la democrazia. Premesse alla costituente*, Firenze, Vallecchi, 1995, 91-113.
- Calamandrei, P. (1945b). *L'avvenire dei diritti di libertà*, in Id., *Costruire la democrazia. Premesse alla costituente*, Firenze, Vallecchi, 1995, 115-164.
- Caretti, P. (2002). *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, Giappichelli.
- Casadei, T. (2012). *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze, Firenze University Press.
- Cavallaro, M.C. (2000). *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, «Ragion pratica», 14, 27-41.
- Celano, B. (2013). *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino.
- Cheli, E. (1995). *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni, t. III Teoria generale e miscellanea*, Milano, Giuffrè, 1773-1796.
- Cicala, G. (1967). *Diritti sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano*, Napoli, Jovene.
- Colapietro, C. (1996). *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, Cedam.
- Colapietro, C., Ruotolo, M. (2014). *Diritti e libertà*, Torino, Giappichelli.
- Corso, G. (1981). *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 755-784.
- Corso, G. (1996). *Diritti umani*, «Ragion pratica», 7, 59-67.
- Corso, G. (2014). *La protezione costituzionale dei diritti sociali*, in A. De Biase (ed.), *Convenzioni sui diritti umani e corti nazionali*, Roma, RomaTrE-Press, 275-286.
- Cranston, M. (1967). *Human Rights – Real and Supposed*, in D.D. Raphael (ed.), *Political Theory and the Rights of Man*, London, Macmillan, 43-53.
- Cross, F. (2001). *The Error of Positive Rights*, «UCLA Law Review», 48, 857-924.
- Diciotti, E. (2004). *Stato di diritto e diritti sociali*, «Diritto & Questioni Pubbliche», 4, 49-79.
- Diciotti, E. (2006). *Il mercato delle libertà. L'incompatibilità tra proprietà privata e diritti*, Bologna, il Mulino.
- Facchi, A. (2013). *Breve storia dei diritti umani. Dai diritti dell'uomo ai diritti delle donne*, Bologna, il Mulino.
- Ferrajoli, L. (2007a). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- Ferrajoli, L. (2007b). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 2. Teoria della democrazia*, Roma-Bari, Laterza.
- Fois, S. (1999). *Analisi delle problematiche fondamentali dello «Stato sociale»*, «Diritto e società», 163-191.
- Forsthoff, E. (1973). *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaat (1954)*, trad. it. *Concetto e natura dello Stato sociale e di diritto*, in Id., *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè.
- Giannini, M.S. (1977). *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati. Vol. I. Diritto costituzionale generale. Storia costituzionale e politica costituzionale*, Milano, Giuffrè, 141-165.
- Giorgis, A. (2006). *Diritti sociali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. III, Milano, Giuffrè, 1903-1915.

- Guastini, R. (1994). 'Diritti', «Analisi e diritto», 163-174.
- Häberle, P. (1993). *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz* (1983), trad. it. *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, Carocci.
- Hohfeld, W. (1913). *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, «Yale Law Journal», 23, 16-59.
- Hohfeld, W. (1917). *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, «Yale Law Journal», 26, 710-770.
- Holmes, S., Sunstein C. (2000). *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes* (1999), trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, il Mulino.
- Jiménez Campo J. (1999). *Derechos fundamentales. Conceptos y garantías*, Madrid, Trotta.
- Lombardi, G. (1999). *Diritti di libertà e diritti sociali*, «Politica del diritto», 1, 7-16.
- Luciani, M. (1991a). *Economia nel diritto costituzionale*, «Digesto delle discipline pubblicistiche», V, 373-385.
- Luciani, M. (1991b). *Salute I) Diritto alla salute – diritto costituzionale*, «Enciclopedia giuridica», XXVII.
- Luciani, M. (1994). *Sui diritti sociali*, «Democrazia e diritto», 545-576.
- Luciani, M. (2011). *I diritti sociali*, in A. Vignudelli (ed.), *Lezioni Magistrali di Diritto Costituzionale*, vol. I, Modena, Mucchi, 149-157.
- Luciani, M. (2016). *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, «Rivista AIC», 3.
- MacCormick, N. (1977). *Rights in Legislation*, in P.M.S. Hacker, J. Raz (eds.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 198-209.
- Matteucci, N. (1984). *Stato*, in Id., *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, il Mulino, 1997², 15-79.
- Mazziotti, M. (1964). *Diritti sociali*, «Enciclopedia del diritto», vol. XII, 802-807.
- Modugno, F. (1995). *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli.
- Morana, D. (2013). *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, «Rivista AIC», 4, 1-12.
- Morelli, A. (2013). *Il carattere inclusivo dei diritti sociali e i paradossi della solidarietà orizzontale*, in E. Cavasino, G. Scala, G. Verde (eds.), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 441-450.
- Onida, V. (2004). *La costituzione*, Bologna, il Mulino.
- Pace, A. (1983). *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, Cedam, 2003³.
- Paladin, L. (1991). *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1998³.
- Peces-Barba Martínez, G. (2000). *Diritti sociali: origine e concetto*, «Sociologia del diritto», 1, 33-50.
- Perfetti, L. (2013). *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, «Diritto pubblico», 1, 61-130.
- Pergolesi, F. (1953). *Alcuni lineamenti dei diritti sociali*, Milano, Giuffrè.
- Pezzini, B. (2001). *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, Giuffrè.
- Pinelli C. (2009). «*Social card*», o del ritorno della carità di Stato, in Id., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 253-267.
- Pino, G. (2010). *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino.
- Pino, G. (2013). *Diritti soggettivi*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 220-253.
- Politi, F. (2006). *I diritti sociali*, in R. Nania, P. Ridola (eds), *I diritti costituzionali*, vol. III, Torino, Giappichelli, 1019-1049.
- Principato, L. (2002). *I diritti costituzionali e l'assetto delle fonti dopo la riforma dell'articolo 117 della Costituzione*, «Giurisprudenza costituzionale», 1169-1191.
- Rodotà, S. (1994). *Cittadinanza: una postfazione*, in D. Zolo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 293-322.
- Rovagnati, A. (2009). *Sulla natura dei diritti sociali*, Torino, Giappichelli.
- Ruotolo, M. (2011). *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, «Diritto pubblico», 2, 391-424.
- Salazar, C. (2000). *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie, della Corte costituzionale a confronto*, Torino, Giappichelli.
- Schmitt, C. (1984). *Verfassungslehre* (1928), trad. it. *Dottrina della costituzione* Milano, Giuffrè.
- Shue, H. (1980). *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton, Princeton U.P., 1996².
- Sunstein, C. (2005). *Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees?*, in M. Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, Princeton U.P., 90-110.
- von Hayek, F. (1989). *Justice and Individual Rights* (1966), trad. it. *Giustizia e diritti individuali*, in Id., *Legge legislazione e libertà*, Milano, Il Saggiatore.
- Waldron, J. (1993). *Liberal Rights: Two Sides of the Coin*, in Id., *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge U.P., 1-34.

- Waldron, J. (2003). *Property Rights and Welfare Redistribution*, in *A Companion to Applied Ethics*, ed. by E.G. Frey, C.H. Wellman, Oxford, Blackwell, 37-49.
- Waldron, J. (2007). *Legislation and the Rule of Law*, «Legisprudence», 1, 91-123.
- Zolo, D. (1994). *La strategia della cittadinanza*, in Id. (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 3-46.