



Goldoni, M. (2022) La materialità dei diritti sociali. *Diritto Pubblico*, 1/2022, pp. 141-171. (doi: [10.1438/104047](https://doi.org/10.1438/104047))

The material cannot be used for any other purpose without further permission of the publisher and is for private use only.

There may be differences between this version and the published version. You are advised to consult the publisher's version if you wish to cite from it.

<https://eprints.gla.ac.uk/263419/>

Deposited on 17 January 2022

Enlighten – Research publications by members of the University of
Glasgow

<http://eprints.gla.ac.uk>

La materialità dei diritti sociali

1. La costituzionalizzazione dei diritti sociali come conquista

Fra le prassi costituzionali successive al secondo conflitto mondiale, la questione dello statuto dei diritti sociali ha ricevuto una risposta chiara nel contesto dell'ordinamento italiano. La costituzione repubblicana ha formalizzato una serie di disposizioni che contengono espliciti riferimenti sia a principi di natura sociale che a singoli diritti sociali: il principio generale di eguaglianza sostanziale (ex art. 3 secondo comma), il diritto al lavoro, il diritto all'educazione, alla salute, all'assistenza sociale, alla previdenza sociale.¹ A livello comparatistico, si tratta ancora di un elenco alquanto impressionante, soprattutto se accostato, ad esempio, alle costituzioni (formali o viventi) del Commonwealth. Ma sul reale contenuto e forza giuridica di queste disposizioni si iniziò a dibattere fin dall'approvazione della costituzione, a partire, notoriamente, dalla distinzione fra norme precettive e programmatiche tracciata dalle Sezioni Unite della Cassazione.² Una parte della dottrina, aderendo all'indirizzo della Cassazione, derubricò queste disposizioni al rango di 'mere' norme programmatiche, ossia a norme senza alcuna trazione direttamente giuridica e indicative solo di semplici aspirazioni. Seguendo tale dottrina, le norme programmatiche vengono considerate come inadatte a generare un obbligo giuridico relativo ai diritti o ai principi che esse stesse avevano identificato. Si trattava ancora di un fenomeno – quello della costituzionalizzazione dei diritti sociali – relativamente recente e in parte afflitto dalla percezione, anche al di fuori della Germania, del fallimento dell'esperimento weimariano.³ Una lunga e intensa battaglia, condotta anche dalla giuspubblicistica italiana, con il sostegno di alcuni movimenti e settori della classe politica, ha portato al riconoscimento della validità giuridica di almeno alcune delle norme programmatiche come norme precettive. L'inveramento di alcuni degli obblighi sanciti dalla costituzione repubblicana è visibile, ad esempio, nella legislazione sul lavoro culminata nel 1970 con lo Statuto dei Lavoratori⁴ e nel decennio successivo con le conquiste sociali dei movimenti femministi.⁵ Seguendo il solco tracciato dal lavoro seminale di Vezio Crisafulli, l'ordinamento costituzionale italiano è giunto al riconoscimento dello status di principi costituzionali alle norme programmatiche.⁶ Il passaggio è chiaro e la sua importanza non può sfuggire all'osservatore delle dinamiche costituzionali: non solo i diritti individuali, ma anche quelli collettivi obbligano, sia in senso giuridico sia in senso politico, le istituzioni repubblicane. Si tratta, a scanso di equivoci, di quella che Luhmann chiamerebbe una conquista evolutiva.

¹ Si veda, *ex multis*, A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, Jovene, 1999.

² Per un'utile ricostruzione storica (incluso il periodo pre-repubblicano), si rinvia a M. Benvenuti, *Diritti sociali*, Torino, Utet, 2013.

³ Si noti come persino un'autrice di innegabile acume come Hannah Arendt, nel suo *Sulla rivoluzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1996 (pubblicato originariamente nel 1963) non menzioni mai le costituzioni del secondo dopoguerra e condanni – in adesione ad una dottrina costituzionale forse già allora non più maggioritaria – la costituzionalizzazione della questione sociale come tentativo autoritario di compressione delle libertà. Per un'analisi autorevole da parte di uno dei massimi esponenti della dottrina costituzionale italiana si rinvia alla recente ripubblicazione, a cura di M. Fioravanti, di C. Mortati, *La costituzione di Weimar*, Milano, Giuffrè, 2019.

⁴ Cf B. Trentin, *La città del lavoro*, Firenze, Firenze University Press, 2014.

⁵ Per una disamina di alcuni dei diritti sociali conquistati dai movimenti femministi si rinvia alla recente ricostruzione di M. Bracke, *Women and the Reinvention of the Political*, Abingdon, Routledge, 2014.

⁶ V. Crisafulli, *Prima e dopo la costituzione*, Milano, Franco Angeli, 2016, parte II (ristampa di *La costituzione e le sue disposizioni di principio*).

È indubitabile che la corte costituzionale abbia giocato un ruolo fondamentale nel riconoscimento dello status precettivo dei principi costituzionali e, nello specifico, dei diritti sociali, aggiungendo alle indicazioni della carta costituzionale anche altri diritti, identificati nei decenni successivi.⁷ In definitiva, lo stato sociale e le sue istituzioni sono state costituzionalizzate come parte di un sistema di valori che è stato riconosciuto dal costituente e validato, successivamente, dal sistema politico e giuridico.⁸

Mentre nella storia dell'ordinamento costituzionale italiano la maggior parte delle prime applicazioni dei diritti sociali la si deve a sollecitazioni politiche, il ruolo della giurisdizione si è progressivamente ampliato su queste tematiche fino a divenire un imprescindibile punto di riferimento. L'esaurimento della spinta politica per l'attuazione della costituzione e l'avvento di una nuova fase nella quale altre istituzioni, come i mercati e le organizzazioni sovranazionali, hanno iniziato a giocare un ruolo primario, ha probabilmente contribuito alla crescente perdita di interesse per la dimensione politica e materiale dei diritti sociali. Il ruolo della Corte costituzionale nella protezione dei diritti sociali si è fatto più visibile in quanto le capacità e il carisma necessari per porre un argine ai segnali di cambiamento costituzionale provenienti dall'ambiente esterno si possono ritrovare solamente in tale istituzione. Una conseguenza di un simile fenomeno è l'individuazione del controllo di costituzionalità come momento di resistenza e di salvaguardia del contenuto essenziale dei diritti sociali. Tale funzione viene formulata esplicitamente dalla Corte per mezzo di una serie di impegni interpretativi formulati con grande chiarezza nell'ultima decade. Anzitutto, la Corte ha stabilito che il sistema dei diritti costituzionali deve essere considerato, appunto, come un ordine unitario nel quale la tutela viene garantita in maniera sistemica e non frammentaria.⁹ Consolidando questa linea interpretativa, nella sentenza ILVA la Corte ha ribadito che la tutela sistemica dei diritti implica che nessun diritto possa arrivare ad una supremazia 'tiranneggiante' su altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute.¹⁰ Nella stessa decisione viene ribadito anche il metodo da seguire per interpretare diritti e principi in maniera sistematica: 'La costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi'.¹¹ Sindacando il bilanciamento legislativo degli interessi, la Corte costituzionale ha poi espressamente invocato i principi di solidarietà e uguaglianza sostanziale come guida per decisioni concernenti, ad esempio, il blocco automatico della rivalutazione delle pensioni di almeno tre volte superiori alla pensione minima (sent. 70/2015). Lo stesso è avvenuto per l'uso del criterio di ragionevolezza, con il quale la Corte ha sanzionato l'esclusione di alcuni soggetti dalla fruizione di una certa prestazione. Inoltre, la Corte ha individuato il nucleo essenziale dei diritti sociali (pur non essendo questo menzionato dal testo costituzionale), imponendo le necessarie prestazioni qualora il legislatore ometta di prevederle.¹²

Seguendo tale processo, non dovrebbe sorprendere che anche i diritti sociali siano stati concepiti come diritti azionabili (almeno per quelli che vengono definiti diritti sociali originari) e la giurisdizione della Corte costituzionale sia divenuta, in tempi di austerità, il baluardo garante della protezione di un contenuto ragionevole di tali diritti.

⁷ Si pensi, ad esempio, al diritto all'abitazione: sentenza 49/1987 e sentenza 404/1988. Cf F. Bilancia, 'Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione', in *Le istituzioni del federalismo*, 3-4, 2010, pp. 231-248.

⁸ Cf. G. Silvestri, *Dal potere ai principi*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

⁹ Sentenza 249/2012, Punto 4.1 del considerato in diritto.

¹⁰ Sentenza 85/2013, Punto 9 del considerato in diritto.

¹¹ Ibid. Sul bilanciamento come metodologia si rinvia all'importante trattazione di A. Morrone, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014.

¹² La Corte, ad esempio, ha annullato una norma legislative regionale in quanto rendeva incerto il finanziamento del servizio di trasporto degli studenti disabili, osservando che la discrezionalità del legislatore non può ledere 'un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati' (sent. 80/2010).

Una conseguenza importante (per la teoria e la dottrina) dell'esaurirsi della spinta propulsiva degli attori politici e della emersione della giurisdizione costituzionale come punto di riferimento nella protezione dei diritti sociali, si può rinvenire nella tendenza della dottrina e della teoria a sfumare le differenze fra diritti civili e sociali, le quali sono venute ad essere rappresentate, tutt'al più, come questione di grado e non di categoria.¹³ Definiremo tale posizione come 'tesi della continuità', secondo la quale la struttura delle relazioni giuridiche tipiche dei diritti rimane sempre la stessa, indipendentemente dal genere di diritto soggettivo. Nelle giurisdizioni dove i diritti sociali sono stati costituzionalizzati tale assunto sembra essere stato introiettato con sempre maggior frequenza anche dagli operatori del diritto come argomento a protezione (e a realizzazione) dei diritti sociali stessi. Il valore della tesi della continuità sarebbe non solo di natura epistemica (una corretta comprensione della natura dei diritti sociali in quanto diritti soggettivi), ma pure strategica, poiché il riconoscimento di tale status consoliderebbe lo statuto costituzionale di questi diritti e la loro efficacia sulla base della loro azionabilità individuale. La tesi della continuità afferma che se i diritti sono tutti della stessa natura e posseggono tutti la stessa struttura (ossia: proteggono entrambi interessi legati al benessere intesi come ragioni per agire o non agire),¹⁴ allora anche i diritti sociali, come quelli civili e politici, trovano la loro piena affermazione quando vengono tutelati in giudizio in maniera individuale (e, quando possibile, collettiva). Anche essi sono, in breve, come i diritti di libertà della persona. Inoltre, assumere che tutti i diritti costituzionali condividano la medesima struttura rende possibile il compito della Corte di poter operare un bilanciamento che tenga in conto il carattere sistemico dell'intera costellazione dei diritti stessi.

Lo scopo di questo articolo è di proporre una lettura normativa che ponga in discussione la tesi della continuità, cercando di rivalorizzare la tesi opposta, qui definita della discontinuità,¹⁵ in quanto condizione necessaria per recuperare l'aspetto squisitamente politico¹⁶ e materiale dei diritti sociali. Occorre precisare che la tesi della discontinuità non nega che sia possibile osservare degli aspetti di identità fra i due generi di diritti. Semplicemente, la tesi della discontinuità preferisce rimarcare le differenze e i contrasti sia per ragioni normative che tattiche.¹⁷ Tale valorizzazione delle differenze viene infatti innestata sull'idea che la coesistenza spesso conflittuale fra diverse generazioni di diritti sia una delle conquiste

¹³ Si veda, da ultimo, G. Pino, 'Diritti sociali: Per una critica di alcuni luoghi comuni', in *Ragion Pratica*, 2016, pp. 495-518. Per una utile griglia di lettura delle classificazioni dei diritti sociali in termini di struttura e funzione (differenti rispetto ai diritti di libertà) si rinvia a M. Benvenuti, *Diritti sociali*, cit., pp. 10-12.

¹⁴ Per una classica comprensione dei diritti come protezione di interessi di benessere si veda J. Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994, cap. 2.

¹⁵ Una visione simile è stata avanzata in P. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 274: 'nei diritti di libertà, infatti, l'individuo chiede allo Stato essenzialmente di astenersi e con l'astensione dello Stato (e, ovviamente, anche dei terzi, singoli e gruppi) la libertà risulta tutelata, poiché il titolare di essa può scegliere liberamente come utilizzare lo spazio che viene lasciato libero (a suo favore) dal diritto', mentre il diritto sociale comporta che 'il cittadino chieda allo Stato di intervenire e di garantire una prestazione, ovvero di fornire un servizio, che può essere l'assistenza sanitaria, l'istruzione, la messa a disposizione di una abitazione, ecc'. La differenza principale rispetto a questa versione della tesi della discontinuità risiede nell'attenzione posta alla dimensione individuale della pretesa soggiacente al diritto sociale. Nel prosieguo della trattazione dovrebbe diventare evidente che tale dimensione diviene elemento secondario. Per un'altra considerazione simile sulla differenza fra diritti di libertà e diritti sociali cf N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, p. 15.

¹⁶ Da un punto di vista storico si vedano le brevi ma sempre istruttive riflessioni di M. Fioravanti, *Costituzionalismo*, Bari, Laterza, 2009, pp. 123-125.

¹⁷ In tal senso, la tesi della discontinuità si applica ad un livello di discussione diverso rispetto a quello riguardante l'indivisibilità dei diritti. Quest'ultima ritiene che i diritti dovrebbero essere considerati in senso olistico, ossia come un insieme, e ha trovato una sua prima formulazione nel dibattito sui diritti umani. La tesi sostenuta in questo articolo, invece, si concentra sulle diverse interpretazioni e giustificazioni a sostegno dei diritti civili e dei diritti sociali, enfatizzando la produttività della tensione fra queste quando i diritti civili vengono interpretati in maniera individualistica e a protezione di una forma di libertà negativa. Ringrazio un revisore anonimo per avermi suggerito di tenere in conto tale aspetto.

principali del costituzionalismo del secondo dopoguerra, fra le quali va inclusa, in molte giurisdizioni, la introiezione della questione sociale nell'ordinamento costituzionale.¹⁸ Infatti, riconoscendo diverse generazioni di diritti al suo interno, l'ordinamento costituzionale mantiene aperta la determinazione del contenuto di questi diritti in maniera potenzialmente conflittuale e tale risultato dovrebbe essere visto come una preziosa opzione a disposizione di alcuni soggetti come movimenti, partiti, o sindacati. In tal senso, la tesi della discontinuità implica anche il rigetto della co-assialità dei diritti¹⁹ sulla base dell'assunto che i diritti di libertà (per come concepiti e interpretati in maniera preponderante nelle democrazie costituzionali) non siano totalmente ricomponibili con diritti il cui fondamento va ricercato nella cooperazione sociale e la cui forza normativa nel principio di eguaglianza e quello di solidarietà.²⁰ Il principale apporto di un simile argomento normativo non consiste nella richiesta di uno smantellamento della giurisdizione costituzionale sui diritti sociali. Piuttosto, concependo i diritti sociali in senso materiale, si intende riportare la questione sociale all'interno della sua dimensione più appropriata, ossia quella della produzione e riproduzione della società. Innanzitutto (paragrafo 2), si cercherà di mostrare che, seppure in presenza di alcuni tratti apparentemente comuni, una ricostruzione teorica e storica dei diritti sociali individua il nucleo normativo distintivo di questi ultimi come categoricamente diverso da quello dei diritti individuali, almeno per come questi ultimi sono stati interpretati nell'ambito del costituzionalismo liberale. In breve, tale argomento si fonda sulla riaffermazione della distinzione fra diritti positivi e negativi, mettendo l'accento sugli obblighi relativi ai diritti sociali e, quindi, postulando la loro natura intrinsecamente materiale. Con quest'ultima caratteristica si intende indicare che il tratto che definisce primariamente i diritti sociali è il loro legame con la produzione e la riproduzione della società. Pertanto, la definizione di un diritto sociale dovrebbe richiedere anzitutto la specificazione di un'organizzazione sociale produttiva. Nel paragrafo (3) verranno presi in considerazione i tentativi teorici di 'accomodare' le differenze fra diritti individuali e diritti sociali. In particolare, tre argomenti verranno esaminati: tutti i diritti sono ugualmente positivi perché comportano costi; tutti i diritti sono uguali perché sono allo stesso tempo individuali e sociali; i diritti sociali sono essenziali per usufruire dei diritti civili e politici poiché abilitano le capacità individuali o sono indispensabili al conseguimento dell'autonomia individuale. Queste tre tipologie di argomentazione tendono a banalizzare la differenza fra diritti sociali e individuali. Più specificamente, tali strategie di riconduzione ad unità dei vari diritti portano alla invisibilità o marginalizzazione della dimensione materiale dei diritti sociali. Il rischio maggiore è quello di aprire la strada alla cooptazione dei diritti sociali, secondo una logica formalista e individualista compatibile con la razionalità di mercato (paragrafo 4).²¹ Mantenere aperta la tensione (e contraddizione) fra le due tipologie, perlomeno in certi contesti, permette di salvaguardare il potenziale trasformativo dei diritti sociali e di mantenere visibile il legame che essi

¹⁸ Sul punto, da ultimo, M. Fioravanti, *Il cerchio e l'ellisse*, Laterza, Roma Bari, 2020, p. 55.

¹⁹ Qui si segue la graffiante critica di R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, Franco Angeli, 2018, pp. 69-73. Bin discute di co-assialità dei diversi ordinamenti e carte dei diritti, criticando l'idea che essi siano posti sullo stesso asse. Qui si adatta l'idea alla tesi che tutti i diritti si collocano sullo stesso asse.

²⁰ Nel resto dell'articolo si farà riferimento soprattutto al principio di solidarietà come giustificazione dei diritti sociali, ma questo non toglie che l'eguaglianza possa essere affiancata ad esso. È disponibile un ampio apparato di interventi con i quali si cerca di stabilire una possibile co-esistenza di eguaglianza sostanziale e solidarietà come fondamenti dei diritti sociali: M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Democrazia e diritto*, 1995, p. 573; G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., p. 170; M. Benvenuti, *Diritti sociali*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, V, 2012, p. 224. Ritengono invece che solo l'eguaglianza sia a fondamento dei diritti sociali: M. Mazziotti, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, 1964, pp. 802-807; E. Cheli, 'Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana', in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 1774.

²¹ Per una disamina comprensiva si rinvia a S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato*, Bologna, Il Mulino, 2003.

intrattengono con le sfere materiali della produzione e della riproduzione sociale. Alla luce di queste considerazioni, il paragrafo (5) conclude affrontando un tema classico, ossia quello degli strumenti istituzionali più idonei alla protezione dei diritti sociali. Si utilizza, in questa sezione, una cornice di riferimento tipica del dibattito costituzionale del Commonwealth, quello della distinzione fra costituzionalismo politico e costituzionalismo giuridico. Con il primo si intende un approccio al costituzionalismo per il quale, in ultima istanza, la risposta alle principali questioni costituzionali deve essere di natura politica.²² L'istituzione cardine viene identificata nei parlamenti.²³ Per il costituzionalismo giuridico vale l'opposto: le questioni costituzionali devono essere decise, in ultima battuta, giuridicamente e l'istituzione principale che espleta tale funzione è il sistema giudiziario. Presentata in questi termini, si tratta di una opposizione poco utile ai fini di un discorso sui diritti sociali.²⁴ Tuttavia, la questione del tipo di questione costituzionale sollevata dai diritti sociali rimane una domanda importante e intimamente legata a come questi ultimi siano pensati. L'ultimo paragrafo propone un argomento a favore di una forma irrobustita (ossia che non si limita al ruolo formale dei parlamenti) di costituzionalismo politico a protezione dei diritti sociali e presenta un esempio (centrato sul diritto al cibo) per illustrare la logica di fondo della proposta.

2. La tesi della discontinuità: interessi e doveri

Il punto di partenza inevitabile per qualsiasi ragionamento sui diritti sociali va intravisto nell'idea che gli aspetti giuridici e politici che solitamente la dottrina e la teoria ascrivono a tali diritti sono molteplici e di diversa natura.²⁵ Gli stessi testi normativi che fanno riferimento ai diritti sociali contengono spesso una pluralità di questi elementi e inducono ad essere scettici sulla distinzione fra diritti positivi e negativi. Tale osservazione, probabilmente valida anche per i diritti di libertà, non dovrebbe impedire di razionalizzare quanto storicamente si è affermato come diritti di natura economico-sociale e di estrarne un nucleo normativo che dovrebbe essere riconosciuto come tale dalla dottrina e dalla teoria. In questa sede, quindi, verrà presentato un argomento normativo *forte* che riguarda quello che si può definire come il nucleo materiale dei diritti sociali, incentrato sul loro fondamento non individuale, sulla natura primariamente istituzionalista del loro contenuto (e quindi fondata su obbligazioni innestate nell'organizzazione sociale) e la solidarietà come principio normativo soggiacente.

Il punto di partenza dell'argomento qui proposto è l'irriducibilità dei diritti sociali a quelli di libertà, o per essere più precisi, alla concezione che storicamente si è affermata dei diritti di libertà.²⁶ È interessante notare che mentre in passato un tale assunto costituiva la base fondante del senso comune,²⁷ spesso con un sottinteso ordine gerarchico a favore dei diritti di libertà,

²² R. Bellamy *Political Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

²³ J. Waldron, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, a cura di A. Pintore, Torino, Giappichelli, 2001; A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, Oxford, Hart, 2005.

²⁴ Nel contesto dei paesi di Commonwealth, la distinzione potrebbe essere riformulata nei termini di un costituzionalismo parlamentare ed uno giurisdizionale. In questo articolo, invece, il riferimento al costituzionalismo politico deve essere inteso in un senso non solo istituzionale, ma di collegamento fra la dimensione politica dei diritti sociali e l'agire politico.

²⁵ Il riferimento classico per tale dottrina va a M. Luciani, *Sui diritti sociali*. A conclusioni simili perviene anche R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 102-104. Per una ricostruzione dal punto di vista costituzionale è molto utile B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 2001.

²⁶ Sul legame fra le Dichiarazioni dei diritti e il costituzionalismo moderno si rinvia alla ancora attuale ricostruzione di M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 51-98.

²⁷ Come tale, ben rappresentato nella dottrina costituzionalistica italiana. Si vedano, in modo solo indicativo: S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1897, p. 111; E. Balboni, *I servizi sociali*, in G. Amato, A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Mulino, 1997, p. 168.

nel contesto attuale, essa è divenuta una tesi contro-intuitiva.²⁸ In diversi ambiti, il riconoscimento di una struttura comune fra diritti sociali e diritti di libertà, alla quale corrisponde poi, come conseguenza logica, l'estensione della tutela giurisdizionale ai primi, è divenuto un tema preponderante che ha ispirato e continua ad ispirare sforzi teorici, dottrinali e politici. Per questa tesi, sebbene si riconosca la presenza di aspetti diversi, entrambi i diritti condividerebbero un nucleo comune.²⁹ Di conseguenza, riportare i diritti sociali nell'alveo della tradizione dei diritti fondamentali e azionabili individualmente viene interpretata come una realizzazione di tali diritti ed una conquista di matrice progressiva.³⁰ Tuttavia, tale conquista avviene ad un prezzo alquanto elevato, ossia la mancata considerazione della piena dimensione materiale dei diritti sociali che si manifesta anzitutto nella relazione fra interessi e obblighi. Mantenere in una condizione di invisibilità tale legame impedisce di cogliere appieno la natura politica dei diritti sociali i quali richiedono una peculiare forma di obbligazione (attiva) che è intimamente connessa con il principio di solidarietà e i processi di produzione sociale.³¹

Una tesi diffusa sulla natura dei diritti soggettivi vuole che essi siano introdotti a protezione di un interesse di benessere.³² Estendere tale concezione automaticamente a tutti i tipi di diritti può risultare tuttavia meno convincente di quanto possa apparire a prima vista. Per illustrare quanto sia problematica la riduzione di tutti i diritti a protezioni di interessi riconosciuti meritevoli di tutela è utile notare come tale giustificazione operi nella tradizione liberale. La più importante e forse più influente di queste posizioni è quella che proviene dalla tradizione del contratto sociale, spesso presentata come espressione di una postura neutrale rispetto alle differenti opzioni politiche disponibili per determinare il genere e il contenuto dei diritti fondamentali.³³ Nelle sue pur diverse versioni, la teoria del contratto sociale presuppone che ogni decisione sulle politiche riguardanti la produzione e la distribuzione di beni prodotti socialmente vada affidata ad una procedura alla quale, di solito, si ritiene che tutti gli interessati debbano prestare il proprio consenso. La posizione di partenza pre-contrattuale è solitamente dipinta come una condizione apolitica, contrassegnata da un insieme di diversi interessi in contrasto fra loro e componibili solo attraverso lo strumento del contratto. Si noti che gli attori vengono rappresentati come già dotati di interessi prima di essere socializzati. In altri termini, gli interessi (o perlomeno alcuni di essi) si formano prima delle relazioni sociali. Gli attori sono mossi dal desiderio di proteggere i propri interessi pre-politici e questo costituisce il loro incentivo ad entrare nella deliberazione contrattuale con il fine di istituire un governo. È chiaro che la creazione dell'ordinamento giuridico non modifica il contenuto degli interessi individuali, i quali, pertanto, pre-esistono alla formazione di una condizione civile. Nella classica versione fornita dal primo lavoro di John Rawls, il contratto viene concluso da una posizione pre-politica ed è necessario, per convincere ogni attore razionalmente motivato, introdurre una serie di principi che possano persuadere tale attore ad uscire dalla condizione

²⁸ Si veda, ad esempio, la posizione di C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 222-228. L'influenza di alcuni testi, alcuni più risalenti di altri, alla base dell'argomento normativo qui proposto, diverrà più evidente nel seguito della trattazione: A. Supiot, *Lo spirito di Filadelfia*, Milano, Feltrinelli, 2011; F. Atria, *Derechos Sociales y Educación*, Santiago, Lom, 2014; E. Christodoulidis, *The Redress of Law: Constitutionalism, GLobalisation, Market Capture*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021; R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, cit.

²⁹ Per una ricognizione analitica si rinvia a E. Diciotti, 'Sulla distinzione fra diritti di libertà e diritti sociali', in *Quaderni costituzionali*, 4/2004, pp. 733-762.

³⁰ D. Garland, 'On the Concept of Social Rights', in *Social & Legal Studies*, 24, 2015, pp. 622-628.

³¹ Si seguono, sul punto, i seguenti lavori: A. Supiot, *Lo spirito di Filadelfia*, cit.; R. Cover, *Nomos e narrazione*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 127-139.

³² Per una disamina approfondita del legame fra diritti e interessi si rinvia a G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., pp. 88ss.

³³ Il riferimento classico va ovviamente a J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1982.

pre-politica ed entrare in quella civile. La leva normativa utilizzata per consolidare l'obbligazione politica va rintracciata nel principio del *maximin* con il quale si stabilisce che per ciascun contraente è razionale abbandonare lo stato di natura per entrare in quello civile se e solo se le posizioni di coloro che sarebbero in condizioni più sfavorite vengono comunque tenute in debita considerazione.³⁴ La formulazione rawlsiana è chiara: 'le ineguaglianze sociali ed economiche devono essere a) per il più grande beneficio dei meno avvantaggiati e b) collegate a cariche e posizioni aperte a tutti, in condizioni di equa eguaglianza di opportunità'.³⁵ Questa è una giustificazione normativa dei diritti sociali in funzione di riduzione della povertà. Solo promettendo una particolare attenzione a chi potrebbe trovarsi in condizioni di indigenza, coloro che saranno in una condizione di vantaggio potranno assicurare che anche i meno avvantaggiati riconoscano la legittimità dell'obbligazione politica. In questa versione, i diritti sociali vengono introdotti dal contratto per contenere o limitare la povertà, ma in tal modo la questione dell'eguaglianza diventa marginale nella definizione del contenuto del diritto sociale e la solidarietà viene ricondotta al contenimento della povertà. Il problema, d'altronde, sta a monte: il contratto sociale si presenta come un dispositivo neutrale, ma non lo è:³⁶ esso restringe in maniera sensibile le possibili interpretazioni dei diritti e riduce, quando non elimina, la possibilità di pensare i diritti sociali come spazio giuridico e politico nel quale si rendono visibili importanti conflitti che attraversano la società e la sua organizzazione. Infine, adottare il punto di vista contrattualista significa mantenere invisibile l'aspetto cooperativo dei diritti sociali: questi ultimi presuppongono un principio di solidarietà che il contratto sociale è invece chiamato a fondare.³⁷ La relazione fra produzione e diritti viene invertita: si ha un interesse ad un certo tipo di distribuzione delle risorse prima che i modi e le relazioni di produzione siano definiti.

Le premesse di un approccio di tale genere non sono estranee alla tradizione risalente delle dichiarazioni e carte dei diritti. Le dichiarazioni dei diritti hanno una portata rivoluzionaria, ma nel loro nucleo concettuale, i diritti in esse contenute vengono intesi secondo una concezione monadica e formalista dei diritti (o perlomeno, questa sarà la interpretazione datane nel secolo successivo).³⁸ *Monadica* perché l'individuo e i suoi interessi vengono pensati come se si fossero formati in una condizione isolata dalla comunità: l'individuo possiede già dei diritti prima della formazione della vita sociale e quest'ultima viene ritenuta necessaria come mezzo per proteggere tali diritti già riconosciuti nello stato di natura. Le istituzioni politiche diventano semplicemente un mezzo per realizzare fini esterni ad esse. I beni che le istituzioni devono proteggere o realizzare sono beni che rimangono fondamentalmente all'esterno delle istituzioni e per questa ragione tale visione si presta bene ad una riduzione strumentale delle istituzioni stesse quali mezzi per raggiungere determinati scopi. Il fondamento dei diritti si trova al di fuori e prima della comunità, pertanto le istituzioni diventano *funzioni* della protezione dei diritti soggettivi. Il presupposto epistemico alla base di tale concezione è una netta distinzione fra società e stato (o comunità politica). Tale separazione fornisce poi le coordinate per concepire i diritti sociali come pretese individuali, indipendenti dalla nozione di cooperazione che li contraddistingue. In tal modo, la socialità dei diritti, invece di essere collegata ad una

³⁴ J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, pp. 3-10. Diverso è il caso, in Italia, di Luigi Ferrajoli e della sua teoria dei diritti, la quale meriterebbe una trattazione a parte. A titolo esemplificativo si veda il recente *La costituzione della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2021.

³⁵ Rawls, *Una teoria della giustizia*, p. 83.

³⁶ Rawls presenta il contratto come un'ipotesi per chiarire meglio il ragionamento, ma ciò non toglie che si tratti di un modo di pensare a come si comprende la realtà sociale a partire da una posizione neutrale ed indifferente ai concreti processi di produzione.

³⁷ A. Supiot, *Lo spirito di Filadelfia*, cit., p. 24.

³⁸ F. Atria, 'Existen Derechos Sociales?', in *Doxa*, 2004, pp. 18-19.

robusta nozione di solidarietà, viene fondata esclusivamente sulla protezione di un interesse soggettivo.

Si tratta, inoltre, di una concezione *formalista* dei diritti perché enfatizza le condizioni formali necessarie per l'esercizio delle libertà mentre oblitera la dimensione materiale soggiacente ad essa. Quest'ultima notazione merita di essere sottolineata perché una concezione formalista non può rendere conto dei limiti all'esercizio delle libertà, oltre all'interferenza esterna, dovuti alla carenza dei mezzi a disposizione. Le due dimensioni appena accennate, ossia il carattere monadico e formale, sono fra loro connesse. Entrambe si fondano sulla separazione netta fra stato e società ed insieme determinano i tratti peculiari di una versione fondamentalmente individualista dei diritti.

All'altezza di questa definizione dei diritti si incontra una differenza cruciale sulla quale si incardina il ragionamento di questa sezione. In effetti, il contenuto dei diritti di prima generazione presenta una peculiarità alla quale occorre fare riferimento per comprendere lo scarto con i diritti sociali: la determinazione del contenuto del diritto soggettivo è allo stesso tempo anche determinazione dell'aspetto negativo (ossia del dovere corrispettivo). La specificazione del diritto soggettivo e del corrispettivo obbligo avviene con il riferimento diretto ai caratteri monadici e formali. È sufficiente fare riferimento alla condizione pre-politica di un soggetto per dare sostanza al contenuto del corrispettivo obbligo giuridico.³⁹ Al diritto alla vita, ad esempio, corrisponde una precisa obbligazione – non uccidere – che riguarda chiunque. Al diritto di proprietà privata segue l'obbligo da parte di chiunque altro di astenersi dal violare la proprietà.⁴⁰ Naturalmente, in entrambi i casi sarebbe concettualmente possibile ricostruire i diritti in maniera differente, includendo ad esempio una serie di relazioni che richiedono una dimensione attiva.⁴¹ Si pensi al classico argomento di Durkheim per il quale la libertà di contratto è un diritto individuale, ma tale libertà, per essere significativa, deve essere concepita su uno sfondo composto da aspetti non-contrattuali. Oppure si pensi alla ricostruzione della proprietà promossa dai realisti statunitensi, ossia come un fascio di diritti.⁴² Tuttavia, non si può negare che normativamente e storicamente i diritti di libertà siano stati concepiti prevalentemente in termini monadici e formali. Ciò che caratterizza tale visione dei diritti di libertà è il fatto che la determinazione degli interessi del soggetto di diritto identifica anche buona parte del contenuto relazionale del diritto, incluso i corrispettivi doveri. La questione di *chi* abbia quale tipo di dovere trova una risposta immediata.⁴³ La struttura fondamentale di tali diritti è quindi caratterizzata dall'impossibilità di violazione del diritto soggettivo per astensione da interferenza arbitraria. In altre parole, l'omissione non può costituire, di per sé, una violazione del diritto di libertà.

³⁹ Si deve precisare che tale affermazione è estranea al dibattito sulla corrispettività fra diritti e obblighi, poiché si concentra solo sulla determinazione del contenuto dei diritti sociali. Per una perspicace analisi del dibattito sull'assioma della corrispettività si rinvia a M. Kramer, *Rights without Trimmings*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 24-49.

⁴⁰ Si assiste, in particolare nel contesto statunitense, ad un ritorno della teoria della proprietà che la inquadra in termini di diritto ad escludere: cfr. J. Penner, *Property Rights: A Re-Examination*, Oxford, Oxford University Press, 2020. Si veda, inoltre, la recente sentenza della Corte Suprema *Cedar Point Nursery v. Hassid*, 594 (US) 2021.

⁴¹ Si veda la analisi ispirata alle relazioni hohefeldiane di G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., cap. 3.

⁴² Per una ricostruzione si rinvia a A. di Robilant, 'Property: A Bundle of Sticks or a Tree?', in *Vanderbilt Law Review*, 66, 2013, pp. 869ss. Si potrebbe sostenere che tale concezione dei diritti in realtà include molteplici relazioni e ancora contiene al suo interno elementi identificativi che confermano la tesi della discontinuità. È ancora possibile, ad esempio, concepire il diritto di proprietà come un fascio di diritti e relazioni, ma ciò che distingue tale fascio come proprietà privata è la capacità di escludere i soggetti terzi dall'accesso o dall'uso del bene di proprietà.

⁴³ F. Atria, *Social Rights, Socialism and Social Contract*, in *Social and Legal Studies*, 2015, p. 592.

Due esempi possono chiarire meglio questo punto: la mancata creazione di molteplici luoghi nei quali poter parlare pubblicamente non equivale ad una violazione della libertà di espressione anche quando quest'ultima viene intesa come diritto fondamentale o costituzionale. Invece, un'attività volta a silenziare o oscurare forme di espressione costituisce un chiaro caso di violazione del diritto soggettivo alla libera espressione. La mancata creazione di una borsa valori dove poter contrattare e far fruttare la proprietà azionaria non equivale alla violazione del diritto di proprietà privata. Il tratto che definisce i diritti negativi è dato da questa determinazione: una volta individuato l'interesse protetto, la prestazione fondamentale dovuta dagli altri soggetti di diritto è l'astensione, ossia l'assenza di una interferenza con il loro contenuto. Il diritto alla proprietà privata richiede, ovviamente, una serie di accorgimenti da parte della comunità politica: negli esempi più ricorrenti e scontati, forze di polizia e vigili del fuoco. Tuttavia, neppure questi soggetti hanno il diritto di disturbare il diritto alla proprietà privata.

I diritti sociali devono invece essere definiti sulla precedenza logica dei doveri e sulla posizione fondante della solidarietà. Interessi e bisogni sono ovviamente importanti per la definizione del contenuto di un diritto sociale; eppure, il tratto qualificante della relazione che istituisce un diritto sociale è dato dall'individuazione dei doveri specifici associati al diritto stesso e, aspetto ancora più determinante, del soggetto al quale tali doveri sono demandati. In tal senso, essi hanno una struttura identificante più articolata rispetto ai diritti di libertà: una specificazione dell'interesse da proteggere non è sufficiente per qualificare un diritto sociale e tantomeno per fondare un dovere di proteggerlo.⁴⁴ Occorre un legame politico e materiale affinché si possa stabilire la connessione fra interesse o bisogno meritevole di protezione e dovere di garantire una prestazione. Alain Supiot propone di introdurre, appunto, una risorsa dogmatica quale il principio di solidarietà per rendere conto di tale legame. Solidarietà diventa riferimento alla co-responsabilità di tutti coloro che hanno partecipato a generare un certo tipo di rischio.⁴⁵ La cooperazione sociale genera doveri reciproci per la mutualizzazione dei rischi connessi alla vita sociale. La forma organizzativa della solidarietà si basa sull'idea per cui i doveri reciproci non sono perfettamente simmetrici. Piuttosto, assumendo le forme di istituzioni quali la sicurezza sociale o i servizi pubblici, la solidarietà viene organizzandosi come contributo di ciascuno secondo i propri mezzi a beneficio di altri secondo i loro bisogni.

Supiot propone di vedere nella solidarietà una risorsa dogmatica necessaria, senza la quale non vi potrebbe essere autentico legame politico. Ed è particolarmente intrigante che egli veda in tale risorsa il fondamento della ragione giuridica.⁴⁶ Possono cambiare le forme organizzative del principio di solidarietà, ma la risorsa dogmatica rimane condizione essenziale e indisponibile. La funzione ermeneutica del dogma consiste nel marcare i limiti oltre i quali l'istituzione viene smantellata e non può più essere considerata tale. In questo caso, non si tratta di un cambio da una forma organizzativa ad un'altra, ma di una perdita di istituzionalità. La funzione del dogma è quella di prevenire il passaggio ad un differente registro per misurare l'adeguatezza delle forme organizzative. In tal modo, si evita che l'aspetto materiale dei diritti sociali venga tradito da un aggiustamento cognitivo con il quale si sostituiscono aspettative normative con, appunto, aspettative cognitive. Si tratta di un'intuizione preziosa poiché significa comprendere che il dogma della solidarietà è irriducibilmente collettivo: anche coloro che sono meno esposti ai rischi hanno un dovere di responsabilità in quanto partecipano come

⁴⁴ Cf Höffe, *Democracy in the Age of Globalization*, Dordrecht, Springer, 46.

⁴⁵ A. Supiot, 'Grandeur and Misery of the Social State', in *New Left Review*, 2013, p. 99. Hauke Brunkhorst definisce solidarietà in modo analogo, ossia come obbligazione comune o responsabilità condivisa: *Solidarity*, Boston, MIT Press, 2015, p. 2.

⁴⁶ Supiot sviluppa il tema della ragione giuridica in connessione con l'istituzione del legame sociale in A. Supiot, *Homo Juridicus*, Paris, Seuil, 2005.

beneficiari della totalità della produzione sociale.⁴⁷ Se si accetta questa ricostruzione del fondamento dei diritti sociali si deve riconoscere, di conseguenza, che essi siano potenzialmente antagonisti rispetto ad altre pretese.⁴⁸ E si deve inoltre riconoscere che, alla luce del legame con l'organizzazione materiale delle prestazioni, le dimensioni organizzative della produzione e riproduzione delle società diventano parte essenziale della questione dei diritti sociali.

3. Critica degli argomenti a sostegno della continuità

La definizione dei diritti sociali sulla base delle obbligazioni e della loro dipendenza dai processi di produzione permette di evidenziare la loro struttura differente e di sottolinearne gli aspetti materiali (e cooperativi) nonché, come si argomenterà, la dimensione primariamente politica. Tuttavia, prima di sviluppare questi punti, conviene soffermarsi sui molteplici argomenti che sono stati proposti a sostegno della tesi della continuità al di là della protezione di interessi riconosciuti come meritevoli di tutela che sottintende questa posizione.

A) *Il costo dei diritti*

In un libro decisamente influente, Cass Sunstein and Stephen Holmes hanno proposto di abbandonare le vecchie distinzioni fra diritti a prestazioni negative e diritti a prestazioni positive.⁴⁹ La loro posizione è chiaramente a favore della tesi della continuità fra diritti. La distinzione fra diritti positivi e negativi viene descritta come basata su una confusione di carattere essenziale dato che per tutti i diritti che sono azionabili sono necessari anche diritti positivi, così come stabilito dalla massima per la quale 'dove c'è un diritto, c'è un rimedio'. Lungo questa direzione, Sunstein e Holmes ricordano che il diritto al voto richiede il finanziamento pubblico necessario a sostenere le operazioni di voto e di spoglio, il diritto di proprietà richiede forze di polizia e pompieri, e i contratti sarebbero inutili se i creditori non potessero adire l'autorità pubblica per potere rivalersi sui beni del debitore insolvente. Anche la netta separazione fra Stato e società viene accusata di essere insostenibile, dato che persino i diritti generati dai contratti o dai fatti illeciti non sono solo protetti, ma pure creati dall'intervento delle istituzioni pubbliche. Infine, una prospettiva continuista basata sui costi dei diritti toglie ogni dubbio sul fatto che alcuni di essi siano assoluti o non negoziabili. Dato che tutti i diritti implicano costi, allora è evidente che la loro applicazione comporti la valutazione dell'opportunità di tali costi. In un contesto di risorse limitate, non è possibile mantenere una rigida posizione di negazione del compromesso.

David Garland ha di recente ripreso questa tesi con toni entusiastici, concludendo che 'tutti i diritti, inclusi quelli che chiamiamo diritti individuali, sono *positivi* (richiedono rimedi, forniscono benefici e titoli, mobilitano l'azione dello Stato e le risorse necessarie per renderli effettivi); tutti i diritti hanno *costi* (comportano il trasferimento di risorse, solitamente attraverso la tassazione generale); e tutti i diritti sono *sociali* (smuovono risorse sociali e autorità pubbliche al fine di rimediare alla violazione dei diritti o per facilitare l'esercizio dei diritti civili e politici)'.⁵⁰ In breve, Garland ripropone con forza la tesi della continuità guardando ai profili pubblici che riguardano tutti i diritti. Ad un livello superficiale, Sunstein & Holmes, e Garland, hanno ragione. Ma per quale ragione il fatto che tutti i diritti comportino

⁴⁷ E. Christodoulidis, 'Social Rights Constitutionalism', in *Journal of Law and Society*, 44, 2017, p. 125.

⁴⁸ *Contra*, si veda L. Perfetti, 'I diritti sociali', in *Diritto Pubblico*, 2013, pp. 117-119.

⁴⁹ C. Sunstein, S. Holmes, *Il costo dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2000.

⁵⁰ D. Garland, 'On the Concept of Social Rights', in *24 Social & Legal Studies*, 2015, p. 626.

dei costi e dipendano dalla scarsità delle risorse disponibili sancisce che essi condividono un comune denominatore che li rende commisurabili su una linea di continuità? Le tesi continuiste, e in particolare questa dei costi, non affrontano con attenzione la questione delle differenti giustificazioni a sostegno dei vari diritti che si possono rintracciare ad un livello più profondo di riflessione. Così sfugge che la giustificazione del diritto non sta nella mobilitazione dell'autorità pubblica (e, se osservati da questa prospettiva, è ovvio che tutti i diritti condividono la stessa struttura), ma nel tipo di interesse che deve essere riconosciuto e tutelato. Qui risiede la differenza specifica propria di ciascuna generazione di diritti. La tesi continuista basata sui costi non ha gli strumenti per rinvenire tali differenze specifiche nelle rispettive giustificazioni dei diritti. Così, il fatto che il cuore dei diritti civili sia una rivendicazione di libertà, quello dei diritti politici di rivendicazione di voce e azione e quello dei diritti sociali di soddisfazione dei bisogni viene pressoché reso invisibile.

Infine, sostenere che tutti i diritti siano sociali e costosi non dice ancora nulla sulla differenza specifica dell'intervento pubblico richiesto e, soprattutto, sul tipo di impatto redistributivo che questi diritti possono avere. Anche se tutti i diritti richiedono l'attivazione dell'autorità pubblica, ci sono interventi e interventi. Piuttosto, il rischio maggiore della tesi dei costi è quello di posizionare la tesi continuista sulla linea della continuità del bilancio, poiché in tal modo si aprono le porte per la commensurazione fra i costi per i diversi diritti come fattore principale di determinazione del contenuto degli stessi diritti, laddove l'unica importante differenza è che alcuni diritti 'sono più costosi di altri'.⁵¹ Per tale ragione, quando incontra la questione dei costi dei diritti, la tesi continuista appare particolarmente scivolosa.

B) La logica delle capacità e i diritti come beni collettivi

Due strategie similari, pur sempre compatibili con il modello liberale dei diritti, descrivono i diritti sociali come precondizioni per il godimento dei diritti di libertà oppure, sempre nell'ottica della continuità fra queste due fattispecie, presenta tutti i diritti come beni collettivi.⁵² Nel primo caso, i diritti sociali vengono tradotti in 'precondizioni' per l'effettivo godimento degli altri diritti.⁵³ Il valore dei diritti sociali è quindi strumentale al godimento o all'esercizio degli altri diritti. Non a caso, un tale approccio spesso si accompagna al criterio del contenuto minimo nel decidere il livello di tutela dei diritti sociali,⁵⁴ oppure l'idea che la tutela dei diritti sociali sia necessaria in funzione della dignità umana o del mantenimento delle capacità indispensabili per permettere la fioritura dell'individuo.⁵⁵ Secondo, ai diritti sociali viene attribuito un ruolo funzionale al godimento degli altri diritti e il loro riconoscimento avviene primariamente a livello pre-politico.

Un'altra strategia per rendere compatibile i due generi di diritti viene offerta da coloro che ritengono che tutti i diritti fondamentali abbiano una natura sociale nel senso che la loro struttura diventa comprensibile solo quando essi siano interpretati attraverso la loro dimensione pubblica. Nella versione perfezionista, ben rappresentata dalla teoria dei diritti di Joseph Raz, tutti i diritti sono allo stesso tempo riconoscimento di interessi individuali e collettivi.⁵⁶ In questa versione, i diritti fondamentali operano sempre su un duplice livello: proteggono un bene (un valore, nel linguaggio di Raz) individuale riconoscendolo meritevole di tutela, poiché

⁵¹ Ibid., p. 627.

⁵² Un classico esempio è Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon, 1986, cap. 9.

⁵³ D. Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

⁵⁴ Per una ricostruzione di tale approccio si veda K. Young, *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, Oxford Constitutional Theory, 2012.

⁵⁵ È questo il caso del cosiddetto approccio delle capacità, rappresentato bene dai lavori di Amartya Sen e Martha Nussbaum: si rinvia, *ex multis*, a E. Greblo, 'Capacità e diritti umani', in *Etica e politica*, XV, 2013, pp. 563-582.

⁵⁶ J. Raz, *The Morality of Freedom*, cit., cap. 13.

aspetti dell'interesse dell'individuo formano ragioni sufficienti per l'autorità per agire (o non agire, a seconda del diritto); allo stesso tempo, la comunità ha un interesse a proteggere tali diritti non solo per ragioni legate alla condizione degli individui (o alla promessa di limitare il proprio potere politico sulle situazioni individuali); infatti, il riconoscimento di questi diritti ha un valore intrinseco per la comunità stessa. La libertà di espressione (o la libertà di associazione, ad esempio) presenta profili dotati di valore per i singoli individui e, tuttavia, ha anche un valore intrinseco per una comunità che voglia governarsi in maniera liberaldemocratica. In questo senso, i diritti fondamentali sono beni collettivi, pur essendo, in ultima istanza, goduti sempre dagli individui.

In un orizzonte di questo genere, non vi può essere contrasto di principio fra interessi individuali e interessi collettivi, poiché ogni diritto è individuale e, contemporaneamente, un bene pubblico. Nella teoria di Raz, i due livelli di interesse coinvolti nella protezione dei diritti fondamentali sono visti come complementari e rendono conto dell'idea che le libertà si formano e si sviluppano sempre in una dimensione sociale.⁵⁷ Tuttavia, la soluzione raziana, per quanto ingegnosa, è riduttiva per due ordini di ragioni. La prima riguarda la pretesa dimensione sociale di tutti i diritti fondamentali. Questo è vero solo in un senso triviale, ossia come parte dell'idea per cui il diritto (oggettivo e soggettivo) è sempre istituzione sociale.⁵⁸ Tuttavia, l'aspetto sociale al quale fa riferimento Raz (e coloro che come lui ritengono che tutto il diritto sia sociale) non appartiene alla medesima sfera semantica dei diritti sociali. Il diritto privato e le sue istituzioni fondamentali sono naturalmente istituzioni sociali, ma ciò non significa che i diritti soggettivi e le posizioni da esso tutelate (spesso, ma di certo non esclusivamente, in maniera individuale) non siano riconducibili a interessi che possono essere in tensione con interessi legittimi pubblici. Si prenda ad esempio la libertà di contratto: essa viene riconosciuta nell'ambito di un contesto che presenta elementi non contrattuali e questo qualifica l'istituzione contratto come istituzione sociale.⁵⁹ Tuttavia, i contratti di diritto privato rimangono fondamentalmente legati alla mobilitazione e alla protezione di una serie di interessi che sono tendenzialmente in contrasto con gli interessi protetti dai diritti sociali. In secondo luogo, è opportuno notare rispetto all'argomento proposto nel seguito di questo articolo, che l'idea dei diritti fondamentali sensibili agli interessi individuali e allo stesso tempo beni collettivi presuppone una visione irenica della composizione di tali istanze. Il riconoscimento dei diritti di proprietà viene concepito sia nell'interesse dei singoli proprietari che nell'interesse della comunità (di solito quale forma di protezione dell'autonomia personale e di stabilizzazione delle aspettative). Ciò, tuttavia, non toglie che il riconoscimento di un tale diritto non si trovi in un contrasto a volte irriducibile con altri interessi collettivi. Tale considerazione rende meno solida la tesi continuista che si ritrova alla base della concezione dei diritti come beni collettivi. Per i teorici delle capacità, la relazione di continuità fra diritti pone i diritti socio-economici come condizioni preliminari per essere abilitati all'accesso al mercato. In tale versione, inizialmente formulata da Amartya Sen,⁶⁰ i diritti sociali divengono strumenti di rafforzamento per la partecipazione al mercato 'sociale'. Mentre il mercato garantisce un significativo incremento di produttività e innovazione, esso produce pure una crescente disuguaglianza sociale. Per i sostenitori dell'approccio delle capacità, i diritti sociali vanno concepiti come risposte a queste distorsioni del mercato, sostenendo i costi sociali necessari per mantenere il mercato funzionante. Senza i diritti sociali, ossia senza una minima distribuzione di diritti

⁵⁷ La nozione di autonomia personale, centrale nella filosofia politica di Raz, viene pensata in termini sociali, ossia come autonomia di un individuo sociale: *The Morality of Freedom*, cit., cap. 14.

⁵⁸ Su questo punto, la tradizione italiana ha dato un contributo decisivo agli studi giuridici: S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Macerata-Roma, Quodlibet, 2018.

⁵⁹ J. Holmwood, 'Citizenship and Social Class Revisited: Liberal Reason, Sociology and Publics', in M. Del Mar, C. Michelon (a cura di), *The Anxiety of the Jurist*, Ashgate, 2013, pp. 27-42.

⁶⁰ Del quale, da ultimo, si veda *The Idea of Justice*, Oxford University Press, pp. 7-8.

connessi all'educazione, all'alloggio, al lavoro e alla pensione, alla salute, l'autonomia personale perderebbe di significato e rimarrebbe largamente irraggiungibile. Tale approccio diventa quindi un modo per consolidare, invece di sostituire, i dettami della razionalità di mercato attraverso il meccanismo del prezzo. Il rafforzamento, in effetti, consiste nelle maggiori opportunità per gli attori economici di formare le proprie preferenze in autonomia. La logica di questo argomento è ampiamente osservabile nell'importante lavoro di un giurista britannico, Simon Deakin, il quale ha utilizzato esplicitamente l'approccio delle capacità per riconoscere il valore strumentale dei diritti sociali. La novità di tale approccio sta 'negli elementi di un concetto che va oltre le garanzie puramente formali dell'accesso al mercato per giungere ad includere le condizioni necessarie per un'effettiva partecipazione nei complessi ordinamenti economici che caratterizzano la nostra epoca'.⁶¹ Il vantaggio dell'approccio delle capacità risiederebbe nel non dare per scontato il punto di partenza, ossia l'accesso al mercato nei termini di risorse, conoscenze e preferenze. Le capacità divengono un concetto giuridico attraverso il quale il sistema giuridico definisce le condizioni di accesso al mercato per le persone: 'in una concezione più ampia (la capacità) è la somma totale delle precondizioni di un'effettiva partecipazione alle relazioni di mercato'.⁶² Si ritorna, in tal modo, all'idea per la quale il valore dei diritti sociali è strumentale alla partecipazione, in questo caso agli scambi di mercato. Nella migliore ipotesi, i diritti sociali devono essere intesi come strumenti dedicati, a volte, alla correzione del mercato, altre volte al suo perfezionamento e rafforzamento. Il rischio è che, sottoposti alle forze organizzative del mercato, la dimensione pubblica dei diritti sociali venga tematizzata proprio a partire dalla logica del mercato e non da quella politica e sociale.

4. Il fondamento materiale dei diritti sociali e la questione della scarsità

Alla luce del ragionamento svolto nei paragrafi precedenti, è possibile ora procedere alla tematizzazione del rapporto fra diritti di libertà e diritti sociali. I diritti sociali così concepiti, a differenza dei diritti liberali, non contengono una rivendicazione contro la società o lo Stato, o almeno non contro la società o lo Stato in generale. Ciò per due ordini di ragioni. La prima è che tali diritti mantengono un legame diretto con la cooperazione sociale e l'organizzazione della produzione di merci, beni e servizi. In altre parole, i diritti sociali vengono introdotti come diritti costitutivamente non indifferenti alla relazionalità sociale.⁶³ A fondamento dei diritti sociali si trovano bisogni e interessi che si producono e formano socialmente e, elemento altrettanto importante per comprenderne la forza normativa, riguardano direttamente la riproduzione della società.

Pertanto, i diritti sociali presentano una struttura fondamentale precipua. Essa diviene visibile, come si è ricordato nella sezione 1, se osservata attraverso il prisma della relazione fra interesse e obbligazione. La determinazione dell'obbligo corrispettivo al diritto sociale non avviene in maniera immediata e formale a seguito della determinazione dell'interesse protetto. La specificazione del contenuto del diritto sociale non determina in alcun modo quali siano i soggetti obbligati a realizzare il diritto stesso. La specificazione del diritto alla salute non stabilisce come e a chi spetti implementarlo. Queste sono questioni prettamente *politiche* che implicano una condizione relazionale fra soggetti che vivono in una comunità e che

⁶¹ S. Deakin, *Capacitas: Contract Law, Capabilities and the Legal Foundations of the Market*, in S. Deakin, A. Supiot (a cura di), *Capacitas*, Oxford, Hart, 2009, p. 1.

⁶² *Ibid.*, p. 28.

⁶³ L'argomento viene già usato contro la concezione liberale dei diritti dell'uomo dominante nella Francia rivoluzionaria da K. Marx, *La questione ebraica*, Roma, Editori Riuniti, 2018.

condividono pratiche di cooperazione e solidarietà.⁶⁴ Per questa ragione, nello stato di natura, dove non esistono legami (politici o sociali), non è possibile specificare doveri concreti e specifici. Qui si intravede chiaramente l'aspetto materiale dei diritti sociali. Nella determinazione del loro contenuto, essi fanno riferimento, inevitabilmente, alla condizione di organizzazione materiale della società. Più specificamente, essi sono direttamente collegati alla modalità di produzione e di riproduzione della società stessa. Il fatto che tali fattori non entrino formalmente nel ragionamento giuridico con il quale si decide sul contenuto dei diritti sociali non significa che esse non giochino un ruolo fondamentale. Piuttosto, la loro esclusione comporta che tali fattori produttivi non vengano esplicitamente tematizzati. Tuttavia, la produzione degli assetti sociali è parte di un'economia politica che si organizza e si sviluppa in maniera tutt'altro che irenica.⁶⁵ Pertanto, essi non possono essere individuati al di fuori di un contesto propriamente politico, nel senso della loro irriducibilità al ragionamento contrattualistico e/o squisitamente legalistico. Una ricostruzione di questo tipo fornisce la giustificazione normativa per una forma 'forte' di costituzionalismo politico, sul quale si tornerà nell'ultima sezione.

Inoltre, se si accetta questa premessa, un altro argomento spesso impiegato per comprendere lo statuto dei diritti sociali deve essere re-interpretato. È frequente l'affermazione per la quale la differenza precipua fra diritti di libertà e diritti sociali va intravista nei limiti che la scarsità di risorse impone sui secondi.⁶⁶ Secondo questo argomento, i diritti di libertà non sono soggetti alle condizioni e alle circostanze legate alla scarsità di risorse. La loro protezione non varia a seconda delle risorse a disposizione di una società: la libertà di informazione, o il diritto di proprietà, sono libertà la cui protezione non può essere limitata in base ad un richiamo ai mezzi disponibili. Invece, seguendo sempre la logica dello stesso argomento, i diritti sociali sono protetti solo nella misura in cui vi siano risorse disponibili.⁶⁷ Pertanto, più che interessi o bisogni riconosciuti e protetti socialmente, sono aspirazioni la cui validità rimane *sub condicione*.⁶⁸ Tale argomento va rigettato *in toto* poiché esso assume come punto di partenza, a partire dalla contrapposizione fra Stato e società, l'idea liberale che i diritti (di ogni tipo) vadano proiettati su una società civile già formata. Come ricordato in precedenza, se si considerano i diritti come interessi presenti nella società ma riconosciuti da un circuito istituzionale esterno ad essa, allora limitare i diritti sociali a seconda delle condizioni di austerità appare plausibile. Però è possibile rovesciare la prospettiva e pensare i diritti (e soprattutto i diritti sociali) nell'ambito di una relazione *interna* fra Stato e società.⁶⁹ In tal caso, la deliberazione sul contenuto dei diritti sociali diviene anche deliberazione sugli assetti produttivi della società. Un conflitto politico sui diritti sociali deve allora essere interpretato come un conflitto su un frammento importante dell'ordine sociale poiché implica un conflitto sulle modalità di organizzazione e produzione.⁷⁰ A seconda della profondità dello stesso conflitto, esso può generare anche una possibile apertura di uno spazio riflessivo sui presupposti che generano condizioni di necessità o determinati bisogni.

⁶⁴ A. MacIntyre, *Dopo la virtù*, Milano, Armando Editore, 2007, cap. 14.

⁶⁵ Nel contesto italiano, a differenza di quello anglosassone, questa dimensione è ben presente ad alcuni costituzionalisti da tempo. Si vedano le considerazioni sulla necessità del carattere polemico dei diritti in M. Luciani, 'Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico', in *Giurisprudenza costituzionale*, IV/2006, pp. 1643-1668. Cf., inoltre, G. Azzariti, *Diritto e conflitti*, Roma-Bari, Laterza, 2010. Per una riformulazione in termini filosofico-politici si veda B. de Giovanni, *Elogio della sovranità*, Napoli, Esi, 2015.

⁶⁶ Per una formulazione autorevole, si veda C. Höffe, *Democracy in the Age of Globalisation*, cit., p. 132.

⁶⁷ Nel contesto della governance dell'Euro-zona un simile assunto è divenuto una regola ferrea, come notato in diversi capitoli contenuti in S. Civitarese, S. Halliday (a cura di), *Social Rights in the Age of Austerity*, Abingdon, Routledge, 2017.

⁶⁸ D. Garland, 'On the Concept of Social Rights', cit., p. 629.

⁶⁹ Cf. N. Poulantzas, *State, Power, Socialism*, London, Verso, 2018 (ed. or. 1980).

⁷⁰ Il tema viene sviluppato da T. Casadei, *Diritti sociali*, Firenze, Firenze University Press, 2012.

È opportuno insistere sullo scarto rinvenibile fra le due prospettive: nella concezione liberale standard, i diritti sociali intervengono esternamente come riconoscimento di interessi che vengono determinati dentro la società stessa. Tale concezione è compatibile, ad esempio, con politiche di austerità in quanto occorre prima gestire la riproduzione della società e solo in un secondo momento, a seconda della ricchezza prodotta, pensare a rendere effettive quelle aspirazioni alle quali verrebbero ricondotti i diritti sociali. Occorre, invece, ribaltare la relazione fra scarsità e diritti sociali. È la materialità dei diritti sociali a rendere questi ultimi dispositivi normativi atti a mobilitare ed organizzare il conflitto politico sugli equilibri sociali e quindi a designare il perimetro entro il quale si discute di come gestire la scarsità. Infatti, la delimitazione della scarsità è la posta in gioco del conflitto sulle risorse da destinare ai diritti sociali. Pertanto, risulta insostenibile che sia una scarsità determinata pre-politicamente a dettare quali e quanti siano i margini di protezione dei diritti sociali. In quest'ottica, la scarsità di risorse non influisce sulla definizione del loro status. Al contrario, si tratta di riconoscere che la dimensione politica dei diritti sociali non può che portare con sé elementi di riflessività. Quest'ultima è funzionale alla messa in discussione dei meccanismi che producono la stessa scarsità delle risorse. Naturalmente la scarsità rimane un problema, ma non attiene alla differenza fra diritti di libertà e diritti sociali. Piuttosto, un costituzionalismo politico sensibile alle tesi della discontinuità dovrà prestare particolare attenzione ai meccanismi produttivi soggiacenti alle prestazioni richieste dai diritti sociali per individuare la struttura generativa di una determinata condizione di scarsità.

Queste considerazioni sul rapporto fra limitatezza delle risorse e diritti sociali devono essere integrate da alcuni chiarimenti sul ruolo del mercato. A livello di organizzazione delle istituzioni, le considerazioni precedenti conducono a separare in maniera netta gestione politica dei diritti e razionalità del mercato. Prima dell'avvento dei diritti sociali e della loro costituzionalizzazione, il mercato forniva semplicemente uno spazio di libertà e veniva interpretato come tale attraverso le lenti offerte dalle libertà civili attraverso il passaggio dallo *status* al contratto. Si tratta, riprendendo un tema già sottolineato, di una versione formale dei diritti, equivalente, secondo la tipologia offerta da Hart, ad un perimetro protettivo che crea le condizioni per lo sviluppo dell'istituzione mercato.⁷¹ Tuttavia, in condizioni diverse come quelle dettate da alcuni ordinamenti (statali e sovranazionali) contemporanei, i diritti sociali possono essere intesi non come scudi a protezione delle scelte individuali, quanto come vere e proprie istituzioni.⁷² Osservata dalla prospettiva normativa, fra le due istituzioni (mercati e diritti sociali) vi è una inerente tensione, in ultima istanza incompontibile. Non è possibile delegare ai meccanismi di mercato l'organizzazione delle prestazioni e distribuzioni di servizi sociali perché ciò significherebbe rendere invisibile il livello della materialità sostituendo la condivisione dell'incertezza (*uncertainty*) attraverso la solidarietà con la distribuzione del rischio (*risk*) attraverso il meccanismo del prezzo equo. Il rischio, in tal senso, viene tematizzato fin dal principio secondo il meccanismo del prezzo, ossia come legato inescindibilmente ad una valutazione economica con la quale si trasforma una condizione generale di incertezza in un rischio che genera aspettative e preferenze razionali.⁷³ L'incertezza, che accompagna la condizione sociale, rimane invece questione da affrontare, in ultima istanza, politicamente.⁷⁴

5. Diritti sociali fra costituzionalismo politico e giuridico

⁷¹ HLA Hart, *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon, 1982, p. 171.

⁷² Cf R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, cit., pp. 28-31.

⁷³ La distinzione fra incertezza e rischio è stata tematizzata da Frank Knight, *Risk, Uncertainty, and Profit*, Boston, Riverside Press, 1921.

⁷⁴ Si rinvia all'analisi di E. Christodoulidis, *The Redress of Law*, cit., pp. 308-310.

La questione delle forme di protezione dei diritti sociali ha investito ordinamenti costituzionali molto diversi fra loro. Quale sia la migliore forma di tutela istituzionale dei diritti sociali è questione che ha occupato larga parte della dottrina nelle ultime decadi.⁷⁵ Si tratta di una delle tematiche principali sulla quale costituzionalisti politici e costituzionalisti giuridici si sono divisi e confrontati. Per i primi, i diritti sociali sono meglio riconosciuti e protetti dalle istituzioni politiche e dai parlamenti in particolare.⁷⁶ Per i secondi, il mancato riconoscimento della protezione giurisdizionale dei diritti sociali equivale alla negazione del loro statuto di diritti.⁷⁷ Le ricerche comparatistiche hanno prodotto risultati controversi ed è difficile trarre da esse l'idea che un canale istituzionale sia *a priori* superiore agli altri.⁷⁸

Pertanto, l'argomento presentato qui di seguito ha carattere preminentemente normativo e si basa sull'idea, precedentemente esposta, che sia un bene preservare la differenza fra diritti sociali e diritti di libertà anche da un punto di vista strategico. Se si accetta questo punto, si deve pertanto riconoscere che una forma robusta e diffusa di costituzionalismo politico – ossia una forma che non si limiti a riconoscere la centralità del parlamento – sia la più adeguata per mantenere spazi aperti per la messa in discussione di come realizzare tali diritti, in particolare sottolineando il nesso fra produzione, distribuzione e accesso a beni e servizi. E, in tal senso, una delle questioni più controverse rimane quella – compatibile con versioni forti del costituzionalismo giuridico – dell'azionabilità individuale, sostenuta spesso in dottrina come rimedio principale all'incapacità delle istituzioni politiche di tutelare i diritti sociali. Il rischio principale che si corre quando si assoggettano i diritti sociali alla logica dell'azionabilità individuale è quello, da un lato, di impedire che abbia luogo un conflitto sulla produzione e distribuzione della ricchezza collettiva oscurando la connessione fra i due momenti e, dall'altro lato, di permettere, di conseguenza, una più facile contaminazione dei diritti con la logica del mercato o, per meglio dire, del prezzo. In tal senso, i diritti sociali, quando inquadrati in una struttura di contenzioso tradizionale, vengono a perdere il loro carattere sociale, in quanto esposti ad una riduzione nel confronto fra parti (nella forma solita di: il soggetto x ha diritto a ricevere la prestazione y dallo Stato o da altri?) che rende la dimensione materiale invisibile. Inoltre, la questione della formazione dei bisogni ai quali essi sono chiamati a dare risposta finisce spesso per essere occultata in sede giurisdizionale.

Tuttavia, per quanto le risorse epistemiche e materiali della giurisdizione siano limitate, occorre riconoscere che anche le istituzioni politiche sono facilmente esposte al rischio di cattura da parte della logica del prezzo. È meglio chiedersi, in base al contesto politico-costituzionale, in quali circostanze ricorrere ad un determinato canale istituzionale porti a ridurre (o riformulare) i diritti sociali alla loro dimensione individuale. A seconda dei contesti, può darsi il caso che un diritto sociale venga protetto nella sua peculiarità attraverso un intervento legislativo, una decisione giudiziale⁷⁹ od un altro tipo di decisione politica (un referendum) o amministrativa (un'agenzia). È pertanto impossibile rispondere *a priori* alla questione circa la protezione

⁷⁵ Per un riassunto del dibattito è utile (anche se non esaustivo), C. Gearty, V. Mantolovou, *Debating Social Rights*, Hart, Oxford, 2010.

⁷⁶ M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2008; K. Ewing, 'Economic Rights', in M. Rosenfeld, A. Sajó (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1036-1052.

⁷⁷ Una posizione di compromesso, ispirata alla tesi della 'contestualità plurima' di Lon Fuller, viene proposta da J. King, *Judging Social Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012. King propone di mantenere i diritti sociali soggetti sia a protezione politica che a protezione giudiziaria. Un'altra posizione di mediazione viene espressa da S. Gardbaum, *The New Commonwealth Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

⁷⁸ Per una panoramica si rinvia a King, *Judging Social Rights*, cit., cap. 2.

⁷⁹ Naturalmente, in questo caso molto dipende da come sono organizzati l'accesso e i ricorsi alle corti. Per una valutazione dei metodi a disposizioni delle corti si veda C. Valentini, 'Il futuro dei diritti sociali fra garanzie essenziali e garanzie ragionevoli', in *Jura Gentium*, 2012, accessibile al seguente link: <https://www.juragentium.org/topics/rights/it/valentini.pdf>.

istituzionale dei diritti sociali migliore in termini assoluti o relativi. È chiaro, tuttavia, che se si riconosce la materialità dei diritti sociali, ossia il loro essere parte integrante degli assetti di produzione sociale, allora, per affrontare appropriatamente il tema della loro protezione, occorre muovere il discorso sul piano dei soggetti collettivi (delle forze sociali) che possano imprimere forza materiale ai diritti sociali.⁸⁰ Non c'è diritto sociale che non sia istituzione e organizzazione, e pertanto è impossibile che venga attuato se non vi sia anche un portatore collettivo.⁸¹ Ciò comporta due conseguenze: 1) la protezione dei diritti sociali deve avvenire in modo primariamente politico, ossia con modalità che mantengano aperta la possibilità di una rivendicazione da parte di soggetti collettivi, dei diritti stessi; 2) alla luce dei conflitti fra diritti, è essenziale che la eventuale protezione giurisdizionale non produca una legalizzazione del conflitto primariamente politico attorno ai diritti sociali. Il rischio è che una simile 'conquista evolutiva' (per usare l'espressione cara a Luhmann), condizioni profondamente la formazione delle pretese relative ai diritti sociali. Infatti, il rischio è che, se incanalate dentro ordinari percorsi giurisdizionali, la presentazione di tali rivendicazioni venga modificata per renderle commensurabili ai modi specifici delle procedure e del ragionamento giudiziale.⁸² Ad esempio, per riuscire a quantificare il riconoscimento di una rivendicazione ad una prestazione sociale, una corte viene sollecitata a rendere il conflitto fra posizioni antitetiche commensurabile su una medesima linea di misurazione.⁸³ Ma in questo modo, una prima riduzione del diritto sociale a individuale viene realizzata a scapito della sua materialità. La componente collettiva ed organizzativa del diritto sociale viene sacrificata a favore della misurazione di un'aspettativa individuale che permette al giudice di determinare se una certa prestazione può essere demandata all'autorità pubblica affinché non si violi la dignità di una singola persona. Se la tesi della materialità è corretta, allora diventa chiaro che la riduzione del diritto sociale a titolo individuale può costituire un ostacolo per la formalizzazione della stessa rivendicazione come questione collettiva. Questo è quanto avvenuto, in alcune giurisdizioni come ad esempio il Brasile, sul tema del diritto alla salute. La possibilità di azionare a livello individuale pretese legate al diritto alla salute ha portato all'apertura di numerosi contenziosi, attivati spesso da soggetti meno bisognosi, ma in grado di garantirsi accesso adeguato al sistema giudiziario e riconoscimento del risarcimento per le prestazioni ricevute. Il risultato è per lo più consistito in una cesura fra la dimensione materiale del diritto sociale alla salute e il riconoscimento, da parte dello Stato, del diritto al risarcimento per i trattamenti sanitari.⁸⁴ Il legame fra partecipazione alla produzione sociale e condivisione delle incertezze è stato in tal modo sciolto, aprendo uno spazio considerevole a coloro che hanno i mezzi per ottenere certe prestazioni dallo Stato. In questo caso, l'azionabilità ha permesso ai meno bisognosi di rivendicare un diritto sociale senza aprire l'accesso a quest'ultimo a una più ampia categoria di persone.

Queste ultime considerazioni non devono portare alla conclusione che ogni forma di costituzionalismo giuridico sia *a priori* deleteria per i diritti sociali. È possibile immaginare

⁸⁰ Tale punto viene sottolineato con vigore da G. Azzariti, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2016, p. 81.

⁸¹ Una posizione articolata, ma fondamentalmente diversa, viene difesa da Giovanni Bisogni per il quale diritti civili e diritti sociali 'attribuiscono una pretesa che non solo è individuale, ma soprattutto è *giuridicamente indifferente* rispetto alle modalità con cui lo Stato adempie ai propri obblighi; e per entrambe le categorie di diritti la violazione di questi obblighi legittima la richiesta, da parte del singolo, di un rimedio particolare e concreto, alla portata della giurisdizione': G. Bisogni, 'Una giurisdizione all'altezza dei diritti sociali', in *Ragion pratica*, 48, 2017, p. 248.

⁸² S. Veitch, *Obligations*, Abingdon, Routledge, 2021, p. 48.

⁸³ S. Veitch, *Law and Irresponsibility*, Abingdon, Routledge, 2007, p. 83.

⁸⁴ O. Motta Ferraz, *Health as a Human Right. The Politics and Judicialisation of Health in Brazil*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.

forme di giuridificazione che non chiudono del tutto il conflitto attorno ai diritti sociali.⁸⁵ Tuttavia, se la tesi della discontinuità è corretta, allora per la giurisdizione non vi può essere molto di più che un ruolo facilitatore della realizzazione dei diritti sociali. Allo stesso tempo, per una serie di fattori legati alla crisi dei soggetti che animano i sistemi politici, ossia i partiti,⁸⁶ una versione tradizionale del costituzionalismo politico inteso come centralità del parlamento non è, da molto tempo, più sufficiente né realistica. Il costituzionalismo politico che viene evocato in queste pagine presta invece una forte attenzione sui processi di organizzazione dei diritti sociali che si traduce, anzitutto, nell'apertura a spazi di conflitto sull'organizzazione delle prestazioni.⁸⁷ Ciò significa che le modalità di produzione dei servizi sociali non possono essere scisse dalla definizione del contenuto del diritto sociale. La politicità è data dalla possibilità di discutere la cornice entro la quale vengono pensate le condizioni di produzione dei beni e servizi che riguardano i diritti sociali.⁸⁸

Un esempio può aiutare a chiarire il contenuto della dimensione materiale. Il diritto all'alimentazione (o al cibo) può essere considerato come diritto individuale ad accedere ad una determinata quantità (e qualità) di cibo.⁸⁹ Tuttavia, la materialità del diritto all'alimentazione richiede di tenere in conto non solo il momento del consumo, ma – più importanti – le fasi di *produzione e distribuzione* degli alimenti, nonché il legame fra loro. In tal senso, le questioni concernenti la produzione agricola e la distribuzione alimentare vengono generalmente eclissate quando il problema dell'accesso all'alimentazione viene posto di fronte ad una corte.⁹⁰ Un costituzionalismo politico robusto deve invece aprire alla prospettiva (sociale) dei soggetti produttori e tenere in conto che le prestazioni legate al cibo provengono da specifiche forme organizzative, culturali e politiche. Per recuperare l'aspetto cooperativo del diritto all'alimentazione occorre anzitutto riconoscerne il carattere organizzativo e, di conseguenza, mantenere aperta la possibilità di un conflitto sulla cornice di inquadramento dei principi e delle forme giuridiche di tale organizzazione. Anche se fosse immaginabile un accesso non mercificato agli alimenti (o ad alcuni generi alimentari primari), grazie ad esempio ad un intervento pubblico che interferisca con il meccanismo di formazione del prezzo al consumatore, la normatività del diritto all'alimentazione come diritto sociale non sarebbe ancora realizzata se il sottostante sistema di produzione rimanesse ispirato ad una agricoltura fondata sulla razionalità del mercato e il meccanismo del prezzo.⁹¹ Si tratterebbe ancora, in breve, di un sistema costruito per beneficiare gli interessi dei grandi proprietari terrieri, delle

⁸⁵ Per alcuni analisti questo è quanto avvenuto con la seminale serie di decisioni della Corte Suprema del Sud Africa. Si rinvia a S. Liebenberg, *Socio-Economic Rights: Adjudication under a Transformative Constitution*, Claremont, Juta, 2010.

⁸⁶ Cf. P. Mair, *Ruling the Void*, Londra, Verso, 2013; P. Ignazi, *Partito e democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2019.

⁸⁷ Riprendo questa idea, adattandola specificamente alla questione della tutela dei diritti sociali, dall'approccio dei conflitti sviluppato da M. Dani, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, Cedam, 2013.

⁸⁸ Si tratta, pertanto, di un costituzionalismo politico 'riflessivo'. Prendo in prestito il termine dalla teoria del costituzionalismo sociale, sulla quale si veda la brillante voce di A. Golia, 'Costituzionalismo sociale (teoria del)', in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 2017, pp. 219ss.

⁸⁹ Per un'analisi approfondita nel contesto italiano si rinvia alla tesi di dottorato di M. Bottiglieri, *Il diritto al cibo adeguato*, Tesi di dottorato Università Piemonte Orientale, 2015. Per un argomento a favore del riconoscimento costituzionale del diritto all'alimentazione si veda A. Morrone, 'Ipotesi per un diritto costituzionale dell'alimentazione', in G. Cerrina Ferroni, T. Frosini, L. Mezzetti, P. Petrillo (a cura di), *Ambiente, Energia, Alimentazione*, CESIFIN, 2016, vol. II, pp. 31-41.

⁹⁰ Anche per il diritto all'alimentazione si è assistito ad una crescente pressione affinché venga reso azionabile in sede giurisdizionale. Fra molteplici interventi, si vedano C. Courtis, 'The Right to Food as a Justiciable Right: Challenges and Strategies', in *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online* 11, 2007, pp. 317-37. S. Raponi, 'A Defense of the Human Right to Adequate Food', in *Res Publica* 23, 2017, pp. 99-115; K. Baile, Abingdon, Routledge, 2020, cap. 5.

⁹¹ Per una difesa classica di questo modo di intendere l'organizzazione dei processi di produzione agricola si rinvia a F. Hayek, *La costituzione della libertà*, Firenze, Vallecchi, 1996 (ed. or. 1960), pp. 443-462.

grandi imprese della filiera alimentare e del capitale finanziario.⁹² Da un punto di vista normativo, la realizzazione di questo diritto sociale difficilmente può avvenire allargando le maglie della protezione giurisdizionale perché è improbabile che possa mettere in questione le modalità di produzione del cibo. Si tratta, piuttosto, di attivare altre risorse giuridiche e sociali per riconnettere il diritto alla alimentazione con la sua base materiale, ossia con le sue forme organizzative di produzione e distribuzione.

Anche una controversa applicazione del diritto all'alimentazione come l'accesso alla mensa scolastica – per quanto complicato sia il suo status, visto che spesso viene considerato parte integrante del diritto all'istruzione⁹³ – può dare l'opportunità per mettere in questione le modalità di produzione e di distribuzione del cibo che viene consumato nelle scuole ponendo in stretta connessione l'accesso al pranzo con la produzione del cibo che viene servito.⁹⁴ La dimensione diffusa e 'micro' dell'organizzazione delle mense permette di aprire spazi di conflitto che non si articolano solo al livello dell'amministrazione centrale o delle corti apicali,⁹⁵ ma aprono ad una diretta contribuzione di diversi soggetti collettivi (movimenti, famiglie, studenti, produttori) a volte in collaborazione, a volte in conflitto, con istituzioni politiche locali (regioni, comuni e scuole). In tal modo, si può tematizzare la produzione e la distribuzione del cibo secondo un registro che non è semplicemente quello degli aspetti giuridici ed economici che determinano le dinamiche di mercato nella produzione del cibo (prezzo, profitto, contratto, proprietà) e che non possono essere messi direttamente in discussione in sede giurisdizionale.

6. Conclusioni

Questo articolo ha proposto un argomento normativo per sostenere certi aspetti di discontinuità fra diritti di libertà e diritti sociali sulla base della materialità di questi ultimi. Tre conseguenze importanti derivano dall'adottare questo punto di ingresso nella discussione sulla natura dei diritti. I diritti sociali devono essere identificati primariamente per mezzo dell'obbligo ad organizzare i beni e i servizi che devono essere distribuiti; all'obbligo deve corrispondere la materialità di tale organizzazione, ossia la intima connessione con i processi produttivi e riproduttivi della società; infine, solo un costituzionalismo politico irrobustito, diffuso e riflessivo può aprire spazi per mettere in questione i fattori che determinano la organizzazione e distribuzione dei servizi e beni che rappresentano il contenuto delle prestazioni associate ai diritti sociali ed impedire che questi ultimi finiscano per essere cooptati dal meccanismo del prezzo.

⁹² E. Holt-Giménez, 'Capitalism, Food, and Social Movements: The Political Economy of Food System Transformation', *Journal of Agriculture, Food Systems, and Community Development*, 9, 2019, p. 31. Si legga, inoltre, la brillante ricostruzione dell'impatto dei mercati finanziari sulla formazione dei prezzi di alcune derrate alimentari essenziali in A. Chadwick, *Law and the Political Economy of Hunger*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

⁹³ È interessante notare che le controversie riguardanti l'accesso alla mensa vengono declinate come diritto di libertà di scelta per le famiglie. La giustizia amministrativa sembra essersi stabilizzata sul riconoscimento del diritto all'autorefezione a partire dalla sentenza TAR Lazio 14368/2019.

⁹⁴ Per una ricostruzione sistematica si rinvia a G. Pettinati, A. Toldo, T. Ferrando, 'Food System as a Commons', in T. Ferrando, U. Mattei (a cura di), *Routledge Handbook of Food as Commons*, Abingdon, Routledge, 2018, cap. 3.

⁹⁵ Anche se non mancano, in altri contesti, le proposte per un ruolo attivo delle corti nel sancire l'accesso alla mensa: si veda K. Shields, 'Free School Meals and Governmental Responsibility for Food Provision'. *Edinburgh Law Review* 25, 2021, pp. 111–17.