

Comitato scientifico

Giuseppe Battelli - Università degli Studi di Trieste, Stefano Amadio - Università degli Studi di Trieste, Giliberto Capano - Università degli Studi di Bologna, Fabio Cossutta - Università degli Studi di Trieste, Marco Cossutta - Università degli Studi di Trieste, Giuseppe Longo - Università degli Studi di Trieste, Maurizio Manzin - Università degli Studi di Trento, Paolo Moro - Università degli Studi di Padova, Gisella Paoletti - Università degli Studi di Trieste, Marina Sbisà - Università degli Studi di Trieste, Roberto Scarciglia - Università degli Studi di Trieste, Valter Sergio - Università degli Studi di Trieste, Giacomo Todeschini - Università degli Studi di Trieste, Miriam Totis - Presidente dell'Ordine degli Assistenti Sociali del Friuli – Venezia Giulia

Presentazione della collana *in/Tigor*

Nell'immaginario collettivo l'Università viene percepita, in prevalenza, come una istituzione e tutt'al più un luogo fisico. Andando oltre questa pur legittima e diffusa percezione, la chiave di volta per cogliere il senso della collana *in/Tigor* va piuttosto cercata nel significato originario del termine *università*: a lungo attivo nella lingua italiana per designare le corporazioni e, quindi, più modernamente declinabile come comunità indivisa di coloro che, pur con funzioni e competenze diverse, condividono l'arte (intesa quale attività/lavoro) dello studio.

Se la finalità operativa della collana è individuabile nella diffusione dei risultati di valide analisi scientifiche e dei frutti del migliore insegnamento e della più proficua collaborazione con le aree professionali dialoganti con la stessa *università*, il fondamento profondo della stessa sta nel voler proporsi come segno di una data concezione e conseguente sperimentazione di *università*. Quale?

La collana, lo suggerisce lo stesso nome, trova la propria simbolica collocazione nell'edificio di via Tigor. Ma ciò non va affatto inteso come riferimento esclusivo e negativamente identitario, bensì come 'luogo' che, se non nega le proprie concrete radici storiche, si apre e si offre in quanto *agorà virtuale* nella quale incontrare sia ciascuna delle specifiche comunità di studio e di lavoro che costituiscono l'insieme complessivo dell'Ateneo di Trieste e di altri Atenei, sia ciascuna delle aree professionali che operanti nella società civile dialogano con lo stesso mondo universitario.

In tal senso, e in un momento di drammatica messa in discussione dello stesso significato fondativo dell'*università*, e di insidiosa deriva verso deformanti declinazioni aziendaliste o tecnoburocratiche, questa *agorà* intende proporsi come spazio che - rivolgendosi a coloro che ancora credono al decisivo ruolo dell'università pubblica in quanto veicolo di scienza e conoscenza, crescita della formazione critica, educazione a una cittadinanza consapevole - invera l'inscindibile unità di studio, insegnamento, legame con la società civile, ribadendo con forza come né l'uno, né gli altri potrebbero esprimere integralmente la propria intrinseca potenzialità qualora, invece di realizzare un'armoniosa fusione, perseguissero l'obiettivo di uno sviluppo separato.

Ecco allora che la collana *in/Tigor* si concepisce come una *universitas* di persone liberamente accomunate dall'amore per la conoscenza e liberamente operanti, a prescindere e nel superamento di ogni predefinita cristallizzazione di ruoli, secondo i principi sopra delineati.



eISBN 978-88-8303-443-5

EUT - Edizioni Università di Trieste
Via E. Weiss, 21 – 34128 Trieste
<http://eut.units.it>

Luca Baccelli, Paolo Di Lucia, Guglielmo Feis,
Federica Foschini, Barbara Malvestiti, Ilaria Possenti,
Vincenzo Rapone, Chiara Valentini, Laura Vecchioli

DIRITTI FONDAMENTALI E DIRITTI SOCIALI

a cura di MARCO COSSUTTA



Edizioni
Università
di Trieste

SOMMARIO

11 NOTA DEL CURATORE

LUCA BACCELLI

13 DIRITTI SOCIALI E OBBLIGHI GIURIDICI

§ 1. Diritti deboli p. 14; § 2. Diritti sociali e garanzie p. 18; § 3. *Ad impossibilia nemo tenetur?* p. 22; § 4. Dall'assiomatica all'impressionismo p. 28.

MARCO COSSUTTA

33 UNA DECLINAZIONE DEL SINTAGMA /DIRITTO SOCIALE/: APPUNTI PER UNA RIDISCUSSIONE DELLA CATEGORIA DELLA POSITIVITÀ DEL DIRITTO

§ 1. Su l'uso tradizionale o comune dei sintagmi componenti il titolo del nostro incontro p. 34; § 2. Sul diritto sociale quale diritto fondamentale della comunità politica p. 38; § 3. Il giudice *attivista* e la vigenza dei diritti sociali nella prospettiva dello stato pluriclasse p. 40; § 4. Cenni sulla giurisprudenza quale fonte del diritto p. 45; § 5. Sulla fonte del diritto sociale: l'interpretazione *intersistemica* p. 47; § 6. Il tentativo di comprovare le *elucubrazioni* di cui sopra p. 49; § 7. Sulla cogenza interna di certe indicazioni provenienti dal diritto comunitario p. 59; § 8. Per un diritto sociale adeguato all'ordinamento giuridico della comunità politica p. 62.

PAOLO DI LUCIA

67 COME DISFARE UNA NORMA:

INCOMPLETEZZA INCOMPIUTEZZA INADEMPIUTEZZA

§ 0. Come disfare una norma p. 68; § 1. Tricotomia della non-compiutezza: incompletezza, incompiutezza, inadempitezza p. 70; § 1.1. Primo concetto di non-compiutezza: *incompletezza* p. 70; § 1.1.1. *Incompletezza* e lacune *logiche* p. 70; § 1.1.2. Incompletezza per esuberanza p. 71; § 1.1.3. Incompletezza quale predicato di *ordinamenti* p. 72; § 1.1.4. “Che cosa fare?” p. 72; § 1.2. Secondo concetto di non-compiutezza: *incompiutezza* p. 73; § 1.2.1. *Incompiutezza* e lacune *praxeologiche* p. 73; § 1.2.2. Lacune praxeologiche di “costruzione” p. 74; § 1.2.3. Incompiutezza quale predicato di *norme* p. 75; § 1.2.4. “Come fare?” p. 76; § 1.3. Terzo concetto di non-compiutezza: *inadempitezza* p. 76; § 1.3.1. *Inadempitezza* e lacune *praxeologiche* p. 76; § 1.3.2. Lacune praxeologiche di “costrizione” p. 77; § 1.3.3. Inadempitezza quale predicato di *oggetti di normazione* p. 77; § 1.3.4. “Chi deve fare?” p. 78; § 2. Incompletezza, incompiutezza, inadempitezza: tre *species* di un unico e stesso *genus*? p. 78; *Bibliografia* p. 79.

GUGLIELMO FEIS

81 “DOVERE IMPLICA POTERE” A TUTELA DEI DIRITTI?

§ 1. Premessa p. 82; § 2. Metodologia p. 83; § 3. Per una tassonomia delle interpretazioni di “dovere implica potere” p. 83; § 4. Dicotomie per muoversi tra le interpretazioni di “dovere implica potere” p. 85; § 5. Le tutele standard di “dovere implica potere”: norme generali e individui particolari p. 86; § 6. Espandere le tutele di “dovere implica potere”: una nozione forte di possibilità giuridica a tutela dei diritti? p. 88 § 7. Conclusioni p. 90.

FEDERICA FOSCHINI

93 I DIRITTI DI QUARTA GENERAZIONE. IL DECRETO

“SALVA ALCOA”: UN ESEMPIO DI DIRITTO FLUIDO

§ 1. Introduzione p. 93; § 2. Il diritto dell’energia p. 94; § 3. I diritti di quarta generazione p. 95; § 3.1. I diritti di quarta generazione nati come specificazioni di diritti già esistenti p. 97; § 3.2. I diritti di quarta generazione nati *ex novo* p. 100; § 4. Un caso concreto p. 102; § 5. Conclusione p. 105.

BARBARA MALVESTITI

113 CRITERI DI NON BILANCIABILITÀ DELLA DIGNITÀ UMANA

§ 0. La dignità umana nella Carta di Nizza p. 113; § 1. Tre criteri di non bilanciabilità della dignità umana p. 115; § 1.1. Primo criterio: il tratto personologico della dignità umana p. 116; § 1.2. Secondo criterio: il tratto eudemologico della dignità umana p. 123; § 1.3. Terzo criterio: il tratto deontico della dignità umana p. 130.

ILARIA POSSENTI

135 INDIVIDUI O CITTADINI? *FLEXICURITY* E DIRITTI
SOCIALI NEL CONTESTO COMUNITARIO

1. Premessa p. 136; § 2. L'uomo flessibile. Sul contesto e i soggetti della *flexicurity* p. 136; § 3. Modello sociale europeo e diritto del lavoro: gli orientamenti p. 139.

VINCENZO RAPONE

147 DI UNA TEORIA CHE ILLUMINA LE PRASSI.
I LIMITI DELLA RIVENDICAZIONE DELL'INVIOLABILITÀ
DEI DIRITTI SOCIALI ALLA LUCE DELLE TEORIE
DEL DIRITTO SOCIALE

§ 1. Le radici teoriche del tentativo di delegittimazione politica dei diritti sociali p. 148; § 2. La natura politica e giuridica della mediazione tra diritti di libertà e diritti sociali p. 158; § 3. Della portata storica e metodologica dell'idea di diritto sociale p. 165; § 4. Diritto sociale e sfera politico-statuale. Conclusioni p. 170.

CHIARA VALENTINI

175 COSTITUZIONALISMO TRASFORMATIVO,
DIRITTI SOCIALI ED OBBLIGHI DI PROGRESSIVA
REALIZZAZIONE: IL MODELLO SUDAFRICANO

§ 1. Introduzione p. 175; § 2. Costituzionalismo trasformativo e diritti sociali: il modello sudafricano p. 177; § 2.1. Diritti sociali e ragionevolezza: gli strumenti di giudizio p. 182; § 2.2. Dai diritti ai doveri: ragionevolezza ed obblighi di progressiva realizzazione p. 185; § 2.3. Diritti sociali e limiti economici p. 187; § 3. Le critiche al modello sudafricano: ragionevolezza incompiuta e debolezza giudiziale p. 189; § 3.1. Una ragionevolezza "incompiuta" p. 190; § 3.2 Ragionevolezza giudiziale e tutela dei singoli p. 191.

LAURA VECCHIOLI

195 BREVI CONSIDERAZIONI SUL DIRITTO SOCIALE
IN FRANÇOIS EWALD

COSTITUZIONALISMO TRASFORMATIVO,
DIRITTI SOCIALI ED OBBLIGHI
DI PROGRESSIVA REALIZZAZIONE.
IL MODELLO SUDAFRICANO
CHIARA VALENTINI

ABSTRACT

Il contributo analizza l'applicazione del sindacato di ragionevolezza ai diritti sociali, con riferimento all'approccio messo a punto dalla Corte costituzionale del Sudafrica, per evidenziarne alcuni aspetti rilevanti dal punto di vista teorico-costituzionale.

PAROLE CHIAVE

Diritti sociali; giustiziabilità; ragionevolezza; proporzionalità.

SOMMARIO

§ 1. Introduzione; § 2. Costituzionalismo trasformativo e diritti sociali: il modello sudafricano; § 2.1. Diritti sociali e ragionevolezza: gli strumenti di giudizio; § 2.2. Dai diritti ai doveri: ragionevolezza ed obblighi di progressiva realizzazione; § 2.3. Diritti sociali e limiti economici; § 3. Le critiche al modello sudafricano: ragionevolezza incompiuta e debolezza giudiziale; § 3.1. Una ragionevolezza "incompiuta"; § 3.2 Ragionevolezza giudiziale e tutela dei singoli.

1. INTRODUZIONE

Il dibattito teorico-costituzionale sul rapporto tra giurisdizione e diritti sociali insiste, tradizionalmente, su due ambiti problematici: da un lato, quello riguardante la possibilità che i diritti sociali siano oggetto di

giudizio; dall'altro lato, quello concernente la legittimazione e/o competenza delle corti riguardo a tali diritti¹.

Nel primo ambito assumono rilievo difficoltà riguardanti, per un verso, la determinazione del contenuto e della portata dei diritti sociali e, quindi, l'azionabilità in giudizio di pretese fondate su essi; per altro verso, la determinazione e coercibilità degli obblighi correlativi ai diritti sociali², tradizionalmente inquadrati come "positivi", non specifici e "costosi", perciò tali da non poterne esigere un pieno ed immediato adempimento. Quanto al secondo ambito, è controversa sia la legittimazione delle corti a coartare l'azione politica su questioni di giustizia sociale, sia la possibilità di garantire, con strumenti giudiziali, la realizzazione dei diritti sociali alla luce dei concreti limiti, soprattutto economici, che essa incontra³. A quest'ultimo nodo problematico, oggi, il dibattito teorico è particolarmente sensibile: si tratta di far luce sull'effettività delle garanzie che le costituzioni contemporanee riconoscono ormai diffusamente ai diritti sociali, per definirne lo statuto in relazione agli strumenti di tutela giudiziale.

La riflessione su tali strumenti, del resto, è stimolata da una produzione giurisprudenziale che, dalla fine del secolo scorso, si è fatta copiosa⁴, restituendo un rapporto tra giurisdizione e diritti sociali dalla fisionomia sempre più concreta. Da questo punto di vista, l'esperienza maturata dalla Corte costituzionale nell'ordinamento sudafricano è particolarmente

1 Per questa classificazione degli argomenti contro la giustiziabilità dei diritti sociali, ormai ricorrente in letteratura, si vedano C. Fabre, *Constitutionalising Social Rights*, in "The Journal of Political Philosophy", 3, 1998, pp. 263-284, e E. C. Christiansen, *Adjudicating Non-Justiciable Rights: Socio-Economic Rights and the South African Constitutional Court*, in "Columbia Human Rights Law Review", 2, 2007, pp. 321-386.

2 Secondo lo schema della correlatività di W. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Essays*, Yale University Press, New Haven, 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 University Press, Oxford, 1998, pp. 7-111; R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, pp. 132-138; B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea Da Hart a Raz*, in "Analisi e diritto", 2001, pp. 1-58; A. Ross, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965, pp. 151-159.

3 C. Fried, *Right and Wrong*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1978.

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

significativa, per gli strumenti giudiziali che ha prodotto, per il modello costituzionalistico al quale tali strumenti sono ispirati e, più in generale, per il ruolo che tale Corte ha assunto sul terreno della giustizia sociale.

2. COSTITUZIONALISMO TRASFORMATIVO E DIRITTI SOCIALI: IL MODELLO SUDAFRICANO

L'approccio della Corte Costituzionale sudafricana ai diritti sociali gode di una visibilità teorica che, soprattutto nell'ultimo decennio, è cresciuta fino a renderlo un importante punto di riferimento del contemporaneo dibattito costituzionalistico, per diverse ragioni.

In primo luogo, esso riposa su una visione del rapporto tra costituzione, democrazia e diritti dall'impostazione peculiare rispetto a quella che, tradizionalmente, connota i modelli costituzionalistici di stampo liberale.

Tale paradigma, infatti, guarda alla costituzione in chiave "trasformativa", come motore di un costante progresso nel senso dell'inclusività democratica e dell'eguaglianza sostanziale, alimentato soprattutto dalla garanzia dei diritti sociali: «un progetto a lungo termine [...] finalizzato a trasformare (non certo in isolamento, ma entro un contesto storico di sviluppi politici che lo consentano) le istituzioni politiche e sociali [...] in senso democratico, partecipativo, egualitario»⁵. Il patto costituzionale, quindi, è concepito come «promessa di cambiamento» e «veste giuridica di una concreta speranza», piuttosto che suggello di un ordine da preservare, nel segno di una trasformazione continua, che si svolge in chiave correttivo-retrospettiva, per «curare le ferite del passato», ma soprattutto in chiave proattiva, servendo da ponte «verso un futuro migliore»⁶.

In secondo luogo, questo costituzionalismo "trasformativo"⁷ pone in primo piano il rapporto tra diritti sociali e giurisdizione, necessario per la

5 K. Klare, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, in "South African Journal on Human Rights", 14, 1998, 150.

6 Nel discorso tenuto alla Stellenbosch University nel 2006 (Justice P. Langa, *Transformative Constitutionalism*, in "Stellenbosch Law Review", 3, 2006, pp. 352 e ss.) il Presidente della Corte Costituzionale sudafricana Pius Langa ha affermato che la Costituzione del Sudafrica trova la propria giustificazione nell'esigenza di "cambiamento" e ha l'obiettivo fondamentale di "curare le ferite del passato" per "guidarci verso un futuro migliore": essa dischiude e difende le possibilità di trasformazione dell'ordinamento, piuttosto che preservare uno *status quo* da sottrarre a possibili mutamenti.

7 K. Klare, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, cit.; Il contributo di F. I. Michelman e della sua teoria costituzionalistica a questo paradigma è di notevole

trasformazione dello *status quo* nel segno dell'eguaglianza, della dignità umana e della libertà. Come si dirà, infatti, la Costituzione del Sudafrica prevede espressamente la giustiziabilità dei diritti sociali e chiama gli organi giudiziari, specie di giustizia costituzionale, a un'azione incisiva sia in difesa di tali diritti da possibili violazioni, sia in chiave propulsiva rispetto all'effettiva realizzazione di essi.

Questo nesso, molto stretto, tra diritti sociali, giurisdizione e trasformazioni costituzionali trova riscontro sia 1) nella Costituzione, sia 2) nell'operato della Corte Costituzionale del Sudafrica, proiettati verso una realizzazione forse «modesta, ma effettiva» dei diritti sociali e, per questa via, verso trasformazioni socio-economiche, anch'esse «modeste, ma autentiche»⁸.

1) La Costituzione sudafricana riconosce un'ampia gamma di diritti sociali ai quali accorda espressamente tutela giuridica e giudiziale e di cui individua i corrispondenti obblighi, sia positivi sia negativi, incombenti sulle istituzioni.

Le *Sections* 26, 27 e 29, infatti, sanciscono il “diritto di accedere” a beni o servizi essenziali, in particolare la casa, l'assistenza sanitaria, il cibo, l'acqua, la sicurezza sociale, l'istruzione; la *Section* 7 prevede che lo Stato debba «rispettare, proteggere, promuovere e soddisfare» *tutti* i diritti sanciti dalla Costituzione, inclusi i diritti sociali⁹; rispetto a questi ultimi, essa stabilisce che le istituzioni debbano adottare «ragionevoli misure legislative e di altra natura, nei limiti delle risorse disponibili», per raggiungerne «la progressiva realizzazione». La *Section* 38, infine, è una norma di cruciale rilievo, che riconosce e assicura in modo esplicito la giustiziabilità di tutti i diritti costituzionalmente tutelati, quindi anche dei diritti sociali¹⁰. La centralità del rapporto tra tali diritti e la giuri-

rilievo. Si veda, in particolare, F. I. Michelman, *Welfare Rights in A Constitutional Democracy*, 3, 1979, in “Washington University Law Quarterly”, pp. 659 e ss.

8 Eric C. Christiansen, *Exporting South Africa's Social Rights Jurisprudence*, in “Loyola University Chicago International Law Review”, 1, 2008, p. 42.

9 «The state must respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights». Questa classificazione rinvia a quella dei doveri derivanti dai diritti sociali proposta da H. Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1984 (seconda ed.).

10 «Anyone listed in this section has the right to approach a competent court, alleging that a right in the Bill of Rights has been infringed or threatened, and the court may grant appropriate relief, including a declaration of rights».

sdizione trova ulteriori punti di riferimento normativi nelle *Sections* 8, 39 e 36: norme concernenti, da un lato, l'interpretazione e applicazione giudiziale delle clausole di garanzia dei diritti e, dall'altro lato, la legittimità dei limiti al godimento di questi ultimi.

La *Section* 8 stabilisce che rispetto a tutti i diritti che la costituzione riconosce e tutela, inclusi i diritti sociali, le corti devono svolgere un'azione di garanzia ed implementazione complementare a quella legislativa: «al fine di dare efficacia a un diritto, una corte deve applicare o, se necessario, sviluppare il *common law* nella misura in cui la legislazione non dà effetto a quel diritto e deve elaborare i limiti che il *common law* pone ad esso» in conformità a ciò che la Costituzione prevede¹¹.

La giustizia costituzionale, in particolare, dovrebbe far progredire il sistema giuridico nella direzione segnata dall'effettività del sistema di garanzie dei diritti costituzionali e, a monte, svolgere un'azione di modellamento sia di tali garanzie sia dei limiti ad esse, nel rispetto di criteri stabiliti dalle *Sections* 39 e 36.

La *Section* 39 chiama le corti a interpretare il *Bill of Rights* promuovendo «i valori su cui si fonda una società democratica e aperta, basata sulla dignità umana, l'eguaglianza e la libertà», tenendo in considerazione il diritto internazionale e potendo tener conto anche del diritto straniero¹²; l'interpretazione giudiziale delle leggi, poi, deve essere improntata al primato normativo dei diritti, ossia promuovere lo spirito, lo scopo, e le garanzie che sono oggetto del *Bill of Rights* sudafricano.

Le garanzie apprestate da quest'ultimo possono essere limitate soltanto nel rispetto di precise condizioni che la *Section* 36 stabilisce espressamente: i limiti ai diritti costituzionali sono legittimi solo se «ragionevoli e giustificabili» in una «società aperta e democratica basata sulla dignità umana, l'eguaglianza e la libertà» tenuto conto di «tutti i fattori rilevanti, inclusi (a) la natura del diritto; (b) l'importanza dello scopo per cui il limite è stato posto; (c) la natura e la misura della limitazione; (d) la relazione tra la limitazione e il suo scopo; (e) gli strumenti meno restrittivi

11 «When applying a provision of the Bill of Rights to a natural or juristic person in terms of subsection (2), a court in order to give effect to a right in the Bill, must apply, or if necessary develop, the common law to the extent that legislation does not give effect to that right; and may develop rules of the common law to limit the right, provided that the limitation is in accordance with section 36(1)».

12 Si deve sottolineare, a questo proposito, che il Sud Africa ha firmato (il 3 ottobre del 1994), ma non ratificato, il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (adottato nel 1966 ed entrato in vigore nel 1976).

(rispetto al diritto) che avrebbero consentito di realizzare tale scopo»¹³. Si tratta, come vedremo più avanti, della norma su cui la giurisprudenza costituzionale ha fatto leva per definire lo *standard* giudiziale di ragionevolezza e articularlo in chiave di proporzionalità¹⁴: i limiti ai diritti possono ritenersi ragionevoli se “proporzionali”, cioè necessari, adeguati al raggiungimento del fine per cui sono posti e fondati su una relazione di proporzionalità in senso stretto tra le ragioni che li giustificano e quelle che, invece, giustificano la garanzia dei diritti in gioco; l'apprezzamento di tali ragioni da un punto di vista sostanziale, poi, deve avvenire alla luce dei principi di «dignità umana, eguaglianza e libertà» in cui esse sono radicate.

L'opzione per una siffatta garanzia dei diritti sociali, esplicita e “piena”, specie in chiave di giustiziabilità, è stata oggetto di un dibattito costituzionale molto acceso in cui si è sottolineato da più parti il rischio di un eccesso di diritto e giurisdizione a detrimento della politica e della legislazione democratica su questioni, cruciali, come quelle di giustizia sociale.

13 «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 the nature of the right; the importance of the purpose of the limitation; the nature and extent of the limitation; the relation between the limitation and its purpose; and 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».

14 L'analisi di proporzionalità, sviluppata dalla giurisprudenza amministrativa e costituzionale tedesca (emblematica è la pronuncia sul caso *Apothekenurteil*, Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 7, 377 del giugno 1958), rappresenta un punto di riferimento fondamentale per le Corti costituzionali che, in tutto il mondo, rinviando ormai esplicitamente ad essa e ai tre tests che richiede; secondo la concettualizzazione offerta da Robert Alexy, infatti quello della proporzionalità è un modello giudiziale che struttura il vaglio degli atti che incidono sulla garanzia dei diritti in tre passaggi: una verifica dell'adeguatezza dell'atto rispetto allo scopo (legittimo) che esso persegue (test di adeguatezza/idoneità); una verifica della necessità dell'atto per la realizzazione di quello scopo (test di necessità); infine, una verifica della proporzionalità in senso stretto dell'atto, finalizzata a stabilire se tra lo scopo che esso persegue e i diritti o gli interessi di cui richiede il sacrificio vi sia una relazione di proporzionalità, per cui tale sacrificio è commisurato all'importanza dello scopo perseguito (test di proporzionalità *stricto sensu*). Sul punto si vedano, tra gli altri, R. Alexy, *On Balancing and Subsumption*, in “Ratio Juris”, 4, 2003, pp. 436-437 e Id., *A Theory of Constitutional Rights*, cit., pp. 394 e ss. Sul nesso tra giustizia costituzionale, ragionevolezza e proporzionalità, si veda Id., *The Reasonableness of Law*, in G. Bongiovanni, G. Sartor, C. Valentini (a cura di), *Reasonableness and Law*, Springer, 2009, pp. 5-15.

2) Su tale rischio, la Corte Costituzionale sudafricana ha esplicitamente preso posizione, sostenendo che: a) se è vero che la giustiziabilità dei diritti sociali porta con sé un'interferenza delle corti nelle scelte politiche, è pur vero che un'interferenza siffatta può sempre derivare dal vaglio delle scelte politiche sui diritti, sociali così come civili o politici; b) la tutela giudiziale dei diritti sociali, inoltre, non si traduce necessariamente, o soltanto, nella richiesta di interventi politici positivi e dal costo elevato, ma può tradursi anche nella sola rimozione di ostacoli o interferenze rispetto al loro esercizio: si tratta di diritti che possono essere tutelati “in negativo”, ove si renda necessario rimuovere restrizioni illegittime al godimento di essi, se già garantito, oppure la tutela “positiva” di tali diritti comporti un “prezzo” non sostenibile, anche in termini di ingerenza giudiziale rispetto alle scelte politiche sull'allocazione delle pubbliche risorse¹⁵; c) il vero nodo problematico, allora, non concerne la legittimazione delle corti in materia di diritti sociali, ma la legittimità dell'operato giudiziale, ossia il modo in cui le corti trattano le questioni relative alla tutela dei diritti sociali, i principi che le guidano e i limiti entro cui esse esercitano il proprio potere decisionale¹⁶.

La corte non si è limitata a stabilire questi punti fermi, per chiarire le ragioni che legittimano il suo intervento su questioni di giustizia sociale, ma è andata oltre, elaborando gli strumenti di giudizio con cui affrontare tali questioni.

Da questo punto di vista, le soluzioni giurisprudenziali adottate sono di particolare interesse, soprattutto sotto tre aspetti: l'uso dello *standard* di ragionevolezza e la sua applicazione ai diritti sociali; l'attenzione agli obblighi che derivano dai diritti sociali e l'impegno profuso nella determinazione del loro contenuto e nell'individuazione dei principi che ne governano l'adempimento; il rilievo dato alle circostanze di fatto in cui viene reso il giudizio sulle questioni riguardanti i diritti sociali.

¹⁵ Come la Corte ha chiarito in *Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In Re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 (4) SA 744, e ribadito in *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 (CCT 11/00).

¹⁶ La pronuncia *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000, cit., chiarisce che «The question is therefore not whether socio-economic rights are justiciable under our Constitution, but how to enforce them in a given case».

2.1. Diritti sociali e ragionevolezza: gli strumenti di giudizio

Con una serie di pronunce, rese sui casi *Soobramoney*, *Grootboom*, *Treatment Action Campaign*, e *Khosa*¹⁷, la Corte Costituzionale sudafricana ha gradualmente definito un approccio giudiziale ai diritti sociali che può dirsi teso a garantirne una “ragionevole realizzazione”.

Secondo tale approccio, infatti, gli interventi istituzionali devono soddisfare lo *standard* della ragionevolezza inteso come parametro di legittimità che richiede di «realizzare progressivamente i diritti sociali nei limiti delle risorse disponibili»¹⁸. In tal senso, le istituzioni sono chiamate, da un lato, ad adempiere il dovere di attivarsi per una “progressiva realizzazione” dei diritti sociali e, dall’altro lato, ad astenersi dal ridurre il godimento di tali diritti, se già effettivo, con misure irragionevolmente restrittive.

In primo luogo, ciò significa che gli interventi istituzionali (a) devono contenere misure adatte a garantire la progressiva realizzazione del diritto sociale in gioco e, specularmente, non devono contenere *retrogressive measures*, ossia misure che segnino un arretramento istituzionale rispetto alle garanzie già realizzate; (b) devono prevedere e regolare l’allocazione tra sfere istituzionali diverse degli obblighi corrispondenti a quel diritto; (c) devono prevedere l’assegnazione agli organi istituzionali delle risorse necessarie per adempiere tali obblighi; (d) devono tenere in adeguata considerazione il peculiare contesto economico, sociale e storico in cui sono chiamate ad agire, o astenersi dall’intervenire, per realizzare, o non violare, il diritto sociale; su questo terreno, le istituzioni sono chiamate a (e) far riferimento ai bisogni di coloro che, nel contesto preso in considerazione, sono nelle condizioni di più grave disagio¹⁹.

17 *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).

18 *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000, cit., para. 41-46.

19 *Ibidem*, 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 statisticamen-

Inoltre, gli interventi istituzionali (f) devono essere «flessibili e provvedere ad alleviare i bisogni nel breve, medio e lungo periodo» senza escludere segmenti significativi della società e (g) devono essere oggetto di una «continua revisione», perché le condizioni di realizzazione dei diritti non sono “statiche”²⁰.

In secondo luogo, gli interventi istituzionali realizzati secondo tali criteri non possono esaurirsi nella promulgazione di leggi, ma devono combinare 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»²¹.

La pronuncia *Khosa* ha chiarito che il vaglio di ragionevolezza degli interventi istituzionali sui diritti sociali deve avvalersi dell'analisi di proporzionalità²². La *Section 36* della Costituzione, cioè la norma sui limiti ai diritti fondamentali²³, deve essere interpretata come un principio che richiede di «valutare se i limiti [posti dal legislatore]» alla realizzazione dei diritti sociali «siano ragionevoli e giustificabili» in quanto proporzionali al “peso” normativo di tali diritti: essa richiede di valutare «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» per stabilire se vi sia proporzionalità tra gli interessi perseguiti dalla misura

te soddisfacente, non risponde ai bisogni di coloro che versano nelle condizioni più disperate, può non superare il test».

20 *Ibidem*, 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*, 65 *ZaöRV*, 2005, pp. 167-196.

21 *Grootboom*, para. 42.

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

23 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”. Si tratta, in definitiva, di una norma che costituzionalizza il principio di ragionevolezza in chiave di proporzionalità.

sindacata e gli interessi sottesi al diritto sociale di cui tale misura limita la realizzazione, tenuto conto delle circostanze di fatto in cui tale limitazione viene in rilievo.

Si tratta, quindi, di un approccio che diverge da quello, oggi molto diffuso a livello internazionale, teso a garantire la realizzazione del “contenuto essenziale” di tali diritti²⁴.

Il modello della “ragionevole realizzazione”, infatti, richiede di ponderare i diritti, per attribuire ad essi un “peso” in relazione al “peso” che assumono le ragioni istituzionali sottese agli interventi istituzionali che puntano a realizzarli o limitarli, così da realizzarne un ragionevole contemperamento; il modello che fa riferimento al contenuto essenziale (*core*) dei diritti, invece, esige un’attitudine giudiziale “specificazionista”. Ciò significa che le corti sono chiamate a specificare il “*core*” dei diritti per verificare che sia realizzato ovvero che non sia scalfito da interventi istituzionali: le ragioni che i diritti esprimono, se riferibili al contenuto essenziale di questi ultimi, si fanno categoriche, senza margini di contemperamento con ragioni in contrasto con esse.

Evidentemente, si tratta di modelli giudiziali che fanno leva su un diverso inquadramento delle norme che garantiscono i diritti sociali e, quindi, accordano alla giurisdizione diversi margini di argomentazione: il modello della ragionevole realizzazione riposa su una costruzione dei diritti come norme di principio semanticamente e strutturalmente “aperte”, alle quali l’interprete deve dare consistenza attraverso processi argomentativi governati da criteri di proporzionalità, per applicarle secondo meccanismi ponderativi e di bilanciamento; per i modelli specificazionisti, invece, i diritti sono semanticamente e strutturalmente “compiuti”, per cui l’interprete ne deve riconoscere e circoscrivere il contenuto essenziale per applicarlo, poi, secondo meccanismi tendenzialmente categorici²⁵.

Intorno all’alternativa tra questi due modelli, oggi, si gioca la partita giurisprudenziale sui diritti sociali: molte corti costituzionali, da quella indiana a quella colombiana, operano in chiave specificazionista, sulla scia di quanto propone la Commissione delle Nazioni Unite avente il

24 La Corte sudafricana ha esplicitamente preso le distanze dal *core approach* nel caso *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Other*, cit., para. 26 e ss.

25 R. Alexy, *The Construction of Constitutional Rights*, in “Law & Ethics of Human Rights”, 1, 2010, pp. 21-32, ma anche F. SCHAUER, *Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text*, in “Law & Ethics of Human Rights”, 1, 2010, pp. 34-45.

compito di monitorare l'applicazione del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (ICESCR, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*) da parte degli Stati che vi hanno aderito²⁶; altre, invece, lavorano al modello della ragionevole realizzazione, di cui la giurisprudenza della Corte sudafricana, come si è detto, è l'esempio più rilevante.

2.2. Dai diritti ai doveri: ragionevolezza ed obblighi di progressiva realizzazione

Alla base del modello della “ragionevole realizzazione”, vi è la consapevolezza del ruolo fondamentale che l'inquadramento del rapporto tra diritti ed obblighi gioca sul terreno della giustiziabilità dei diritti sociali. Come si è accennato, infatti, gli argomenti contro quest'ultima fanno tradizionalmente leva sulla natura puramente “positiva” dei diritti sociali, specularmente alla natura “puramente” positiva degli obblighi correlativi ad essi: sono diritti che richiedono azioni delle quali può determinarsi l'obiettivo, ma non i passaggi esecutivi per realizzarlo, e “costose”, quindi subordinate all'impiego di risorse che, però, non sempre sono disponibili; in quest'ottica, dei diritti sociali non potrebbe essigersi quel soddisfacimento pieno ed immediato che la tutela giudiziale dovrebbe garantire²⁷.

Da questa impostazione, lo schema della ragionevole realizzazione prende le distanze per abbracciare una diversa visione dei diritti sociali e degli obblighi che ne derivano.

Si deve ricordare, infatti, che esso richiede di vagliare le misure istituzionali adottate per realizzare i diritti sociali al fine di stabilire se: a) siano tali da garantire la progressiva realizzazione del diritto sociale in gioco; b) non siano *retrogressive measures*, cioè tali da segnare un arretramento istituzionale rispetto alle garanzie già realizzate; c) prevedano e regolino l'allocazione tra sfere istituzionali diverse degli obblighi de-

26 Sul *core approach* ai diritti sociali si veda K. G. Young, *The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content*, in “The Yale Journal of Constitutional Law”, 33, pp. 112-175. Sulla diffusione del *core approach* si veda J. Choudry, *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, 2009, <http://scholarship.law.cornell.edu/lpsclacp/27>.

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

rivanti dal diritto; d) prevedano l'assegnazione agli organi istituzionali delle risorse necessarie per adempiere tali obblighi.

In primo luogo, quindi, tale schema non associa ai diritti sociali soltanto obblighi positivi, ma obblighi “multiformi”²⁸, aventi ad oggetto sia la realizzazione, in positivo, dei diritti sociali, sia l'astensione, in negativo, da regressioni sul terreno della loro tutela; in secondo luogo, esso prospetta un meta-obbligo di “allocare” tra organi diversi gli obblighi istituzionali e richiede che i programmi, legislativi ed esecutivi, adottati per adempierli definiscano gli oneri finanziari connessi alla loro realizzazione ed implementazione, assegnando agli organi competenti le risorse necessarie per far fronte ad essi.

Il modello della ragionevole realizzazione, cioè, assume che dai diritti sociali derivi una “rete” di obblighi che richiedono un impegno istituzionale in positivo e in negativo; che tali obblighi possano essere determinati secondo *standards* giuridici, dipanando la rete che li tiene insieme²⁹; che possano essere ragionevolmente “distribuiti” tra le istituzioni e che queste possano “ragionevolmente” programmare l'impiego delle risorse necessarie a sostenere i costi connessi al loro adempimento, in positivo e in negativo.

Questa prospettiva giudiziale, così, pone l'accento sulla possibilità di far luce sulla dimensione degli obblighi derivanti dai diritti sociali e sull'esigenza di un lavoro giurisprudenziale in tal senso. Specie in sede di giustizia costituzionale, occorre, in primo luogo, lavorare sul contenuto di tali obblighi secondo le coordinate fornite dalla Costituzione sudafricana, che richiede alle istituzioni di «rispettare, proteggere, promuovere e soddisfare» gli interessi sottesi ai diritti sociali; su questo terreno, la giustizia costituzionale deve farsi “proattiva”³⁰, oltre che reattiva, per insistere sugli obblighi positivi, oltre che negativi, delle istituzioni e garantire l'impegno istituzionale sul fronte della progressiva realizzazione dei

28 In sede teorica, questa è la tesi prevalente nella più recente letteratura. Per la sua elaborazione, si vedano, tra gli altri, J. Waldron, *Rights in Conflict*, in “Ethics”, 3, 1989; H. Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, cit.; C.R. Sunstein, S. Holmes, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton, New York, 1999,

29 Si veda la pronuncia sul caso *Jafitha v Schoeman and Others, Van Rooyen v Stoltz and Others* 2004 (CCT74/03).

30 S. Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

diritti, oltre che l'astensione dei pubblici poteri dalla violazione di essi. In secondo luogo, occorre specificare i criteri di ragionevole allocazione di tali obblighi derivabili dal parametro della ragionevolezza, lavorando su quelli di reciprocità, cooperazione, sussidiarietà, prospettati in sede teorica e giurisprudenziale³¹; in terzo luogo, si devono mettere a punto criteri giudiziali che consentano di valutare la ragionevolezza dei programmi istituzionali sotto il profilo delle risorse da destinare alla realizzazione dei diritti sociali ovvero da sacrificare, su altri fronti, per non arretrare nella garanzia di tali diritti.

Nel complesso, quindi, il modello della ragionevole realizzazione punta su un'azione giudiziale propulsiva rispetto all'adempimento degli obblighi istituzionali sul terreno della giustizia sociale, lavorando sugli strumenti per determinarli e renderli, per quanto possibile, coercibili³².

2.3. Diritti sociali e limiti economici

I criteri di giudizio che la Corte sudafricana deriva dallo *standard* di ragionevolezza esigono sensibilità e attenzione alle “circostanze di fatto”, specie economiche, in cui si pone una questione di tutela dei diritti sociali.

La pronuncia sul caso *Soobramoney*, in particolare, precisa che lo Stato deve adottare misure legislative o di altra natura che siano ragionevoli in quanto dirette a «raggiungere la progressiva realizzazione del diritto tenuto conto delle risorse economiche» da cui esso può attingere a tal

31 R. Arango, *Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy*, in “Ratio Juris”, 2, 2003, 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. Tomas̆evski (a cura di), *The Right to Food*, Nijhoff, Boston, 1984, pp. 83-95, ed A. Sen, *The Rights not To Be Hungry*, in in P. Alston, K. Tomas̆evski (a cura di), *The Right to Food*, cit., pp. 69-81.

32 Con la decisione sul caso *Grootboom*, più volte citato, la Corte non ha riconosciuto ai ricorrenti l'immediato accesso a una sistemazione abitativa, ma ha richiesto alle istituzioni di attivarsi in tal senso, con appositi 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*, la Corte ha esteso in via immediata anche ai non residenti importanti misure di sicurezza sociale, ammettendovi, per questa via, anche i ricorrenti.

scopo; il vaglio giudiziale di tali misure, allora, deve tener conto delle circostanze finanziarie che possono giustificare eventuali restrizioni al godimento, o il minor grado di realizzazione, del diritto³³.

Su questo terreno, l'approccio "ragionevole" si espone a critiche secondo cui esso non specifica la soglia minima di realizzazione, e impegno economico, che le istituzioni devono soddisfare, lasciando a queste ultime margini giustificatori troppo ampi sul terreno della non-realizzazione dei diritti sociali e prestando, così, un'eccessiva deferenza nei confronti di scelte politiche che riguardano interessi fondamentali dell'individuo³⁴.

Tali critiche, però, sminuiscono i fattori che, invece, ridimensionano su più fronti il peso che le circostanze di natura economica assumono sul terreno giudiziale. In primo luogo, vi sono i principi costituzionali di eguaglianza, libertà e dignità umana: lo schema giudiziale della ragionevolezza richiede di ponderare i diritti sociali alla luce di tali principi, che servono da argine normativo al rilievo che possono assumere le ragioni istituzionali "economiche" addotte dalle istituzioni per giustificare il proprio operato.

In secondo luogo, vi sono gli accorgimenti che la giurisprudenza della Corte sudafricana, progressivamente, ha adottato per calibrare l'incidenza dei limiti economici sulla portata dei diritti sociali.

Innanzitutto, le istituzioni politiche non possono sottrarsi all'obbligo di progressiva realizzazione di un diritto sociale asserendo, semplicemente, che esistono dei "limiti economici" ad essa; piuttosto, le istituzioni devono provare la sussistenza di tali limiti e, altresì, la ragionevole relazione tra essi e la mancata, o ridotta, realizzazione del diritto in gioco.

Inoltre, 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

33 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».

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

economici, «le condizioni dei soggetti più vulnerabili e che versano nelle condizioni di maggior bisogno»³⁵.

Ciò che si richiede, quindi, è vagliare 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.

3. LE CRITICHE AL MODELLO SUDAFRICANO: RAGIONEVOLEZZA INCOMPIUTA E DEBOLEZZA GIUDIZIALE

Secondo alcune tesi critiche, il modello della ragionevole realizzazione consente di rilevare e vagliare le possibili violazioni, in positivo e in negativo, dei diritti sociali con una flessibilità giudiziale e un'attenzione al contesto concreto che risultano eccessive e rischiano di svilire la portata normativa dei diritti. In tal senso, tale modello si espone a due ordini di critiche.

1) In primo luogo, il parametro della ragionevolezza è ritenuto troppo vago e indeterminato per guidare le operazioni giudiziali in merito a questioni cruciali, come quelle riguardanti i diritti; in nome di una pretesa, quanto indeterminata, "ragionevolezza" nel temperamento tra i diritti e le ragioni istituzionali, la giurisdizione potrebbe giungere a relativizzare i diritti fino a svilirne il primato normativo, in chiave di eccessiva deferenza nei confronti del legislatore³⁶, ovvero, in senso opposto, a neutralizzare le ragioni istituzionali per imporre, con quelle dei diritti, le ragioni giudiziali. Alla giurisprudenza della Corte sudafricana, poi, si contesta di non aver articolato in modo soddisfacente il parametro giudiziale della ragionevolezza nella sua dimensione sostanziale, ossia rispetto al 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.

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

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

2) In secondo luogo, si contesta che la garanzia dei diritti sociali apprestata secondo il modello della ragionevole realizzazione si esaurisce in un'azione giudiziale propulsiva rispetto all'adozione di atti legislativi o esecutivi ovvero nella censura di tali atti, ma non offre rimedi immediati ed individualizzati all'inerzia o agli eccessi istituzionali che ledono le ragioni dei singoli.

3.1. Una ragionevolezza "incompiuta"

Quanto al primo ordine di critiche, incentrate sull'uso dello *standard* di ragionevolezza³⁷, esse colgono nel segno, ma solo in parte.

Si tratta di uno *standard* che, in chiave sostanziale, deve assumere consistenza in virtù del nesso con i principi della dignità umana, dell'eguaglianza e della libertà; sul terreno procedurale, deve informare in chiave di proporzionalità gli interventi istituzionali, e le operazioni giudiziali, in materia di diritti sociali.

Da questo punto di vista, la discrezionalità giudiziale è vincolata dal parametro di ragionevolezza nella misura in cui le coordinate sostanziali (dignità, eguaglianza, libertà) e procedurali (proporzionalità) che questo fornisce concorrono nel definire una cornice entro cui il sindacato di costituzionalità è chiamato a svolgersi in chiave argomentativa, per giungere ad esiti che siano, per un verso, in linea con il nucleo sostanziale della costituzione e, per altro verso, il frutto di iter argomentativi governati da criteri di razionalità procedurale e trasparenti.

Sul piano procedurale, la sentenza sul caso *Khosa* ha specificato i criteri di proporzionalità, inserendo nell'*iter* giudiziale dei passaggi "analitici" obbligati che pongono l'onere di compiere precisi passi argomentativi. Con questa struttura analitica, il sindacato di ragionevole realizzazione fornisce una griglia giudiziale che evidenzia i profili di legittimità degli interventi istituzionali in materia di diritti sociali e, al contempo, gli snodi del sindacato di costituzionalità di tali interventi.

È pur vero, però, che sotto il profilo sostanziale l'uso del parametro di ragionevolezza da parte della Corte costituzionale sudafricana non sem-

37 In tal senso, si vedano le analisi critiche di D. Bilchitz, *Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance*, cit. e Id., *Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence*, in "South African Journal of Human Rights", 1, 2003, pp. 1-7; M. Pieterse, *Coming to Terms with Judicial Enforcement of Socio-economic Rights*, in "South African Journal of Human Rights", 3, 2004, pp. 383-387.

pre si è rivelato in linea con ciò che tale parametro richiederebbe. In alcuni casi, da ultimo il caso *Mazibuko*³⁸, il vaglio della ragionevolezza legislativa in materia di diritti sociali, infatti, si è esaurito in un controllo di razionalità strumentale, incentrato sulla necessità e adeguatezza delle leggi rispetto allo scopo da esse perseguito, senza svolgere un'approfondita ponderazione della natura dei diritti e degli interessi legislativi in gioco. Manca, ancora, un'adeguata articolazione dello *standard* di ragionevolezza in termini sostanziali, che combini l'analisi della razionalità mezzo-fine delle leggi con una ponderazione delle ragioni normative in gioco, svolta alla luce dei principi costituzionali della dignità umana, dell'eguaglianza, della libertà. In tal senso, la Corte non ha certamente messo a frutto tutte le potenzialità dello *standard* di ragionevolezza. Si deve sottolineare, però, che la "superficiale" azione giudiziale dispiegata finora su questo fronte, è il frutto di un'applicazione dello *standard* di ragionevolezza ancora "in divenire" e consapevolmente incompiuta; essa, infatti, sembra parte di una strategia giudiziale ancora cauta nel vincolare il legislatore a parametri di legittimità sostanziale troppo stringenti, che leghino l'azione politica ad approfondite valutazioni di merito svolte in sede giudiziale³⁹; ciò non toglie, tuttavia, che nel lungo periodo i suddetti parametri non possano assumere una maggiore consistenza entro un assetto dei rapporti tra legislazione e giurisdizione in materia dei diritti sociali che si sia, gradualmente, definito e stabilizzato.

3.2. Ragionevolezza giudiziale e tutela dei singoli

Per quanto concerne il secondo ordine di critiche, queste evidenziano la scarsa incisività dell'approccio adottato dalla Corte sudafricana, soprattutto rispetto alle pretese dei singoli: alle istituzioni si chiede di adottare programmi legislativi tesi alla progressiva realizzazione di un diritto sociale o di aggiustare il tiro rispetto ad interventi che implicino una regressione nella garanzia del diritto; al singolo, però, viene apprestata una tutela solo "mediata" e non viene concesso

38 *Lindiwe Mazibuko and Others v. City of Johannesburg and Others*, 2009 Case CCT 39/09.

39 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*, Oxford University Press, New York, 2001.

l'immediato godimento dei beni o delle prestazioni oggetto del diritto vantato in giudizio⁴⁰.

Il singolo, infatti, può beneficiare delle misure istituzionali adottate secondo quanto le corti dispongono, ma la sua specifica condizione di mancato godimento, o di ostacolo rispetto al godimento, di un diritto sociale non trova immediata soluzione nel sindacato di ragionevolezza giudiziale: egli dovrà attendere che i "ragionevoli" interventi istituzionali facciano il proprio corso e procurino alla collettività quel godimento effettivo di tutele sociali di cui, nell'immediato, non ha potuto beneficiare. Queste critiche indubbiamente evidenziano un limite che il modello della ragionevole realizzazione non ha ancora superato e che, del resto, è il «più grave» tra i limiti cui la tutela giudiziale dei diritti sociali costituzionalmente garantiti deve far fronte⁴¹.

Se non altro, però, questo modello dischiude una prospettiva giudiziale entro cui "gestire" la difficoltà di apprestare una "piena" garanzia dei diritti sociali ai singoli: questa è, in qualche modo, metabolizzata da una giurisprudenza che ne prende atto e punta a ridurre il danno che ne deriva, puntando su una "programmazione" istituzionale di tutele diffuse, calibrate secondo le possibilità di fatto e le esigenze dei soggetti più vulnerabili e bisognosi. Si deve sottolineare, peraltro, come la Corte sudafricana in alcuni casi abbia riconosciuto ai cittadini ricorrenti l'accesso ai beni "sociali" negato dal legislatore; in altri casi, in cui ciò non era possibile, essa ha richiesto alle istituzioni l'adozione di programmi finalizzati a rendere possibile l'accesso ai beni sociali, peraltro effettivamente adottati e implementati.

Nel complesso, la "ragionevole realizzazione" è il fulcro giudiziale di un approccio ai diritti sociali che richiede "tempo" per realizzare i propri obiettivi di tutela, ma non per questo può dirsi poco ambizioso riguardo a questi ultimi o troppo deferente nei confronti delle istituzioni politiche: esso richiede tempo per giungere, gradualmente, alla definizione in chiave sostanziale dei diritti sociali, e richiede tempo sul terreno della

40 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?*, in "Law, Democracy & Dev.", 6, 2002, pp. 177, 187-188; D. Bilchitz, *Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence*, cit.

41 C. Fabre, *Constitutionalising Social Rights*, cit., p. 282-283.

realizzazione di interventi istituzionali che rendano tali diritti effettivi. Ad oggi, comunque, tale approccio dimostra che per la giurisdizione è possibile avanzare sul terreno dei diritti sociali e munirsi degli strumenti per gestire il rapporto con essi guardando in avanti, senza pretendere di esaurire nel presente la portata dei propri interventi.

CHIARA VALENTINI

Dottore di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali, è attualmente assegnista di ricerca in Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Bologna.

in/Tigor 1

ANNUARIO 2008-2009 del Corso di Master di primo livello in *Analisi e gestione della comunicazione* a cura di A. TAFURI

<http://www.openstarts.units.it/dspace/handle/10077/3870>

in/Tigor 2

EDUCAZIONE FORENSE *Sul metodo della didattica giuridica* a cura di P. MORO

<http://www.openstarts.units.it/dspace/handle/10077/4253>

in/Tigor 3

INTERPRETAZIONE ED ESPERIENZA GIURIDICA *Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa* di M. COSSUTTA

<http://www.openstarts.units.it/dspace/handle/10077/5503>

in/Tigor 4

INTERPRETAZIONE ED ESPERIENZA GIURIDICA *Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto* di M. COSSUTTA

<http://www.openstarts.units.it/dspace/handle/10077/5591>

in/Tigor 5

ANNUARIO 2009-2010 del Corso di Master di primo livello in *Analisi e gestione della comunicazione* a cura di A. TAFURI

<http://www.openstarts.units.it/dspace/handle/10077/5744>

in/Tigor 6

INTERPRETAZIONE ED ESPERIENZA GIURIDICA *Sull'interpretazione creativa nella società pluralista* di M. COSSUTTA

<http://www.openstarts.units.it/dspace/handle/10077/5837>

in/Tigor 7

VOCI E PAROLE FRA REALTÀ E MITO *Antropologia della comunicazione sonora* di GIULIANA STECCHINA

<http://www.openstarts.units.it/dspace/handle/10077/6064>