

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

ABSTRACT

Di una teoria che illumina la prassi intende dimostrare come il processo di costituzionalizzazione e implementazione dei diritti sociali si sia storicamente andato realizzando sulla base del rafforzamento della sfera politico-statuale, raggiunto (avendo quale modello quello dei diritti pubblici soggettivi) tramite l'inclusione di contenuti sociali. Quest'ultima, lungi dall'essere in continuità con le teorie del c.d. diritto sociale, ne nega istanze fondamentali, quali la limitazione della potenza dello Stato e la pluralizzazione di istanze normative, essenziali in questo tipo di approccio. Col contemporaneo risultato di ideologizzarne l'applicazione, negando quella tensione "utopica", sempre presente in queste teorie, tese alla realizzazione di un diritto non centrato in senso autoreferenziale sull'onnipotenza statale, quanto volto, piuttosto, a conservare razionalmente le forme di socialità, il loro potenziale normativo, le loro potenzialità etiche.

PAROLE CHIAVE

Diritti sociali, diritto sociale, pluralismo metodologico.

SOMMARIO

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

1. LE RADICI TEORICHE DEL TENTATIVO DI DELEGITTIMAZIONE POLITICA DEI DIRITTI SOCIALI

Norberto Bobbio, in un suo scritto dal titolo *L'età dei diritti*, che ha dato il titolo a un'importante raccolta di saggi¹, espone una posizione che ha costituito e continua a costituire un punto di vista paradigmatico in tema di rapporto tra diritti sociali e diritti umani *lato sensu* intesi. Lo studioso torinese prende spunto da alcune riflessioni del Kant politico², per il quale l'impossibilità di definire essenzialisticamente le linee di una filosofia della storia, ossia di dire dell'essenza noumenica del reale, è tale, che la questione del senso filosofico del divenire si riduce al reperimento di "segni prognostici" (plurale di *signum prognosticum*), soli, per la loro stessa natura, in grado di dare un'indicazione della sua storica progressione non verso il bene, ma verso il meglio.

Il giusfilosofo giunge, così, alla conclusione che il nesso tra incedere temporale e progresso morale non può essere considerato sub *specie necessitatis*, essendo investito, piuttosto, del 'semplice' crisma dell'eventualità. Viene meno la possibilità di pensare la storia come epifenomeno e realizzazione della ragione: il senso dell'incedere umano sarebbe, con una vena che preconizza gli esiti più originali della filosofia novecentesca – pensiamo in questo senso all'esistenzialismo – , il risultato di un'attribuzione di valore *a parte subjecti*. L'affermazione politica dei diritti umani, in questa lettura, sarebbe parte integrante di una pratica filosofica e politica che pone al suo centro, non tanto le pseudocertezze della ragione, quanto, piuttosto, la "volontà buona" degli attori storici, tesa nella direzione di un progresso non più garantito metafisicamente. Dal canto loro, i predicatori dell'inemendabilità di una storia pensata nei modi di un'"eterna ripetizione" dell'identico, ad una coazione a ripetere senza sosta ("nulla cambia e nulla cambierà mai"), forgerebbero la propria ideologia della mortificazione di ogni trasformazione sociale, non senza contribuirvi attivamente. In tal modo, seppur in un'accezione squisitamente controfattuale, i fautori di un ordine oggettivo del cosmo sociale sconfesserebbero se stessi, nella misura in cui si rivelano attori e non spettatori passivi della scena sociale, proprio nella misura in cui essa tende alla conservazione più bieca

1 N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1992.

2 *Se il genere umano sia in costante progresso verso il meglio* (1798), in I. Kant, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, 1965, pp. 219-20.

dei rapporti di poteri esistenti. Se di storicità non è lecito discettare indipendentemente dai soggetti che vi partecipano, la gattopardiana ideologia del mimetismo sociale a tutti i costi, del “tutto resterà identico a ciò che è” risulterebbe, allora, contraddittoria in sé, qualificandosi, piuttosto, essa stessa quale momento attivamente teso alla negazione delle possibilità evolutive della società.

In tal senso, come sottolinea Bobbio: «Il progresso umano non era per Kant necessario. Era soltanto possibile. Egli rimproverava i ‘politici’ di non avere fiducia nella virtù e nella forza del movente morale, e di ripetere: “Il mondo è andato sempre così com’è andato sinora”. Costoro, commentava, con questo loro atteggiamento fanno sì che l’oggetto della loro previsione, vale a dire l’immobilità e la monotona ripetitività della storia, si avversi. In tal modo ritardano ad arte i mezzi che potrebbero assicurare il progresso verso il meglio»³.

Cade ogni tentazione di ricondurre l’incedere storico a quella concezione teologica, sulla cui scorta il fine della storia coinciderebbe con il progressivo avvicinamento al Regno di Dio, a sua volta epifenomeno di quel movimento che vuole l’uomo avvicinarsi al suo ideale: sullo sfondo di una concezione antimetafisica ed antiessenzialistica la progressiva affermazione dei diritti, nel cui alveo diritti umani propriamente detti e diritti c.d. sociali si determinano in una dialettica segnata dalla semplice scansione diadromica, sarebbe il *signum prognosticum* per eccellenza della tendenza dell’uomo a procedere verso quel meglio che deve essere ormai considerato problematicamente rispetto al bene. Definita l’affermazione dei diritti umani alla stregua di una questione puramente ed esclusivamente volontaristica⁴, senza nessuna problematizzazione critica che ne investa tanto l’origine logica, quanto l’inizio, temporalmente determinato, Bobbio sostiene il punto di vista per cui i diritti sociali sarebbero, per loro intrinseca natura (in quanto, cioè diritti “a prestazione”) strutturati nella modalità della richiesta di un intervento ‘attivo’ dello Stato.

Se da questo punto di vista, Bobbio concorda con i teorici del “diritto sociale”, per i quali quest’ultimo si costituirebbe nella modalità dell’intervento dello Stato nelle sfere economiche e sociali, se ne discosta nella misura in cui li ritiene fattori di un ingiustificabile ampliamento delle

3 N. Bobbio, *L’età dei diritti*, cit., p. 65.

4 «La storia ha solo il senso che noi di volta in volta, secondo le occasioni, i nostri desideri e le nostre speranze le attribuiamo», *ivi*, p. 64.

sue sfere di competenza: lungi dal limitare l'onnipotenza dello Stato, la rafforzerebbero, finendo per sacrificare le istanze sociali e pluraliste di cui sono portatori. La conseguenza logica di quest'assunto – conseguenza, come vedremo, condivisa dallo stesso Bobbio – è che uno Stato rafforzato dalla fagocitazione interna di istanze di tipo sociale, potrà, a ragion veduta, non attivarsi nel riconoscimento e nell'implementazione di quelle istanze normative che hanno contribuito a qualificarlo come uno Stato sociale⁵.

Così, per il filosofo torinese, l'affermazione dei diritti sociali sarebbe da porsi in relazione a quello che viene definito un processo di specificazione, consistente nel «passaggio graduale ma sempre più accentuato verso un'ulteriore determinazione dei soggetti titolari di diritti»⁶, sulla cui scorta il riconoscimento del cittadino nella sua connotazione astratta è sostituito da una declinazione empirica dello stesso, avente luogo in rapporto a situazioni concrete.

In definitiva, stringendo sul punto, i diritti sociali comporterebbero un ampliamento della sfera dell'azione dello Stato avente per conseguenza una loro più difficile protezione nei confronti dei c.d. diritti di libertà, che sarebbero, invece, diritti solo in senso 'negativo', consustanziali solo a un'astensione da parte dello Stato, nonché ad un modello di liberalismo classico, non ancora investito dalla necessità di regolare tramite lo strumento legislativo fasce significative della socialità.

In questo senso, il suo pensiero si specifica progressivamente, come si evince dal saggio successivo presente nella stessa raccolta, *Diritti dell'uomo e società*: «Superfluo aggiungere che il riconoscimento dei diritti sociali pone, oltre il problema della proliferazione dei diritti dell'uomo, problemi ben più difficili da risolvere rispetto a quella 'prassi' di cui

5 Per uno dei teorici 'classici' del diritto sociale, Léon Duguit, si darebbe un obbligo dello Stato, del tutto speculare e simmetrico, a limitare le proprie volizioni, così come, d'altra parte, a indirizzare il proprio intervento nel senso della massimizzazione e dell'ampliamento del vincolo solidaristico. Entrambi sarebbero espressione della vincolatività doveristica della «regola sociale di diritto; così (Léon Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* (1901), Paris, 2003, p. 264): «*Les gouvernants sont obligés par le droit d'assurer protection à tout individu, de lui permettre d'obtenir la satisfaction des besoins qui lui sont communs avec tous les autres, et aussi la libre manifestation, l'entier développement de ses aptitudes spéciales, et la satisfaction des besoins qui en résultent ; il sont obligés d'assurer l'obtention de ce résultat même par l'emploi de la force, si elle est nécessaire*».

6 N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., p. 62.

ho parlato all'inizio, perché la protezione di questi ultimi richiede un intervento attivo dello stato che la protezione dei diritti di libertà non richiede, e ha prodotto quella organizzazione di pubblici servizi da cui è nata addirittura una nuova forma di stato, lo stato sociale. Mentre i diritti di libertà nascono contro lo strapotere dello stato⁷, e quindi allo scopo di limitarne il potere, i diritti sociali richiedono per la loro pratica attuazione, cioè per il passaggio dalla dichiarazione puramente verbale alla loro protezione effettiva, proprio il contrario, cioè l'accrescimento dei poteri dello stato. Anche 'potere', del resto come qualsiasi altro termine del linguaggio politico, a cominciare da 'libertà', ha secondo i contesti una connotazione positiva e una negativa. L'esercizio del potere può essere considerato benefico o malefico secondo i contesti vengono considerati. Non è detto che l'accrescimento della libertà sia sempre un bene e l'accrescimento del potere sia sempre un male⁸.

Quest'affermazione, in apparenza così pacata, sottende in realtà un implicito giudizio di valore: i diritti sociali, in questa lettura, non avrebbero la capacità, all'interno del proprio apparato di qualificazione teorica, né la possibilità regolare, qualificandolo in senso valoriale e normativo, né di direzionare quell'accrescimento del potere dello Stato, di cui sono direttamente causa.

Si tratta di affermazioni che riaprono un dibattito quasi mai sopito, relativo alla tensione interna esistente tra diritti di libertà e diritti sociali, nonché alla problematica costituzionalizzazione di questi ultimi. Dibattito che si presta oggi ad un'ulteriore contestualizzazione, in quanto attualizzato e ripreso in un momento storico che, per la sua peculiarità, è in grado di fornire nuove risposte ad una problematica che ha attraversato tutto il secolo scorso, rivelandosi tuttora attuale.

Nella misura in cui, infatti, la messa in opera di politiche neo-liberiste richiede una presa di distanza rispetto a quell'insieme di esperienze giuridico-istituzionali, proprie dello Stato sociale, certa parte della classe dirigente, non disgiunta da molti teorici contemporanei del diritto – troppo spesso ideologicamente inclini a legittimare lo *status quo*, a fa-

7 In merito alla questione delle valenze dei diritti di libertà, della loro facoltà di limitare il potere dello Stato, così come del loro contenuto 'positivo', resta sempre attuale l'affermazione di Burdeau, secondo il quale (*Traité de science politique*, Paris, 1971, VI, p. 7): «[...] *le tragique de notre temps tient à ce que tout le monde veut la liberté, alors que chacun l'entend à sa façon*».

8 N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., p. 73.

cendosi meri ripetitori del reale – mette nuovamente in dubbio lo statuto epistemologico e l’invulnerabilità di un’intera classe di diritti, quelli, per l’appunto sociali. La definizione di questi ultimi, parte integrante del tentativo, tutto novecentesco, di regolare gli aspetti più contraddittori dell’economia capitalistica, riportando all’interno dello Stato i termini politici e giuridici della “questione sociale”, viene nuovamente considerata dai più debole, al punto che i diritti sociali vengono da più parte accusati di poter essere garantiti in maniera solo subordinata a istanze di natura extra-giuridica, politica ed economica, di essere strutturalmente subalterni a decisioni politiche come a vincoli di bilancio, quasi rinnovando i termini della dialettica che ha contrapposto nello stato liberale d’inizio ‘900 diritti di libertà e diritti sociali.

Che i processi di formalizzazione e riconoscimento costituzionale dei diritti sociali siano stati lunghi e travagliati è un fatto, che non è eccessivo qualificare come inoppugnabile: la sola constatazione, in virtù della quale il tentativo di delegittimarli teoricamente derivi da considerazioni d’opportunità storico-politica, di per sé, evidenzia quanto il purismo degli studiosi che ritengono lo Stato sociale una realtà da guardare con lo spirito dell’antiquario, costituisca una razionalizzazione *a posteriori* di realtà ratificate altrove, rispetto alle quali non è in grado né di orientarsi, né di orientare criticamente.

È sulla scorta di una strutturale dipendenza dagli imperativi imposti dalla realtà politica che si decreta, oggi, la fine di quella che non è stata una semplice esperienza politico-istituzionale, quanto, piuttosto, la modalità con cui la nostra civiltà ha inteso riaffermare la sua capacità, se non di dominare, per lo meno di plasmare, di organizzare, di rivolgere verso valori eticamente condivisi una realtà economica determinata, un certo capitalismo, del quale pure molti predicavano la necessaria abolizione.

Di una strutturale quanto acritica risposta allo stato delle cose non è, però, dato predicare solo a proposito dell’attuale tentativo di demolizione critica e politica dello Stato sociale: è da rilevare come, in modo del tutto speculare, gli stessi processi di affermazione storico-politica e di costituzionalizzazione dei diritti sociali siano stati, essi stessi, il prodotto di una strutturale dipendenza dalla contingenza storico-politica, una risposta, cioè, a determinate sollecitazioni culturali e sociali, più che l’affermazione di determinate idealità socio-politiche, desiderose di superare i limiti teorici dell’individualismo economico e giuridico.

Il processo di affermazione dei diritti sociali in Europa⁹ tra gli ultimi decenni dell'800 ed i primi del '900, infatti, si presenta come estremamente aspecifico dal punto di vista ideologico, sposandosi con le realtà politiche più diverse, da quella della Germania di Bismark alla Francia della III Repubblica, fino al loro riconoscimento nell'ambito dei regimi totalitari e di destra e di sinistra. Quello del riconoscimento politico dei diritti sociali è stato un processo talmente pervasivo, da apparire assai più condizionato dall'esigenza di 'amministrare', regolandoli, due fenomeni che mettevano radicalmente in crisi gli impianti politici di stampo liberale, l'industrialismo e l'irruzione delle masse sulla scena della storia, che non da quella di rendere effettive quelle tensioni ideali e politiche, legate a istanze tanto liberali (John Stuart Mill), quanto socialiste (Fourier, Blanc, Saint-Simon, Proudhon), giuridico-istituzionali (Gény, Saleilles, Duguit, Hauriou) e pluraliste (Cole, Laski, Gurvitch), che del diritto sociale più che dei diritti sociali sono stati i teorici.

È un fatto che il diffuso processo di riconoscimento e di implementazione dei diritti sociali che ha riguardato l'Europa prima nei decenni 1870-1930 e poi in quelli che vanno dalla fine del Secondo conflitto mondiale alla caduta del Muro di Berlino e al crollo dei regimi di socialismo 'reale', sia stato caratterizzato da una totale aspecificità ideologica.

Si tratta di un punto mirabilmente ripreso anche da Baldassarre, il quale, proprio in quest'ottica, evidenzia come il riconoscimento dei diritti sociali sia stato funzionale a realtà politiche assai diverse tra loro, il che significa che queste ultime hanno risposto in modo identico a questioni che le interrogavano allo stesso modo, mettendone "in parentesi" l'orientamento ideologico: «I governi che hanno con maggior forza spinto in direzione del riconoscimento dei "diritti sociali" sono stati estremamente diversi sotto il profilo ideologico: in Germania l'assicurazione obbligatoria per tutti i lavoratori dell'industria, per gli invalidi e per gli anziani fu propugnata (sin dal 1881) e poi realizzata (con due leggi del 1884 e del 1889) dal conservatore Bismark; in Italia, le prime fondamentali realizzazioni furono opera di governi conservatori (si pensi alla legge Crispi del 1890) e soprattutto del regime fascista; in Inghilterra e in Francia, i massimi sforzi nella stessa direzione furono opera di governi conservatori (si pensi alla legge Crispi del 1890) e soprattutto del regime fascista; in Inghilterra e in Francia, i massimi sforzi nella stessa direzione furono opera di governi a dominanza socialista; negli Stati Uniti

9 Cf. G. A. Ritter, *Storia dello Stato sociale*, Roma-Bari³, 2011.

d'America essenziale fu l'esperienza liberal-progressista, come quella di F.D. Roosevelt; e, infine, non può esser trascurato il grande contributo dato nello stesso senso dai governanti dominati dai partiti cattolici, soprattutto in Germania, in Italia, in Belgio e in Olanda»¹⁰.

Ciò che rileva, dunque, è il grado di acriticità con cui i diritti sociali sono stati, prima, riconosciuti e, poi, demoliti: se quest'acrisia testimonia dell'ideologia sempre latente nella scienza giuridica, sì, notoriamente, tradizionale e conservatrice, non per i contenuti e i valori rivendicati, ma per la sua radicale subordinazione al dato storico-politico, essa costituisce anche l'occasione per un'interrogazione che investa le matrici ideali (come abbiamo visto, del tutto misconosciute), nonché i presupposti materiali, e quindi storico-culturali, che hanno reso possibile il riconoscimento di diritti, come quelli sociali, in quanto funzionali ai più diversi regimi politici.

È in questo modo che si intende in qualche modo “render ragione”¹¹ di quelle voci esse stesse critiche che, in nome di un approccio critico-genealogico, e, in particolare, sulla scorta della lezione foucaultiana, guardano alle teorie solidaristiche e al processo di costituzionalizzazione dei diritti sociali come al tentativo di velare ideologicamente il conflitto sociale, costruendo strumenti di controllo ancora più capziosi di quelli costruiti sulla base della sovranità politica tradizionalmente intesa. Strumenti elaborati sulla scorta di un “supposto sapere” sulla socialità, velo ideologico eretto con la finalità di colmare il vuoto di legittimazione che caratterizza in Francia il passaggio dall'Impero alla III Repubblica. Attraverso la riproposizione di ormai desuete metafore solidaristico-organicistiche, con riferimento particolare alle teorie solidaristiche, il tentativo sarebbe stato quello di camuffare dietro una quanto mai generica idea di totalità interessi e prassi ben precise, fornendo quadri concettuali per la governamentalità di un sistema politico e sociale che faceva fatica a rientrare nei quadri del classico Stato liberale.

10 A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 127. Sui questi punto, cf., in particolare, H.L. Wilensky, *Leftism, Catholicism and Democratic Corporatism: The Role of Political Parties Welfare State Development*, in P. Flora- A. J. Heidenheimer (a cura di), *The Development of Welfare States in Europe and America*, New Brunswick-London, 1981, trad. it., Bologna, 1983, pp. 345 ss.

11 Per quanto, se pensiamo alla genealogia, risulta estremamente improprio esprimersi in questi termini, dal momento che il compito programmatico delle ricerche di Nietzsche e Foucault consiste nel considerare la ragione alla stregua di una narrazione favolistica.

In realtà, interrogare le problematiche relative alle dinamiche di costituzionalizzazione dei diritti sociali in un momento storico in cui si assiste ad una costante messa in discussione dei sistemi di *Welfare* significa, ineludibilmente, rimettere in questione l'autonomia di quella categoria giuridica che li ha legittimati. In discussione, infatti, vi è quell'inviolabilità di rivendicazioni di natura materiale, che pure doveva essere, per motivi di ingegneria costituzionale, una conquista non ulteriormente soggetta a incertezze o negazioni di sorta.

La polemica, relativa alla dicotomia tra diritti di libertà e diritti sociali è da pensarsi, dunque, innanzitutto, all'interno di una costellazione ideologica precisa, quella che oppone lo stato liberale ad una forma politica certamente non equiparabile al socialismo inteso alla maniera dei regimi e delle economie dell'allora Est europeo, ma che fosse in grado di recuperare determinati valori di solidarietà e di socialità nell'ottica delle democrazie 'occidentali'.

Quando, in Italia, studiosi come Azzariti, Biscaretti di Ruffia, Rescigno, postulano l'incompatibilità tra diritti sociali e diritti di libertà, lo fanno proprio a partire da quel paradigma teorico la cui referenza è da ricercare nel 'classico' Stato ottocentesco liberale, storicamente e strutturalmente incapace di elaborare programmi di natura solidaristica e sociale: si tratta di punti di vista che riaffermano la superiorità del modello liberale classico, anche di fronte all'incapacità, patita durante tutta la fine dell'800 e la prima metà del '900, di fare fronte tanto alle problematiche indotte dal conflitto sociale, quanto da situazioni critiche di vario ordine e grado.

Ma il riconoscimento costituzionale dei diritti sociali è stato, almeno in Italia, in realtà, il prodotto di una convergenza tra istanze più ampie: è solo grazie allo spirito eroico dei nostri costituenti, e in particolare di alcuni tra di essi, in particolare Moro, Basso e La Pira che si è potuto tentare di sintetizzare posizioni divergenti (se non antitetiche) tra loro, fissandole nel dettato costituzionale. La spinta a sintetizzare Stato di diritto e Stato democratico, in occasione della fondazione della nostra Repubblica, si è fusa con l'anelito a realizzare la preminenza dell'ideale sul reale, coniugando una certa spinta di matrice idealistica alla liberazione dal bisogno come fatto della sfera socio-economica con l'iscrizione dei singoli nella sfera politica, iscrizione che li liberasse dall'incombente peso della materialità, facendone soggetti attivi, persone in senso sostanziale, nell'ambito di un progetto in grado di tenere assieme pluralismo (un pluralismo sempre legato al riconoscimento e all'iscrizione della socialità e delle sue esteriorizzazioni da parte dello Stato) e umanesimo 'concreto'.

L'ispirazione di Moro e La Pira sarebbe da legarsi al desiderio di recepire, della riflessione personalistica, la centralità e l'originarietà della stessa nozione di persona, considerata, con aggettivazione assai in voga in quegli anni, nella sua modalità e nel suo contenuto 'situazionale'.

Questo tentativo di sintesi, così nobile e ardito, è stato posto in continuità con gli ideali della Rivoluzione francese e dei progetti costituzionali della Francia post-rivoluzionaria, realizzando e portando a compimento una trasformazione che ha riguardato tutta l'Europa post-rivoluzionaria, che ha segnato il passaggio da forme di assistenza discrezionale, a carico di enti religiosi o di singole istituzioni, alle successive pratiche di assicurazione per gli operai e i lavoratori in genere, a sua volta istituzionalizzata nelle forme della sicurezza sociale, considerate a loro volta ineludibilmente legate al riconoscimento, considerato, seppur retroattivamente, in sé 'originario' e 'indisponibile' all'ordinamento giuridico, del valore dell'umana personalità.

Nell'ambito di questo processo, lo Stato ha tentato di avocare a sé istanze etiche, non più aventi luogo sul piano dell'universale, piano considerato come un feticcio ormai non raggiungibile dopo le tragiche esperienze dello Stato etico novecentesco, quanto su quello della generalità, e lo ha fatto gravandosi di un compito arduo: garantire il diritto di proprietà e lo sviluppo delle singolarità situate e dunque socialmente contestualizzate, nella presupposizione che l'accrescimento delle singole personalità individuali possa costituire momento volto a incardinare una crescita collettiva, contemperando le due istanze, ritenute armoniosamente componibili.

Per realizzare tali finalità, si è ritenuto che lo Stato dovesse abbandonare quella posizione di "guardiano notturno", propria di una certa concezione dello Stato liberale per ricollegarsi ad un'aspirazione interventista ben presente nella tradizione costituzionalistica francese. L'intervento dello Stato nella sfera dei rapporti di natura economica e sociale ha comportato una profonda trasformazione dell'assetto costituzionale ma, con quest'ultimo, di tutta la distribuzione gerarchica nonché dell'assetto dei poteri, che non si dispone più su un asse gerarchico, verticale, distribuendosi su piani orizzontali, più spesso paralleli.

Queste premesse hanno ricadute concrete nella stesura della nostra Costituzione: così, la concezione dell'originarietà della persona umana, còlta nel suo portato di dignità, della quale si diceva in precedenza e sulla quale Moro relaziona al cospetto dell'Assemblea, si costituisce come il *pivot* di un approccio teso al superamento delle unilateralità e del libe-

ralismo classico e del socialcomunismo a favore dell'edificazione di una collettività che fosse "corpo civile", normativamente e non solo attualmente pluralistica, sociale, democratica.

Il lungo processo teorico, attraverso il quale i teorici del diritto sociale avevano negato qualsivoglia requisito naturalistico all'esistenza umana, su cui invece l'individualismo giuridico fondava tutta la sua edificazione concettuale, viene tradotto, "senza colpo ferire" in ambito politico-statuale, legittimato sulla base di un solo presunto "conferimento assiologico di valore alla personalità e dell'uomo", in rapporto a quel valore fondamentale che è la sua dignità.

La costituzionalizzazione dei diritti sociali è, allora, il momento in cui si misura la capacità di un sistema democratico di tenere in sé l'aspetto 'negativo' e quello 'positivo' del diritto: il primo, proprio dello Stato quale "guardiano notturno" delle libertà individuali, e quello democratico, legato alla sua capacità d'intervento e di direzione nella vita sociale, all'estroflessione del sistema liberale, all'affermazione e alla difesa positiva di valori, più che all'invasione di una sfera individuale presunta inviolabile. Tutto ciò passa per un'attenzione particolare tributata al principio di eguaglianza, inteso in senso formale e sostanziale, la cui costituzionalizzazione diviene momento cardine di un impianto a sua volta assiologicamente connotato, teso a fondare un ordinamento in cui democrazia e pluralismo convivano.

Il principio di eguaglianza, inteso in senso formale e sostanziale, acquisisce così forma normativa, e tutto il dibattito interno all'articolo 3 della Costituzione è un corollario di questo processo: non se ne può dare né un'interpretazione liberale, che lo svuoterebbe integralmente di valore nonché di ogni applicabilità, così come sarebbe d'altra parte fuorviante una sua lettura nel senso socialista. In entrambi i casi si negherebbe la specificità di quella "terza linea" nel cui ambito il legislatore italiano volle includere i diritti sociali nella nostra Costituzione.

È, in definitiva, quella che viene dalla storia, la conferma che la specificità del discorso che ha fatto da supporto alla costituzionalizzazione dei diritti sociali è tale, da impedire di fornirne un'interpretazione sia in senso liberale che in senso socialista, obbligandoci a leggere il tentato superamento di queste categorie alla luce della teoresi relativa al diritto sociale.

2. LA NATURA POLITICA E GIURIDICA DELLA MEDIAZIONE TRA DIRITTI DI LIBERTÀ E DIRITTI SOCIALI

Da un certo punto di vista, dunque, il chiarimento dello statuto teorico dei diritti sociali, la loro tormentata e difficile equiparazione prima ai diritti di libertà, la loro inclusione all'interno dei diritti fondamentali, non sono maturati solo all'interno della polemica sui limiti del classico Stato liberale di fine '800, Stato che si dava come compito l'essere semplicemente "guardiano notturno" degli interessi della borghesia e, in particolare, dell'economia imprenditoriale. Né siamo in presenza di questioni che riguardano i diritti sociali in quanto tali. Come già sottolineato sopra, la questione dell'implementazione dei diritti sociali risulta, piuttosto, tutta interna ad un processo più complesso, che ha storicamente sintetizzato le istanze liberali di neutralità e quelle socialiste di intervento. Questa sintesi definitiva si è andata configurando come l'annessione all'ambito politico-statutale della dialettica conflittuale immanente alla società, nonché del suo potenziale di espressione di regolazione normativa.

In questo senso, la definizione delle differenze specifiche tra diritti di libertà e diritti cosiddetti sociali, così come il conflitto in sede applicativa tra principi legati all'assetto individualistico e istanze di natura solidaristica non è riducibile a mera questione dottrina. Il rapporto tra diritti individuali e diritti sociali non è quello di una successione generazionale, scandita pressoché linearmente, come vuole Bobbio¹²; istanze liberali e istanze solidaristiche, come già sottolineato, si interpretano e si regolano a vicenda, a partire tanto dai rispettivi apparati dottrinari, quanto dai contesti politici che li hanno realizzati. Qualesivoglia scansione temporale che metta in serie diritti individuali e diritti sociali nell'ambito di un processo istituzionale misconosce la criticità della loro giustapposizione: i diritti individuali costituiscono un'interpretazione, e in certo senso una negazione dei diritti sociali, e, viceversa, i diritti sociali, a loro volta, costituiscono un'interpretazione ed una regolazione dello spazio dei diritti individuali.

12 N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., pp. 67-86. Sulla complessa dialettica rinoscimento-garanzia dei diritti sociali, cf., almeno, A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999; C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000; D. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003.

Se la storia della costituzionalizzazione dei diritti sociali è la storia della loro difficile definizione teorica, il cui inizio può esser fatto corrispondere con la promulgazione della Costituzione di Weimar, che per prima formalizza la giustapposizione di un catalogo di diritti sociali ai diritti individuali, essa è anche quella del conflitto ineludibile tra l'individualismo giuridico e il tentativo di realizzare il suo superamento in senso sociale.

In questo senso, la costituzionalizzazione dei diritti sociali in Italia deve essere interpretata non tanto come un epifenomeno del loro riconoscimento – sarebbe un'ingenuità che non renderebbe ragione del perché la nostra è rimasta una Costituzione “di carta” – quanto, piuttosto, alla luce della complessa dialettica, in parte antinomica, tra diritto sociale a diritto statale, funzionale all'integrazione della sfera sociale in quella politico-istituzionale. L'idea e l'affermazione di diritti sociali di soggetti individuali e collettivi, in altri termini, non si se non se non come momento di critica interna del paradigma di universalità della legge.

L'antinomia tra principi individualistici e declinazione sociale del diritto permane: né si può dire che la costituzionalizzazione di un catalogo di diritti sociali, non più rivolti al cittadino nella sua universalità, quanto al membro di una singola classe, ente o corporazione, destinatario della legislazione costituzionale, abbia avuto luogo tramite un preliminare lavoro teorico di omogeneizzazione-uniformazione degli ambiti dottrinali dei diritti individuali e dei diritti sociali, che vengono associati acriticamente, senza intenderne il differenziale.

Come specifica Baldassarre, la dottrina dell'epoca si dimostra oscillante tra due posizioni: la prima considerava i diritti sociali semplici *Programmsätze*, ossia “promesse, direttive o indicazioni”, che il legislatore ordinario avrebbe dovuto tradurre in seguito, sulla base della sua pura discrezionalità, per cui, alla fine, non poteva configurarsi un vero e proprio obbligo a carico del legislatore ordinario nella loro realizzazione. Da ciò, trarrebbe la propria legittimità la critica di quei teorici del diritto sociale, come Gurvitch, che intravedono nell'esperienza weimeriana, tra i molti meriti, il fondamentale limite di non aver formalizzato a carico del legislatore un vero e proprio obbligo nell'adempimento dei diritti sociali, cui quella Costituzione faceva riferimento. Questa prima teoria concepiva i diritti sociali, pure costituzionalizzati, come puri “diritti legali”, ossia «posizioni configurabili come diritti solo in forza della legge ordinaria (che li avrebbe regolati in futuro, non già

della Costituzione)»¹³, opponendosi in tal modo all'altra interpretazione dominante in dottrina, che configurava invece i diritti sociali come *Gesetzgebungsaufträge*, norme di principio vincolanti il legislatore, cui quest'ultimo avrebbe dovuto dare attuazione.

E se la Repubblica di Weimar avrebbe costituito un "cattivo compromesso" tra diritti di libertà e diritti sociali, le successive esperienze costituzionali avrebbero avuto il compito storico di fondare un "buon compromesso" tra le istanze della libertà proprie dello Stato liberale e quelle egualitarie proprie dello Stato socialista.

In questo senso, allora, sia la definizione differenziale delle differenze specifiche tra diritti di libertà e diritti cosiddetti sociali, sia il conflitto in sede applicativa tra principi legati all'assetto individualistico e principi, invece, collegati alle istanze normative solidaristiche, non è riducibile a mera questione dottrinarica, dal momento che, in quanto tali, diritti individuali e diritti sociali non si susseguono generazionalmente, come vuole Bobbio, ma, come si è già specificato, si interpretano e si regolano a vicenda all'interno prima di tutto degli apparati istituzionali che hanno tentato la difficile mediazione tra principi individualistici e principi sociali nella costituzione di uno Stato in grado di costituirsi al di là del liberalismo classico.

Il problema è, dunque, fino a che punto, i tentativi di far convergere teoricamente istanze tipicamente liberali¹⁴ da un lato, e le istanze altrettanto tipicamente sociali dall'altro, siano da leggersi in chiave teorica o non, piuttosto, politica, ossia da un punto di vista, se si vuole 'esterno', che privilegia lo sguardo a certe necessità congiunturali più che fare riferimento all'autonomia, o presunta tale, della sfera teoretica.

Il fatto è che la strada della rivendicazione dei diritti sociali come "diritti inviolabili" passa comunque per la presupposizione di un paradigma considerato perfetto, quello dei "diritti pubblici soggettivi", legittimati teoricamente e garantiti materialmente tanto dalla sanzione, quanto dal monopolio statale dell'uso della forza. Se lo sforzo di Crisafulli, teso a far convergere la prospettive individualistica e quella solidaristica, configurando i diritti sociali come "interessi protetti costituzionalmen-

13 A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., p. 132.

14 Per Bobbio, in questo senso (*L'età dei diritti*, cit., p. 73): «Mentre i diritti di libertà nascono contro lo strapotere dello stato, e quindi per limitarne il potere, i diritti sociali richiedono per la loro pratica attuazione, cioè per il passaggio dalla dichiarazione verbale alla loro protezione effettiva, proprio il contrario, cioè l'accrescimento dei poteri dello Stato».

te”, ossia quali «posizioni soggettive di rango costituzionale costruite in perfetto parallelismo con gli interessi legittimi», se mostra, da lato, un suo limite preciso, evidenzia, però, dall’altro, che, a tutt’oggi, il diritto pubblico soggettivo costituisce il paradigma di qualsivoglia istanza normativa che si ritiene degna di essere garantita dallo Stato.

Le posizioni che avallano la costituzione dei diritti pubblici soggettivi a paradigma dei diritti sociali ne evidenziano la portata scientifica: saremmo in presenza di un approccio teorico valido, nella misura in cui si compie un primo passo, propedeutico però ad una successiva costituzionalizzazione dei diritti sociali, seppur al prezzo della loro qualificazione come “interessi legittimi”.

In questa valutazione, bisogna tenere in conto che persiste sempre e comunque un certo grado di libertà del legislatore (legittimata quale espressione della volontà generale) nel valutare materialmente l’interesse e ponderarne la sua rilevanza.

La composizione tra le istanze teoriche dell’individualismo giuridico e quelle legate alla rivendicazione di contenuti sociali si è rivelata, nel corso della storia repubblicana, problematica; per Baldassarre, in questo senso: «Rispetto a questa concezione ‘individualistica’, la legge era considerata come elemento di razionalizzazione del contesto, come una norma oggettiva neutrale che commisurando i molteplici spazi di libertà dei singoli in modo che questi non fossero in conflitto tra di loro (legge come limite) rendeva possibile l’azione creativa degli individui. In altre parole, per esprimerci con i termini di uno dei primi critici di questa concezione positiva, l’intera situazione dello Stato liberale si fondava sul parallelismo tra *imperium* e *dominium*, *sovereignty* e *property*, *Herrschaft* e *Eigentum-Freiheit*: come il sovrano aveva potere sulla collettività a lui sottoposta per le azioni socialmente (=pubblicamente) rilevanti (sovranità), così l’individuo era considerato signore delle facoltà che il potere pubblico (ordinamento giuridico) riconosceva come sue personali [...] È chiaro che all’interno di questo quadro di riferimento non vi poteva essere posto per i “diritti sociali”, poiché ipotizzare una prestazione sociale come oggetto o contenuto di un diritto soggettivo e, nello stesso tempo, configurare una pretesa o un potere dispositivo nei confronti del sovrano (legislatore) contraddicevano i principi di fondo su cui si poggiava l’intera impalcatura giuridica, in particolare l’idea di una sorta di “monopolio pubblico” delle azioni socialmente/politicamente rilevanti»¹⁵.

15 A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., p. 1.

Il punto di vista di Baldassarre, almeno sul punto in questione, è perfettamente consonante con le posizioni che si intende sostenere in questo contributo: la composizione dei diritti di libertà e di quelli sociali si sarebbe andata strutturando sullo sfondo di una conflittualità strutturalmente intrinseca tra le nozioni di diritto subiettivo (e quindi diritto garantito, se non costituzionalmente, dall'ordinamento giuridico nel suo complesso) e di diritto sociale. Il problema, però, sta nel configurare la loro giustapposizione nell'ambito della razionalizzazione complessiva dello Stato sociale, del riequilibrio degli effetti destabilizzanti e perversi dell'economia, nonché della gestione ed istituzionalizzazione del conflitto sociale. È sulla scorta di riflessioni di natura epistemologica che dobbiamo evidenziare come l'estensione dello Stato di diritto liberale a istanze di natura sociale abbia costituito un "cattivo compromesso" tra individualismo e suo auspicato superamento, che non ha giovato, alla lunga, alla realizzazione storica di questo tentativo e che, al contrario, ha contribuito al riattivarsi di questa polemica in termini solo liquidatori. Si tratta, a questo punto, di cercare di intendere se e in che misura le successive teorie, legate alla difesa dei diritti costituzionali come "diritti inviolabili" sono riuscite effettivamente a costituire un superamento delle posizioni iniziali, in nome di una filosofia, quella del costituzionalismo, presupposta in grado di risolvere positivamente il conflitto che vede nella loro antinomicità diritti individuali e diritti sociali, quasi come fossero l'un contro l'altro armati.

Queste posizioni, come vogliono tutti i teorici del costituzionalismo, vedono nell'invioabilità dei diritti sociali un superamento teorico dei limiti dello stato liberale, così come, in modo del tutto parallelo, nel costituzionalismo una possibile fusione tra le prospettive dello Stato liberale e di quello democratico. Queste ultime avrebbero il merito di intersecarsi, positivamente, con un'altra sintesi, quella tra modello costituzionale sovrano, prodotto della Rivoluzione francese, e modello costituzionale prodotto della Rivoluzione americana, caratterizzato dalla limitazione del potere.

Le ragioni del superamento della dicotomia tra diritti di libertà e diritti sociali sono ravvisati, in definitiva, in un movimento di natura storica, nel cui ambito si sarebbe verificata una vera e propria sintesi delle dicotomie in cui si involgeva la dottrina giuridica tradizionale dello Stato liberale, irretita nella contrapposizione frontale diritti di libertà-diritti sociali. In particolare, nella misura in cui il classico Stato di diritto risulta imperniato su tre momenti cardine, quali:

- a) il principio di legalità come garanzia delle libertà individuali, e, allo stesso tempo, come espressione immediata del principio di maggioranza;
- b) la regola della divisione dei poteri e del reciproco bilanciamento degli stessi;
- c) l'indipendenza dei giudici e la garanzia giurisdizionale dei diritti¹⁶; lo Stato sociale non solo realizzerebbe determinate istanze proprie dello Stato di diritto, come la limitazione della sovranità dello Stato e l'autonomia del giuridico rispetto al politico, ma ne costituirebbe anche un completamento sul versante materiale: alla legittimazione legale, procedurale, si sostituirebbe una forma più articolata della stessa, raggiunta "tramite valori".

«In altre parole, la democrazia pluralistica, che altro non è se non la definizione sociologica della democrazia come metodo, conduce, sul piano delle scelte positive sui valori fondamentali, al convenzionalismo (su questo punto, la teoria kelseniana sconta un'ambiguità di fondo, che non può essere analizzata in questa sede). E ciò significa, a sua volta, che lo *Stato costituzionale*, o *Stato di diritto (materiale)*, non è necessariamente legato, come si credeva in passato, a una determinata interpretazione e a una determinata combinazione delle due categorie *a priori* della democrazia, cioè la libertà e l'uguaglianza (ad esempio libertà naturale più eguaglianza formale, secondo il modulo ottocentesco), ma è perfettamente compatibile con qualsiasi sintesi possibile tra queste due categorie, a cominciare da quella che include i "diritti sociali" tra i valori fondamentali»¹⁷. Ampliata la sfera politica all'azione giurisprudenziale, inclusa l'attività della Corte Costituzionale, realizzato in tal modo un processo di politicizzazione della giustizia, esteso il processo di formazione della volontà politica alla trama istituzionale e sociale intesa nella sua integralità, si tratta di legittimare tutto questo movimento tramite il ricorso ad un'ontologia assiologica dei diritti sociali, realizzata attraverso la connessione con un altro valore anch'esso considerato "fondamentale": quello della persona. La questione, relativa alla definizione ontologica dei diritti sociali, posta in questi termini, è da considerare in una prospettiva più ampia, che investe i criteri di valore e di razionalità che ispirano l'agire degli "attori giuridici e sociali" nella vita delle istituzioni. Al livello costituzionale, è dall'intreccio tra l'articolo 2 e il comma

¹⁶ *Ivi*, p. 143.

¹⁷ *Ivi*, p. 147.

1° e 2° dell'articolo 3 della Costituzione che si dedurrebbero i “fondamenti normativi” dei diritti sociali, che consentono, proprio attraverso il ricorso alla nozione di persona, una declinazione non ingenua, e per questo critica, del rapporto tra sfera fattuale e sfera normativa. L'ontologia personalistica fa allora da rinnovato fondamento, logico ed empirico all'ordinamento, fornendo ad esso rinnovata sostanza.

Ricapitolando, il rapporto qui in gioco è quello tra diritto sociale e diritti sociali, ossia della dialettica, per usare la definizione di Gurvitch, tra “diritto sociale puro, ma annesso alla tutela dello Stato”, “diritto sociale autonomo, ma annesso alla tutela dello Stato”, nonché “diritto sociale condensato nell'ordine di diritto statale”.

La critica che oggi può disfarsi della categoria “diritti sociali”, ha, in realtà, di mira proprio quest'ultima tipologia, che mai potrà coincidere col diritto sociale inteso nella sua totalità. La radicale ‘perversione’ (l'espressione è, ancora, di Georges Gurvitch), prodotto dell'iscrizione pressoché senza resto dei diritti sociali in ambito politico-statale, si è andata strutturando in due tempi, storici, ma ancor più, logici. In prima istanza, a tenere banco è stata la loro problematica definizione, la necessità di differenziarli dal modello dei “diritti pubblici soggettivi”, conflitto che ha le sue radici teoriche nell'antinomica relazionarsi tra un sistema, quello liberale, fondato sull'asse sovranità-diritto individuale ed uno sociale, che ruota intorno ad un altro asse, i cui poli sono quelli della socialità e del dovere. Poi, al di là, dunque, della problematica mediazione tra entità concettualmente configgenti, la questione del rapporto tra diritti individuali e diritti sociali ha finito per rendere ancora più problematica la definizione di un nucleo di valori tradotti normativi, di istanze, di diritti inviolabili, tali perché ‘fondamentali’. L'aggettivo fondamentale ha una duplice declinazione concettuale, legata all'idea di valori tradotti normativamente, da un lato fondanti, dall'altro, ad istanze da cui non è possibile prescindere. Può bastare il ricorso ad un'ontologia fondativa, seppure rinnovellata, per parlare di diritti, di istanze normative ‘intoccabili’, ‘inviolabili’, da tradurre normativamente, nonché da difendere, non solo di fronte al legislatore, ma anche all'aggressività di dinamiche economiche neo-liberiste, tese allo smantellamento tanto dello Stato sociale come forma politica, quanto dei suoi contenuti normativi?

Si misura così una riduzione del portato concettuale della conflittualità tra diritti di libertà e diritti sociali, dal momento che un colpo, pressoché mortale, a questi ultimi viene inferto tramite lo spostamento della questione relativa alla loro definizione concettuale nella dire-

zione della qualificazione di un nucleo di valori sociali ‘inviolabili’, ‘essenziali’, non sottoposti a condizione, più o meno intoccabili, che il legislatore ordinario dovrebbe difendere, o che si dovrebbe obbligare a difendere, pure nell’ambito di un contesto socio-economico radicalmente mutato. Con il risultato, però, che le problematiche legate alla definizione dei diritti sociali sono totalmente obliate in un momento in cui i diritti “che costano” vengono ritenuti inconciliabili con politiche di bilancio restrittive.

Esaurita la loro funzione politica di mediazione tra istanze potenzialmente configgenti, i diritti sociali possono ora essere abbandonati dalla dottrina giuridica dominante in nome delle ritrovate ragioni della politica neo-liberista.

3. DELLA PORTATA STORICA E METODOLOGICA DELL’IDEA DI DIRITTO SOCIALE

Si rende, allora, necessaria una riflessione tesa a rilevare la misura in cui i diritti sociali sono stati parte integrante di un processo di una politica di inclusione, o, se vogliamo, di egemonizzazione statale del diritto c.d. sociale, un’interrogazione relativa alla capacità di una teoresi di quest’ultimo di attualizzarsi nell’oggi, fornendo chiavi d’interpretazione relative al processo di esautorazione politica degli stessi diritti sociali.

Alla luce delle teorie del diritto sociale, che perseguono, utopisticamente, (in un’accezione del termine che è, in verità, più quella ‘eretica’ di Bloch¹⁸ che quella sociologica di Mannheim¹⁹) l’idea di una compatibilità non antinomica delle sfere del *Sein* e del *Sollen*, e, quindi, dell’essere sociale e del dover-essere normativo, della socialità e della normatività, il baricentro della produzione del diritto non viene posto nello Stato, quanto nella società. Il fenomeno normativo, interpretato come fatto sociale, è colto in una dinamica complessivamente più ampia, in cui ciò che rileva è tanto la sua funzionalità ad istanze materiali, quanto a quelle ideali di legittimazione. Al tempo stesso, il pluralismo giuridico funziona anche in chiave interpretativa: un consistente ruolo nella definizione di un determinato ordinamento giuridico è rivestito dall’efficacia normativa di organizzazioni che, per quanto segrete, o criminali, non possono essere ridotte, semplicisticamente, ad una dialettica anti-

18 K. Mannheim, *Ideologia e utopia* (1929), trad. it., Bologna, 1957.

19 E. Bloch, *Spirito dell’utopia* (1919), trad. it., Milano, 2009.

nomica tra legalità e illegalità, pena il risultato, controfattualmente raggiunto, del sempre maggiore accrescimento del loro peso nella vita istituzionale 'normale'. Sia dal punto di vista di una ricostruzione fattuale, tanto di quello di un'ottica normativa, il fenomeno normativo viene letto tanto rispetto alle istanze di natura economico-sociale, quanto di legittimazione concreta, connesse, sin dove è possibile, al rapporto che l'ordinamento intrattiene con l'elemento ideale, con la giustizia.

Definito questo spostamento radicale dell'asse della riflessione in materia di normatività dallo Stato ad un ordinamento in cui l'elemento sociale (*lato sensu* morale) e quello giuridico di intrecciano, il fenomeno giuridico e la riflessione su di esso potranno così rivelarsi nella sua non totale autonomia, se non, in casi determinati, nella loro più totale eteronomia, funzionali come sono ad esigenze 'altre', e quindi tanto alle istanze dell'economia, quanto agli assetti politici internazionali, quanto ad equilibri interni all'ordinamento sociale.

In questo senso, sembra difficile non considerare il primato della scienza giuridica formalista, positivista e statualista, altrimenti che come l'epifenomeno dell'implementazione politica delle teorie keynesiane in materia di regolazione delle politiche di debito pubblico, sulla cui scorta lo Stato, per motivi interni alle logiche del bilanciamento dei mercati, è quel soggetto che, potendo e dovendo non sottostare ai vincoli di bilancio che affliggono i privati, si trova nella condizione di dover giustificare una posizione che è, a tutti gli effetti, di primazia prima di tutto economica. Siffatta giustificazione necessita di una legittimazione sul piano ideologico: ad essere formalizzata, allora, sarà la rivendicazione di una differenza tra lo Stato stesso che è di natura strettamente qualitativa rispetto agli altri gruppi, associazioni e imprese sociali ed economiche che vivono su un determinato territorio.

Risulta funzionale, a tal fine, la ripresa critica di quell'armamentario teorico formalista, che contraddittoriamente ha sostenuto il processo di costituzionalizzazione dei diritti sociali e che vede nella preminenza strutturale della sanzione e nel monopolio statale dell'uso della forza l'elemento di differenziazione tra norme giuridiche e norme, genericamente, sociali. In questo senso, la recezione della lezione kelseniana in materia di definizione di norma giuridica, lungi dal convincere che, con tutte le cautele cui un'affermazione di questo tipo può e deve essere sottoposta, solo le norme dotate di sanzione e fatte rispettare dal potere coattivo dello Stato possono essere considerate giuridiche, risulta, piuttosto, ideologicamente funzionale alla definizione dell'equiparazione

monista tra Stato e ordinamento giuridico. Equiparazione che il formalismo non è riuscito a tenere al riparo dall'infiltrazione di elementi di natura materiale, etica ed economica, che hanno minato la rivendicazione di autonomia di questo sistema.

A testimoniare dell'eteronomia del giuridico, vi è la constatazione che il processo d'implementazione dei diritti sociali nelle democrazie occidentali è stato funzionale ad esigenze strategiche legate a questioni tanto di carattere internazionale, quanto interno. Nella misura in cui, infatti, le democrazie occidentali avevano da confrontarsi con realtà internazionali che le hanno messe radicalmente in discussione, come il c.d. socialismo reale, è stato necessario dimostrare la compatibilità tra sistema democratico da un lato, e difesa delle categorie più deboli dall'altro, operata tramite il ricorso ai diritti sociali. Essendo questo quadro, con i fatti del 1989, mutato radicalmente, il nuovo nemico che l'Occidente si è dato per costituire la propria identità, l'Islam, impone un ripensamento ideologico e politico di tutti i termini della questione, in cui, seduttivamente di un certo capitalismo, in cui è la dimensione della libertà ad essere centrale. La capacità della sfera statuale di contenere-orientare-sublimare le forme e i contenuti della sfera economica, la sintesi tra individualismo e collettivismo, perseguita all'interno dei quadri della statualità perdono, in tal modo, la propria necessità strategica.

Ciò che preme in questa sede, allora, è cogliere le modalità in cui il diritto sociale è in grado di rendere ragione di quel processo di costituzionalizzazione dei diritti sociali, prodromica, in un senso meno paradossale di quello che potrebbe apparire a prima vista, della loro liquidazione teorica e politica. In altri termini, la tesi che s'intende sostenere è che quello dei diritti sociali è stato un semplice capitolo della realizzazione di un diritto sociale, degradato al punto da essere semplicemente annesso alla sfera politico-statuale.

Il riferimento a quella che si è definita teoresi del diritto sociale consente di evidenziare quanto il riconoscimento dei diritti sociali sia stato funzionale a contingenze di natura storico-politica, ad esigenze di natura ideologica. Innanzitutto, è attraverso una definizione sociale della normatività, che alcuni teorici del diritto sociale, in particolare Duguit²⁰ e Gurvitch²¹, definiscono il diritto nella sua connessione alla società.

20 Cf. L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901; *L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, 1903; *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1927.

21 Cf. G. Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, 1935.

In Duguit, ad esempio, sulla scorta dell'insegnamento di Durkheim. il diritto, inteso tanto al livello della singola norma, quanto di ordinamento nel suo complesso, non rileva rispetto ad una fondazione assiologicamente significativa, non si dipana teoricamente a partire dall'*a-priori* di una definizione, né attualmente a partire da una pretesa sostenuta e riconosciuta dall'ordinamento, dal 'pieno', quindi, di un preteso diritto individuale, quanto piuttosto, dalla sua 'mancanza'. Per il giurista francese, è in presenza di una rivendicazione normativamente rilevante, di una risposta sociale che assume la forma della protesta, che si deduce, *a posteriori*, l'esistenza di un'istanza sociale violata e, in questo senso, di un diritto. Il diritto sociale, dunque, non è tanto una teoria tesa a formalizzare un catalogo di diritti tesi a tutelare situazioni sociali o associative, quanto, piuttosto, a cogliere quelle manifestazioni della società che rivelano l'esistenza di una discrepanza tra la normatività sociale, espressione del legame solidaristico, e la sua formalizzazione, ossia la norma in senso giuridico.

Il contemporaneo e bilaterale superamento del liberalismo politico e dell'individualismo giuridico è realizzato, nella teoresi del diritto sociale, attraverso il riferimento ad una nozione, quella di totalizzazione sempre in divenire, che produce risultati ben diversi da quelli del riconoscimento storico dei diritti sociali, così come si è realizzato. E questo è vero a partire tanto da un'evacuazione del fondamento logico del fenomeno normativo preso in sé stesso, quanto dell'ordinamento nel suo complesso, movimento che, di per sé, traduce i valori considerati della democrazia (libertà, uguaglianza, sovranità popolare) nell'ambito di una dialettica plurale.

Ora, nella teoresi del diritto sociale, i principi della libertà, dell'uguaglianza e della sovranità popolare, che possiamo definire le tre idee-forza della democrazia, per costituirne il nerbo, devono posizionarsi in un equilibrio mobile, mai risolto *una tantum*, cioè, mai fissato una volta e per tutte in un dettato costituzionale di cui si deve predicare la suvalenza ontologica di fronte alla legislazione ordinaria, allo stesso modo in cui, ieri, si è predicata la stessa supremazia nei confronti dell'amministrazione.

In questo senso, contro il totalitarismo che si è fatto garante dei diritti sociali, il punto di vista proprio del diritto sociale è che la relazione tra questa totalità in divenire e le sue parti deve essere realizzata per il tramite della libertà, che è tutt'altro dal valore oggi contrabbandato come caratterizzante le attuali democrazie. Contro le tendenze neoliberaliste, la libertà quale valore fondamentale non ha ragion d'essere al

di fuori della socialità, così come gli ideali dell'uguaglianza dei cittadini e dell'autodeterminazione dei popoli non hanno senso al di fuori della necessità che sia la libertà stessa a fare da tramite essenziale tra il tutto e le parti. È dunque attraverso il valore fondamentale della libertà che il principio democratico si manifesta nel fondare l'equivalenza dei valori personali e di quelli collettivi, e non come individualismo o anti individualismo radicali.

I valori del progresso epistemologico e della libertà trovano, allora, il loro necessario conforto nel pluralismo giuridico, il cui fondamento è nell'istituzione, quale entità in grado di tradurre in maniera non immediata e perciò critica dati fattuali in costrutti normativi. La dinamica plurale della società, allora, non è sostenuta dall'idea di libertà morale, introspezzionisticamente intesa, essendo supportata in senso giuridico e materiale quale libertà quantitativa, capacità dei singoli e dei gruppi di autodeterminarsi concretamente, all'interno di istituzioni storicamente determinate. Come sostiene Gurvitch: *«Cependant, c'est précisément sous la sauvegarde de cette liberté quantitative que la liberté matérielle et qualitative de la singularité concrète peut s'épanouir de la façon la plus intense; elle est toujours en puissance à l'intérieur de la liberté juridique. D'autre part, ici encore, comme dans l'égalité de droit, les éléments concrets et qualitatifs peuvent, jusqu'à un certain point, prendre une part effective à la constitution des libertés juridiques. Les mêmes méthodes d'organisation par groupements dont il a déjà été question, et en particulier le développement de la tendance vers une multiplication des aspects de la démocratie, s'étendant à de nouveaux domaines non politique, permettant d'introduire certains éléments de singularité individuelle dans la constitution de la liberté juridique. La multiplicité des ordres et des groupements juridiques auxquels un seul et même individu est appelé à prendre part lui permet de manifester ses multiples faces et, par conséquent, sa singularité. Par l'intermédiaire des ordres juridiques équivalents, la typologie en matière de droit devient plus concrète, plus souple, plus qualitative. Née de la différenciation de groupes, la liberté individuelle trouve un nouveau support dans le pluralisme renforcé des groupements, qui contribue à révéler l'individualité concrète de chaque sujet juridique»*²².

Per i teorici del diritto sociale, la sintesi di individualismo e universalismo, o, per meglio dire, di un individualismo e di una generalità

22 G. Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, 1935, p. 251.

che resiste all'essere identificata con l'universale dispiegato lo stesso superamento della prospettiva sulla cui scorta la sanzione garantita dalla forza dello Stato è l'elemento che caratterizzerebbe la validità del diritto (obiettivi teorici perseguiti in modo diverso dai c.d. solidaristi, nonché dai vari Gény, Saleilles, Duguit, Hauriou, Gurvitch) si realizza in nome e sotto l'egida del pluralismo istituzionale, pluralismo che relativizza, per non dire limita, la capacità dello Stato di gestire, monopolisticamente, l'applicazione legislativa dei diritti.

Si tratta, allora, di intendere che il puro e semplice riconoscimento di diritti sociali a livello costituzionale, siano essi in capo a individui o a gruppi, non può essere considerato, di per sé, collegato al riconoscimento delle istanze proprie del diritto sociale: si tratta di un punto ineludibile, tanto che si faccia riferimento a regimi totalitari, quanto a regimi democratici.

4. DIRITTO SOCIALE E SFERA POLITICO-STATUALE. CONCLUSIONI

Tra i teorici del diritto sociale, spetta a Georges Gurvitch il primato nell'elaborazione di una teoria coerente dei rapporti che potenzialmente intercorrono tra diritto sociale e diritto statutale, rendendo ragione del possibile reciproco dislocarsi di aree che, lo ribadiamo, hanno la tendenza a interpretarsi reciprocamente, il che, in termini politici, vuol dire che l'una tende ad assorbire l'altra e viceversa, senza che tutto ciò abbia minimamente a che fare con una teoria gerarchica dei possibili rapporti tra ordinamenti giuridici.

Nella ricostruzione del filosofo del diritto russo, nei confronti dello Stato, il diritto sociale, diritto delle totalità oggettive, vive, come *puro e indipendente*, nelle forme del diritto internazionale, nel diritto della comunità nazionale prima che quest'ultima si totalizzi nella nazione, nei vari "ordini di diritto economico", nonché, infine, in quella forma di diritto non sottomesso alla tutela statutale che è il diritto ecclesiastico.

Se il diritto sociale *puro, ma sottomesso alla tutela statutale* viene definito nei seguenti termini «*Le droit social annexé est le droit d'intégration autonome d'un groupement mis au service de l'ordre du droit étatique, dans lequel il est incorporé en vue de cet but*»²³, resta vero che, per Gurvitch, quest'annessione lo spossa di ogni purezza, anzi, in termi-

23 G. Gurvitch, *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17. siècle jusqu'à la fin du 19. siècle*, con una *Préface* de Luis Le Fur, Paris, 1932.

ni più radicali, possiamo dire che il diritto sociale puro, *ma sottomesso alla tutela dello Stato*, è il prodotto dell'alienazione da parte dei gruppi sociali di un potere originariamente autonomo e lo è, al punto che nella dialettica conflittuale che vede opposta la società allo Stato, è dalla parte di quest'ultimo. In questo senso, il riconoscimento, operato da parte dello Stato, di associazioni, enti, corporazioni, dotate di una loro personalità di diritto pubblico, non può né deve essere considerato alla stregua di un accoglimento delle istanze del diritto sociale. L'essenza di quelle entità che in Francia sono definite *établissement*, e che, con le dovute cautele, dobbiamo considerare corrispondenti alle nostre associazioni di diritto pubblico, consiste nel fatto che esse esercitano e determinano la loro autonomia in modo paradossale, ossia servendo non i propri fini, quelli determinati dalla propria autonomia sociale, quanto, piuttosto, fini considerati leciti dallo Stato nonché finalizzati alle istanze di quest'ultimo²⁴. *Timeo Danaos et dona ferentes*; mentre nelle associazioni di diritto privato il controllo dello Stato si limita alla persecuzione dell'illecito, nel funzionamento di questi enti, si rivela assai più pervasivo, dal momento che è in suo potere sospenderne o annullarne l'esistenza, di validarne l'elezione degli amministratori, ove non imponne propri. Il risultato è che l'autonomia del diritto sociale annesso allo Stato è incomparabilmente più limitata di quella del diritto sociale "puro e indipendente". Quanto detto, però, per il diritto sociale 'puro' ma annesso allo Stato, vale ancor di più per quel diritto che Gurvitch definisce "condensato nell'ordine di diritto statale", nel quale si rivela un tratto di dipendenza dallo Stato, anche laddove il tratto essenziale di quest'ultimo sia ravvisabile non più nella supremazia sugli altri ordini giuridici, o nel requisito della "competenza sulla sua competenza", detenuta in ultima istanza. Anche laddove in questione sia il rapporto tra Stato definito 'solo' per il tramite del monopolio del potere sanzionatorio incondizionato, che è logicamente in rapporto all'idea di una "sovranità politica relativa", il rapporto tra principio statale e diritto sociale non si pone in maniera univoca, al contrario. Quello che c'è da sottolineare, ancora una volta, è che il rapporto forma politica democratica e diritto sociale riconosciuto non è univoca, dovendo essere volta per volta ricostruita.

24 Sulla questione del riconoscimento e delle finalità delle associazioni di diritto pubblico riconosciute dallo Stato, cf., in particolare, H. Rosin, *Das rechts der öffentlichen Genossenschaften*, Freiburg, 1886, p. 19 e ss; M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, Paris, 1921, pp. 27-28.

«L'ordre du droit étatique, comme nous l'avons déjà indiqué, ne constitue que dans un seul cas une espèce du droit d'intégration sociale, à savoir lorsqu'il s'agit d'un Etat nettement démocratique. Le « droit constitutionnel » de l'organisation étatique étant pénétré par le droit social qui se dégage de la communauté politique sous-jacente, nous avons alors affaire à un droit social condensé dans l'ordre du droit étatique par sa liaison avec la contrainte inconditionnée. Si cette pénétration n'a pas lieu, si l'organisation de l'Etat est plus ou moins indépendante de l'infrastructure de la communauté politique sous-jacente, il s'agit alors d'un ordre de droit subordinatif et non d'un droit social. Bref, lorsque l'Etat est une association égalitaire de collaboration, le monopole de contrainte inconditionnée, qui lui appartient, n'empêche pas son ordre juridique de s'affirmer comme une espèce particulière du droit social. Au contraire, lorsque l'Etat est une association hiérarchique de domination, sa liaison avec la contrainte inconditionnée souligne d'une façon toute spéciale le caractère subordinatif de son ordre juridique»²⁵.

In definitiva, dunque, l'inclusione del diritto sociale, anche nella forma di «diritti costituzionali» o «fondamentali», nello spazio del diritto statale, di per sé, non rileva: è necessario sempre cogliere il rapporto che lo Stato intrattiene con le comunità soggiacenti: il processo di costituzionalizzazione dei diritti sociali, dunque, deve necessariamente rimandare ad un'analisi necessaria dei rapporti tra Stato e momento socio-economico, che esorbi la questione della loro semplice applicazione, inclusiva di una rivisitazione critica del 'rimosso' della scienza giuridica formalista.

Del tutto diverso, invece, il discorso legato all'opportunità di anteporre alle Costituzioni una *Dichiarazione di diritti*, quale espressione cristallizzata, e tuttavia dotata d'immensa forza dinamica, del diritto spontaneo di una nazione che si rifiuta ad essere ridotta a qualsivoglia associazione particolare; alla fine della seconda Guerra Mondiale, Gurvitch si esprime con favore circa una *Dichiarazione dei diritti sociali* che faccia da preambolo alle Costituzioni, senza che si sovrappongano gli ambiti di una declaratoria dei diritti sociali con quelli della costituzionalizzazione degli stessi. Per il filosofo russo: «Le dichiarazioni, quantunque appaiano cristallizzate, rappresentano l'elemento più dinamico del diritto scritto. Non solo esse sono la migliore espressione del diritto spontaneo, mobile e vivente della Nazione, ma per di più comunicano questo dina-

25 G. Gurvitch, *L'idée du droit social*, cit., p. 85.

mismo spontaneo a tutto il sistema giuridico costituito, sospingendolo verso trasformazioni costanti e progressive. Invero i diritti proclamati dalle dichiarazioni sono i più vicini a quei *valori* ed a quelle idee giuridiche, che sono elemento essenziale della vita di ogni diritto. Questi valori e queste idee ricevono, in regime democratico, un'espressione simbolica nelle dichiarazioni dei diritti, espressione consona alle strutture sociali ed alle situazioni storiche concrete ov'essi devono realizzarsi. Come tutti i simboli, le dichiarazioni sono degli intermediari tra ideale e reale e, non appena la realtà sociale muta, devono modificarsi per serbare la loro forza operante²⁶. Solo a queste condizioni, in definitiva, è possibile sostenere che al diritto formulato nelle dichiarazioni non occorra essere un diritto naturale per potersi costituire come superiore al diritto positivo, e, affinché le istanze espresse in un'eventuale *Dichiarazione dei diritti sociali* non restino lettera morta, è necessario che si incrocino in un modo ben preciso con le norme costituzionali, la cui efficacia non può essere garantita dalla semplice valutazione di una corte *ad hoc*, dovendo, al contrario, assumere la forma di una compensazione tra la modalità del giudizio accentrato e quella del giudizio diffuso.

La costituzionalizzazione dei diritti sociali, eventualmente inclusiva di una o più dichiarazioni a mo' di preambolo, non significa, se non nella misura in cui si riveli in grado di evidenziare e, soprattutto, di rispondere, alla più complessa dinamica intercorrente tra positivizzazione del diritto e dimensione materiale sottostante. Si tratta, allora, di tornare a studiare, attualizzando questa prospettiva, i nessi tra ordinamento giuridico e questione sociale "*lato sensu*" intesa, non considerando mai risolta la dialettica tra aspetti formali e aspetti materiali del diritto, ritenuti, fideisticamente, fissati in modo inequivocabile e imperituro nel dettato costituzionale, come accade, ad esempio, nell'orientamento neocostituzionalistico, a noi contemporaneo.

VINCENZO RAPONE

Ricercatore di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi Federico II di Napoli ove è docente di Filosofia del diritto.

26 Id. *La dichiarazione dei diritti sociali*, con una *Prefazione* di N. Bobbio, Milano, 1949, p. 68.