

Esistenza, esigibilità e giustiziabilità dei diritti sociali

Paola Chiarella

ABSTRACT

Nel dibattito contemporaneo sulla tutela dei diritti sociali, il problema della loro protezione passa attraverso le questioni dell'esigibilità e della giustiziabilità. Se rispetto ai diritti di prima generazioni i diritti sociali sembrano non tenere il passo quanto alla effettività della tutela, occorre indagarne le ragioni dal punto di vista teorico e individuare precise responsabilità e relativi rimedi.

PAROLA CHIAVE

DIRITTI SOCIALI; ESISTENZA; ESIGIBILITÀ; GIUSTIZIABILITÀ; RESPONSABILITÀ STATALE; RIMEDI.

PREMESSA

Il cuore del dibattito contemporaneo verte intorno ai diritti sociali è dato dal problema della mancanza di giustiziabilità. Parte della dottrina, erede dell'impostazione kelseniana imperniata sulla centralità della sanzione, ritiene, infatti, di dover riconoscere il carattere di diritto soggettivo unicamente alle pretese sottoponibili al vaglio di un giudice, tali da legittimare una condanna del soggetto inadempiente ad eseguire quanto richiesto dal titolare del diritto.

Il bisogno dell'intermediazione legislativa di specificazione del contenuto del diritto e, soprattutto, di predisposizione di procedure volte a rimediare eventuali inadempienze appare, per tale ragione, evidente. Infatti, si ritiene che, solo quando gli elementi di dettaglio, necessari per enucleare compiutamente un diritto sociale, siano precisati attraverso una legge, come ad esempio, l'oggetto della prestazione ed il soggetto obbligato, allora il titolare potrà fruttuosamente intraprendere un'azione legale per rivendicare la propria pretesa.

In tal senso, appare utile richiamare la distinzione tra l'esistenza, l'esigibilità e la giustiziabilità di un diritto. In sostanza ci si doman-

da se, attraverso le tecniche ermeneutiche, sia possibile venire a capo di un'interpretazione che consenta di concepire i diritti sociali, esistenti a livello costituzionale e giustificati sul piano morale, come diritti esigibili e, come tali, anche giustiziabili. Occorre indagare se il paradigma giuspositivistico, del primato della legge e del giudice quale applicatore della stessa, possa, ancora ai nostri giorni, essere presentato come elemento ostativo per la tutela di diritti *essenziali*.

Il punto nevralgico è, dunque, presto individuato nel problema di ovviare alla mancanza di una legge che specifichi il contenuto di un diritto sociale. In definitiva, occorre provare se l'esistenza di diritti sociali, espressione di valori fondamentali e incorporati nei testi costituzionali, possa trovare la forza per affermarsi in tecniche interpretative capaci di creare ponti di sostegno laddove manchi l'impalcatura legislativa. In assenza della legge, individuare procedure, per vie alternative, pone il problema della legittimità delle procedure stesse. Proponendo una soluzione in questi termini si giunge altresì ad una interpretazione del senso della separazione dei poteri dello Stato e più, in generale, della democrazia.

1. DIRITTI SOCIALI E OBBLIGHI DELLO STATO

Il fenomeno della costituzionalizzazione dei diritti sociali ha fatto sì che la *moralità* che fonda tali diritti trovi la sua *forza* nel dato costituzionale. Se ci muoviamo all'interno della componente morale, che riempie di contenuto tali diritti, ci troveremo dinnanzi all'impellenza di rinvenire vie alternative alle omissioni parlamentari che si traducono in contrasto con le indicazioni costituzionali. È possibile configurare un obbligo morale in capo allo Stato se teniamo presente che lo stesso non è un'istituzione irriflessiva nei confronti dei consociati, la cui attività possa essere svolta senza dar conto del proprio operato soprattutto laddove quest'ultimo si concretizzi in una violazione delle situazioni giuridiche soggettive. L'idea evoca il *Principio di razionalità*¹ posto da Ackerman tra i principi rettori del dialogo liberale volto a risolvere il problema della disuguaglianza. Il *Principio di razionalità* postula che ogni posizione di potere debba essere giustificata, allorché si chieda al detentore di renderne conto. Nessuno, infatti, può godere del "privilegio dell'invisibilità".

Gli organi dello Stato, detentori di potere, sono chiamati a rispondere circa il proprio operare o meno nei confronti della collettività. Il potere si esercita, non più come in passato, principalmente nell'interesse del sovrano secondo la formula del *sic volo, sic iubeo*, ma in nome e per conto della collettività. La teoria dei diritti pubblici soggettivi secondo cui sovrano è lo Stato e i cittadini sono suoi organi è, infatti, ormai superata. La funzione di rappresentanza delle istituzioni politiche ci porta a riconoscere che le «istituzioni che esercitano potere sulle persone devono trattare queste persone come esseri umani»². Come ricorda Norberto Bobbio, l'azione politica non si sottrae affatto al giudizio morale poiché essa è soggetta, «come ogni altra azione libera o presunta libera dell'uomo, al giudizio di lecito

e illecito, in cui consiste il giudizio morale»³. L'agire politico si deve, infatti, confrontare non solo con il problema dell'idoneità dei mezzi circa il raggiungimento del fine, ma deve porre altresì la questione della legittimità del fine, poiché anche per chi ritiene che l'azione politica abbia natura essenzialmente strumentale, essa non è «strumento per qualsiasi fine che all'uomo politico piaccia perseguire»⁴. Se il fine dell'azione politica è il bene comune, e non il perseguimento di interessi di parte, allora essa deve attivarsi con i mezzi più idonei al raggiungimento di quel fine.

La realtà istituzionale della politica nasce in virtù di un'*intenzionalità collettiva di funzione*⁵. Gli organi dotati di poteri di rappresentanza esercitano le loro funzioni grazie all'investitura popolare. Così facendo, si materializza un'*ontologia* che seppure *invisibile* fa sì che l'agire politico sia rappresentativo della volontà popolare. Allorché tale agire non sia rappresentativo degli interessi e dei bisogni della collettività, l'*ontologia invisibile* si sgretola ed il detentore del potere non ha più un titolo valido per svolgere le suddette funzioni. Lo stesso accade per il Parlamento che ritardi ingiustificatamente la predisposizione di quanto necessario per rendere giustiziabili i diritti sociali, definiti come «il più importante fondamento di legittimità delle istituzioni politiche e degli assetti sociali nel vecchio continente»⁶. L'investitura di potere rappresentativo a cui consegua però assenza di intervento legislativo in materia sociale determina la *messa in mora* del Parlamento.

Quando ci si interroga sui fondamenti della democrazia e del riconoscimento dei diritti fondamentali «è necessario ricorrere a considerazioni di valore (...) che non possono essere determinate da norme giuridiche che compongono il sistema»⁷, e ciò in ragione del fatto

1 B. A. Ackerman, *La giustizia sociale nello Stato liberale*, Bologna, 1984, p. 42.

2 R. Dworkin, *Cos'è un diritto umano*, in "Ragion Pratica", (2007) II, p. 471.

3 N. Bobbio, *Elogio della mitezza*, Milano, 2010, p. 84.

4 *Ibidem*, p. 85.

5 J. R. Searle, *La costruzione della realtà sociale*, Milano, 1996, p. 33.

6 A. J. Menéndez, *La linfa della pace: i diritti di solidarietà nella Carta dei Diritti dell'Unione Europea*, in "Diritto e questioni pubbliche", (2004), n.4, p. 96.

7 C. S. Nino, *Il diritto come morale applicata*, a cura di Massimo La Torre, Milano, 1999, p. 60.

che il discorso giuridico non è «un discorso insulare in quanto è immerso in un discorso giustificativo più ampio»⁸. La validità delle norme non può poggiare sull'esistenza di altre norme dal momento che questa operazione, sebbene possibile, non sarebbe *giustificativa*, ma meramente descrittiva di un rinvio di norma in norma. Essa lascerebbe insoddisfatti coloro che pretendono una *ragione* o una *giustificazione* in senso *pragmatico* circa l'esistenza della norma. Chi, ad esempio, per stipulare un contratto segua una certa forma, potrebbe giustificare la sua condotta riferendosi all'articolo del codice civile che ne prescrive il formalismo per quella tipologia. Tuttavia la ragione *pragmatica* della forma, ammettiamo per atto pubblico, non poggia solo sull'articolo che la contempla. Un *fatto* (l'aver rispettato la forma prescritta) «può essere certo la causa di una condotta, ma non ne costituisce la ragione»⁹ che invece può consistere nell'esigenza di maggiore certezza ed opponibilità ai terzi che quella forma consente di ottenere.

Lo stesso ragionamento vale per gli altri tipi di norme per cui, detto in altri termini,

«le ragioni inerenti al ragionamento giuridico che alludono al fatto che certe norme sono parte di un sistema giuridico non sono, esse stesse, ragioni giuridiche, ma appartengono ad un sistema giustificativo più ampio»¹⁰.

Dietro l'incorporazione dei diritti sociali nel testo costituzionale si deve riconoscere la componente giustificativa dal punto di vista morale, che consiste nell'assicurare ad ogni individuo le condizioni necessarie a condurre una *vita dignitosa* rispetto alla quale *autonomia* e *benessere* sono condizioni imprescindibili per «la capacità di formulare, modificare, e perseguire una concezione della vita buona e l'assenza di sofferenza fisica»¹¹.

Mancando queste due condizioni, la vita dell'uomo verrebbe negativamente compromessa e quando ciò non dipende dalle scelte

8 *Ibidem*.

9 M. La Torre, *Presentazione* a C. S. Nino, *Il diritto come morale applicata*, cit., p. VIII.

10 C. S. Nino, *Il diritto come morale applicata*, cit., p. 69.

11 C. Fabre, *Social Rights under Constitution. Government and the Decent Life*, Oxford, 2004, p. 15.

personali del soggetto, ma dalla mancanza di intervento statale e di cooperazione sociale, mantenere lo *status quo* di indifferenza appare inaccettabile. I diritti sociali esprimono il bisogno di protezione contro quei fattori che minacciano la soddisfazione di necessità basiche, rappresentando, infatti, «uno scudo per gli indifesi, almeno contro alcune delle forme più devastanti e più comuni di minacce alla vita»¹².

L'obbligo del legislatore ha poi una natura oltre che *morale* anche *giuridica*¹³. Infatti, la previsione di diritti sociali nel testo costituzionale e la ratifica del *Patto internazionale sui diritti economici, sociale e culturali* del 1976 (PIDESC), consentono di individuare da subito almeno un soggetto obbligato che è lo Stato, e più in particolare il legislatore, tenuto ad affrontare le questioni sociali attraverso lo strumento della legge. Su questo aspetto Hayek ha fondato una delle ragioni che militano contro i diritti sociali poiché un diritto può dirsi esistente nella misura in cui ad esso corrisponda l'obbligazione di un altro soggetto individuato attraverso la legge.

In realtà, il soggetto originariamente "individuato" è lo Stato, poi soggetti ulteriormente "individuabili" saranno coloro che il legislatore riterrà opportuno gravare di determinati obblighi sociali. Infatti, alla luce del

diritto internazionale, le obbligazioni relative ai diritti umani attengono primariamente gli Stati. Quando gli Stati cercano di mettere in atto queste obbligazioni nel diritto nazionale, è necessario che essi impongano dei doveri sulle persone soggette alla loro giurisdizione. Doveri di rispettare i diritti di altre persone, e doveri di contribuire al benessere comune, rendono possibile che lo Stato assista e provveda in modi che rendono

12 H. Shue, *Basic Rights. Subsistence, affluence and U.S. foreign policy*, Princeton, New Jersey, 1996, p. 18.

13 Si afferma, ad esempio, che la *Dichiarazione universale dei diritti umani* contenga sia l'obbligo morale che giuridico di realizzare i diritti economici, sociali e culturali. Cfr. A. Eide, *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, e M. Scheinin, *Economic, and Social Rights as Legal Rights*, entrambi in A. Eide, C. Krause, A. Rosas (ed.), *Economic, Social and Cultural Rights. A textbook*, Dordrecht, Boston, London, 1995, rispettivamente p. 35 e p. 41. Sul rapporto tra *moral rights* e *legal rights* cfr. C. Fabre, *Social Rights under Constitution. Government and the Decent Life*, cit., p. 100.

ciascuno capace di godere i propri diritti economici, sociali e culturali¹⁴.

L'art. 2.1 del PIDESC, ad esempio, dichiara che ciascuno degli Stati parte

si impegna ad operare, sia individualmente sia attraverso l'assistenza e la cooperazione internazionale, specialmente nel campo economico e tecnico, con il massimo delle risorse di cui dispone al fine di assicurare progressivamente con tutti i mezzi appropriati, compresa in particolare l'adozione di misure legislative, la piena attuazione dei diritti riconosciuti nel presente Patto.

Sono configurabili allora obblighi "immediati" in capo agli Stati che consistono nell'adottare misure di attuazione e nel garantire che i diritti contenuti nel Patto si esercitino senza alcuna discriminazione¹⁵. Ciò significa che l'inattività dello Stato è *in re ipsa* l'inadempimento di un obbligo.

Su tale aspetto un gruppo di esperti ha elaborato nel 1986 alcuni *Principi interpretativi sull'implementazione* del PIDESC (detti di *Limburgo*) che contribuiscono a specificare e chiarire quanto richiesto dal Trattato¹⁶.

Il principio 16 prevede, ad esempio, che *tutti gli Stati parte hanno l'obbligo di iniziare immediatamente a compiere i primi passi nella realizzazione dei diritti contemplati*. Infatti, sebbene i diritti sociali si realizzino di regola in "misura progressiva" ciò non significa che lo Stato possa trattenersi dal compiere a tempo indefinito, gli sforzi necessari alla sicura realizzazione (principio 21). La

componente della progressiva realizzazione del Patto è spesso erroneamente concepita come implicante che i diritti economici, sociali e culturali possano essere realizzati solo quando un paese raggiunga un certo livello di sviluppo economico. Questo non è né l'intento né l'interpretazione giuridica di questa disposizione. Piuttosto, questo dovere obbliga tutti gli

14 A. Eide, *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, in A. Eide, C. Krause, A. Rosas (ed.), *Economic, Social and Cultural Rights. A textbook*, cit., p. 35.

15 Cfr. *Economic, Social and Cultural Rights. Handbook for National Human Rights Institution*, United Nations, New York and Geneva, 2005, p. 9.

16 I principi sono detti di *Limburgo* dal luogo in cui si sono tenuti gli incontri tra gli esperti. Lo stesso vale per i principi di *Maastricht* derivanti da un altro incontro tenutosi nella città olandese nel 1997.

Stati membri, a prescindere dal livello di ricchezza nazionale, a muoversi il più velocemente possibile verso la realizzazione dei diritti economici, sociali e culturali (principio 25). Il Patto esige immediatamente l'uso efficace ed equo delle risorse¹⁷.

A tale scopo tutti gli Stati dovranno utilizzare gli strumenti più appropriati e tra questi sono incluse anche le misure legislative, amministrative, giudiziali, economiche, sociali ed educative (principio 17). Le misure legislative possono in alcuni casi non essere sufficienti oppure in altri apparire indispensabili laddove le legislazioni già esistenti fossero in contrasto con quanto richiesto dal Trattato e pertanto debbano essere modificate (principio 18). In particolare poi, tutti gli Stati devono prevedere *rimedi effettivi* che includono chiaramente anche quelli *giudiziali* (principio 19). Oltre ai *Principi di Limburgo* sono stati individuati successivamente altri principi, detti di *Maastricht*, sulle *violazioni dei diritti economici, sociali e culturali* che distinguono tra violazioni attive e passive.

Le prime possono consistere, tra le tante, nella deroga o sospensione di misure legislative o nella negazione della titolarità di diritti ad alcuni individui o gruppi. Le seconde possono concretizzarsi nella mancata adozione di misure appropriate in base a quanto richiesto dal Patto (ovvero nel mancato adoperarsi affinché sia assicurata l'efficacia di questi diritti secondo standard minimi internazionali); nella mancata riforma della legislazione contraria a tali diritti; nell'incapacità di portare ad effetto la legislazione e le politiche di implementazione; nella mancata regolazione delle attività di individui o gruppi che con il loro comportamento violino tali diritti, oppure ancora nella mancata previsione di strumenti di controllo sulla loro realizzazione¹⁸.

17 *Economic, Social and Cultural Rights. Handbook for National Human Rights Institution*, cit., p. 10. L'espressione "al massimo delle risorse disponibili" include sia le risorse nazionali che l'assistenza e la cooperazione economica e tecnica che lo Stato può ricevere dalla comunità internazionale (principio 26). Secondo Robert Robertson le risorse possono essere di cinque tipi: 1) risorse umane; 2) risorse tecnologiche; 3) risorse conoscitive; 4) risorse naturali; 5) risorse finanziarie.

18 V. *The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, Principio 14 *Violations through*

Alla luce di quanto sinora sostenuto, dovremmo ragionare sui rimedi che devono essere individuati a livello nazionale allorché la lacuna legislativa minacci seriamente il godimento di diritti essenziali per la vita di ognuno. Infatti,

le norme costituzionali sui diritti prive di garanzie (per esempio non giustiziabili, o prive di leggi attuative delle necessarie agenzie) sono invece norme che introducono (quantomeno) un dovere giuridico di completamento a carico del legislatore¹⁹.

La *funzione promozionale* che il diritto svolge nello Stato sociale richiede il compimento di azioni positive dei poteri pubblici volte a soddisfare esigenze fondamentali degli individui²⁰. Per tali ragioni, come afferma Peces-Barba, il dovere originario dello Stato avente carattere negativo/astensivo si scompone in una pluralità di doveri positivi finalizzati alla soddisfazione di diritti di credito originatisi dal valore di uguaglianza²¹. Come tramandato dalla tradizione repubblicana e socialista

l'atto costitutivo del politico crea una comunità il cui valore risiede non nella protezione che offre contro l'aggressione altrui, ma nel fatto che rende possibile una forma di vita veramente umana, nella quale ciascuno può ora relazionarsi con gli altri²².

2. ESISTENZA ED ESIGIBILITÀ DEI DIRITTI SOCIALI

Nel momento in cui si prende coscienza dell'inadempimento, da parte del legislatore, dell'obbligo morale e giuridico derivante dalle norme costituzionali e internazionali sui diritti sociali, non si può fare a meno di riscontra-

acts of commission e *Principio 15 Violations through acts of omission*; cfr. V. Abramovich - C. Curtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2004, pp. 80-81.

19 M. Jori, *Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, p. 80.

20 N. Bobbio, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in "Riv. trim. dir. proc. civ." (1969), pp. 1313 e ss.

21 G. Peces-Barba, *Los deberes fundamentales*, in *Doxa* (1987), n. 4, p. 338.

22 F. Atria, *¿Existen derechos sociales?* in *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*, Alicante, 2005, p. 17.

re l'esistenza di vuoti normativi, che rendono l'ordinamento giuridico incompiuto.

Tale incompiutezza viene definita da Ferrajoli, in una delle quattro tesi presentate nella teoria dei diritti fondamentali, come una *lacuna* che ci porta a distinguere l'esistenza dei diritti dalle loro garanzie. Questo concetto ci consente di concepire separatamente l'esistenza di un diritto dalla sua *esigibilità* e *giustiziabilità*. Se queste categorie non fossero distinte, dovremmo negare l'esistenza di un diritto laddove manchino le norme che ne specificano il contenuto, nonché le procedure che lo rendano giustiziabile. Dato che non sappiamo contro chi fare valere il diritto, né in concreto che cosa esso comporti e neppure se si possa ottenere tutela giudiziale, taluni deducono che il diritto in questione non esista. Questa impostazione, fondamentalmente kelseniana, ha però anche un certo sapore realista allorché la dimensione pratica e fattuale venga assunta come unica norma di riconoscimento all'interno del sistema giuridico. Se tuttavia teniamo presente il carattere nomodinamico di un ordinamento giuridico in virtù del quale l'esistenza o meno di una situazione giuridica ovvero di un'aspettativa, di un obbligo, di un divieto o di un permesso, dipende dall'esistenza di una norma che li contempra, allora appare evidente che è possibile trovarsi dinnanzi a diritti esistenti perché costituzionalmente previsti per i quali però, in mancanza di una legge, non sia possibile individuare l'obbligo o il divieto preciso ad essi corrispondente. Il diritto esiste, ma manca come dice Ferrajoli la "garanzia primaria" a precisione dell'obbligo e del divieto e tale mancanza è fonte di una lacuna nell'ordinamento giuridico. Accanto poi alle *garanzie primarie* di esigibilità, il filosofo italiano individua le *garanzie secondarie* di giustiziabilità che consistono negli «obblighi di riparare o sanzionare giudizialmente le lesioni dei diritti, ossia le violazioni delle loro garanzie primarie»²³. La presenza di lacune primarie e secondarie non incide sull'esistenza del diritto che si pone in un momento anteriore rispetto alla specificazione di quegli elementi pur tut-

23 L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., p. 11.

tavia indispensabili per il diritto stesso. Questo appare più chiaro allorché si distinguano i diritti fondamentali dai diritti patrimoniali.

Questi ultimi non sono essi stessi *norme* come accade per i diritti fondamentali, ma sono *predisposti da norme* (quelle ad esempio del codice civile) che «non ascrivono né impongono immediatamente nulla, ma semplicemente predispongono situazioni giuridiche quali effetti degli atti da esse previsti»²⁴. In virtù allora di un contratto, di un testamento, di una donazione, (che sono atti singolari), il soggetto potrà dire di avere un diritto e che un altro consociato è nei suoi confronti obbligato. I diritti patrimoniali sono quindi «predisposti da norme ipotetiche quali effetti di contratti, i quali sono sempre, simultaneamente, le fonti delle correlative obbligazioni che ne formano le garanzie primarie»²⁵. I diritti fondamentali invece sono *disposti da norme tetiche* che cioè «immediatamente dispongono le situazioni con esse espresse»²⁶. Ecco allora che, mentre per i diritti patrimoniali predisposti da norme ipotetiche, l'esistenza del diritto implica la garanzia primaria e pertanto diritto e garanzia sono co-originari, per i diritti fondamentali, che sono norme ascrivitive di situazioni giuridiche, può ben configurarsi l'esistenza di un diritto e l'inesistenza della garanzia primaria. Negare ciò, ricorda Ferrajoli, significa sminuire il valore di due grandi conquiste del XX secolo, che sono, appunto, l'*internazionalizzazione* dei diritti fondamentali e la *costituzionalizzazione* dei diritti sociali.

La mancanza della garanzia primaria incide su un piano diverso, che è quello dell'efficacia, e non dell'esistenza di un diritto. Che i diritti fondamentali siano ancora inefficaci in alcune parti del mondo, non significa che essi non esistano, ma, piuttosto, che occorre impegnarsi a livello politico e istituzionale per assicurarne la più piena protezione. La proclamazione di un diritto non coincide, infatti, con il suo adempimento, né l'impegno a realizzare garanzie sociali è di per sé soddisfacente²⁷.

24 *Ibidem*, p. 17.

25 *Ibidem*, p. 30.

26 *Ibidem*.

27 H. Shue, *Basic Rights. Subsistence, affluence and U.S. foreign policy*, cit., p. 16.

Le garanzie di cui parla Ferrajoli sono «i diversi strumenti attraverso i quali i diritti si rendono effettivi»²⁸, sicché allora occorre distinguere «l'oggetto di un diritto e le forme in cui questo può essere realizzato, perché un diritto può realizzarsi in diversi modi»²⁹. A questo punto, però, appare chiaro che l'inefficacia non è una lacuna, perché il diritto *esiste* comunque e dunque la sua *esigibilità* potrebbe essere definita per via interpretativa.

A tal fine sembra utile il *principio di covalidità* di Ota Weinberger, che consente di superare la prospettiva nomo-dinamica kelseniana e dunque il postulato di Ferrajoli³⁰. Il filosofo ceco sostiene che l'ordinamento giuridico non è solo "dinamico" (per cui le norme di grado inferiore sono derivate da quelle di grado superiore mediante attribuzioni formali di competenza a certi organi), ma anche "statico" e pertanto costituito da regole di condotta in cui le norme meno generali o individuali sono derivate da quelle più generali tramite inferenze logiche e senza la necessità di ulteriori atti di autorizzazione³¹.

In questa prospettiva l'inefficacia non è semplicemente un difetto tecnico, ma si profila, piuttosto, come la mancata adozione delle norme sui diritti fondamentali quali "criteri di riconoscimento della validità di un ordinamento"³². Questo concetto rende ragione dell'esistenza dei diritti fondamentali all'interno di un sistema giuridico, in virtù della posizione che essi assumono nella struttura dell'ordinamento e più in generale della *funzione* da essi svolta. E dunque,

non è in primo luogo la natura dei diritti economici, sociali e culturali che nega l'applicazione giudiziale di questi diritti, ma la mancanza di

28 J. L. Rey Pérez, *La naturaleza de los derechos sociales*, in "Derechos y Libertades", (enero 2007), n. 16, Época II, p. 141.

29 *Ibidem*, p. 142.

30 Cfr. O. Weinberger, *Rechtslogik*, Berlin, 1989.

31 In argomento si v., M. La Torre, *Ota Weinberger, Neil MacCormick e il neoistituzionalismo giuridico*, in G. Zanetti, (a cura di) *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, 1999, capitolo I.

32 G. Palombella, *Diritti fondamentali. Per una teoria funzionale*, in "Sociologia del diritto", (2000), n. 1, p. 55.

competenza e buona volontà dei corpi giudicanti nel ricevere, esaminare, pronunciarsi sui reclami che riguardano questi diritti³³.

I diritti fondamentali vanno visti come norme che

effettivamente prevedono come obbligatoria la tutela di un bene, il quale ha valore per la comunità, sostiene un interesse individualizzato, e colloca in una posizione di vantaggio i soggetti cui quel bene deve riferirsi³⁴.

I diritti sociali costituzionali svolgono poi una *funzione caducatrice* determinando l'illegittimità degli atti legislativi, esecutivi e anche giudiziari ad essi contrari. Se allora una norma «diviene criterio di validità (di altre norme e delle attività poste in essere dai poteri costituiti), un diritto fondamentale certo possiede un peculiare valore normativo»³⁵. Da ciò ne consegue che i diritti fondamentali, essendo *giuridicamente vincolanti*, non possono essere lasciati alla *disponibilità* della sfera politica, nel senso che tale remissione «deve essere evitata poiché esiste già una decisione (politica) che ha reso positivi quei diritti, a livello internazionale e/o statale»³⁶.

Le difficoltà che presentano i diritti sociali si possono così superare per via interpretativa, fintanto che il legislatore non intervenga. Questo comporta il coinvolgimento degli organi giudiziari. I *giudici ordinari* potrebbero svolgere un ruolo significativo nella tutela dei diritti sociali, se quest'ultimi fossero interpretati come diritti soggettivi e non piuttosto come norme programmatiche. Si può condividere che in

Italia pur in assenza di un'esplicita previsione normativa che prescrive l'applicazione diretta dei diritti costituzionali nei rapporti tra soggetti privati, quest'ultima non pare essere seriamente contestata da alcuno. Così, in assenza di una intermediazione del legislatore, spetta ai giudici evitare che i precetti costituzionali rimangano come in attesa di attuazione con grave violazione di beni a valenza massima³⁷.

33 *Economic, Social and Cultural Rights. Handbook for National Human Rights Institution*, cit., p. 26.

34 G. Palombella, *Diritti fondamentali. Per una teoria funzionale*, cit., p. 63.

35 *Op. cit.*, p. 65.

36 *Op. cit.*, p. 68.

37 G. Comandé, *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, in G. Comandé (a cura di) *Diritto privato europeo e*

Se questo vale per i rapporti tra privati, dovrebbe valere anche per i rapporti Stato-cittadino.

Anche la giurisprudenza delle Corti costituzionali può rivelarsi particolarmente importante per la chiarificazione e lo sviluppo del contenuto concettuale dei diritti. Le Corti sono, infatti, «ad un tempo organi giudiziari ed organi legislativi, organi cioè dotati d'un certo potere di legislazione (sia pure, talvolta, solo abrogativo) superiore a quello goduto ed esercitato dai rispettivi Parlamenti»³⁸. In questi casi potrà apparire evidente un conflitto tra la «democrazia come società retta da una costituzione» e la «democrazia come governo del popolo»³⁹ e bisognerà allora compiere una scelta, che non costringe alla sospensione del giudizio se teniamo presente che

sia la libertà individuale sia la democrazia presuppongono, e rinviano a, un corpo di principi verso i quali la stessa libertà e la stessa sovranità

diritti fondamentali, Torino, 2004 p. 30. Nell'ambito del diritto privato: «le tecniche adottate e adottabili sono quelle ormai consuete di utilizzo dei precetti costituzionali in funzione integratrice di clausole generali ovvero attraverso la «mediazione di norme ordinarie a struttura aperta» come l'articolo 2043 c.c. e, oggi, l'art. 2059 c.c. che consentono di trasformare il precetto di tutela dalla potenza in atto».

38 M. La Torre, *Democrazia*, in M. La Torre – G. Zanetti, *Seminari di filosofia del diritto*, Soveria Mannelli, (CZ), 2000, p. 191 e pp. 213-214 in cui si legge: «Il garantismo insomma è ben poca cosa se equivale al controllo plurilaterale tra poteri, sfociando in un sistema di reciproci condizionamenti istituzionali tra gli organi costituzionali dello Stato: il sistema dei «pesi e contrappesi» che impedisce ad un organo, quale che sia la sua posizione costituzionale, di elevarsi decisamente su tutti gli altri. [Potremmo invece dire che l]a *Grundnorm* per questo garantismo normativo sostanziale risiede nei principi metagiuridici della Costituzione e non già nel compromesso raggiunto dai poteri dello Stato».

39 In questi casi può «esservi cioè conflitto tra la democrazia come società retta da una costituzione (da principi e regole dotati di dignità e forza superiori a quelle godute dalle leggi ordinarie espresse dagli organi della sovranità popolare) e la democrazia come governo del popolo (della volontà decisionistica e *legibus soluta* di questo). Tale tensione può presentarsi nella forma d'un conflitto di competenze tra il potere legislativo e quello giudiziario, tra il «rappresentante del popolo» e il «custode della costituzione» (che nei sistemi dotati di costituzioni «rigide» è oggi in genere il giudice, costituzionale e/o ordinario)». *Ibidem*, p. 217.

tà (come volontà rispettivamente individuale e collettiva) nulla (giustificatamente) possono. Si tratta eminentemente di una serie di diritti la cui violazione – anche con l’assenso consapevole degli’interessati – sancirebbe una situazione moralmente inaccettabile; la cui violazione da parte di un certo regime politico – sia pure per consenso unanime dei cittadini – ci segnalerebbe la natura illiberale e *non democratica* di quel regime⁴⁰.

3. EFFICACIA SOGGETTIVA DEI DIRITTI SOCIALI E GIUSTIZIABILITÀ

Dell’inefficacia dei diritti sociali se ne fa spesso un uso retorico simile a quello della sineddoche, per cui *un* aspetto viene assunto come rappresentativo *del tutto*. Con questo non s’intende negare che l’inefficacia è un aspetto problematico, ma si vuole piuttosto evidenziare che esso non lo è di tutti i diritti sociali e che comunque non è totale o definitivo.

Se si intende

prendere sul serio una costituzione o un patto di diritti umani che consacrano diritti sociali, se uno assegna a questi strumenti non solamente valore normativo, ma un valore normativo supremo, destinato a limitare e imporre obbligazioni ai poteri pubblici, importa giustamente reclamare questa costruzione e non – come fanno molti giuristi – leggere nel termine «diritto», quando si tratta di diritti sociali, una espressione figurata o metaforica, tesi che tuttavia non sosterebbero quando si trattasse di interpretare i diritti civili⁴¹.

In questo modo s’intende superare l’angusta concezione che propone una lettura separata delle leggi ordinarie e della Costituzione, per cui le norme costituzionali sarebbero un mero limite per l’attività del legislatore, finendo per ridurre

l’assetto costituzionale ad una funzione di delimitazione della regole del gioco e sottraendo ad esso in positivo ogni capacità promozionale, che invece la natura delle stesse norme in oggetto e ragioni storico-politiche inducono ad attribuirgli addirittura in via privilegiata⁴².

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ V. Abramovich - C. Curtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 58.

⁴² P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 190.

Anche a livello internazionale alcuni diritti, consacrati nel PIDESC, (come ha evidenziato il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali nell’Osservazione Generale n. 3), sono applicabili immediatamente dagli organi giudiziari e sono: “l’uguaglianza tra uomo e donna” come previsto dall’art. 3; “un equo salario ed una eguale remunerazione per un lavoro di eguale valore, senza distinzione di alcun genere” (art. 7.a.1); “la libertà sindacale ed il diritto di sciopero” (art. 8); “la protezione e l’assistenza di fanciulli e adolescenti senza discriminazione alcuna per ragioni di filiazione o per altre ragioni e protezione contro lo sfruttamento economico e sociale” (art. 10.3); “l’istruzione obbligatoria e gratuita accessibile a tutti e libertà dei genitori di scegliere l’educazione per i propri figli e libertà d’insegnamento” (art. 13 2.a, 3.4); “la libertà della ricerca scientifica e attività creativa” (art. 15.3)⁴³. Ma anche per gli altri diritti, il riconoscimento internazionale e costituzionale

determina, in ogni circostanza, un nucleo indisponibile per i differenti poteri costituiti, dal legislatore all’amministrazione fino agli stessi tribunali. Come conseguenza di ciò, nessuno di questi organi può disconoscerlo né lasciare di assicurarlo a tutte le persone, iniziando da quelle che si trovano in situazione di maggiore necessità⁴⁴.

Ecco che,

mentre i rispettivi rami del governo devono essere rispettati, è appropriato riconoscere che i tribunali sono generalmente già coinvolti in una serie considerevole di questioni che hanno implicazioni importanti circa le risorse. L’adozione di una rigida classificazione dei diritti economici, sociali e culturali che li ponga, per definizione, oltre la portata dei tribunali sarebbe così arbitraria ed incom-

⁴³ Cfr. V. Abramovich - C. Curtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 88; H. J. Steiner, P. Alston, R. Goodman, *International Human Rights in context. Law, Politics, Morals*, Oxford, 2007, p. 314; M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Schoten, 2003, p. 134; A. Saccucci, *Profili di tutela dei diritti umani*, Padova, 2005, p. 59; L. Pineschi, (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, p. 138.

⁴⁴ G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, 2007, p. 86.

patibile con il principio secondo cui i due gruppi di diritti umani sono indivisibili e interdipendenti. Essa ridurrebbe anche drasticamente la capacità dei tribunali di proteggere i diritti dei gruppi più vulnerabili e svantaggiati della società⁴⁵.

Infatti, come ricorda Alexy, «i diritti fondamentali sono posizioni così importanti la cui decisione di proteggerli non può essere semplicemente lasciata alle maggioranze parlamentari»⁴⁶. Dire che un diritto è fondamentale significa che è collegato a situazioni giuridiche soggettive così essenziali per la vita degli individui, che la sua lesione non potrà mai trovare giustificazioni adeguate.

Le norme sui diritti fondamentali contenute nella Costituzione obbligano il legislatore democratico, stabilendo cosa *non possa decidere* o *debba decidere*. I diritti sociali constano di tre elementi: il titolare, lo Stato e l'azione positiva dello stesso. Se dunque il titolare ha diritto ad un'azione positiva messa in atto dallo Stato, ne deriva che lo Stato ha il relativo *obbligo* di compiere l'azione positiva. Se questo è vero allora «il titolare del diritto ha il potere di far valere il diritto dinnanzi ai giudici»⁴⁷.

Ciò emerge anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca, secondo cui, allorché il legislatore tardi arbitrariamente ad adempiere ai suoi obblighi, gli individui possono far valere i loro diritti in sede giudiziaria. Non c'è dubbio, ha affermato la Corte costituzionale che, tra gli obblighi gravanti sullo Stato si possono annoverare quelli di prestare aiuto a quei cittadini che sono ostacolati nel loro sviluppo personale e sociale da debolezza fisica e mentale e che non sono capaci di provvedere a se stessi. E dunque grava sullo Stato l'obbligo di assicurare le condizioni essenziali per un'esistenza dignitosa⁴⁸. Sulla base dei ragionamenti seguiti dalla Corte costituzionale tedesca si può constatare che sebbene la Costituzione federale non enumeri espressamente molti diritti sociali, essa presenta tuttavia dei *punti di par-*

tenza oggettivi per un'interpretazione orientata verso l'assegnazione di diritti soggettivi. Per tali ragioni Alexy inquadra i diritti sociali o "diritti in senso stretto" nella categoria dei "diritti ad azioni positive dello Stato", in cui sono compresi anche i "diritti di protezione contro gli altri cittadini" ed i "diritti di organizzazione e procedimento" e giustifica l'attribuzione di diritti sociali come diritti soggettivi evidenziando il loro carattere liberale, nel senso che senza i diritti sociali, che garantiscono la libertà reale, la libertà formale non avrebbe alcun valore, finendo per essere – riprendendo Böckenförde – una formula vuota. Infatti, i diritti fondamentali

tra le altre cose, esprimono principi che richiedono che l'individuo sia capace di sviluppare liberamente la sua dignità nella comunità sociale, che presuppone un certo grado di libertà fattuale. Irresistibilmente la conclusione è che se lo scopo dei diritti costituzionali è il libero sviluppo della personalità umana, allora essi sono anche rivolti verso la libertà fattuale, e così sono 'non solo principi che prevedono un potere giuridico, ma anche la reale *capacità d'agire*'⁴⁹.

In questo modo, alla luce del sistema tedesco Alexy giustifica in materia sociale l'intervento della Corte costituzionale, sollevando così il problema del bilanciamento tra il *principio della libertà reale* e quello della *separazione dei poteri* e della *democrazia* (che include la competenza finanziaria del Parlamento). La soluzione viene tracciata nei seguenti termini: se la lesione del principio della separazione dei poteri e il principio democratico fossero lesi in misura non così rilevante rispetto a quanto accadrebbe nel caso della lesione del principio della libertà reale, allora a quest'ultimo deve essere riconosciuta la prevalenza allorché i diritti sociali siano garantiti ad un livello essenziale o minimo. Sebbene questo riconoscimento allargato ad un numero elevato di persone comporti una spesa non indifferente per lo Stato, ciò non può condurre "né ad affermare che i diritti sociali non esistano, né che il principio della competenza finanziaria del Parlamento sia illimitato, dal momento che non esistono principi assoluti"⁵⁰.

45 H. J. Steiner, P. Alston, R. Goodman, *International Human Rights in context. Law, Politics, Morals*, cit., p. 315.

46 R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2004, p. 297.

47 *Ibidem*, p. 296.

48 *Ibidem*, p. 290.

49 *Ibidem*, p. 340.

50 *Ibidem*, p. 344.

Questo ragionamento ricorda la tesi espressa da Henry Shue sui diritti fondamentali, o meglio “essenziali”, “basic” secondo la sua definizione. Infatti, sono ritenuti essenziali i diritti di sussistenza perché il loro godimento è condizione indispensabile per il godimento di tutti gli altri diritti. Da ciò deriva che il tentativo di godere di altri diritti, sacrificando un diritto essenziale, sarebbe controproducente. Si priverebbero gli altri diritti non essenziali del loro fondamento sostanziale. Per tali ragioni

se un diritto è essenziale, si può sacrificare un altro diritto non essenziale, se necessario, al fine di assicurare il diritto essenziale. Ma la protezione di un diritto essenziale non può essere sacrificata al fine di assicurare il godimento di un diritto non essenziale. Esso non può essere sacrificato perché non può essere sacrificato con successo⁵¹.

In virtù di tali considerazioni si può dire che la tutela dei diritti sociali non può sicuramente essere sacrificata per preservare la separazione dei poteri.

Al fine di trovare il giusto equilibrio tra i poteri dello Stato nel caso di inattività del legislatore, si potrebbe configurare in materia di diritti sociali il *diritto al risarcimento del danno* per mancata predisposizione delle garanzie primarie e secondarie. Questa soluzione non dovrebbe apparire teoricamente eccentrica e praticamente irrealizzabile, se consideriamo che essa è già alla base del sistema di diritto europeo in tema di risarcimento del danno per tardivo recepimento delle direttive comunitarie. Difatti, in ambito europeo la Corte di giustizia ha previsto il risarcimento del danno a carico del singolo Stato in quanto la piena efficacia delle direttive comunitarie è subordinata ad un’azione da parte dello Stato, di modo che per i cittadini si profila l’impossibilità di far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti riconosciuti dal diritto comunitario.

Allo stesso modo, i diritti sociali impongono agli Stati l’obbligo di predisporre misure necessarie a renderne effettivo il godimento e la garanzia sicché l’inattività del legislatore

⁵¹ H. Shue, *Basic Rights. Subsistence, affluence and U.S. foreign policy*, cit., p. 19.

può certo configurare la possibilità del risarcimento del danno.

Procrastinare la tutela di diritti fondamentali, come renderli ineffettivi, si traduce in un’azione *fraudolenta*, come lo sarebbe «fornire alle persone dei buoni pasto senza fornire cibo»⁵². Ora, se la giustizia, come ricorda Rawls, è la prima virtù delle istituzioni sociali, il rimedio all’agire *fraudolento* risulta condizione indispensabile per la legittimazione dello Stato. Altrimenti, in tema di diritti sociali, si pone in atto una prassi di *scorrettezza costituzionale e pratica antidemocratica*⁵³ che finisce per rendere l’esercizio del potere del tutto *ingiustificato*.

Paola Chiarella è Dottore di ricerca in Teoria del diritto e ordine giuridico europeo
paola.chiarella@libero.it

⁵² Su carattere fraudolento e per la citazione si v. H. Shue, *Basic Rights. Subsistence, affluence and U.S. foreign policy*, cit., p. 27.

⁵³ L’espressione di Norberto Bobbio non si riferisce esplicitamente al tema dei diritti sociali, ma più in generale al rapporto tra morale, politica e diritto e constata la frequenza con cui l’agire politico segue una prassi volta ad aggirare il rispetto delle norme costituzionali e ad sottrarsi al giudizio morale. Si v. N. Bobbio, *Elogio della mitezza*, cit., p. 86.