



JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale
Journal of Philosophy of International Law and Global Politics



JURA GENTIUM

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale

Journal of Philosophy of International Law and Global Politics

<http://www.juragentium.org>

Segreteria@juragentium.org

ISSN 1826-8269

Vol. IX, n. 1, Anno 2012

Redazione

Luca Baccelli, Nicolò Bellanca, Pablo Eiroa, Orsetta Giolo, Leonardo Marchettoni (segretario organizzativo), Juan Manuel Otero, Renata Pepicelli, Paola Persano, Stefano Pietropaoli, Katia Poneti, Ilaria Possenti, Lucia Re (vicedirettore), Filippo Ruschi (segretario di redazione), Emilio Santoro, Sara Turchetti, Francesco Vertova (webmaster), Silvia Vida, Danilo Zolo (direttore)

Comitato scientifico

Margot Badran, Raja Bahlul, Richard Bellamy, Franco Cassano, Alessandro Colombo, Giovanni Andrea Cornia, Pietro Costa, Alessandro Dal Lago, Alessandra Facchi, Richard Falk, Luigi Ferrajoli, Gustavo Gozzi, Ali El Kenz, Predrag Matvejević, Tecla Mazzaresse, Abdullahi Ahmed An-Na'im, Giuseppe Palmisano, Geminello Preterossi, Eduardo Rabenhorst, Hamadi Redissi, Marco Revelli, Armando Salvatore, Giuseppe Tosi, Wang Zhenmin

Il futuro dei diritti sociali tra garanzie essenziali e garanzie ragionevoli

Chiara Valentini

1. Introduzione

Il riconoscimento dei diritti sociali a livello costituzionale così come sovra-nazionale ed internazionale¹ ha legittimato “aspettative di tutela” che solo in parte hanno trovato riscontro in “garanzie sociali o positive” equiparabili, specie nella dimensione giuridica, alle “garanzie liberali o negative per la tutela dei diritti di libertà”². Diversamente da questi ultimi, infatti, i diritti sociali trovano nei sistemi giuridici contemporanei delle opportunità di tutela incerte, legate alle sorti di un processo di elaborazione di strumenti e tecniche di garanzia che è ancora “sospeso” e controverso, specie in sede giurisprudenziale.

Sotto quest’aspetto, occorre definire gli spazi e i mezzi di una tutela che consenta ai titolari dei diritti sociali di far valere le proprie ragioni in giudizio e alla giustizia costituzionale di esercitare un controllo “esterno” sulla legittimità degli interventi o dell’inerzia del legislatore, e dei poteri politici in generale, rispetto al soddisfacimento di quelle ragioni.

Occorre, in tal senso, misurarsi con due ordini di difficoltà: in primo luogo, si pone un problema di “giustiziabilità”, che richiede di valutare se i diritti sociali si prestino ad essere oggetto di tutela giudiziale e se quest’ultima possa dirsi legittima e adeguata; in secondo luogo, si pone un problema di “giudizio”, che richiede di far luce sul modo in cui tale tutela dovrebbe essere apprestata. Il problema della giustiziabilità, per molto tempo, è stato al centro del dibattito teorico che, dapprima, lo ha affrontato in una prospettiva “descrittiva”, a partire da una rappresentazione “formale” e “statica” dei diritti sociali, per giungere, poi, a ridimensionarlo e prospettare le soluzioni in una prospettiva “normativa”, a partire da un inquadramento di tali diritti in termini “sostanziali” e “dinamici”³. Dal canto proprio, anche il potere giudiziario ha dovuto

¹ Il riferimento è alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo (1948) e al Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (adottato nel 1966 ed entrato in vigore nel 1976); alla Carta Sociale Europea (1961), complemento della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo che garantisce i diritti civili e politici; alle Costituzioni che garantiscono i diritti sociali, da quella tedesca a quella italiana, da quella spagnola a quella portoghese, da quella russa a quella sudafricana (per un’analisi comparativa, si veda M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2009. Vi sono, poi, significative eccezioni, tra cui spicca quella del mancato riconoscimento dei diritti sociali nella Costituzione degli USA, ancora oggi interpretata nel senso dell’esclusione di tali diritti dal novero dei diritti di rango costituzionale.

² L. Ferrajoli, *Diritti Fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 5, p. 31. Contro la possibilità di elaborare garanzie siffatte, per cui i diritti sociali non potrebbero dirsi “veri” diritti soggettivi, si veda R. Guastini, “Diritti”, *Analisi e diritto, Ricerche di giurisprudenza analitica* (1994), 1.

³ A partire dalla distinzione proposta da M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 99, si vuole sottolineare, cioè, il passaggio da un approccio teorico ai diritti di stampo “conoscitivo”, che li studia come i micro-diritti o macro-diritti che abbiamo in base alle norme vigenti, a un approccio di stampo “normativo”, che guarda ai diritti come ragioni da cui scaturiscono



valutare le proprie possibilità di intervento per maturarne, progressivamente, una consapevolezza che trova riscontro nella “più recente esperienza giuridica che per vie diverse ha visto ampliarsi”⁴ le forme di tutela giurisdizionale dei diritti sociali.

Questi sviluppi hanno sottratto terreno al problema della giustiziabilità, a favore del problema del giudizio: la possibilità di instaurare un rapporto tra diritti sociali e giurisdizione ha trovato giustificazioni teoriche e concreti riscontri a partire dai quali, ormai, occorre riflettere sui connotati e le possibili evoluzioni di tale rapporto. In tal senso, importanti spunti di riflessione sono offerti dalla “vibrante e varia”⁵ giurisprudenza prodotta da corti ordinarie e, soprattutto, da corti costituzionali sempre più “attivamente impegnate” sul terreno della giustizia sociale entro una rete di scambi e reciproche influenze⁶ di cui sono parte anche istituzioni internazionali che, pur non svolgendo funzioni giudiziarie, hanno il compito di monitorare le risposte dei sistemi giuridici statali alle aspettative di tutela sociale.

L’esperienza che questi organi, su fronti diversi, hanno maturato e “messo in circolo” è segnata dal tentativo di mettere a punto tecniche di tutela fondate su due approcci giudiziali: da un lato, il cosiddetto *core approach*, che punta a una difesa categorica del contenuto essenziale dei diritti sociali; dall’altro lato, un approccio che potremmo definire della “ragionevole realizzazione”, teso a soddisfare tali diritti “quanto più è possibile”, tenuto conto delle risorse disponibili e di esigenze normative confliggenti.

In questa sede, mi soffermerò su questi due approcci, entro una più ampia riflessione sui progressi compiuti, e ancora da compiere, nel rapporto tra diritti sociali e giurisdizione. L’analisi sarà circoscritta alla sfera della giustizia costituzionale, per due ragioni: in primo luogo, perché le vicende che la interessano sono al centro del dibattito costituzionalistico contemporaneo, segnato dal confronto tra modelli che valorizzano il ruolo svolto dalle corti costituzionali in chiave anti-maggioritaria, per affidare ad esse la garanzia dei diritti, e modelli che, invece, invocano un ridimensionamento di tale ruolo a favore della sfera politico-maggioritaria, per attribuire alle istituzioni che rappresentano i cittadini il primato decisionale in materia di diritti; in secondo luogo, perché il rapporto tra giustizia costituzionale e diritti sociali, oggi, è segnato da significativi sviluppi sia in termini di progressivo superamento delle difficoltà associate alla giustiziabilità di tali diritti, sia in termini di graduale elaborazione degli strumenti decisionali con cui affrontare le questioni che riguardano la loro tutela.

Nella prima parte di questa analisi accennerò ai nodi problematici della giustiziabilità, per evidenziare le soluzioni che essi hanno trovato e a partire dalle quali, oggi, il “giudizio” costituzionale sui diritti sociali deve definire il proprio statuto; nella seconda parte, mi soffermerò sulle difficoltà con cui tale “giudizio” si misura, per

“micro-diritti” e “macro-diritti”. In quest’ottica, si richiama la distinzione tra concezione “statica” dei diritti e concezione “dinamica” dei diritti, proposta da B. Celano, “I diritti nella *jurisprudence* anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz”, *Analisi e diritto*, (2001) 1, pp. 1-58.

⁴ L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., p. 32.

⁵ D. Landau, “The Reality of Social Rights Enforcement”, *Harvard International Law Journal*, (2012), 1, pp. 401-459, p. 402.

⁶ A.M. Slaughter, A “Typology of Transjudicial Communication”, *University of Richmond Law Review*, 29 (1994), pp. 99-137 e Id., “Judicial Globalization”, *Virginia Journal of International Law*, 40 (2000), pp. 1103-1124; M. Shapiro e A. Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, New York, NY, Oxford University Press, 2002.



apprezzare in chiave critica le diverse soluzioni offerte dal *core approach* e dall'approccio della ragionevole realizzazione.

2. La giustiziabilità dei diritti sociali: nodi problematici e soluzioni

La giustiziabilità dei diritti sociali costituisce tradizionalmente un duplice nodo problematico concernente, a) sul piano “tecnico”, la possibilità di configurarli come oggetto di tutela giudiziale, e b) sul piano “istituzionale”, la legittimazione e/o competenza degli organi giudiziari riguardo ad essi⁷. Le difficoltà che si pongono su entrambi i fronti sono da ricondursi a quella, più generale, di inquadrare le aspettative di tutela sociale come diritti in senso giuridico.

Lo statuto normativo di tali aspettative, infatti, è controverso specie in virtù di un rapporto con la dimensione degli obblighi che, secondo alcuni interpreti, non presenterebbe i requisiti logico-formali necessari per qualificarle come “veri” diritti.

Più precisamente, le istanze di tutela sociale sfuggirebbero a uno schema concettuale costruito intorno all'assioma della correlatività tra diritti ed obblighi, che vuole i primi necessariamente legati ad obblighi incombenti su soggetti determinati. Questa impostazione, però, è stata messa in discussione da approcci teorici che sostengono la priorità logica ed assiologica dei diritti rispetto agli obblighi, per svincolarne lo statuto giuridico dalla correlatività con questi ultimi, legarlo a ragioni sostanziali e offrirne rappresentazioni formali conseguenti.

a) Le difficoltà “tecniche”

Dal punto di vista “tecnico”, la giustiziabilità dei diritti sociali dipende dalla possibilità di configurarli come pretese che possono essere azionate/soddisfatte in sede giurisdizionale.

Rispetto ad essa, le obiezioni sono state alimentate da una visione dei diritti che, in linea di massima, li qualifica in senso giuridico come “posizioni normative soggettive compiutamente determinate”⁸ aventi un correlativo concettualmente necessario in speculari posizioni soggettive di obbligo⁹. In quest'ottica, i diritti sono classificati come

⁷ Per questa classificazione delle difficoltà relative alla giustiziabilità dei diritti sociali, ricorrente in letteratura, si vedano C. Fabre, “Constitutionalising Social Rights”, *The Journal of Political Philosophy*, 3 (1998), pp. 263-284, ed E. C. Christiansen, “Adjudicating Non-Justiciable Rights: Socio-Economic Rights and the South African Constitutional Court”, *Columbia Human Rights Law Review*, (2007), 2, pp. 321-386.

⁸ Secondo la ricostruzione di B. Celano, “I diritti nella *jurisprudence* anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz”, cit., p. 6: “Per ‘concezione statica’ (dei diritti) intendo, in prima approssimazione, una concezione che vede un diritto come una posizione normativa soggettiva elementare (atomica), compiutamente determinata, o come un insieme finito, compiutamente determinato (un aggregato, una molecola), di posizioni siffatte”.

⁹ Secondo lo schema della correlatività di W. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Essays*, New Haven, CT, Yale University Press, 1913, p. 38 (“duty and rights are correlative terms”). Sullo schema hohfeldiano, si vedano, tra gli altri, M. Kramer, *Rights Without Trimmings*, in M. Kramer, N. Simmonds, H. Steiner (a cura di), *A Debate over Rights. Philosophical Enquiries*, Oxford, Clarendon, 1998, pp. 7-111; R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 132-138; trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2012; B. Celano, *I diritti nella jurisprudence anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, cit.; A. Ross, *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1965, pp. 151-159.



“positivi”, in quanto correlativi ad obblighi “di fare” e, quindi, pretese a prestazioni altrui, e “negativi”, in quanto correlativi ad obblighi di “non fare” e, dunque, pretese ad altrui omissioni.

Secondo questa classificazione, i diritti civili e politici, quali pretese all'altrui astensione da interferenze con l'esercizio di libertà fondamentali, sono inquadrati come diritti “negativi”, mentre i diritti sociali, in quanto pretese a prestazioni pubbliche, sono qualificati come diritti “positivi” dai connotati peculiari, che ne renderebbero difficile, o addirittura impossibile, la “gestione” in sede giudiziale: a.1) in primo luogo, per la difficoltà di determinarne il contenuto e il rapporto con la dimensione degli obblighi in termini giuridici; a.2) in secondo luogo, per la difficoltà di “ottenere” con strumenti giurisdizionali l'adempimento delle prestazioni necessarie per “realizzarli”.

a.1) Quanto al primo punto, le difficoltà riguardano la possibilità di determinare i diritti sociali in termini giuridicamente plausibili¹⁰, cioè di catturarne l'oggetto e dar conto del loro rapporto con la dimensione degli obblighi secondo “*standards* giuridici”¹¹. Su entrambi i fronti, tale possibilità è stata messa in discussione entro quella visione dei diritti che, come si è accennato, pretende di qualificarli in senso giuridico in base a requisiti formali, per concettualizzarli come specifiche pretese (*claims*) individuali correlative a specifici obblighi (*duties*) individuali¹². In quest'ottica, diritti ed obblighi sono i due termini di un nesso concettualmente necessario per il quale si implicano a vicenda entro relazioni determinate “in modo universale e astratto” da “regole giuridiche, in ipotesi pre-esistenti e pre-determinate”¹³. Da questa prospettiva, si è riscontrata la difficoltà di rendere i diritti sociali in termini di obblighi giuridici secondo lo schema della correlatività: non sarebbero configurabili come pretese a prestazioni determinate esigibili nei confronti di soggetti determinati, perché non può pre-stabilirsi ciò che va fatto per realizzarle né chi debba farlo.

Questa visione limita, però, la rappresentazione dei diritti a una descrizione, peraltro parziale, dei nessi logico-formali che li legano agli obblighi entro un discorso giuridico analizzato in chiave “statica”, senza toccare la dimensione sostanziale in cui quei nessi trovano una giustificazione. Contro questa impostazione “descrittiva”, nel tempo, è maturata un'insoddisfazione teorica che ha determinato il passaggio a un'impostazione “normativa” da cui è scaturita un'analisi dei diritti incentrata sulla funzione che essi svolgono come ragioni di tutela, riferite a interessi meritevoli di particolare protezione, che sottendono il discorso giuridico per determinarne i contenuti e le forme secondo ciò che il soddisfacimento di interessi siffatti può richiedere¹⁴. In questi termini, i diritti

¹⁰ C. Fried, *Right and Wrong*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1978, p. 110.

¹¹ R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., p. 341.

¹² In questa prospettiva, nella teoria kelseniana, il diritto soggettivo deve concepirsi “necessariamente” come “diritto al comportamento di qualcun altro” (H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, ETAS libri, 1994, p. 75); diritti e doveri, pertanto, sono “concetti conversi” come li definisce N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, p. 199.

¹³ B. Celano, “I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz”, cit., p. 47.

¹⁴ Il riferimento è alla *interest theory* per la quale un diritto soggettivo in senso giuridico è una forma di protezione che il diritto oggettivo accorda a un interesse o bene, del titolare del diritto o di altri, purché si tratti di un interesse o bene meritevole di protezione in forza di valori che le varie versioni della *interest theory* specificano diversamente. Per una formulazione e difesa della *interest theory*, si vedano J. Raz, “The Nature of Rights”, *Mind*, (1984), 2, pp. 194-214 (anche in Id., *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press, 1986) e Id., *Legal Rights*, in “Oxford Journal of Legal Studies”, 4, pp. 1-21 (anche in Id., *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford,



sono un “criterio di individuazione, e principio di giustificazione, di doveri, o ulteriori posizioni soggettive”¹⁵ che si aggregano e modificano quanto più complesse e multiformi sono le ragioni che i diritti esprimono. Questi ultimi, perciò, hanno una struttura complessa¹⁶, che combina pretese con libertà, poteri, immunità, e non è originariamente determinata. Ove si tratti di interessi fondamentali, e di diritti investiti da processi di costituzionalizzazione, questa complessità è particolarmente accentuata e trova riscontro in formule giuridiche che non la cristallizzano, ma esprimono il fulcro normativo (variamente connotato in sede teorica) intorno al quale essa si articola.

In questi termini, il discorso giuridico sui diritti sociali non pone, rispetto alla determinazione dei propri contenuti, difficoltà maggiori di quelle incontrate dal discorso sui diritti civili o politici¹⁷.

Esso, infatti, li esprime con formule di principio dal contenuto connotato ora come “ampio”, ora come “aperto”, ma non per questo indeterminabile in termini giuridici: l’interprete può, e deve, gestirlo come una “trama” di regole, ed implicite eccezioni, ovvero di ragioni normative da catturare in chiave argomentativa, a partire dagli interessi fondamentali cui sono riferibili¹⁸. Anche le relazioni dei diritti sociali con la dimensione degli obblighi, in quest’ottica, devono essere ripensate attraverso un’analisi in chiave “diacronica”¹⁹ che vada oltre lo schema della correlatività e l’idea della co-originarietà di diritti ed obblighi²⁰.

Tali relazioni, cioè, devono essere inquadrare alla luce della priorità assiologica e concettuale dei diritti rispetto agli obblighi: si tratta di nessi “dinamici” che legano i primi, come ragioni di tutela di interessi fondamentali, ai secondi, come conseguenze che il discorso giuridico può trarre da ragioni siffatte. In quest’ottica, i diritti sociali, così come i diritti civili e politici, sono la matrice giuridica e il fondamento degli

1994; N. MacCormick, “Rights in Legislation”, in P.M.S. Hacker e J. Raz (a cura di), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977; D. Lyons, “Rights, Claimants and Beneficiaries”, in Id. *Rights, Welfare, and Mill’s Moral Theory*, New York, NY, Oxford University Press, 1994. Non si può approfondire, in questa sede, la diversa prospettiva di H.L.A. Hart (si veda, in particolare, H.L.A. Hart, “Bentham on Legal Rights” (1973), in C. Wellman (ed.), *Rights and Duties*, vol. 1, *Conceptual Analyses of Rights and Duties*, New York-London, Routledge, 2002) in cui, come noto, i diritti proteggono ambiti di scelta (*choice theory*) e che può dirsi minoritaria rispetto alla *interest theory*.

¹⁵ B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, cit., pp. 41-42.

¹⁶ Come chiarisce C. Wellman, *A Theory of Rights*, Totowa, NJ, Rowman and Allenheld, 1985, i diritti sono da concepirsi come insiemi di posizioni hohfeldiane.

¹⁷ Il fatto che i diritti sociali risultino più indeterminati, nel loro contenuto, rispetto ai diritti civili e politici, non è una conseguenza dell’impossibilità di determinarli in sede giurisprudenziale, ma piuttosto dello scarso esercizio che la giurisprudenza, finora, ha svolto in tal senso a causa di quelle reticenze formaliste che, tradizionalmente, l’hanno ostacolato, come sottolinea E.C. Christiansen, *Adjudicating Non-Justiciable Rights: Socio-Economic Rights and the South African Constitutional Court*, cit., p. 346.

¹⁸ Il riferimento è, da un lato, alle diverse tesi avanzate dai teorici positivisti, sulla scia di H. L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, (1962), Torino, Einaudi, 1965, e, dall’altro lato, alle tesi avanzate da teorici (neo-)costituzionalisti come Ronald Dworkin e Robert Alexy (si vedano, in particolare, R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1978 e R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, cit.).

¹⁹ M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, cit., p. 99. Si veda, a tal proposito, l’analisi di C. Wellman, *Real Rights*, New York, Oxford University Press, 1995.

²⁰ Si veda, a tal proposito, l’analisi svolta da C. Wellman, *Real Rights*, New York, Oxford University Press, 1995, secondo l’idea che la logica dei diritti “possa iniziare da Hohfeld, ma debba andare oltre le sue distinzioni concettuali” (Id., “Legal Rights”, *IVR Encyclopedia*, <<http://ivr-enc.info/index.php?title=Rights>>).



obblighi: questi sono “generati” dai diritti che, però, restano “qualcosa di diverso, e originario” rispetto ad essi²¹. “Non necessariamente”, cioè, “dato un diritto, è con ciò stesso determinato se vi sia un obbligo ad esso corrispondente (da esso giustificato), o quale esso sia (né, dunque, chi vi sia soggetto)”²².

Lo schema della correlatività, dunque, può tutt'al più descrivere dei rapporti giuridici che derivano dai diritti sociali, ma non pone le condizioni di esistenza normativa di tali diritti. Esso, inoltre, non consente di descrivere compiutamente i rapporti, complessi e “asimmetrici”, che possono stabilirsi tra obblighi e diritti sociali. Questi ultimi, come tutti i diritti “di base”²³, infatti, non fondano relazioni “binarie” tra posizioni giuridiche soggettive simmetriche, in termini positivi o negativi; da essi, piuttosto, derivano obblighi “multiformi”: non si può ritenere che interessi fondamentali come quelli protetti da tali diritti “possano essere tutelati imponendo un solo dovere” giacché sono “entità complesse” e “vi sono tanti modi in cui possono essere soddisfatti o violati”; essi comportano “ondate”²⁴ di obblighi, potendo richiedere di essere soddisfatti attraverso azioni e omissioni al contempo.

Su queste basi, oggi, può dirsi superata la rappresentazione, anche logico-formale, dei diritti sociali come pretese non determinabili e, quindi, non “esigibili” su cui hanno fatto leva le tesi contro la possibilità di apprestare ad esse garanzie giudiziali. Si pone, piuttosto, il problema di mettere a punto tecniche interpretativo-argomentative che, secondo le premesse illustrate, consentano di determinare l'oggetto e la portata dei diritti sociali e, con essi, i confini del giudizio che li riguarda, tenendo conto della complessità strutturale che li contraddistingue e caratterizza gli obblighi che ne derivano.

Prende sempre più corpo, da questo punto di vista, l'esigenza teorica di far luce sulla rete “policentrica” dei multiformi obblighi che scaturiscono dai diritti sociali, andando oltre la “semplicitistica rappresentazione”²⁵ di essi in termini puramente positivi. Come si vedrà, anche la giurisprudenza procede nella direzione indicata da questi sviluppi teorici: per un verso, rivolge un'attenzione sempre maggiore all'elaborazione di *standards* per l'interpretazione delle garanzie dei diritti sociali; per altro verso, lavora sull'inquadramento degli obblighi derivanti da essi, distinguendo tra obblighi di “realizzazione” e obblighi di “non regressione” con esiti differenti a seconda dell'approccio giudiziale adottato.

a.2) Quanto al secondo punto, le difficoltà riguardano i concreti limiti cui il soddisfacimento dei diritti sociali andrebbe incontro in sede giudiziale, richiedendo l'esecuzione di prestazioni “costose” e suscettibili di entrare in “conflitto” tra loro.

Si sostiene, cioè, che le garanzie giudiziali dei diritti sociali, pur potendo essere elaborate in astratto, sono impraticabili. In primo luogo, perché l'adempimento degli obblighi derivanti dai diritti sociali dipende da condizioni, specie di natura economica, che la giurisprudenza non potrebbe gestire e controllare a differenza di quanto accade per

²¹ B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, pp. 42-47.

²² *Ibid.*, p. 47.

²³ In tal senso, si veda anche l'analisi del rapporto tra diritti e doveri, con riferimento ai diritti sociali, sviluppata da H. Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1984 (seconda ed.).

²⁴ J. Waldron, “Rights in Conflict”, *Ethics*, 3, 1999, p. 510.

²⁵ Come sottolineano H. Shue, *Basic Rights*, cit., p. 37 e S. Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, New York, NY, Oxford University Press, 2008.



i diritti che possono soddisfarsi con mere omissioni che gli organi giurisdizionali possono “ottenere” senza costi, chiedendo la cessazione di specifiche attività, la rimozione di limiti al godimento di un bene o all’esercizio di una libertà, l’astensione da specifiche condotte²⁶.

In secondo luogo, perché non sarebbe possibile soddisfare più diritti sociali al contempo senza trovarsi in una “situazione impossibile e contraddittoria”²⁷: le prestazioni che essi richiedono non possono essere adempiute, tutte, perché le azioni intraprese per eseguirne alcune interferiscono inevitabilmente con le azioni da intraprendersi per eseguirne altre, richiedendo l’impiego di risorse limitate che, impiegate su un fronte, non possono essere impiegate su fronti diversi. Si profila, così, una “*conflict distinction*”²⁸, come è stata definita²⁸, tra diritti sociali e diritti civili e politici: mentre la realizzazione di questi ultimi non comporta conflitti perché le omissioni richieste da essi non interferiscono le une con le altre, quella dei diritti sociali, invece, è segnata da conflittualità determinate dall’impossibilità di adempiere, insieme, tutte le prestazioni necessarie per realizzarli. Ciò comporterebbe che tali diritti non possano essere “gestiti” in sede giudiziale perché chiamano a dirimere conflitti che gli organi giurisdizionali non potrebbero risolvere secondo criteri giuridicamente fondati o con cognizione di causa.

Si evidenziano, dunque, due problemi, interconnessi: il “problema del costo” e il “problema del conflitto”.

Quanto al problema del costo, per risolverlo in sede teorica si sono aperti due fronti. Per un verso, si è fatto leva sul superamento della distinzione, già discussa, tra diritti positivi-diritti negativi, sul piano concettuale e applicativo. Secondo l’impostazione per cui i diritti fondamentali fondano una “rete” di obblighi, tale classificazione dei diritti appare “semplicistica”²⁹: con essa, la distinzione tra diritti di cui non si può ottenere il soddisfacimento in sede giudiziale perché “costosi”, in quanto positivi, e diritti realizzabili perché “a costo zero”, in quanto negativi, appare il frutto di una semplicistica rappresentazione degli oneri finanziari connessi al loro soddisfacimento.

Per altro verso, si è fatto leva sull’irrelevanza, dal punto di vista dei costi connessi all’effettivo soddisfacimento dei diritti, della distinzione concettuale tra diritti positivi e negativi. In quest’ottica, cioè, pur ammettendo la possibilità di concettualizzare i diritti come positivi o negativi, non si può sostenere che solo quelli positivi abbiano un costo: anche per i diritti negativi occorre pagare un “prezzo”, quantomeno per istituire e far funzionare gli apparati istituzionali preposti alla neutralizzazione delle interferenze con il loro esercizio³⁰. Pertanto, il soddisfacimento di tutti i diritti, negativi o positivi che siano, può incontrare limiti derivanti dalla scarsità delle risorse necessarie per ottemperare agli obblighi che ne derivano.

²⁶ C. Fried, *Right and Wrong*, cit. Il soddisfacimento dei diritti negativi, infatti, non sarebbe condizionato dalla disponibilità di risorse necessarie per realizzarlo, essendo sufficiente, a tal fine, la mera astensione da condotte che interferiscano con la fruizione diretta dei diritti da parte dei loro titolari.

²⁷ *Ibid.*, p. 110.

²⁸ C. Fabre, “Constitutionalising Social Rights”, cit., p. 264 e pp. 267-270.

²⁹ H. Shue, *Basic Rights*, cit., p. 37.

³⁰ C.R. Sunstein, S. Holmes, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York, NY, W.W. Norton, 1999; trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, Il Mulino, 2000.



Anche il “problema del conflitto” rinvia alla dicotomia diritti positivi–diritti negativi: le prestazioni “di fare” richieste dai primi determinerebbero un conflitto tra possibilità di impiego di risorse umane ed economiche che, invece, non sarebbe determinato dalle omissioni richieste dai secondi. Attraverso i passaggi teorici già evidenziati, però, tale problema trova due soluzioni: per un verso, la dicotomia diritti positivi – diritti negativi può essere superata a favore di una prospettiva entro cui tutti i diritti fondamentali sono positivi e negativi al contempo, potendo entrare, perciò, in conflitti (concepiti ora come apparenti ora come reali) che non è impossibile dis-solvere o risolvere da un punto di vista tecnico (usando criteri giuridici variamente connotati in sede teorica) potendosi solo obiettare che sia “politicamente” inopportuno gestirli in sede giudiziale; per altro verso, la soluzione può passare attraverso la dissociazione tra la dimensione concettuale in cui i diritti possono distinguersi in positivi/negativi e la dimensione applicativa in cui tali diritti, a prescindere dalla natura positiva o negativa, comportano comunque un costo e possono, perciò, entrare in conflitto tra loro rispetto alla distribuzione delle risorse che richiedono di impiegare³¹.

A partire da tali soluzioni, oggi, la riflessione teorica e la giurisprudenza sono chiamate a lavorare tanto sui principi che dovrebbero governare l’allocazione dei costi connessi alla garanzia dei diritti sociali nonché la gestione dei relativi oneri finanziari, quanto sui criteri di soluzione dei conflitti tra diritti, sociali, civili e politici³².

b) Le difficoltà “istituzionali”

Le difficoltà “istituzionali” sul terreno della giustiziabilità dei diritti sociali riguardano, tradizionalmente, la b.1) legittimazione e/o b.2) la competenza degli organi giudiziari rispetto ad essi³³.

b.1) Il primo ordine di difficoltà rinvia alla dimensione “esterna” del rapporto tra diritti sociali e giurisdizione ed è, quindi, relativo alla possibilità di instaurare tale rapporto legittimamente, senza compromettere le prerogative decisionali delle istituzioni politiche. Contro questa possibilità si avanzano argomenti secondo i quali, in linea di massima, le corti non potrebbero pronunciarsi su questioni concernenti la garanzia dei diritti sociali perché queste implicano scelte riservate, per il principio della separazione dei poteri, agli organi politici³⁴.

Si tratterebbe, infatti, di questioni che chiamano a scelte sull’impiego di risorse pubbliche la cui disponibilità è limitata e la cui allocazione, perciò, comporta una distribuzione di vantaggi che richiede un accordo democratico, definito in chiave rappresentativa e in sede politica, piuttosto che giudiziaria.

Vi sarebbe, cioè, un prezzo da pagare per l’effettività dei diritti sociali, connesso all’adempimento degli obblighi che ne derivano, e i cittadini non potrebbero essere

³¹ Sui limiti, in tal senso, della “*conflict distinction*” si veda C. Fabre, “Constitutionalising Social Rights”, cit., pp. 275-279.

³² R. Arango, “Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy”, *Ratio Juris*, (2003), 2, pp. 143-144.

³³ C. Fabre, *Constitutionalising Social Rights*, cit.

³⁴ Tra gli altri, si vedano L. Fuller, “The Forms and Limits of Adjudication”, *Harvard Law Review*, 92 (1978), pp. 353-409; D.L. Horowitz, *The Courts and Social Policy*, Washington, DC, Brookings Institution, 1977.



chiamati a pagarlo da organi, come quelli giudiziari, che non li rappresentano in via diretta³⁵.

Questi argomenti riposano, da un lato, sull'idea già analizzata che i diritti sociali siano diritti positivi e, perciò, "costosi" a differenza dei diritti civili e politici che, in quanto negativi, possono essere soddisfatti "a costo zero"; dall'altro lato, sull'idea che il principio della separazione dei poteri riservi alle istituzioni politiche una competenza di *budget* esclusiva.

Su entrambi i fronti, però, si tratta di idee che rinviano a una visione "riduttiva" dei diritti e dei rapporti tra poteri politici e potere giudiziario negli ordinamenti democratico-costituzionali.

In primo luogo, come si è detto, l'idea che soltanto i diritti sociali, in quanto diritti a prestazioni "positive", comportino dei costi appare fondata su una rappresentazione di tali diritti ormai superata, sul piano concettuale o, quantomeno, applicativo.

In secondo luogo, negli ordinamenti democratico-costituzionali, il principio che attribuisce competenza di *budget* al legislatore deve essere temperato con quello che attribuisce agli organi giudiziari competenza in materia di diritti³⁶; da questo punto di vista, l'idea di una "riserva" politica assoluta in materia di *budget* ignora o mortifica il ruolo che la giurisdizione è legittimata a svolgere nelle scelte che orientano la vita di tali ordinamenti, anche con ricadute sulla gestione e distribuzione delle pubbliche risorse specie se, e quando, tali scelte riguardano i diritti dei cittadini. Le difficoltà istituzionali, perciò, non riguardano tanto la possibilità di configurare un legittimo intervento giudiziale sulle complesse questioni di bilancio sollevate dai diritti sociali, ma piuttosto il modo in cui tali possibilità devono essere sfruttate e, quindi, in cui l'azione giudiziale sul terreno della giustizia sociale debba svolgersi e combinarsi con quella politica senza violarne la sfera di competenza.

Da questo punto di vista, oggi, si pone il problema di definire il ruolo che la giustizia costituzionale è legittimata a svolgere, nel segno del difficile equilibrio tra giurisdizione e legislazione che deve caratterizzare gli ordinamenti democratico-costituzionali. Occorre, cioè, delineare i confini del giudizio sui diritti sociali per evitarne sovrapposizioni allo spazio delle scelte politiche ed elaborare, entro tali confini, i parametri cui tali scelte devono attenersi per soddisfare la soglia di protezione giuridica, e impegno istituzionale, che i diritti sociali richiedono. Da questo punto di vista, l'attuale panorama giurisprudenziale è segnato dall'alternativa tra modelli di giudizio che, come si vedrà, puntano in due diverse direzioni: da un lato, la connotazione del sindacato di costituzionalità in chiave reattiva, come strumento di difesa categorica del contenuto "essenziale" dei diritti sociali; dall'altro lato, la sua connotazione in chiave proattiva, come strumento di programmazione, e impulso, rispetto alla progressiva realizzazione dei diritti sociali.

³⁵ Tale argomento è usato anche con riferimento alle difficoltà che possono sorgere ove, in tempi di crisi economica, gli organi giudiziali possano far valere contro le istituzioni politiche i vincoli di spesa che i diritti sociali pongono alla gestione delle pubbliche risorse: vincoli siffatti impedirebbero quella flessibilità nella gestione politica dei pubblici bilanci necessaria in tempi di crisi. *Contra*, R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, p. 344, sottolinea come "proprio in tempi di crisi una protezione sociale, seppur minima, appare indispensabile"; si tratta, però, di una garanzia che gli organi giurisdizionali dovrebbero apprestare tenendo conto delle circostanze in cui essa deve realizzarsi, dando peso anche alle esigenze di flessibilità nella gestione delle pubbliche risorse.

³⁶ R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., p. 344.



b.2) Il secondo ordine di difficoltà istituzionali riguarda la dimensione “interna” del rapporto tra giurisdizione e diritti sociali, quindi la possibilità per le corti di gestire i suddetti diritti con gli strumenti di cui esse dispongono.

Contro questa possibilità, si avanzano argomenti secondo cui le corti, seppur legittimate, non sono in grado di vagliare le complesse questioni, soprattutto finanziarie, connesse alla tutela dei diritti sociali: l'assenza di adeguate conoscenze e informazioni in merito ai meccanismi di gestione delle risorse pubbliche costituirebbe un insanabile *deficit* di competenza istituzionale³⁷; inoltre, gli organi giudiziari sarebbero sprovvisti di strumenti procedurali che consentano di rimediare all'inerzia istituzionale sul terreno dei diritti sociali.

Il primo argomento è superabile in linea teorica, e sembra smentito dai fatti.

Innanzitutto, la competenza in materia di diritti sociali, specie se costituzionalizzata, non è riducibile a mera competenza finanziaria: si tratta di una materia complessa, che riguarda scelte e misure di politica costituzionale volte a definire le linee direttrici lungo le quali si svolgono i rapporti tra i cittadini e il sistema istituzionale in tutte le sue articolazioni, non solo economiche o politiche, ma anche giuridiche. Su tale materia, perciò, la competenza giudiziale non può essere plausibilmente esclusa; ciò non implica che la sfera delle decisioni giudiziali rispetto ai diritti sociali possa dirsi auto-sufficiente, ma certamente richiede che tale sfera non sia annullata né sacrificata.

Del resto, la garanzia e il soddisfacimento dei diritti sociali, come di tutti i diritti fondamentali, richiedono una “virtù passiva” di mediazione tra *expediency* e principi, e una lungimiranza, che la giurisdizione può mettere a frutto in quanto svincolata da immediati interessi di parte³⁸.

Sul piano fattuale, poi, l'operato delle corti costituzionali in materia di diritti sociali sembra smentire l'assunto per cui esse non sarebbero in grado di trattare questioni dalle significative ricadute sui pubblici bilanci³⁹.

Da tempo, infatti, esse trattano questioni relative alla tutela dei diritti sociali avvalendosi di *standards* giuridici, ma dimostrando competenza, o avvalendosi della competenza di esperti, in merito ai problemi di bilancio sollevati dalle scelte distributive che tali questioni pongono⁴⁰. D'altra parte, gli organi giudiziari devono sempre misurarsi con problemi di bilancio quando sono chiamati a trattare questioni relative ai diritti, anche civili e politici, specie ove debbano essere temperati sacrificando al soddisfacimento di alcuni le risorse che potrebbero essere destinate al soddisfacimento di altri.

³⁷ L. Fuller, “The Forms and Limits of Adjudication”, *Harvard Law Review*, cit.; D.L. Horowitz, *The Courts and Social Policy*, cit., soprattutto pp. 17-19 e 255-299; A.C. Pereira-Menaut, “Against Positive Rights”, *Valparaiso University Law Review*, 22 (1988), pp. 359-383, soprattutto pp. 377-382; F.B. Cross, “The Error of Positive Rights”, *UCLA Law Review*, 48 (2001), pp. 887-93.

³⁸ In tal senso, il riferimento è alle “virtù passive” della giurisdizione evidenziate da A. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at The Bar of Politics*, New Haven, CT, Yale University Press, 1986; e all'esigenza di una “mediazione” istituzionale riguardo all'adempimento di doveri derivanti dai diritti analizzata da H. Shue, “Mediating Duties”, *Ethics*, (1988), 4, pp. 687-704.

³⁹ Si veda, a tal proposito, C. Fabre, “Constitutionalising Social Rights”, cit., pp. 263-284.

⁴⁰ M. Langford (a cura di), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, MA, Cambridge University Press, 2009; C. Fabre, “Constitutionalising Social Rights”, cit., p. 282 e ss.



Quanto al secondo argomento, esso sostiene che le corti sono prive degli strumenti necessari per rimediare alla violazione dei diritti sociali, soprattutto quando questa è frutto d'inerzia istituzionale. Si sostiene, cioè, che gli organi giudiziari non sono in grado di "costringere" l'azione politica in senso positivo, ma possono soltanto sollecitarla al raggiungimento di obiettivi la cui realizzazione dipende, in definitiva, da iniziative del legislatore e dei poteri esecutivi che la giurisdizione non può coartare e, soprattutto, da una disponibilità di risorse che essa non può controllare.

Contro tale argomento, si deve sottolineare⁴¹ che le forme di tutela giurisdizionale ordinaria dei diritti sociali, ad esempio il diritto alla salute, alla previdenza, all'equa retribuzione, al lavoro, "non soltanto sono tecnicamente possibili, ma esistono e sono molteplici": dalle azioni di danno ai provvedimenti di urgenza⁴².

In sede di giustizia costituzionale, poi, le possibilità di intervento sono varie e vanno dalla censura di illegittimità degli atti istituzionali in conflitto con le norme costituzionali che sanciscono i diritti sociali, alla fissazione dei termini entro cui le istituzioni devono adoperarsi e intervenire per soddisfare tali diritti, fino all'esplicita formulazione giudiziale delle coordinate giuridiche in base alle quali le istituzioni devono adoperarsi e intervenire⁴³. Si danno, quindi, possibilità di intervento "in negativo", per censurare leggi o atti normativi che segnano un arretramento nella tutela dei diritti sociali, negli ordinamenti ove è già apprestata, ma anche in "positivo", per dare impulso ad istituzioni politiche inerti.

La misura in cui interventi giudiziali siffatti possono trovare un effettivo riscontro nell'operato, e nella solerzia, delle istituzioni politiche dipende dall'equilibrio tra giurisdizione e legislazione e, più in generale, tra giustizia costituzionale e governo democratico nell'ordinamento, così come da questo equilibrio dipende l'efficacia dell'azione giudiziale in negativo, anche a tutela dei diritti civili o politici. Quest'ultima, infatti, pone dei limiti cui l'operato politico deve adeguarsi, ritornando sui passi compiuti.

È pur vero, però, che sul terreno dei diritti sociali gli strumenti disponibili alla giustizia costituzionale e l'equilibrio nei rapporti tra essa e le istituzioni politiche sono ancora incerti e in via di definizione.

In tal senso, oggi, è determinante il *modo* in cui l'azione giudiziale saprà svilupparsi a partire dalle proprie possibilità tecniche e dalle ragioni istituzionali che la giustificano, per dare un concreto spessore alle garanzie che assistono i diritti sociali. Tirando le somme dell'analisi svolta finora, essa va incontro soprattutto a tre ordini di difficoltà: l'elaborazione di una strategia interpretativo/argomentativa che consenta di focalizzare gli aspetti giustiziabili dei diritti sociali e lavorare su essi; l'inquadramento degli obblighi derivanti da tali diritti; la valutazione dei costi connessi alla loro tutela.

⁴¹ R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, p. 345; L. Ferrajoli, *Diritti Fondamentali*, cit., pp. 31-32.

⁴² L. Ferrajoli, *Diritti Fondamentali*, cit., p. 32.

⁴³ R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, p. 345.



3. Il giudizio sui diritti sociali tra *core approach* e ragionevole realizzazione

Le Corti costituzionali impegnate nella gestione dei diritti sociali hanno prodotto, in poco tempo, una vasta giurisprudenza⁴⁴ che offre soluzioni solo parziali alle difficoltà cui si è accennato, nel segno dell'alternativa tra il *core approach* e l'approccio che abbiamo definito della "ragionevole realizzazione". Entrambi sono il frutto di un adattamento ai diritti sociali di modelli giudiziali già da tempo applicati ai diritti civili e politici: il modello della categorizzazione e il modello del "ragionevole bilanciamento".

Il primo caratterizza l'attività giudiziale in chiave di "etichettamento e classificazione"⁴⁵ delle ragioni che i diritti esprimono e dei limiti che pongono all'operato istituzionale: la risultante tassonomia dovrebbe consentire di rifarsi, in sede giudiziale, a un pre-definito "ambito di applicazione" dei diritti fondamentali per rilevare ciò che è riconducibile ad esso e ciò che ne resta escluso⁴⁶ e farlo valere, rispettivamente, come regola o eccezione rispetto alla loro tutela.

Il secondo modello, invece, caratterizza l'attività giudiziale come ponderazione⁴⁷ delle ragioni normative espresse dai diritti finalizzata a soddisfarle "ragionevolmente", cioè secondo il peso che assumono nel bilanciamento con ragioni di pari rango normativo, alla luce delle circostanze di fatto in cui vengono in rilievo.

Su questo piano, la diversa "piega" presa dal sindacato giudiziale dipende dal modo in cui sono inquadrare le garanzie costituzionali dei diritti sociali: in base alla loro costruzione⁴⁸ come regole o come principi, tale sindacato può applicarle in chiave categorica o ponderativa. Si tratta, quindi, di modelli che valorizzano due diverse forme di ragionamento giudiziale: il primo tende a gestire le ragioni normative con gli strumenti del ragionamento deduttivo e analogico, in base a criteri di correttezza forniti da regole di inferenza; il secondo, invece, connota la gestione di tali ragioni in chiave argomentativa, come esercizio della razionalità pratica governato da criteri di ponderazione e temperamento variamente articolati in chiave sostanziale (eguaglianza, dignità umana, libertà, efficienza) e procedurale (coerenza, universalizzabilità, proporzionalità).

Entrambi i modelli conoscono declinazioni diverse. Del primo può darsi una versione che delimita l'ambito di applicazione dei diritti per stabilire sia ciò che vi rientra, sia ciò

⁴⁴ M. Langford (a cura di), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, MA, Cambridge University Press, 2009.

⁴⁵ K. Sullivan, "Categorization, Balancing, and Government Interests", in S. Gottlieb (a cura di), *Public Values in Constitutional Law*, Ann Arbor, MI, University of Michigan Press, 1993, p. 241.

⁴⁶ G. Pino, "Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi", *Ragion pratica*, (2007), 1, pp. 219-276, p. 241.

⁴⁷ Quella del bilanciamento è una metafora ricorrente nel discorso giuridico, ampiamente usata per descrivere la logica, di ponderazione e accomodamento di interessi, che governa la disciplina giuridica nei più svariati ambiti, tesa a stabilire un equilibrio tra esigenze concorrenti e contrapposte. Qui si fa riferimento al bilanciamento come metafora usata, in modo più specifico, per "descrivere una tecnica giudiziale di composizione di interessi o diritti in conflitto" (così A. Morrone, "Bilanciamento (giustizia costituzionale)", *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, tomo II, Milano, Giuffrè, 2008, p. 185).

⁴⁸ R. Alexy, "The Construction of Constitutional Rights", *Law & Ethics of Human Rights*, (2010), 1, pp. 21-32, e F. Schauer, "Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text", *Law & Ethics of Human Rights*, (2010), 1, pp. 34-45.



che ne resta escluso; una versione che determina solo il *core*, cioè il contenuto essenziale dei diritti, per immunizzarlo da interferenze o indebite compressioni⁴⁹; una versione, ancora, che determina il *core* dei diritti in negativo, classificando le ipotesi in cui la sua compressione è ammissibile. Possono darsi, poi, approcci categorizzanti “statici” che tendono ad assumere come fisso l’ambito di applicazione dei diritti, o “dinamici” che assumono tale ambito come duttile e lasciano all’interprete dei margini di specificazione, rispetto ad esso, più o meno ampi.

Il secondo, cioè il modello del ragionevole bilanciamento, può puntare a esprimere un equilibrio tra i concreti interessi vantati in giudizio o ad armonizzare le ragioni “normative” che fondano la tutela di quegli interessi, toccando il livello dei valori che la giustificano⁵⁰. Esso, poi, può essere “definitorio”, quindi produrre schemi ponderativi concepiti per diventare stabili e vincolare le ponderazioni future, oppure “*ad hoc*”⁵¹, ossia circoscrivere al caso di specie la portata delle ponderazioni svolte⁵².

In materia di diritti sociali, il modello della categorizzazione è declinato, tendenzialmente, nella versione che richiede di determinare, in chiave più o meno statica a seconda delle applicazioni, il *core* dei diritti sociali e, con esso, il “livello essenziale” di realizzazione, e difesa, degli interessi che li sottendono. Il modello del ragionevole bilanciamento, invece, tende ad essere applicato in chiave di armonizzazione tra ragioni normative secondo criteri di proporzionalità⁵³.

⁴⁹ Tale tecnica si è affermata, in ambito europeo, nella giurisprudenza della Corte Costituzionale tedesca (si vedano, ad esempio, BVerfGE 82, 60 e BVerfGE 40, 121), della Corte Costituzionale italiana (si vedano, ad esempio, le sentt. nn. 341/1999 e 185/1988) e della Corte Costituzionale spagnola (in particolare, la nota sentenza STC 11/1981).

⁵⁰ In quest’ottica, si può distinguere il bilanciamento tra principi dall’*interest balancing*, almeno sul piano concettuale, dato che nella pratica giudiziaria la cesura tra il contemperamento di principio e quello dei concreti interessi in gioco è, spesso, sfumata.

⁵¹ Per una distinzione tra queste due forme di bilanciamento si vedano M.B. Nimmer, “The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy”, *California Law Review*, (1968), 4, pp. 935-967, e T.A. Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale Law Journal*, 96 (1987), pp. 980-982.

⁵² Immaginando un *continuum* di approcci giudiziari, agli estremi opposti di esso possiamo porre la categorizzazione “pura”, che procede per regole da specificare il meno possibile in sede di giudizio, e il bilanciamento *ad hoc*, che procede attraverso ponderazioni “caso per caso”, evitando di produrre schemi di bilanciamento vincolanti per il futuro; tra questi due estremi, si pongono l’approccio specificazionista, che deriva da regole generali le regole più specifiche per i casi di volta in volta considerati, e l’approccio proporzionalista che tende a definire e consolidare, nel tempo, relazioni di congruità e bilanciamenti. Il discrimine tra questi ultimi due approcci, quindi, è molto sottile. In tal senso, si veda J.J. Moreso, “Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and Specificationism”, *Ratio Juris*, (2012), 1, pp. 31-46.

⁵³ L’analisi di proporzionalità sviluppata dalla giurisprudenza amministrativa e costituzionale tedesca (caso *Apothekenurteil*, Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 7, 377 del giugno 1958), rappresenta un punto di riferimento fondamentale per le Corti costituzionali che in tutto il mondo rinviano esplicitamente ad essa e ai tre *test* (necessità, adeguatezza e proporzionalità *stricto sensu*) in cui si articola: basti ricordare la Corte Suprema canadese (*R. v. Oakes*, 1 S.C.R. 103, 1986) la Corte Suprema israeliana (*United C.A. 6821/93 Mizrahi Bank plc v. Midgal Cooperative Village* IsrSC 49(4) 221, 1995 e HCJ 2056/04 *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel* IsrSC 58(5) 807, 2004), la Corte Costituzionale italiana (si vedano, ad esempio, le sentt. nn. 27/1975, 145/2002) la Corte Costituzionale spagnola (si vedano, tra le altre le pronunce STC 66/1995, 207/1996, 37/1998), e la Corte di Giustizia europea (C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*).



Tra queste due tendenze giudiziali si registra uno scarto significativo riguardo ai tre aspetti problematici del giudizio sui diritti sociali che abbiamo evidenziato: la definizione della strategia interpretativo/argomentativa; la rappresentazione degli obblighi che derivano dai diritti sociali; l'apprezzamento delle circostanze di fatto, specie di natura economica, che possono richiedere una limitata realizzazione e un limitato adempimento, rispettivamente, di tali diritti ed obblighi.

3.1 Le strategie giudiziali: tra regole di priorità e ragionevole ponderazione

Gli approcci giudiziali presi in esame prospettano due strategie interpretativo-argomentative accomunate dalla consapevolezza della complessità che caratterizza il contenuto e la struttura dei diritti sociali, ma adottano chiavi di lettura differenti per decifrarla e stabilire quanto, e come, tali diritti debbano farsi spazio in sede applicativa. Nel caso del *core approach*, infatti, l'interprete "converte" le garanzie dei diritti sociali in regole che lasciano pochi margini ad eccezioni, implicite; il modello della ragionevole realizzazione, invece, attribuisce a quelle garanzie una duttilità sostanziale che deve essere plasmata in chiave argomentativa, per convertirla in principi di tutela da ponderare secondo i sottostanti interessi. Più precisamente, il primo approccio vuole fornire all'interprete gli strumenti per convertire il contenuto "essenziale" delle garanzie dei diritti in regole di priorità che ne pre-determinano la prevalenza, in sede applicativa, su altre esigenze normative; il secondo approccio, invece, fornisce all'interprete gli strumenti per ponderare i diritti in chiave di ragionevolezza, cioè alla luce delle circostanze di fatto e di diritto in cui devono essere garantiti secondo criteri di proporzionalità: si comprimono, o espandono, in relazione a ragioni confliggenti nella misura in cui ciò è i) necessario, ii) adeguato al raggiungimento di uno scopo legittimo e iii) proporzionale *stricto sensu* al peso che essi assumono nel bilanciamento con le ragioni confliggenti⁵⁴.

3.1.1 Il core approach e la determinazione del contenuto essenziale dei diritti sociali

Sulla diffusione e gli sviluppi del *core approach* in materia di diritti sociali ha influito l'adesione ad esso da parte della Commissione delle Nazioni Unite avente il compito di monitorare l'applicazione del Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (ICESCR)⁵⁵. La Commissione, infatti, valuta l'operato degli Stati aderenti al

⁵⁴ Secondo il nesso tra ragionevolezza e proporzionalità teorizzato da R. Alexy, "The Reasonableness of The Law", in G. Bongiovanni, G. Sartor, C. Valentini, *Reasonableness and Law*, Dordrecht, Springer, 2009, pp. 5-15.

⁵⁵ La Commissione ICESCR, composta da diciotto esperti indipendenti, è stata istituita con la ECOSOC Resolution 1985/17 del 28 maggio 1985. Gli Stati aderenti all'ICESCR trasmettono alla Commissione dei periodici rapporti sull'implementazione dei diritti che il Patto garantisce; la Commissione esamina tali rapporti ed esprime, in merito all'operato degli Stati, le proprie valutazioni e raccomandazioni. Dal 2008, la Commissione è competente anche rispetto a istanze individuali concernenti la tutela dei diritti garantiti dall'ICESCR. Le interpretazioni dell'ICESCR offerte dalla Commissione, trovano conferma nelle interpretazioni offerte dai "Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights" del 1987 (<www.unhcr.org/refworld/docid/48abd5790.html>) e dalle "Maastricht Guidelines on Violations of



Patto svolgendo funzioni *lato sensu* giudiziali i cui esiti sono resi noti con periodici commenti⁵⁶ che hanno orientato la giurisprudenza di molte Corti Costituzionali.

Da tale giurisprudenza e dai commenti della Commissione emerge una strategia giudiziale che, nelle sue differenti declinazioni⁵⁷, può dirsi caratterizzata: a) dalla centralità accordata all'idea di *core*, cioè di “contenuto essenziale”, dei diritti sociali, quale parametro delle operazioni giudiziali tese a interpretarli e applicarli; b) dalla connotazione di tali operazioni in chiave di discernimento degli elementi che costituiscono il *core* dei diritti sociali e di determinazione, in relazione a questi elementi, della soglia minima di “realizzazione” e “protezione” che i diritti sociali richiedono; c) dall'idea che il raggiungimento di tale soglia possa esigersi, e ottenersi, in chiave tendenzialmente categorica⁵⁸.

a) I commenti generali della Commissione ICESCR e la giurisprudenza orientata da essi ricorrono allo *standard* del *core* come parametro che richiede di identificare il nucleo giuridico “minimo” dei diritti sociali per tracciare intorno ad esso il perimetro di un'azione giudiziale difensiva, tesa a garantirne la *piena* realizzazione e/o protezione.

La Commissione ha delimitato, in questi termini, il contenuto essenziale di un ampio spettro di diritti sociali (dal diritto al cibo al diritto alla salute, dal diritto all'istruzione al diritto all'acqua, dal diritto al lavoro al diritto alla sicurezza sociale)⁵⁹ e richiamato, in via perentoria, gli Stati aderenti all'ICESCR sia ad attivarsi per realizzarlo pienamente, sia ad astenersi dal violarlo; anche la Corte colombiana ha determinato gli aspetti essenziali del diritto alla salute, costitutivi del “minimo vitale”, per esigerne l'immediata tutela/realizzazione in favore di soggetti ascrivibili a categorie anch'esse puntualmente identificate⁶⁰; la Corte costituzionale indiana, pur senza menzionare espressamente il *core* dei diritti sociali, ne ha progressivamente identificato le garanzie “essenziali” stabilendo, in parallelo, ciò che è “minimamente richiesto” per realizzarle e, dunque, non è “negoziabile”⁶¹.

Economic, Social and Cultural Rights” del 1997 (<<http://www.fao.org/righttofood/kc/downloads/vl/en/details/212297.htm>>), che leggono le disposizioni del Patto in chiave “specificazionista” e ne prospettano un'applicazione “categorica” a tutela del *core* dei diritti sociali.

⁵⁶ Tutti i commenti generali sono reperibili in <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>>.

⁵⁷ K.G. Young, “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, *The Yale Journal of Constitutional Law*, 33 (2008), pp. 112-175.

⁵⁸ Questi tratti sono evidenti, per quanto concerne l'approccio adottato dalla Commissione ICESCR, ad esempio, nel *General Comment No. 13*, “The Right to Education”, 1999, e nel *General Comment No. 4*, “The Right to Adequate Housing”, 1991.

⁵⁹ Per citarne solo alcuni: *General Comment No. 13*, “The Right to Education”, cit.; *General Comment No. 15*, “The Right to Water”, 2002; *General Comment No. 12*, “The Right to Adequate Food”, 1999; *General Comment No. 14*, *The Right To The Highest Attainable Standard Of Health*, 2000; *General Comment No. 19*, “The Right To Social Security”, 2008; *General Comment No. 18*, “The Right to Work”, 2005.

⁶⁰ Si veda la C.C. Sentencia T-426/92, che rinvia, precisamente, al concetto di “essential nucleus” dei diritti; a partire da tale concetto la Corte colombiana ha elaborato, nel tempo, una dottrina del “minimo vitale” quale *standard* giudiziale da utilizzare, in chiave specificazionista, in materia di diritti sociali.

⁶¹ *Paschim Banga Khet Mazdoor Samity v. State of West Bengal*, (1996) AIR SC 2426. Per una più approfondita ricostruzione di queste due versioni applicative del *minimum core approach* si veda J. Choudry, *Judicial Adherence to a Minimum Core Approach to Socio-Economic Rights. A Comparative*



Ciò che accomuna questi diversi usi, più o meno espliciti, del *core approach* è l'idea che "all'interno di un diritto" v'è "un ambito che è ben definito e individuabile in maniera astratta" e indica un "perimetro intangibile"⁶², oggetto di una difesa giudiziale che non ne ammette violazioni, in positivo e in negativo; in tal senso, il *core approach* segue una strategia giudiziale che muove da premesse alquanto impegnative circa gli aspetti essenziali dei diritti sociali, la cui selezione, effettuata "restringendo in via definitoria e astratta l'ambito di applicazione"⁶³ di tali diritti, precede e guida le operazioni giudiziali.

Per quanto di cruciale rilievo per tali premesse, però, il concetto di *core* è ancora "in cerca di contenuto"⁶⁴ dato che sia i commenti della Commissione, sia la giurisprudenza costituzionale, sia la riflessione teorica ne offrono le declinazioni più diverse: da quella che lo inquadra in chiave sostanziale, cioè a partire dall'"essenza normativa" dei diritti sociali, a quella che lo identifica con il nucleo di tutele sulle quali vi è accordo tra gli operatori giuridici e istituzionali, dunque a partire dal "consenso" istituzionale; fino a quella che, come si vedrà, lo definisce in via "indiretta", specificando la gamma di obblighi "essenziali" derivanti da esso.

b) Il *core approach* pretende di sottrarre il contenuto essenziale dei diritti sociali, declinato nelle differenti versioni di cui si è detto, a bilanciamenti e compressioni che possano svuotarlo. A tal fine, il giudizio sui diritti sociali non può modulare il "peso" normativo del *core* dei diritti, ma deve far luce sui suoi contorni che racchiudono un nucleo dalla carica prescrittiva irriducibile e costante.

Alla pienezza e integrità di questo nucleo essenziale, in quest'ottica, viene associata una soglia tendenzialmente fissa e "non derogabile" di realizzazione/difesa dei diritti sociali, cui attenersi tanto nel garantirli con strumenti legislativi e amministrativi, quanto nel prestare ad essi garanzie giudiziali. Su queste basi, i commenti generali della Commissione delle Nazioni Unite richiedono agli Stati aderenti all'ICESCR di garantire un soddisfacimento dei diritti sociali che deve essere quanto più immediato è possibile e deve, comunque, essere "pieno" cioè raggiungere un livello "minimo essenziale" che non ammette ridimensionamenti⁶⁵.

c) Alla base di questa attitudine categorica vi è una concezione dei diritti sociali come entità normative da difendere nei loro aspetti essenziali, non assoggettabili a bilanciamenti e ponderazioni che potrebbero giungere ad azzerarne la portata normativa: questa, una volta "riconosciuto" e delimitato con precisione l'ambito in cui si dispiega, deve affermarsi pienamente.

In questa prospettiva, la realizzazione del *core* dei diritti sociali richiede la profusione di un impegno istituzionale che, per un verso, non può scendere al di sotto della soglia minima fissata in base ai livelli essenziali di realizzazione/non regressione

Perspective, Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers, (2009), 27, <http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/27>.

⁶² G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 159.

⁶³ G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 157.

⁶⁴ K. G. Young, "The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content", cit.

⁶⁵ La Corte Costituzionale colombiana, in quest'ottica, ha stabilito che il contenuto essenziale del diritto alla salute deve trovare un'applicazione categorica, "immediata" oltre che "piena", sulla quale non è possibile negoziare, mentre gli aspetti del diritto che esulano da quel contenuto possono essere realizzati gradualmente.



associabili ad esso, sempre a priori e in via definitiva; per altro verso, esige la profusione del massimo impegno possibile. In questi termini, il *core approach* favorisce un'analisi giudiziale che rischia di essere de-contestualizzata, isolando il *core* dei diritti da ragioni concorrenti o confliggenti e riducendo al minimo i margini entro cui modulare le garanzie apprestate ad esso alla luce delle circostanze economiche, sociali e politiche rilevanti ai fini del giudizio.

3.1.2 Il modello della “ragionevole realizzazione” e l'analisi di proporzionalità

La Corte Costituzionale sudafricana ha adottato una strategia giudiziale, alternativa a quella del *core approach*, che è divenuta un importante punto di riferimento per il dibattito teorico-costituzionale.⁶⁶

Tale strategia, che può dirsi volta a garantire una “ragionevole realizzazione” dei diritti sociali, ha preso forma gradualmente, con le pronunce sui casi *Soobramoney*, *Grootboom*, *Treatment Action Campaign*, e *Khosa*⁶⁷, da cui emerge un disegno giudiziale che, nel complesso, a) insiste sull'idea normativa di ragionevolezza, quale *standard* che governa le operazioni giudiziali in materia di diritti sociali; b) connota tali operazioni in chiave di ponderazione e analisi di proporzionalità dei diritti; c) punta al soddisfacimento di questi ultimi in una misura “ragionevole”, da stabilire alla luce del contesto giuridico, economico, sociale, storico, in cui deve realizzarsi.

a) La strategia messa a punto dalla Corte sudafricana richiede di vagliare gli interventi istituzionali in materia di diritti sociali secondo lo *standard* della ragionevolezza, inteso come parametro di legittimità che esige di “realizzare progressivamente” tali diritti “nei limiti delle risorse disponibili”⁶⁸. Esso, più precisamente, esige che i diritti sociali siano realizzati secondo criteri di ragionevole progressività che non attengono soltanto ai tempi, ma anche alla misura del loro soddisfacimento: questo è progressivo se proporzionale al peso che può attribuirsi ai

⁶⁶ Soprattutto nello scorso decennio, infatti, tale dibattito ha assunto il “modello sudafricano” di garanzia giudiziale dei diritti sociali come l'emblematico prodotto di un approccio cauto, ma efficace. Tale approccio è parte di un più ampio progetto costituzionalistico che in quei diritti, e nella loro giustiziabilità, riconosce il motore di “trasformazioni” giuridiche e socio-economiche che devono svolgersi all'insegna di valori esplicitamente richiamati dalla Costituzione *post-apartheid*: la dignità umana, l'eguaglianza, la libertà individuale. La Corte del Sudafrica, in effetti, ha dato un contributo importante all'avvio di tali trasformazioni e alle scelte politico-costituzionali che hanno dato ad esse un indirizzo, attraverso un esercizio del sindacato giudiziale non categorico, ma teso a un'applicazione “contestualizzata” delle garanzie costituzionali sul terreno della giustizia sociale. Tra le analisi più approfondite e favorevoli al “modello sudafricano” si vedano, in particolare, S. Fredman, *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, cit.; F.I. Michelman, “The Constitution, Social Rights and Liberal Political Justification”, *International Journal of Constitutional Law*, (2003), 1, pp. 13-34; C.R. Sunstein, *Designing Democracy: What Constitutions Do*, New York, NY, Oxford University Press, MA, 2002; trad. it., *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, Il Mulino, 2009; M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, cit.; M.S. Kende, *Constitutional Rights in Two Worlds: South Africa and the United States*, Cambridge, MA, Cambridge University Press, 2009.

⁶⁷ *Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal)* 1997 (CCT32/97); *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000, cit.; *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* 2002 (CCT8/02); *Khosa and Others v Minister of Social Development and Others, Mahlaule and Another v Minister of Social Development* 2004 (CCT 13/03, CCT 12/03).

⁶⁸ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*, cit., para. 41-46.



diritti sociali nel contesto della loro realizzazione, identificate e ponderate le ragioni che essi esprimono.

In tal senso, il modello della ragionevole realizzazione richiede all'interprete di elaborare il contenuto delle norme che garantiscono i diritti sociali per dare consistenza ad esse entro i confini di un'argomentazione centrata sulle ragioni che i diritti sociali esprimono e razionale: in questi termini la Corte sudafricana rinvia, in chiave sostanziale, ai principi della dignità umana, dell'eguaglianza e della libertà, e in chiave procedurale a una sequenza argomentativa scandita da criteri di proporzionalità.

b) I passaggi argomentativi, e i relativi criteri di razionalità procedurale, da adottare entro lo schema giudiziale in questione sono stati specificati dalla Corte sudafricana con la pronuncia *Khosa*. Questa chiarisce che il vaglio di ragionevolezza deve avvalersi di criteri di proporzionalità⁶⁹ costruiti a partire dalla *Section 36* della Costituzione sudafricana, cioè la norma sui limiti ai diritti fondamentali. Tale norma richiede di "valutare se i limiti [posti dal legislatore]" alla realizzazione dei diritti costituzionalmente protetti "siano ragionevoli e giustificabili" guardando a "la natura del diritto; la natura e la misura del limite; la rilevanza del fine per cui il limite è stato imposto; la relazione tra il limite e il fine perseguito e l'esistenza di mezzi meno restrittivi per realizzare tale fine"⁷⁰.

Secondo l'interpretazione offerta dalla Corte, si tratta di una norma che, applicata ai diritti sociali, richiede di valutare se gli interventi istituzionali che li riguardano "siano ragionevoli e giustificabili" secondo i principi di dignità, eguaglianza e libertà; adeguati al raggiungimento di fini connessi a tali principi; tali da realizzare i diritti sociali in proporzione al "peso" normativo che questi assumono in relazione ad altre esigenze, di pari rango normativo, di cui le istituzioni debbano tener conto nelle circostanze in cui operano. L'azione istituzionale, cioè, deve perseguire la realizzazione dei diritti sociali secondo i principi costituzionali che la giustificano con strumenti adeguati e in una misura proporzionale al peso che i diritti assumono, bilanciato con quello di ragioni concorrenti o contrastanti. In tal senso, l'inerzia o i regressi istituzionali nella realizzazione dei diritti sociali sono giustificabili se non eccedono la misura in cui le ragioni da cui scaturiscono possono dirsi bilanciate con quelle che i diritti esprimono.

Sotto questo aspetto, l'iter giudiziale appare più trasparente, rispetto ai criteri seguiti, di quello fondato sul riferimento a un *core* dei diritti dall'ambigua e mutevole consistenza che si serve, perciò, di criteri "opachi"; dal punto di vista sostanziale, invece, il lavoro di ponderazione dei diritti sociali svolto dalla Corte è ancora, per molti aspetti, incompiuto.

c) I criteri di giudizio che la Corte sudafricana deriva dallo *standard* di ragionevolezza favoriscono una ponderazione dei diritti sociali "contestualizzata", richiedendo particolare attenzione alle concrete circostanze in cui devono realizzarsi, o neutralizzarsi, gli interventi istituzionali oggetto di sindacato giudiziale. Più

⁶⁹ *Khosa & Ors v Minister of Social Development & Ors.*, cit., pp. 71 e ss.

⁷⁰ La norma stabilisce che: "The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including (a) the nature of the right; (b) the importance of the purpose of the limitation; (c) the nature and extent of the limitation; (d) the relation between the limitation and its purpose; and (e) less restrictive means to achieve the purpose. Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any right entrenched in the Bill of Rights".



precisamente, occorre verificare che tali interventi tengano in adeguata considerazione il peculiare contesto economico, sociale e storico in cui le istituzioni sono chiamate ad agire, o astenersi dall'intervenire, per realizzare, o non violare, un diritto sociale. Su questo terreno, si deve verificare che gli interventi istituzionali facciano riferimento ai bisogni di coloro che, nel contesto preso in considerazione, sono nelle condizioni di più grave disagio⁷¹, e, inoltre, che tali interventi siano "flessibili e provvedano ad alleviare i bisogni nel breve, medio e lungo periodo" senza escludere segmenti significativi della società e siano oggetto di una "continua revisione" perché le condizioni di realizzazione dei diritti non sono statiche⁷². Non v'è, qui, un nucleo essenziale, intangibile, dei diritti sociali né una soglia di garanzia pre-determinata in base alla misura in cui si assume che tale nucleo possa dirsi realizzato e protetto. V'è, però, uno standard di ragionevolezza che, in chiave di proporzionalità, pone "un limite ai limiti" che la garanzia dei diritti sociali può incontrare: "più un diritto viene compresso, più diventa resistente"⁷³ e la misura in cui ciò può avvenire si stabilisce bilanciando le ragioni che esso esprime con ragioni concorrenti.

3.2 Dai diritti sociali ai doveri: obblighi "di realizzazione" ed obblighi "di non regressione"

Alla base di entrambe le strategie giudiziali in esame vi è la consapevolezza del ruolo fondamentale che l'inquadramento del nesso tra diritti ed obblighi gioca nel giudizio sui diritti sociali.

Come si è già sottolineato, infatti, tale giudizio è tradizionalmente messo in discussione facendo leva sulla natura positiva dei diritti sociali a fronte degli obblighi che essi pongono: si sostiene che il soddisfacimento di tali diritti richiede azioni non determinabili, non coercibili con strumenti giudiziali e "costose", quindi subordinate all'impiego di risorse che, però, non sempre sono disponibili; dei diritti sociali, allora, non potrebbe esigersi quel soddisfacimento pieno ed immediato che la tutela giudiziale dei diritti fondamentali, invece, dovrebbe garantire⁷⁴.

Gli approcci in esame prendono le distanze da questa impostazione per rinviare alla logica, esposta in precedenza, secondo cui ai diritti sociali devono associarsi obblighi "multiformi", aventi ad oggetto sia la realizzazione degli interessi sottesi ai diritti sociali, sia l'astensione da regressioni sul terreno della loro tutela.

Si assume, così, che dai diritti sociali derivi una rete di obblighi che richiedono un impegno istituzionale in positivo e in negativo; che tali obblighi possano essere

⁷¹ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*, cit., para. 44. Secondo tale criterio, cioè, per il superamento del test di ragionevolezza non è sufficiente che la misura o il programma soggetto a vaglio giudiziale possa realizzare un vantaggio "statistico", cioè soddisfacente rispetto alla media dei bisogni dei cittadini, ma deve puntare a garantire quella "cura e considerazione" per ciascuno che la Costituzione sudafricana esige: "se la misura, per quanto statisticamente soddisfacente, non risponde ai bisogni di coloro che versano nelle condizioni più disperate, può non superare il test".

⁷² *Ibid.*, para. 43. Su questi passaggi giudiziali, si veda F. Coomans, "Reviewing Implementation of Social and Economic Rights: An Assessment of the 'Reasonableness' Test as Developed by the South African Constitutional Court", *Heidelberg Journal of International Law*, 65 (2005), pp. 167-196.

⁷³ R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., p. 195.

⁷⁴ C. Fried, *Right and Wrong*, cit., p. 110.



determinati secondo *standards* giuridici, dipanando la rete di relazioni che li tiene insieme; che possano essere distribuiti tra le istituzioni e che queste possano sostenere, e programmare, i costi connessi al loro adempimento, in positivo e in negativo⁷⁵. Entro questa prospettiva, però, i modelli giudiziali in esame tracciano percorsi diversi, per offrire rappresentazioni differenti della rete di obblighi istituzionali.

3.2.1 Il *core obligations approach* della Commissione ICESCR

Nei suoi commenti più recenti, la Commissione delle Nazioni Unite ha adottato quello che può definirsi come un *core obligations approach*, spostando il fuoco della propria attività di “etichettamento e classificazione” dai diritti agli obblighi⁷⁶ con esiti che richiamano, molto da vicino, la classificazione degli obblighi derivanti dai diritti “di base” proposta da Henry Shue⁷⁷. Essa ha proceduto identificando un meta-obbligo di “assicurare il soddisfacimento, almeno, dei livelli minimi essenziali di godimento di ogni diritto sancito dalla Convenzione” e tre categorie generali di obblighi, di “rispetto, protezione e realizzazione” derivabili da esso; ha specificato e catalogato, poi, le *core obligations*, tutte “prioritarie”, per ciascuna categoria⁷⁸.

⁷⁵ Si vedano la pronuncia sul caso *Jaftha v Schoeman and Others, Van Rooyen v Stoltz and Others* 2004 (CCT74/03) e il *General Comment No. 3*, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “The Nature of States Parties Obligations”, cit.

⁷⁶ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 14*, “The Right to The Highest Attainable Standard of Health”, 2000.

⁷⁷ Questa “tripartizione” degli obblighi derivanti dai diritti sociali è stata introdotta da H. Shue, *Basic Rights*, cit., e sviluppata dal *General Comment No. 12*, “The Right to Adequate Food”, 1995, <<http://www.ohchr.org/english/bo-dies/cescr/comments.htm>>. Per una critica alla tesi di Shue secondo la quale i diritti fondamentali (“basic rights”) fondano sempre doveri negativi e positivi al contempo, per cui non possono essere classificati in base a correlazioni con doveri puramente positivi o negativi, si veda C. Fabre, “Constitutionalising Social Rights”, cit., pp. 273-275.

⁷⁸ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 14*, cit., para. 33 e ss., ad esempio, definisce l’elenco di *core obligations* derivanti dal diritto alla salute. Gli obblighi di “rispetto” sono quelli che hanno ad oggetto la “non interferenza diretta o indiretta con l’esercizio del diritto”, quali l’obbligo di non negare o limitare l’eguale accesso per tutti gli individui a servizi sanitari preventivi, curativi e palliativi; o di astenersi dall’imposizione di pratiche sanitarie discriminatorie nei confronti delle donne; o, ancora, di astenersi da illegittimi interventi che contribuiscano ad inquinare l’acqua o il suolo. Gli obblighi di protezione sono quelli che hanno ad oggetto l’adozione di misure che prevengano l’interferenza di terzi con il godimento delle garanzie che assistono il diritto; ad esempio, il dovere dello Stato di adottare misure legislative o di altra natura atte ad assicurare l’eguale accesso all’assistenza, ai beni e ai servizi sanitari; di assicurare che la privatizzazione del settore sanitario non costituisca un pericolo per la disponibilità, accessibilità, accettabilità e qualità delle strutture e dei servizi sanitari; di proteggere tutti i soggetti vulnerabili o i gruppi sociali marginalizzati, in particolare donne, bambini, adolescenti e anziani, da forme di violenza di genere. L’obbligo di realizzazione infine, ha ad oggetto il dovere di “facilitare, fornire e promuovere” il godimento del diritto; ad esso sono ascrivibili obblighi più specifici come quello di dare “sufficiente” riconoscimento al diritto alla salute a livello politico e legislativo, preferibilmente attraverso l’adozione di misure legislative tese ad implementare tale diritto, e di adottare politiche sanitarie nazionali che pianifichino in modo dettagliato la realizzazione di tale diritto; l’obbligo di assicurare l’assistenza sanitaria, inclusi programmi di vaccinazione contro le malattie infettive più gravi, e di assicurare a tutti l’eguale accesso ai determinanti di salute, come un’alimentazione sicura, l’acqua potabile, adeguate condizioni abitative e di vita più in generale; ancora, la predisposizione di infrastrutture che forniscano assistenza sanitaria per esigenze legate alla sfera sessuale e riproduttiva, incluse quelle concernenti la una gravidanza “sicura”, specialmente nelle aree rurali.



Questa puntuale classificazione degli obblighi derivanti dai diritti sociali si combina con la catalogazione, altrettanto puntuale, delle “violazioni” di tali obblighi, cioè delle misure o condotte istituzionali che possono minare il *core* dei diritti o impedirne la realizzazione.

Tale approccio, così, vincola il giudizio a una tassonomia di regole di responsabilità istituzionale, che specificano le norme dell’ICESCR: vi è una gamma di obblighi “essenziali” e “prioritari” di cui non si può graduare la portata e sul cui adempimento non si può transigere⁷⁹.

L’adempimento di tali obblighi, infatti, definisce il livello “minimo essenziale” di tutela, in positivo e in negativo, dei diritti sociali, dunque un’inderogabile soglia di impegno che le istituzioni devono approfondire per non venir meno alle proprie responsabilità sul terreno della giustizia sociale. La soglia massima, invece, non è specificata, ma genericamente identificata con la garanzia del “godimento massimo” dei diritti sanciti dalla Convenzione: adempiute le *core obligations*, le istituzioni dovrebbero sempre adoperarsi, in via ulteriore, per la realizzazione ed implementazione dei diritti sociali⁸⁰.

In quest’ottica, la Commissione interpreta la norma dell’ICESCR⁸¹ secondo la quale gli Stati aderenti al Patto hanno l’obbligo di compiere i passi necessari per raggiungere *progressivamente* la realizzazione dei diritti sociali: “il concetto di progressiva realizzazione esprime la consapevolezza che la piena realizzazione di tutti i diritti sociali, economici e culturali, non potrà essere raggiunta in un lasso di tempo breve”, ma ciò non significa che possa essere interpretato in modo da ridimensionare la portata dell’obbligo di una realizzazione *piena*” per la quale occorre “adoperarsi [...] nel modo più rapido ed efficace possibile”⁸².

3.2.2 Proporzionalità ed obblighi di progressiva realizzazione

Così come il *core approach*, anche l’approccio della ragionevole realizzazione rinvia a una rete policentrica di obblighi “multiformi” derivanti dai diritti sociali in capo alle istituzioni. In tal senso, esso richiede agli organi giudiziali di valutare se le istituzioni, per un verso, abbiano adempiuto l’obbligo di adottare misure atte a garantire la ragionevole realizzazione del diritto sociale in gioco e, per altro verso, abbiano adempiuto l’obbligo di non adottare *retrogressive measures*, cioè misure che segnino un irragionevole arretramento istituzionale rispetto alle garanzie già realizzate.

Intorno a questi due meta-obblighi, però, la Corte sudafricana non costruisce una tassonomia di obblighi più specifici e prioritari, ma piuttosto procede ponderando i principi che li stabiliscono per articolarne il contenuto secondo i parametri di ragionevolezza, procedurali e sostanziali, già esposti.

⁷⁹ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 14*, cit., para. 47 e ss.

⁸⁰ Si veda, in tal senso, il para. 24 dei *Limburg Principles*, cit.

⁸¹ Si tratta dell’art. 2 del Patto che stabilisce: “Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the *full realization* of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures”.

⁸² Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 3*, “The Nature of States Parties Obligations”, cit., para. 9.



Secondo l'interpretazione di questi principi finora offerta dalla Corte sudafricana, essi richiedono di "rispettare, proteggere, promuovere e soddisfare" gli interessi sottesi ai diritti sociali in proporzione al peso che assumono alla luce dei principi di libertà, dignità ed eguaglianza, nonché delle concrete circostanze in cui devono essere realizzati. In quest'ottica, la Corte declina il concetto di "progressiva realizzazione" in termini diversi da quelli che caratterizzano l'interpretazione offerta dalla Commissione ICESCR.

Gli obblighi derivanti dai diritti sociali, cioè, hanno ad oggetto, in positivo, una realizzazione "progressiva" in quanto proporzionale al "peso" di tali diritti, oltre che graduale. In sede giudiziale, quindi, adempimenti gradualmente e/o parzialmente di tali obblighi sono giustificabili solo secondo i criteri di necessità, adeguatezza e proporzionalità *stricto sensu* di cui si è già detto, alla luce del contesto in cui si sono verificati.

Su questo terreno, l'azione giudiziale punta a farsi proattiva⁸³ per contribuire a definire le linee lungo le quali deve svolgersi l'azione istituzionale sul terreno della giustizia sociale e dare impulso ad essa, calibrandone la portata secondo le possibilità di fatto e i tempi che essa può richiedere, piuttosto che esigerla nell'immediato e in base a stime "de-contestualizzate" come può accadere con il *core approach*⁸⁴.

Anche sul fronte degli obblighi di non regressione, il modello della ragionevole realizzazione rinvia all'analisi di proporzionalità: la legittimità di eventuali "passi indietro", interferenze o restrizioni rispetto al godimento già effettivo dei diritti sociali, dipende dalla possibilità di giustificarli come necessari, adeguati al raggiungimento di un fine legittimo e fondati su interessi legati da nesso di proporzionalità a quelli che sottendono il diritto in gioco. Le violazioni dei diritti sociali che costituiscono inadempimento degli obblighi di non regressione, dunque, non sono specificate entro un catalogo giudiziale come accade con il *core approach*: in riferimento al diritto alla casa, la pronuncia della Corte sudafricana sul caso *Jaftha* chiarisce che "non è necessario specificare tutte le possibili violazioni" in negativo di tale diritto, dovendosi ritenere che "come minimo, qualunque misura privi un soggetto dell'accesso, *già goduto*, ad adeguate soluzioni abitative costituisce un limite"⁸⁵ al suo godimento, la cui legittimità deve essere apprezzata, poi, in termini di ragionevolezza e proporzionalità.

4. Realizzazione dei diritti sociali e risorse disponibili: l'impegno istituzionale tra l'essenziale il ragionevole

La possibilità di "realizzare" le garanzie dei diritti sociali, in sede giurisdizionale, deve fare i conti con il problema delle - limitate - risorse necessarie a tal fine: se, come si è detto, tale problema riguarda tutti i diritti fondamentali, e non solo i diritti sociali, è pur

⁸³ S. Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, cit., soprattutto pp. 92-124.

⁸⁴ In quest'ottica, la Corte sudafricana (si veda la sentenza sul caso *Grootboom*, cit., para. 42) richiede che le istituzioni adempiano gli obblighi di realizzazione con "programmi" che combinino l'uso dello strumento legislativo con quello di strumenti amministrativi tesi a implementare le garanzie predisposte dal legislatore: tali strumenti devono integrarsi per essere tra loro "coordinati, coerenti e completi"; i programmi legislativi ed amministrativi, inoltre, devono prevedere e regolare l'allocazione degli obblighi istituzionali tra organi differenti, assegnando a questi ultimi le risorse necessarie per adempierli.

⁸⁵ *Jaftha v. Schoeman and Others, Van Rooyen v. Stoltz and Others*, cit., para. 32.



vero che esso esiste e occorre farvi fronte per apprestare a tali diritti una tutela giudiziale effettiva.

Per gli organi giudiziali, dunque, si pone l'esigenza di mettere a punto gli strumenti per valutare le circostanze economiche, ma anche politiche, sociali, storiche, in cui la garanzia dei diritti sociali deve farsi concreta e stabilire se possano giustificare una mancata o limitata realizzazione di tale garanzia.

Da questo punto di vista, il divario tra il *core approach* e il modello della ragionevole realizzazione è particolarmente evidente in relazione sia all'apprezzamento delle circostanze economiche che incidono sulla realizzazione dei diritti sociali, sia alla gestione dei "conflitti" sollevati dalla "competizione" tra diritti rispetto alle risorse utilizzabili per il loro soddisfacimento.

4.1 *Core approach* e livelli "essenziali" di realizzazione dei diritti sociali

Il *core approach*, nella versione adottata dalla Commissione delle Nazioni Unite, richiede che gli Stati compiano tutti i passi necessari per la realizzazione/garanzia dei diritti sociali impiegando "il massimo delle risorse disponibili", escludendo che la scarsità di queste ultime possa giustificare livelli di realizzazione/garanzia inferiori a quella soglia "minima essenziale" che tale approccio tende ad assumere come pre-determinata.

In quest'ottica, la Commissione ICESCR vaglia l'adempimento istituzionale delle *core obligations* incombenti sulle istituzioni secondo parametri particolarmente rigorosi quanto allo "sforzo" economico che esso richiede: gli Stati possono giustificare il mancato adempimento delle *core obligations* con l'assenza di risorse economiche soltanto se provano di aver "compiuto ogni sforzo possibile usando *tutte le risorse a propria disposizione* per soddisfare, *come questione prioritaria*, le *core obligations*"⁸⁶ che la Commissione ha catalogato ed identificato. Sulla scia di tale interpretazione, anche la Corte Costituzionale indiana e quella colombiana assumono la soglia di impegno istituzionale richiesto dalla realizzazione del *core* dei diritti sociali come non derogabile, per escludere che possa definirsi in base a contingenti esigenze, specie economiche⁸⁷.

Quanto ai conflitti tra possibilità di impiego delle risorse economiche richieste dalle realizzazione dei diritti sociali, il *core approach* li dissolve: le regole che pre-determinano, a monte, le aspettative da soddisfare in via prioritaria, trasferiscono sul

⁸⁶ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 3*, cit., para. 10, afferma che: "The Committee acknowledges that the realization of the right to social security carries significant financial implications for States parties, but notes that the fundamental importance of social security for human dignity and the legal recognition of this right by States parties mean that the right should be given appropriate priority in law and policy. States parties should develop a national strategy for the full implementation of the right to social security, and should allocate adequate fiscal and other resources at the national level. If necessary, they should avail themselves of international cooperation and technical assistance in line with article 2, paragraph 1, of the Covenant".

⁸⁷ Per un'analisi della giurisprudenza della Corte indiana e della Corte colombiana in tal senso, si veda J. Chowdhury, "Judicial Adherence to a Minimum Core Approach to Socio-Economic Rights – A Comparative Perspective", Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers. Paper 27, <http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/27>, 2009, pp. 9 e ss.



piano applicativo un ordine normativo tra esigenze di tutela che ne annulla le interferenze reciproche.

4.2 La ragionevole soglia di realizzazione dei diritti sociali

Secondo i criteri di giudizio che la Corte sudafricana deriva dallo *standard* di ragionevolezza questo esige, rispetto al *core approach*, una maggiore sensibilità giudiziale alle “circostanze di fatto” in cui si pone una questione di tutela dei diritti sociali.

Nella versione in cui lo declina la Corte, infatti, il modello della ragionevolezza richiama le istituzioni all’adempimento degli obblighi di progressiva realizzazione “tenuto conto delle risorse disponibili”, quindi a soddisfare una “ragionevole” soglia di impegno, fissata in relazione al contesto in cui quegli obblighi vanno adempiuti e alle risorse che, entro tale contesto, possono essere impiegate per adempierli. La pronuncia sul caso *Soobramoney*, in tal senso, precisa che lo Stato deve adottare misure legislative, e di altra natura, che siano ragionevoli in quanto dirette a “raggiungere la progressiva realizzazione del diritto, *tenuto conto delle risorse economiche*” da cui si può attingere a tal scopo. Il vaglio giudiziale di tali misure, perciò, deve accompagnarsi a una ponderazione dei diritti in gioco che tenga conto dei limiti economici al loro soddisfacimento⁸⁸: la “misura” in cui quest’ultimo può risentire dei suddetti limiti è un problema “aperto”, che trova soluzione quando le diverse ragioni normative in gioco vengono ponderate, per stabilire la portata che assumono, le une in relazione alle altre, nel contesto applicativo. Quanto al problema del conflitto, anch’esso può dirsi “aperto”, giacché non trova soluzioni pre-costituite in regole di priorità che determinano la prevalenza di aspettative di tutela “essenziali” su aspettative accessorie, ma deve trovare soluzione in contemperamenti ragionevoli raggiunti bilanciando, in chiave di proporzionalità, le diverse aspettative in gioco.

Da questo punto di vista, l’approccio “ragionevole” si espone, come si vedrà, a critiche secondo cui esso renderebbe eccessivamente mobile la soglia di realizzazione dei diritti sociali, lasciando alle istituzioni ampi margini per non avanzare o arretrare rispetto ad essa, e riserverebbe alla giurisdizione un’eccessiva discrezionalità nel determinare i rapporti di forza tra aspettative di tutela e la quantità di risorse da impiegare, in base a tali rapporti, per soddisfarle⁸⁹.

⁸⁸ La sentenza *Soobramoney v Minister of Health*, cit., para. 11, precisa che: “What is apparent from these provisions is that the obligations imposed on the state by Sections 26 and 27 in regard to access to housing, health care, food, water and social security are dependent upon the resources available for such purposes, and that the corresponding rights themselves are limited by reason of the lack of resources”; *Ibidem*, para. 43: “In its language, the Constitution accepts that it cannot solve all of our society’s woes overnight, but must go on trying to resolve these problems. One of the limiting factors to the attainment of the Constitution’s guarantees is that of limited or scarce resources”.

⁸⁹ Sulle critiche in tal senso si veda D. Bilchitz, “Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance”, *South African Law Journal*, 119 (2003), pp. 484-501.



5. Due approcci ancora in divenire: tra soluzioni ambigue e soluzioni incomplete

Entrambi gli approcci in esame affrontano le difficoltà sollevate dal giudizio sui diritti sociali con soluzioni che, per aspetti diversi, possono dirsi ambigue ed incomplete e i cui possibili sviluppi sono al centro di un ampio e acceso dibattito teorico.

Per un verso, si pone l'accento sull'incisività dell'azione giudiziale che il *core approach* consente di dispiegare, attraverso la determinazione e applicazione del contenuto essenziale dei diritti sociali in chiave categorica; per altro verso, si sottolinea come il modello della ragionevole realizzazione consenta di esercitare un'azione giudiziale forse meno ambiziosa rispetto ai propri obiettivi di tutela, ma più efficace perché più sensibile ai dati di fatto che condizionano l'effettiva realizzazione di tali obiettivi.

Aderendo a questa seconda posizione, vogliamo evidenziare i limiti delle soluzioni offerte da entrambi gli approcci per sottolineare come il modello della ragionevole realizzazione, nel complesso, dischiuda una direzione più percorribile, per la giustizia costituzionale, rispetto a quella dischiusa dal *core approach*.

5.1 Le ambiguità del *core approach*

Il *core approach* punta alla definizione di una tassonomia di aspetti essenziali dei diritti sociali che fornisca regole di priorità, pre-determinate e astratte, tra ragioni normative, di cui la giurisdizione possa servirsi nei contesti e nelle circostanze più diverse. Il fulcro normativo di tale tassonomia, tuttavia, rimane indefinito: viene identificato con l'essenza dei diritti sociali, ma senza chiarire i criteri di tale identificazione, per servire da opaca premessa a operazioni giudiziali che, perciò, seguono iter argomentativi poco trasparenti⁹⁰. Questa ambiguità rispetto al concetto di *core* finisce per rendere il margine di discrezionalità giudiziale estremamente ampio: muovendo da assunti non chiari sulle qualità essenziali dei diritti sociali, gli sviluppi ed esiti dell'argomentazione giudiziale appaiono svincolati da criteri intellegibili, con rilevanti ricadute in termini di incertezza rispetto al loro contenimento entro i confini di valutazioni giuridicamente fondate.

Inoltre, il "catalogo" di aspetti essenziali dei diritti sociali, quantomeno nelle versioni messe a punto dalla Commissione ICESCR, è così dettagliato da rendere il *core* di tali diritti, e il perimetro entro cui si dispiega la sua categorica difesa giudiziale, estremamente ampio: troppo, per una strategia che pretende di farlo coincidere con un contenuto "minimo" dei diritti cui poter apprestare una tutela giudiziale focalizzata su

⁹⁰ Sotto questo aspetto, peraltro, rileva un ulteriore elemento di ambiguità: non solo il concetto di *core* si riempie dei contenuti più vari, ma tali contenuti sono resi in termini che non rinviano in modo chiaro all' "essenza" dei diritti sociali. Nei commenti generali della Commissione delle Nazioni Unite, ad esempio, si fa riferimento ora al contenuto "essenziale", ora al contenuto "minimo", ora al contenuto "minimo essenziale", dei diritti; parimenti, a tale contenuto viene associato un livello di tutela definito ora come "essenziale", ora come "minimo". V'è da chiedersi, però, se l'essenziale e il minimo siano concetti inter-scambiabili, o associabili, senza necessità di argomentare rispetto a ciò. Sul punto, si vedano il *General Comment No. 12* "The Right to Adequate Food", cit.; il *General Comment No. 19*, "The Right to Social Security", cit.; il *General Comment No. 14*, "The Right to The Highest Attainable Standard of Health", cit.



esso e dunque incisiva, piuttosto che “diluata” lungo percorsi di tutela meramente accessori alle garanzie essenziali. Del resto, circoscrivere al *core* dei diritti sociali l’elaborazione giurisprudenziale, e la difesa giudiziale, significa prestare attenzione, e tutela, a “una parte soltanto” di essi, in un’ottica riduzionistica che sacrifica gli elementi facenti parte del suo “perimetro protettivo”⁹¹.

Elementi di ambiguità caratterizzano anche il *core obligations approach*. Questo, infatti, aggira le difficoltà poste dalla determinazione del contenuto essenziale dei diritti sociali, ma incontra difficoltà parimenti rilevanti sul terreno della specificazione delle *core obligations*. In particolare, v’è ambiguità rispetto al rapporto tra il contenuto essenziale dei diritti e le *core obligations*, declinato ora nei termini di “corrispondenza”, ora in termini di “correlatività”, senza chiarezza rispetto ad esso né alla policentricità⁹² o meno delle *core obligations* e alle relazioni tra queste ultime⁹³.

Un ulteriore limite del *core approach* riguarda il ridotto grado di sensibilità giudiziale concesso rispetto al contesto in cui i diritti sociali devono essere fatti valere e le *core obligations* devono essere adempiute.

Come si è detto, il nucleo essenziale dei diritti sociali e la gamma di corrispondenti *core obligations* non sono “duttili” e ciò comporta che non vi sia spazio per un apprezzamento giudiziale contestualizzato delle diverse sfumature che possono caratterizzare il contenuto dei diritti sociali e le responsabilità istituzionali rispetto alla sua realizzazione. In questo modo, si pretende che il soddisfacimento dei diritti sociali, e l’impegno istituzionale raggiungano una soglia pre-determinata in astratto rischiando, però, di non tenere in debito conto le esigenze di tutela, o istituzionali, che caratterizzino il particolare contesto in cui quel soddisfacimento, e impegno, devono farsi concreti. In particolare, v’è il rischio di un’azione giudiziale “categorica”, ma inefficace in quanto fondata su un pre-giudizio, rispetto alla soglia di impegno istituzionale necessario per realizzare i diritti, che “scavalchi” le concrete circostanze in cui tale impegno deve essere profuso.

Del resto, ove la determinazione del *core* sia connotata in chiave “dinamica”, ammettendo che in sede giudiziale sia possibile rielaborare, volta per volta, le regole che presiedono alla sua tutela o le eccezioni ad esse, i confini del *core* diventano instabili e l’attitudine “categorizzante” del *core approach* risulta vanificata.

Infine, si deve sottolineare un limite riguardante il tipo di tutela giudiziale che il *core approach* favorisce. In linea di massima, esso fonda un’azione giudiziale “difensivo-reattiva” e tendenzialmente retrospettiva⁹⁴, in quanto tesa a preservare, lungo binari pre-definiti, un “dato” nucleo essenziale dei diritti, individuato *ex ante*, da eventuali

⁹¹ G. Pino, *Diritti e interpretazione*, p. 90.

⁹² K. G. Young, “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, cit., pp. 163-164.

⁹³ Vi è, poi, un ulteriore elemento di ambiguità, anche in questo caso, riguardo al concetto di “essenziale” e ai suoi rapporti con il concetto di “minimo”, specie sul terreno della corrispondenza stabilita tra obblighi definiti ora come “minimi”, ora come “minimi essenziali”, e i livelli di tutela dei diritti cui esse “corrispondono”, definiti ora come “minimi”, ora come “minimi essenziali”, senza simmetria, peraltro, nell’uso di tali definizioni. Ancora una volta, v’è da chiedersi come debba spiegarsi la relazione stabilita tra “minimo” ed “essenziale” e quali conclusioni, in sede giudiziale, dovrebbero trarsi da essa.

⁹⁴ S. Fredman, “Transformation or Dilution: Fundamental Rights in the EU Social Space”, *European Law Journal*, (2006), 1, pp. 41-60.



omissioni/violazioni riconoscibili in base a prestabilite ipotesi di indebita limitazione. Ciò può condurre a un esercizio del sindacato di costituzionalità efficace in chiave di neutralizzazione di interventi regressivi rispetto a tutele già apprestate, sulle quali può valutarsi l'impatto di interventi siffatti, ma meno efficace in chiave propulsiva rispetto all'inerzia istituzionale nella realizzazione dei diritti sociali, nel segno di opzioni di tutela ancora prive di tangibili riscontri. Tale approccio, infatti, circoscrive l'orizzonte giudiziale a un'alternativa, secca ed immediata, tra ciò che viola il contenuto essenziale dei diritti e ciò che non lo viola, e, soprattutto, tra ciò che si assume possa realizzarlo e ciò che si assume possa inibirne la realizzazione: in questo secondo caso, resta ben poco spazio per una verifica che rilevi e asseconi le trasformazioni delle condizioni di realizzazione dei diritti sociali - piuttosto che preservarne un catalogo "chiuso" - così da lasciare aperta la possibilità di proiettarle nel futuro per ri-programmarle in chiave proattiva.

5.2 Le "promesse" di ragionevole realizzazione

Nelle sue applicazioni, finora, il modello della ragionevole realizzazione messo a punto dalla Corte sudafricana ha offerto anch'esso delle soluzioni incompiute, tanto sul piano della strategia adottata per determinare il contenuto e la portata dei diritti sociali e gestire gli obblighi che ne derivano, quanto dal punto di vista dell'incisività degli interventi giudiziali che esso consente di realizzare.

In primo luogo, alla tecnica giudiziale della Corte si può contestare di non aver articolato in modo soddisfacente il nucleo di principi (dignità umana, eguaglianza e libertà) a partire dai quali il sindacato di costituzionalità dovrebbe dare consistenza ai diritti sociali costituzionalmente protetti per valutare, poi, in quali termini possano dirsi proiettati verso un ragionevole soddisfacimento. Il parametro della ragionevolezza, da questo punto di vista, è ancora incompiuto e, in chiave critica, si teme che la giurisdizione possa far leva su una pretesa, quanto indeterminata, "ragionevolezza" nel contemperamento tra i diritti e le ragioni istituzionali per relativizzare i diritti fino a svilirne il primato normativo, in chiave di eccessiva deferenza nei confronti del legislatore⁹⁵, ovvero, in senso opposto, per neutralizzare le ragioni istituzionali e imporre, con quelle dei diritti, le ragioni giudiziali.

In secondo luogo, il modello della ragionevole realizzazione non offre, ancora, criteri sufficientemente definiti per valutare l'azione istituzionale tesa ad adempiere gli obblighi derivanti dai diritti sociali. In particolare, non sono definiti i criteri della loro allocazione tra organi istituzionali, che consentano di valutare la ragionevolezza nella distribuzione degli obblighi di realizzazione e non regressione, con i relativi oneri finanziari, a partire da parametri di reciprocità, cooperazione, sussidiarietà finora solo prospettati⁹⁶.

⁹⁵ D. Davis, "Socio-Economic Rights In South Africa: The Record of The Constitutional Court after 10 Years", *ESR Review: Economic And Social Rights In South Africa*, (2004), 5, pp. 3 e ss.

⁹⁶ R. Arango, "Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy", cit., pp. 143-144, sottolinea che "i principi di allocazione dei doveri richiedono di essere sviluppati da filosofi e giuristi interessati a "portare sulla terra" il discorso sui diritti umani e dare ad esso un'applicazione pratica". Sul punto, Arango rinvia alla riflessione sui "principi di allocazione" di H. Shue, "The Interdependence of Duties", in P. Alston, K. Tomashevski (a cura di), *The Right to Food*, Boston, MA, Nijhoff, 1984, pp. 83-



A tale modello, inoltre, si contesta di lasciare all'operato istituzionale margini giustificatori troppo ampi sul terreno della non-realizzazione dei diritti sociali, con il rischio di favorire un'eccessiva discrezionalità nelle scelte politiche che riguardano interessi fondamentali dell'individuo⁹⁷.

Tale approccio, cioè, richiede alle istituzioni di attenersi a una soglia di "impegno" da stabilire in relazione alle circostanze di diritto e di fatto in cui esse devono adempiere i propri obblighi, con il rischio che tale soglia si abbassi fino a giustificare l'inerzia istituzionale in base a mere considerazioni economico-finanziarie.

In terzo luogo, sono sempre più numerose le critiche alla scarsa incisività⁹⁸ dell'approccio adottato dalla Corte sudafricana: la garanzia dei diritti sociali apprestata secondo il modello della ragionevole realizzazione rischia di esaurirsi in un'azione giudiziale propulsiva rispetto all'adozione di atti legislativi o esecutivi ovvero in una debole censura di tali atti, senza offrire rimedi immediati e reazioni "forti" all'inerzia o agli eccessi istituzionali che ledono le ragioni dei singoli.

Questi rilievi critici, però, colgono nel segno solo in parte.

Quanto al primo ordine di critiche, si deve prendere atto che l'uso del parametro di ragionevolezza da parte della Corte costituzionale sudafricana non sempre si è rivelato in linea con ciò che esso richiederebbe. In alcuni casi⁹⁹, il vaglio della ragionevolezza legislativa in materia di diritti sociali si è esaurito in un controllo di mera razionalità strumentale, incentrato sulla necessità e adeguatezza delle leggi rispetto allo scopo da esse perseguito, senza svolgere un'approfondita ponderazione dei diritti e degli interessi legislativi in gioco. In tal senso, la Corte non ha certamente messo a frutto tutte le potenzialità dello *standard* di ragionevolezza, ma si deve sottolineare come la "superficiale" azione giudiziale dispiegata finora su questo fronte sia il frutto di una consapevole cautela nel vincolare il legislatore ad approfondite valutazioni di merito svolte in sede giudiziale¹⁰⁰; ciò non toglie, tuttavia, che nel lungo periodo l'azione giudiziale su questo fronte non possa farsi più incisiva, entro un assetto dei rapporti tra legislazione e giurisdizione in materia dei diritti sociali che si sia, gradualmente, definito e stabilizzato. Anche il secondo ordine di critiche non coglie del tutto nel segno, sminuendo i fattori giudiziali che, su più fronti, contro-bilanciano il peso accordato dallo schema della ragionevolezza alle circostanze di natura economica.

Vi sono, innanzitutto, i parametri sostanziali di eguaglianza, libertà e dignità umana che, ove adeguatamente elaborati, servono da argine normativo al rilievo che possono assumere le ragioni "economiche" addotte dalle istituzioni per giustificare il proprio operato. Inoltre, la giurisprudenza della Corte ha chiarito che le istituzioni politiche non

95, ed A. Sen, "The Right Not To Be Hungry", in P. Alston, K. Tomashevski (a cura di), *The Right to Food*, cit., pp. 69-81.

⁹⁷ Sulle critiche in tal senso, si veda D. Bilchitz, "Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance", cit., pp. 484-501.

⁹⁸ In tal senso, si vedano le analisi di D. Bilchitz, "Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence", *South African Journal of Human Rights*, (2003), 1, pp. 1-7; M. Pieterse, "Coming to Terms with Judicial Enforcement of Socio-economic Rights", *South African Journal of Human Rights*, 3 (2004), pp. 383-387.

⁹⁹ *Lindiwe Mazibuko and Others v. City of Johannesburg and Others*, Case CCT 39/09.

¹⁰⁰ Come chiarisce il presidente della Corte costituzionale sudafricana, Justice P. Langa, *Transformative Constitutionalism*, cit. In questo senso, si veda anche C. R. Sunstein, *Designing Democracy: What Constitutions Do*, cit.



possono sottrarsi all'obbligo di progressiva realizzazione di un diritto sociale asserendo, semplicemente, che esistono dei limiti economici ad essa, ma devono provare la sussistenza di tali limiti e, altresì, la ragionevole relazione tra essi e la mancata, o ridotta, realizzazione del diritto in gioco. Infine, tra gli elementi di cui si deve tener conto nel vagliare la ragionevolezza degli interventi in materia di diritti sociali vi sono, oltre i limiti economici, "le condizioni dei soggetti più vulnerabili e che versano nelle condizioni di maggior bisogno"¹⁰¹. Ciò che il modello della ragionevole realizzazione richiede, quindi, è che si vagolino le azioni istituzionali tese a realizzare progressivamente un diritto sociale, e l'impegno istituzionale profuso in esse, alla luce delle condizioni di maggior svantaggio cui tali azioni devono rimediare: per un verso, la misura di tale impegno può ridursi per ragioni economiche, ma per altro verso tale riduzione è mitigata dall'esigenza che l'impegno rimanga congruo rispetto a situazioni che ne richiedono la massima profusione.

Il terzo ordine di critiche evidenzia la "debolezza" di una tutela giudiziale dei diritti che punta a correggere l'azione istituzionale in termini di ragionevolezza, ma non oppone ad essa regole di protezione di un ambito intangibile, quale il contenuto minimo dei diritti dovrebbe essere. Da questo punto di vista, il sindacato di ragionevolezza lascerebbe spazi di discrezionalità troppo ampi al legislatore e, inoltre, offrirebbe rimedi solo parziali alla condizione di mancato godimento, o di ostacolo rispetto al godimento, di un diritto sociale da parte dei singoli titolari¹⁰²: questi devono attendere che il "ragionevole" equilibrio tra istanze individuali ed esigenze istituzionali faccia il proprio corso e procuri quel godimento progressivo di tutele di cui, nell'immediato, il singolo non ha potuto beneficiare. Il modello della ragionevole realizzazione, cioè, offrirebbe alle ragioni dei singoli una tutela solo "mediata", ponendole in secondo piano rispetto a un complessivo equilibrio normativo fondato sul loro temperamento con ragioni istituzionali confliggenti, ammettendo che siano realizzate nei tempi e nella misura richiesti dal bilanciamento con queste ultime.

Si deve sottolineare, però, come proprio questo ruolo di mediazione, tra esigenze normative contrastanti, consenta alla giustizia costituzionale, per un verso, di mantenere la propria posizione in equilibrio con quella delle istituzioni politiche, e, per altro verso, di realizzare interventi "strutturali", procedendo da una visione "di insieme" che non limita l'orizzonte del costituzionalismo ai diritti, ma lo amplia fino a toccare lo sfondo sul quale prendono forma i rapporti tra individui e istituzioni.

Il modello della ragionevole realizzazione, così, dischiude una prospettiva in cui la difficoltà di soddisfare in modo pieno e immediato i diritti sociali è, in qualche modo, metabolizzata in chiave proattiva, puntando su una "programmazione" di tutele diffuse¹⁰³, calibrate secondo le possibilità di fatto e di diritto, ma adeguate, come ha

¹⁰¹ Si vedano, in particolare, le pronunce sui casi *Grootboom* e *Treatment Action Campaign*.

¹⁰² In tal senso, le tesi critiche sottolineano la superiorità dell'approccio "specificazionista" di cui è già detto. Sul punto, si vedano, soprattutto, S. Liebenberg, "South Africa's Evolving Jurisprudence on Socio-economic Rights: An Effective Tool in Challenging Poverty?", *Law, Democracy & Dev.*, (2002), 6, pp. 177, 187-188; D. Bilchitz, "Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence", cit.

¹⁰³ Con la pronuncia sul caso *Khosa & Others v Minister of Social Development & Others*, cit., però, la Corte ha esteso, in via immediata, ai non residenti importanti misure di sicurezza sociale, ammettendovi anche i ricorrenti. Con la decisione sul caso *Grootboom*, però, sebbene non abbia riconosciuto ai ricorrenti l'immediato accesso a una sistemazione abitativa, la Corte ha richiesto alle



JURA GENTIUM



chiarito la giurisprudenza della Corte sudafricana, alle esigenze dei soggetti più vulnerabili e bisognosi.

Esso, dunque, non si accontenta di garanzie categoriche, ma circoscritte e spesso non realizzabili, per puntare su garanzie che riposino su un equilibrio tra quanto può realizzarsi oggi e quanto può ottenersi nel lungo periodo, dando impulso a una tutela “ragionevole” dei diritti sociali, programmata con la consapevolezza dei limiti che la sua realizzazione può incontrare. Su questo piano, si tratta di un approccio che richiede “tempo” per realizzare i propri obiettivi di tutela, ma non per questo può dirsi inefficace, e indica una direzione forse meno ambiziosa nell’immediato, ma più percorribile di quella che il *core approach* vorrebbe imprimere all’azione giudiziale e al discorso costituzionalistico sui diritti sociali.

istituzioni di attivarsi in tal senso con adeguati programmi legislativi e atti tesi a implementarli: ciò è avvenuto, effettivamente, con l’emanazione e implementazione dell’*Housing Assistance in Emergency Circumstances Programme*, del 2004. Con la pronuncia sul caso *Khosa & Others v Minister of Social Development & Others*, cit., però, la Corte ha esteso, in via immediata, ai non residenti importanti misure di sicurezza sociale, ammettendovi anche i ricorrenti.