

LA PENSIONE DI VECCHIAIA  
UN DIRITTO IN TRASFORMAZIONE

### *Direzione*

Lucio De Giovanni, Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza

### *Comitato scientifico*

Giuseppe Abbamonte, Angelo Abignente, Raffaele Ajello, Andrea Amatucci, Ferruccio Auletta, Raffaele Balbi, Raffaele Caprioli, Nicola Carulli, Cosimo Cascione, Antonio Cavaliere, Aurelio Cernigliaro, Vincenzo Cocozza, Pasquale Commendatore, Benedetto Conforti, Alfonsina De Felice, Lucio De Giovanni, Raffaele De Luca Tamajo, Settimio Di Salvo, Carmine Donisi, Giuseppe Ferraro, Carlo Fiore, Vincenzo Giuffrè, Biagio Grasso, Dario Grosso, Giuseppe Guizzi, Bruno Jossa, Massimo Iovane, Luigi Labruna, Giovanni Leone, Fiorenzo Liguori, Alberto Lucarelli, Vincenzo Maiello, Carla Masi Doria, Roberto Mastroianni, Aldo Mazzacane, Massimo Miola, Sergio Moccia, Giuseppe Olivieri, Renato Oriani, Antonio Palma, Giuseppe Palma, Fulvio Maria Palombino, Carlo Panico, Gabriello Piazza, Ferdinando Pinto, Paolo Pollice, Mario Porzio, Salvatore Prisco, Antonino Procida Mirabelli di Lauro, Enrico Quadri, Nicola Rascio, Francesca Reduzzi Merola, Giuseppe Riccio, Marilena Rispoli, Mario Rusciano, Francesco Santoni, Michele Scudiero, Vincenzo Spagnuolo Vigorita, Sandro Staiano, Giuliana Stella, Massimo Villone, Antonello Zoppoli, Lorenzo Zoppoli

### *Referee*

Prima della pubblicazione, tutti i saggi sono sottoposti a *peer review* obbligatoria da parte di due *referee*. Il referaggio è a doppio anonimato. Il giudizio del *referee* potrà essere: a) positivo, b) positivo con indicazioni di modifiche, c) negativo. In caso di due referaggi nettamente contrastanti, il testo verrà inviato a un terzo *referee*.



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II  
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
Pubblicazioni

---

II

---

ROSA CASILLO

LA PENSIONE DI VECCHIAIA  
UN DIRITTO IN TRASFORMAZIONE

*prefazione di*

TIZIANO TREU



**Edizioni Scientifiche Italiane**  
Napoli 2016

CASILLO, Rosa  
*La pensione di vecchiaia. Un diritto in  
trasformazione* Università degli Studi di Napoli  
Federico II Dipartimento di Giurisprudenza  
Pubblicazioni, II  
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016  
pp. XVI+360; 24 cm  
ISBN 978-88-495-3235-7

---

© 2016 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.  
80121 Napoli, via Chiatamone 7

**Internet:** [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)  
**E-mail:** [info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

## PREFAZIONE

*In questo volume di Rosa Casillo si ritrova sia una lettura del sistema pensionistico in tutta la sua complessità, sia una riflessione prospettica sui necessari aggiustamenti e sulle possibili revisioni. L'una e l'altra alla luce delle garanzie sociali dedotte dall'analisi dell'art. 38 della Costituzione, collocato nel «coordinamento per obiettivi» dell'Unione Europea.*

*La ricerca contribuisce a recuperare la materia pensionistica alla riflessione giuridica sistematica, di solito tenuta a margine del discorso in materia, impegnato soprattutto a decifrare il contingente legislativo e i giudizi che ne dà' la Corte costituzionale.*

*In tanto la ricerca è interessante in quanto offre un approfondimento scientifico dei molti problemi legati alle pensioni – il cui rilevante impatto sulla politica economica e sulle finanze pubbliche è fuori discussione – avendo una visione sistematica dei problemi medesimi; un taglio metodologico spesso assente negli studi e financo negli attori istituzionali. La stessa Consulta ancora oggi fatica a superare incertezze e ad abbandonare concezioni tradizionali, perché a una loro aggiornata rivisitazione la dottrina non ha dedicato attenzione sufficiente, privando pure il legislatore del sostegno di una solida cultura giusprevidenziale capace di favorire il temperamento, nella regolazione della tutela, tra il diritto sociale e le ragioni dell'economia.*

*L'esigenza del necessario rinnovamento è avvertita dall'autrice. Sin dall'iniziale trattazione dei diritti (economico-etico-sociali) di eguaglianza sostanziale, ai quali riconduce il diritto alla pensione, ella, nell'ambito di una rinvigorita idea unitaria di sicurezza sociale, parla di dovere pubblico di solidarietà; lega il diritto alla pensione alla partecipazione sociale e lo ricostruisce come «retribuzione della virtù repubblicana», valorizzando il nesso tra gli artt. 2, 3, 4 e 38 Cost..*

*La dimensione è nuova, feconda di sviluppi teorici e applicativi che l'autrice svolge subito, attraverso un inedito confronto col nucleo essenziale del diritto, riempito di contenuti giuridici*

con l'«identità del diritto fondamentale per il profilo teleologico». Successivamente ricava da tale identità un «dover essere» della tutela, che costruisce intorno all'evento di vecchiaia, all'adeguatezza, alla solidarietà.

Rispetto a questi profili di struttura la Casillo conduce la sua verifica sulle scelte di attuazione della tutela sociale alla luce dell'idea europea di sostenibilità e adeguatezza dei sistemi pensionistici. Nel corso del lavoro, questi tre profili costituiscono una traccia appropriata per far emergere i molteplici e problematici aspetti dell'attuale sistema pensionistico italiano. Essi sono affrontati con gli strumenti dell'analisi giuridica, ma senza cadere nell'astrattismo teorico e senza trascurare l'esame empirico delle varie questioni. Anzi, la conoscenza della letteratura specialistica (non solo giuridica) dimostra la consapevolezza dell'autrice che alla complessità giuridica dei problemi concorrono vincoli economico-finanziari, evidenze demografiche e necessità attuariali, realtà sociologiche e valutazioni di opportunità politica. La ricerca di un equilibrio tra queste variabili orienta il percorso argomentativo e le conclusioni a cui perviene di volta in volta.

Già l'approccio al tema della vecchiaia procede confrontandone la definizione giuridica con la realtà biologica della decadenza fisica e della longevità. Partendo dalla longevità, l'autrice costruisce un «diritto all'invecchiamento attivo», dal quale muove quando esamina i riflessi giuridici dell'innalzamento dell'età di pensione. Qui il discorso si intreccia con i temi più attuali del pensionamento flessibile: che, in base alla qualificazione giuridica degli interessi sottesi alla scelta individuale, è ineditamente bipartito tra diritto e libertà. Emerge l'argomentazione della rigidità delle regole e delle diseguaglianze sociali nella longevità, che conferma la necessità dei correttivi sull'anticipo del pensionamento di cui oggi si discute, e, per il posticipo, la rilevanza solo iniziale delle misure, di recente introduzione, di accesso graduale e parziale alla pensione, che devono essere integrate, specie dalla contrattazione collettiva e dalle prassi aziendali, per soddisfare le molteplici dimensioni dell'active ageing.

*Il taglio multidisciplinare si rileva particolarmente proficuo nel ragionamento sull'adeguatezza: l'autrice non rinuncia allo studio empirico nemmeno quando sembra volersene distaccare, prendendo le distanze dalle tesi sulla relatività del concetto stesso di adeguatezza. La connessione tra contesto e misura della prestazione adeguata non è negata, ma trattenuta negli spazi di una «nozione giuridica senza tempo». E qui ritorna l'originale tesi sulla pensione come «retribuzione del contributo individuale al progresso sociale», che ferma parametri oggettivi dell'adeguatezza, anche nella misura «essenziale», ai quali vincola il legislatore: unico «lettore istituzionale della realtà sociale».*

*In dialogo con la più recente giurisprudenza costituzionale, con il pensiero giuridico consolidato e con gli studi economico-finanziari, dalla «connessione tra pensione e contributo individuale di lavoro» l'autrice svolge un'analitica argomentazione della «relatività soggettiva» della pensione, del nesso «solo ideologico» tra gli artt. 36 e 38 Cost., della corrispettività «solo giuridica», dell'indifferenza tecnica dei sistemi contributivo e retributivo rispetto alla funzione costituzionale della pensione.*

*È a quel punto che il discorso si apre al contesto socio-economico e occupazionale che «altera la parità nelle opportunità di pensione» e ai suoi riflessi sul funzionamento del sistema contributivo. Il ragionamento conduce il lettore dentro le disfunzioni di un sistema che crea diseguaglianze, definisce prospettive di riduzione del tasso di copertura delle pensioni future – mentre non prevede, per gli attuali minimi, livelli adeguati agli essenziali bisogni economico-sociali – e incide sull'universalità selettiva della tutela. Rispetto a un tale sistema si prospetta, oggi, la necessità di correzioni sul piano generale e previdenziale, anche con l'introduzione di elementi solidaristici.*

*La solidarietà, segnala l'autrice, è la «finalità» della tutela della vecchiaia, e condiziona il sistema pensionistico verso forme sia di partecipazione collettiva sia di mutualità. Questo risulta combinando il significato degli artt. 2 e 38 Cost., come pure chiarendo la distinzione tra le due manifestazioni della solidarietà e*

*la rilevanza che assume, anche come via di superamento della crisi, la mutualità. Il che, a ben vedere, anticipa l'idea recente della Corte costituzionale sul «contributo di solidarietà» gravante sulle c. d. «pensioni d'oro» in termini di «circuito previdenziale».*

*È l'equità, spiegata nei termini di giustizia sociale – quando si mettono insieme solidarietà ed eguaglianza sostanziale – il filo conduttore dell'approfondimento sulle attuali dimensioni solidali del sistema, anche nella forma intertemporale di solidarietà tra generazioni. Emerge così lo sforzo di qualificazione giuridica di un principio, e del sotteso «patto sociale intergenerazionale», che per l'autrice non è «solo etico». L'intento è quello di riportare il meccanismo della ripartizione alle necessità della mutualità, sottraendolo dai vincoli di natura finanziaria in cui tradizionalmente è collocato. Ed emerge, supportata dalla letteratura specialistica, la visione dell'universalità del metodo contributivo quale mutamento definitivo delle condizioni del patto sociale pensionistico.*

*Non c'è dubbio che le riforme intervenute negli ultimi vent'anni ci consegnano un sistema pensionistico in sostanziale equilibrio finanziario, ma con elementi che contraddicono sia l'adeguatezza sia l'equità sociale. E, secondo l'autrice, restituiscono una garanzia di pensione «trasformata».*

*La soluzione posta da tali riforme, necessaria a recuperare la tutela pensionistica alla funzione assegnata dalla Costituzione, da una parte richiede correzioni degli squilibri interni al sistema – che, per essere efficaci, devono tener conto delle condizioni del mercato del lavoro e dei cicli di vita delle persone – e, da un'altra parte, rinvia a problemi strutturali della nostra economia, che sollecitano interventi sul piano generale, ma spingono pure a una riflessione sulla struttura stessa del sistema.*

*Ai possibili modi di una riscrittura, la cui necessità percorre tutta la riflessione dell'autrice, è dedicato lo svolgimento finale del volume, con uno studio critico delle proposte attualmente formulate, da giuristi ed economisti, e delle soluzioni che da tempo il legislatore tenta di proporre. L'analisi, condotta sullo sfondo dei principi del welfare nazionale e con la necessaria apertura*

*verso le esperienze di altri Paesi europei, dimostra in dettaglio l'utilità, e la conformità all'ordinamento, di una ristrutturazione del sistema mediante rafforzamento della componente redistributiva, con l'introduzione di elementi solidaristici nell'assetto assicurativo.*

*L'esposizione è completa ed esauriente, e il percorso argomentativo si fa apprezzare per la capacità di sintesi, che agevola una visione d'insieme dei problemi. Il volume, oltre ad arricchire il dibattito giuridico, può dunque contribuire all'indirizzo di politica del diritto nella prospettiva di una possibile revisione legislativa a breve scadenza.*

TIZIANO TREU



## NOTA INTRODUTTIVA

Il tentativo di conciliare l'istanza economica con l'istanza sociale previdenziale ha sempre orientato la legislazione sulle pensioni a partire dagli anni '80 del secolo scorso.

Che ciò abbia comportato una progressiva restrizione del godimento del diritto *ex art. 38, co. 2, Cost.* è un dato certo; come lo è il fatto che proprio per questo, e soprattutto in esito all'ultima revisione compiuta con la l. 22 dicembre 2011 n. 214, il sistema pensionistico si è avviato verso la sostenibilità economico-finanziaria nell'attuale contingenza, ipotecandola per il futuro – almeno secondo le analisi e le stime ufficiali (Ministero dell'Economia e delle finanze, DEF 2016, Sezione II, Analisi e tendenze della Finanza pubblica). È certo, anche, che la regressione della tutela è avvenuta a Costituzione invariata nei Principi fondamentali e nei Rapporti tra Stato e cittadino; avvenuta, cioè, ancorché non sia mai mutata l'accezione dell'interesse, pubblico e privato, protetto dal diritto: assicurare a tutti i lavoratori una prestazione adeguata alle esigenze di vita in età di vecchiaia.

All'osservatore giuridico appare difficile non cogliere problematicamente una tendenza verso lo svuotamento della garanzia costituzionale con l'accrescersi della distanza tra garanzia formale e garanzia sostanziale del diritto, che sembrerebbe confermata dalla Corte costituzionale (C. cost. 30 aprile 2015 n. 70). Il che alla percezione sociale appare, invece, una certezza, e forti sono, oggi, le pressioni per una significativa rivisitazione, se non totale riscrittura, dell'art. 24 della legge n. 214/2011, che la Corte ha già dovuto sottrarre alla consultazione referendaria abrogativa richiesta a soli due anni dalla sua entrata in vigore (C. cost. 20 gennaio 2015 n. 6).

Il dubbio giuridico ed il sentimento sociale conducono, al fondo, alla medesima valutazione: l'abdicazione dello Stato alla sua vocazione sociale-previdenziale, convertita al valore economico che, per gli equilibri politici ed economico-finanziari an-

che euro indotti, appare, oggi più che nel passato, decisamente tiranno.

È una valutazione che si estende a tutto il sistema di protezione sociale se si guarda al clima politico e giuridico contemporaneo che ancora interpreta la ridefinizione delle regole del lavoro e della sicurezza sociale, richiesta dalla metamorfosi *post* industriale della produzione e del lavoro, come *flexicurity* a metà. La ‘liberalizzazione’ del licenziamento (d.lgs. 4 marzo 2015 n. 22) e l’affermazione del lavoro non *standard* come forma non più ‘straordinaria’ del rapporto di lavoro (d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81) si accompagnano alla persistente sostanziale ‘solitudine’ del lavoratore nella ricerca di una nuova occupazione (d.lgs. d.lgs. 14 settembre 2015 n. 150), alla perdurante selettività delle tutele alla cessazione del rapporto di lavoro (d.lgs. 4 marzo 2015 n. 22), all’incertezza sulla garanzia di un sostegno economico per il contrasto alla povertà. Tutto questo sembra affermare definitivamente l’ideale di un lavoro precario per una partecipazione ed una sicurezza sociale precaria, non, invece, l’ideale di un nuovo modo di lavoro ed un innovato modello di Stato sociale adeguati all’immutato diritto-dovere di partecipazione alla vita comunitaria. E mentre la regolazione del lavoro impropriamente consegna le pensioni all’area degli ammortizzatori sociali, in una sorta di solidarietà intergenerazionale all’interno dello stesso nucleo familiare (Rapporto Istat, Tendenze demografiche e trasformazioni sociali: nuove sfide per il sistema di *welfare*, 2014), la regolazione pensionistica paradossalmente ignora l’esclusione dei lavoratori non *standard* dall’universalità selettiva della tutela, conseguenza della tradizionale via del benessere pensionistico, quella occupazionale.

Questo studio reagisce a quel dubbio giuridico ed a quel sentimento sociale.

Analizza la situazione soggettiva di natura fondamentale attribuita al co. 2 dell’art. 38 Cost. nella configurazione che ne restituisce, oggi, il sistema deputato a darne effettività, nell’assetto che risulta in seguito agli interventi imposti dalla mutata

*governance* economica dell'Unione europea e dal coordinamento aperto sulle pensioni, dalle sfide demografiche, economico-finanziarie, sociali. Lo fa impiegando gli strumenti della verifica giuridica costituzionale, lavoristica e previdenziale, ma con sensibilità agli apporti delle scienze biologiche, sociologiche, demografiche, economiche e finanziarie, dalle quali, tutte, i temi pensionistici sono sempre influenzati. L'intento è dimostrare che, sebbene vada respinta la valutazione 'emozionale' di declino del benessere pensionistico come dovere pubblico di sicurezza sociale, invece rimesso al mercato e alla responsabilità individuale, la garanzia di pensione in età di vecchiaia risulta, oggi, profondamente trasformata.

La trasformazione investe i tratti identitari del diritto di cittadinanza sociale con una profondità talvolta inaspettata, riducendolo ad una fisionomia non accostabile a quella, immutata, descritta dalla *ratio* di positivizzazione. Ciò, da una parte, esclude che possa formarsi un nuovo equilibrio intorno alla innovata dimensione di tutela, e, dall'altra, sollecita con urgenza il ripristino della piena operatività della garanzia di coesione sociale nei termini del progetto costitutivo. Ma le soluzioni per la reversibilità del *vulnus* alla garanzia sono meno scontate di quanto possano apparire, dovendo, l'efficacia degli interventi di manutenzione del vigente modello occupazione, confrontarsi con la contemporaneità socio-economica e del lavoro che cambia.

Della lucidità giuridica necessaria all'operazione che si compie ci si appropria con l'approfondimento iniziale sul rigore della Costituzione, dove si cela la forma e la sostanza del diritto economico ed etico-sociale aggiornato all'evoluzione dei tempi. Penetrandone la *dignitas* costituzionale se ne ricostruisce il dover essere, e si apre la prospettiva per approfondirne aspetti sinora trascurati e rivedere acquisizioni a tutt'oggi consolidate. Si chiariscono le condizioni e i termini dell'equilibrio tra l'istanza economica e l'istanza previdenziale, e, ragionando con la Corte sulle limitazioni ai diritti, la ragionevole convivenza tra i due beni in conflitto si coglie nella garanzia del nucleo essenziale, costruito

intorno allo scopo, alla funzione, alla finalità per le quali il diritto è attribuito.

Questa traccia, che chiarisce i contorni inviolabili della prerogativa fondamentale, orienta l'analisi successiva, volta a decifrare la declinazione contemporanea della garanzia, per 'tutti' i lavoratori in età di 'vecchiaia', di una prestazione 'adeguata' a 'retribuire la virtù del lavoro' (lo scopo) per assicurare la vita partecipativa in 'continuità' con quella che il lavoro ha consentito nella vita attiva (la funzione), in conformità col progetto di sicurezza sociale costruito sulla 'solidarietà' (la finalità del diritto).

Il primo momento dell'analisi è lo studio della traduzione legale dei presupposti di titolarità del diritto, per verificarne la perdurante idoneità allo scopo. Si accerta, per l'evento vecchiaia, se le regole sulla costruzione del requisito anagrafico e sulla garanzia della flessibilità come diritto e come libertà sottendono un corretto equilibrio tra fenomeno biologico e convenzione giuridica; se si armonizzano con l'istanza personalistica di *active ageing*; se rispettano i beni giuridici della persona coinvolti al tempo del pensionamento. Si osservano, in ordine allo *status* di lavoratore ai fini di pensione, i requisiti contributivi essenziali, per verificarne le ricadute di esclusione o inclusione nella tutela.

Il successivo approfondimento, sull'adeguatezza, che pure attiene allo scopo del diritto, è preceduto da un'ipotesi ricostruttiva sulla nozione della 'qualità' costituzionale, ed investe la 'quantità' della pensione che risulta dall'impianto occupazionale e dalle regole sui requisiti d'accesso alla tutela. Qui l'analisi, da una parte, si volge all'identificazione del soggetto cui istituzionalmente compete la definizione della quantità di pensione adeguata, e, dall'altra, si intreccia col tema della rilevanza, o indifferenza, dei meccanismi di generazione delle rendite rispetto all'inveramento della qualità costituzionale, con una rilettura del rapporto tra adeguatezza della pensione e sufficienza della retribuzione. Ciò che, poi, consente il corretto inquadramento giurisprudenziale dell'evidenza della 'povertà' delle pensioni di oggi

depurata dal difetto di astrazione dalla realtà economico-sociale dei mezzi di vita in vecchiaia, evidenziando il portato, sulla funzione della tutela, delle scelte con cui la l. 8 agosto 1995 n. 335 ha costruito la struttura contributiva del sistema privandola della garanzia universale di minima pensione.

La sovrapposizione dell'essere della tutela all'identità sociale repubblicana si chiude con la verifica di ciò che resta, oggi, della finalità della garanzia, ricostruita come dovere pubblico di solidarietà. Si verifica il grado di esposizione della collettività generale verso i bisogni dei lavoratori pensionandi e dei pensionati; la solidarietà inversa; le forme della mutualità *inter* e *intra* categoriale. Di questa si studia la dimensione anche temporale, cercando chiarezza sul significato giuridico del 'patto' tra generazioni e tra ciascuna di esse e lo Stato: per l'esatta collocazione sia della 'logica della spettanza', che fonda le resistenze alla solidarietà nei termini di rivendicazione di diritti acquisiti, sia della tecnica di ripartizione. Si osservano, poi, le ricadute che, su entrambe le configurazioni del patto, ha avuto l'universalità del metodo contributivo resa definitiva con la l. 214/2011. Il tutto, attraverso una lettura attenta a cogliere ciò che, solo, rende socialmente sostenibile ogni domanda di solidarietà: la giustizia sociale come equità.

Nel procedere della ricostruzione giuridica dell'attualità del diritto alla pensione, lo studio si confronta costantemente con le ipotesi di manutenzione del sistema pensionistico, necessarie a recuperare il *vulnus* alla tutela esito delle trasformazioni a cui sono costrette le manifestazioni 'essenziali' del diritto. Si chiude, poi, tentando la riconduzione a sistema delle proposte di una sua totale revisione con abbandono del modello di tipo occupazionale. Proposte che, pur significativamente diverse anche nell'impostazione teorica di fondo, hanno tutte almeno il sicuro pregio di stimolare l'approfondimento scientifico su di un tema che sembra avere una considerazione giusprevidenziale piuttosto marginale.

Eppure, non da ora è riconosciuto, e qui si sostiene con la

più meditata convinzione, che la garanzia di pari opportunità di pensione per tutti i lavoratori futuri pensionati non è stabilmente ipotecabile con il tradizionale modello assicurativo-mutualistico destinato ad operare in un contesto socio-economico e giuridico che descrive, per l'attualità e per il futuro, la discontinuità lavorativa e retributiva come ordinario profilo individuale di lavoro.

Probabilmente è vero che quello attuale ancora non è il tempo giuridico, economico e sociale per un radicale mutamento del modello di previdenza pensionistica. Ma nella prospettiva di necessaria modernizzazione del diritto del lavoro e della sicurezza sociale occorre davvero recuperare con coraggio una rinnovata dimensione giuridica per aggredire in modi nuovi un problema – quello dell'insostenibilità giuridica e sociale del sistema pensionistico nei termini in cui realmente è tale – che, certo, non è nuovo, e rispetto al quale le resistenze della tradizione, magari anche inconsapevoli, combinate alla 'logica della spetanza' e alla ricerca del consenso politico, impediscono l'emergere di nuove culture del *welfare*. Quelle culture che suggeriscono, appunto, percorsi di tutela caratterizzati da un notevole impatto istituzionale ed anche sociale, e che, per questo, possono apparire difficili da immaginare, nel nostro ordinamento, al di fuori di un puro esercizio teorico.

Eppure, ad una analisi cautamente ma sinceramente aperta al mutamento, e con il conforto delle esperienze di altri Paesi europei, quei percorsi sembrano i più efficaci a ri-posizionare il diritto alla pensione di vecchiaia tra i diritti di cittadinanza sociale.

## CAPITOLO PRIMO

# LA *DIGNITAS* COSTITUZIONALE DEL DIRITTO ALLA PENSIONE DI VECCHIAIA, OGGI

SOMMARIO: 1. *L'imprinting* repubblicano e la tensione etico-sociale dei diritti di eguaglianza sostanziale. – 2. La tensione economico-sociale dei diritti (im)perfetti e le insidie del tempo presente: economia, politica, *governance* europea. – 3. La garanzia di effettività della partecipazione sociale in età di vecchiaia. – 3.1. La 'retribuzione della virtù repubblicana'. – 3.2. Il dover essere degli imprecisati modi della tutela. – 3.3. Il 'povero diritto' di cui all'art. 38, co. 2, Cost. – 4. L'equilibrio tra istanza economica ed istanza sociale previdenziale. – 4.1. La non arbitrarietà della scelta, discrezionale, sull'allocatione delle risorse. – 4.2. La garanzia del 'nucleo essenziale' del diritto alla pensione: età di vecchiaia, adeguatezza della prestazione, solidarietà. – 5. I condizionamenti dell'Unione Europea: il MAC sulle pensioni.

### 1. *L'imprinting repubblicano e la tensione etico-sociale dei diritti di eguaglianza sostanziale*

L'osservatore giuridico dei diritti sociali sa bene che le radici della loro solidità formale e sostanziale si rintracciano nel costituzionalismo del novecento. Ne trova il senso in quella innovativa forma di legalità che non legge lo Stato ma la società nella sua «carnalità storica», non si cala sul soggetto naturale ma legge le speranze dell'individuo sociale, generate dal patrimonio valoriale che la storia ha iscritto nella coscienza consapevole della comunità<sup>1</sup>. Quella legalità che è tradotta in diritti, riconosciuti, e in doveri, attribuiti, contenuti in un «breviario giuridico»<sup>2</sup> che

<sup>1</sup> V. GROSSI P., *La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e post-moderna*, in GSC, 2008, n. 16, p. 13 ss. e, per l'inciso, p. 20; RIDOLA P., *Libertà e diritti nello sviluppo storico*, in NANIA R., RIDOLA P. (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Giappichelli, 2001, p. 113 ss.; NEUMANN F.L., *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Il Mulino, 1973, p. 52 ss.; CHELI E., *Intorno ai fondamenti dello "Stato costituzionale"*, in QCost, 2006, p. 263.

<sup>2</sup> GROSSI P., *Crisi del diritto, oggi?*, in DeS, 2011, n. 1, p. 37 ss., p. 43 per l'inciso riportato.

orienta l'azione della comunità e ne è il volto verso l'esterno, e che, nel suo più profondo contenuto di valore, ha l'aspirazione alla «eternità ordinamentale»<sup>3</sup>, perché i suoi passi esprimono un dover essere non astratto e ideale ma realmente impresso nella coscienza del corpo sociale dalle sue vicende storiche, tradotto in fondamenti che non esprimono la sintesi compromissoria del pluralismo ideologico costituente, bensì la sua base condivisa filtrata dalla «ragione»<sup>4</sup>.

Testimone di questa filosofia politica, la Costituzione del 1948, nei primi articoli, descrive l'identità nella quale la comunità sopravvissuta alla monarchia, al fascismo e all'esperienza bellica si riconosce e vuole ipotecare per il futuro come rifiuto inderogabile del passato<sup>5</sup>. È una comunità che si concepisce giu-

<sup>3</sup> LUCIANI M., *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *DeS*, 2009, p. 1 ss., spec. p. 24 s. In tema, recentemente: FIORILLO M., *La riforma della Costituzione economica fra tempo, memoria e rimozione*, in *RP*, 2014, p. 37, p. 39.

<sup>4</sup> In sede costituente, in I sottocommissione sui Principi dei rapporti civili, nella seduta del 9 settembre 1946 (il resoconto sommario è reperibile in [www.legislature.camera.it](http://www.legislature.camera.it)), a chiusura di un articolato pensiero su pluralismo e ideologia, Dossetti dirà che la Costituzione dovrà contenere «affermazioni fondate soltanto sulla ragione» (p. 20 s.).

<sup>5</sup> Il pensiero sulla Costituzione che fa da sfondo a questo lavoro è debitore della teoria della Costituzione come ordinamento assiologicamente orientato e, perciò, dell'interpretazione costituzionale per valori nella prospettiva dinamica. L'«unità della Costituzione» si assume come principio ermeneutico assiologico, non, invece, concetto sistematico-normativo (MENGONI L., *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, 1996, p. 115 ss., spec. p. 122 ss.; per il rischio di soggettivismo di questa operazione, di cui si è ben consapevoli: VIOLA F., *Ermeneutica e diritto*, in *ArsI*, 1996, p. 181 s.). Le coordinate essenziali di questa teoria e di quella opposta, meno aperta al dinamismo della fonte *extra* giuridica, sono in: RESCIGNO G.U., *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *DirPub*, 2005, p. 19 ss.; LIPARI N., *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *RTDPC*, 2003, p. 865 ss.; GUASTINI R., *Teoria del significato e teoria dell'interpretazione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 2, p. 463 ss.; ID., *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, p. 753 ss., in *GCost*, 2006, 1, p. 743 ss.; PACE A., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in AZZARITI G. (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, 2007, p. 83 ss.; ZA-

ridicamente ordinata intorno all'individuo partecipe del progresso comunitario mediante il lavoro<sup>6</sup> o qualsiasi altra attività o funzione<sup>7</sup>; partecipe della vita sociale anche nelle formazioni intermedie in cui essa si svolge<sup>8</sup>; cosciente dei propri diritti fondamentali che riconosce presso gli altri con cui partecipa alla costruzione sociale<sup>9</sup>; consapevole che la vita comunitaria richiede inderogabili doveri di solidarietà che ne costituiscono il «collante valoriale»<sup>10</sup>. Perché solo con la partecipazione di tutti alla vita politica, economica e sociale, veicolata dal lavoro, dalla solidarietà e dalla tolleranza, la sovranità universale ricade in governo universale, inverando per il profilo sostanziale il tratto repubblicano e democratico della struttura con cui la nuova comunità sociale e giuridica vuole essere organizzata (art. 1, 2, 3 e 4 Cost.)<sup>11</sup>. Per questo la dignità di 'contare' nella – di parte-

GREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, p. 155; ID., *Corti costituzionali e diritti universali*, in *RTDPC*, 2006, p. 297 ss.; BALDASSARRE A., *Costituzione e teoria dei valori*, in *PD*, 1991, p. 639 ss., spec. p. 655; MODUGNO F., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *op. cit.*, p. 51 ss.

<sup>6</sup> V. NOGLER L., *Cosa significa che l'Italia è una "Repubblica fondata sul lavoro"?*, in *LD*, 2009, p. 421 ss., spec. p. 433 ss.; NANIA R., *Riflessioni sulla "Costituzione economica" in Italia: il "lavoro" come "fondamento", come "diritto", come "dovere"*, in *www.rivistraaic.it*, 2009; MENGONI L., *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri di solidarietà*, in NAPOLI M. (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Vita e pensiero, 1998, p. 3 ss.; CARLASSARE L., *Nel segno della Costituzione. La nostra Carta per il futuro*, Feltrinelli, 2012, p. 65 ss.

<sup>7</sup> V. RESCIGNO G.U., *Lavoro e Costituzione*, in *Dir-Pub*, 2009, 1, p. 27 ss.

<sup>8</sup> V. BARBERA A., *sub. art. 2*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario alla costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 106 ss.

<sup>9</sup> Partecipa cioè usando la «libertà con responsabilità», che è rispetto della libertà altrui: PINELLI C., *Libertà e responsabilità*, in *www.associazioneeitaliana-deicostituzionalisti.it*, 2 luglio 2010, p. 2.

<sup>10</sup> V. DICKMANN R., *Ordine costituzionale e vocazione solidale dello stato*, in *www.federalismi.it*, 13 febbraio 2013, p. 4 ss.; GIUBBONI S., *Solidarietà*, in *PD*, 2012, p. 538, dov'è l'inciso riportato nel testo.

<sup>11</sup> Quando si interrogano le disposizioni della Carta del 1948 ricercandone il senso immune dal fluire storico, «il patto fondativo» a cui ancorare la realtà storicamente mutata, è necessaria la comprensione della «impostazione logica che

cipare alla – definizione dei percorsi della comunità, se si vuole, è affermata universale (art. 3, co. 1, Cost.)<sup>12</sup>.

Quest'etica repubblicana, *imprinting* che la comunità giuridica dà ai suoi membri 'socialmente cittadini', matura dalla fallacia del credo liberale che salda la democrazia alla libertà individuale per il solo profilo giuridico formale<sup>13</sup>, ed ha, al fondo, l'assunzione della 'libertà sociale' individuale come valore etico-giuridico: come ideale che la morale sociale coltiva<sup>14</sup>, l'etica pubblica depura secondo razionalità<sup>15</sup>, ed il discorso giuridico persegue. Perché solo la libertà sociale, che si sostanzia nella capacità di fatto e di diritto di essere protagonisti delle direzioni dell'esistenza propria in sede sociale, è condizione di dignità sociale, la quale, sola, si può tradurre, secondo il progetto di vita individuale, in partecipazione sociale, in cittadinanza sociale<sup>16</sup>.

sottostà alla norma» (Dossetti, I sottocommissione, 9 settembre 1946, resoconto sommario, p. 21). Si tratta della *voluntas* dell'autore costituzionale storico, che si coglie nel percorso di maturazione del pensiero dei Costituenti (V. LUCIANI M., *op. ult. cit.*, p. 22 s) al quale, perciò, si farà spesso riferimento in questa prima parte del lavoro.

<sup>12</sup> Nell'art. 3, co. 1, Cost. ha definitivamente sostituito al termine «cittadino» quello di «uomo»: C. cost. 5 luglio 2010 n. 429: PACE A., *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *www.rivistaaic.it*, 00/2010.

<sup>13</sup> Su questa ideologia, fondante lo Stato liberale, e sulla sua crisi: BALDASSARRE A., *Libertà I) problemi generali*, in *EGT*, Roma, 1990; BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, 1990, e, ora, FIORAVANTI M., *Genesi e identità costituzionale dello Stato liberale*, in *DeD*, 2011, p. 15 ss e ID., *La crisi dello stato liberale di diritto*, in *ArsI*, 2011, p. 81 ss.; PINELLI C., *Società multiculturale e stato costituzionale*, in *www.dirittifondamentali.it*, 1/2012, spec. p. 5 ss.

<sup>14</sup> Sulla morale come istituzione sociale: MORI M., *Biodiritto e pluralismo dei lavori*, in RODOTÀ S., TALACCHINI M. (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, p. 437 ss., spec. p. 456 s., in RODOTÀ S., ZATTI P. (diretto da), *Trattato di biodiritto*, vol. I, Giuffrè, 2010.

<sup>15</sup> V. BODEI R., *Etica pubblica*, in *Iride*, 2009, n. 58, p. 551 ss. Sulle connessioni tra morale ed etica: MAFFETTONE S., *Etica pubblica. La moralità delle istituzioni nel terzo millennio*, Il Saggiatore, 2001.

<sup>16</sup> Sul concetto di libertà sociale, ridotto spesso alla libertà positiva – ma impropriamente, essendo dubbio che la «positività» attenga alla sola «libertà di» e non anche alla «libertà da» (PACE A., *Libertà e diritti di libertà*, in D'ATENA A.

Andando ancora più a fondo, il giurista si avvede che la libertà sociale non è ancora il valore fondante il nuovo ordine costituzionale<sup>17</sup>. È, bensì, esso stesso fondato su di un altro valore che attinge al patrimonio metanormativo sorto in reazione alla cultura dello Stato autoritario: quello della ‘persona’ e del suo pieno sviluppo, privato e sociale. Un valore che, assunto a fine dello Stato e centro di tutta l’esperienza giuridica<sup>18</sup>, emerge sul piano metapositivo nelle forme del principio personalistico, il quale, a sua volta, trova il luogo di generazione in quell’istanza che, benché mai ignorata, la coscienza comune e plurale coglie nel momento storico della negazione dell’umanità: la tutela della dignità umana<sup>19</sup>.

(a cura di), *Studi in onore di P. Grossi*, 2012, p. 965 ss.) – v. BALDASSARRE A., *Libertà I) Problemi generali*, cit., p. 8; MANETTI M., *La libertà eguale nella Costituzione italiana*, in *RTDP*, 2009, p. 635 ss.; D’ALIO A., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Cedam, 2002, p. 94 ss.; PACE A., *Eguaglianza e libertà*, in *PD*, 2011, p. 115 ss. Oggi un certo riscontro ha la formulazione sociologica della «capacitazione» di SEN A., *Libertà individuale come impegno sociale*, Laterza, ed. 2011, p. 25 ss.; ID., *Lo sviluppo è libertà*, Mondadori, 2012, p. 78 ss.

<sup>17</sup> Che, espressivo dell’identità dello Stato, è concetto diverso dall’ordinamento costituzionale: DICKMANN R., *La ricchezza della Costituzione. Democrazia e persona umana*, Rubettino, 2012, p. 142 ss.

<sup>18</sup> V. l’intervento di Moro A., Seduta plenaria, 13 marzo 1947, resoconto, p. 2042 e di Togliatti P., I sottocommissione, 9 settembre 1946, resoconto, p. 21. Sulla collocazione del principio nell’ordine e nell’ordinamento costituzionale v., per tutti: HÄBERLE P., voce *Stato costituzionale – II) sviluppo storico*, in *EGT*, vol. XXX, 2001, p. 1 ss.; ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, cit., p. 75 s.; CHELI E., *I fondamenti dello “Stato costituzionale”*, in LANFRANCHI L. (a cura di), *Lo Stato costituzionale. I fondamenti e la tutela*, Istituto Enciclopedia Treccani, 2006, p. 41 ss.; RUGGIERI A., *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *www.federalismi.it*, 17/2013.

<sup>19</sup> La ‘questione dignità’ non ha ancora trovato composizione univoca nella riflessione filosofica, teleologica, sociologica e giuridica se non con riferimento a pochissimi profili. E, forse, mai la troverà, tali e tante sono le incertezze che gravitano intorno ad un ‘bene’ così intuitivo quanto, per questo, inafferrabile e soggettivo. Negli ultimi quindici anni, però, la riflessione anche giuridica non è mancata. Richiamando i contributi solo recenti e solo di giuristi positivi, si segnalano, tra i costituzionalisti (numerosi): BLANDINI A., *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2013; RODOTÀ

È su questo valore etico-giuridico che si innesta la volizione fondativa del 1948 sintetizzata agli artt. 1-4 Cost.<sup>20</sup>. Da esso origina il ‘patto fondativo’ tra lo Stato e la sua comunità deputato ad inverare e ad assicurare senza tempo l’identità repubblicana, nei termini e dei modi straordinariamente scolpiti negli artt. 2 e 3 Cost. Un patto che ha radici proprio nella presa d’atto dell’irriducibilità della natura umana all’esperienza giuridica, ovvero nella «precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo al servizio di quella»<sup>21</sup>. Tale che, di fronte alla dignità intrinseca ed inerente all’uomo, lo Stato deve arretrare, nelle forme del rispetto assoluto, ma deve anche agire, nelle forme della garanzia<sup>22</sup>.

S., *L’antropologia dell’*homo dignus**, in *RCDP*, 2010, p. 547 ss.; FLICK G.M., *Elogio della dignità (se non ora quando?)*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2014; BELVISI F., *Dignità umana: una riflessione in senso giuridico*, in *RP*, 2012, p. 161 ss.; RUGGIERI A., *Appunti per una voce di Enciclopedia sulla Dignità dell’uomo*, in *www.dirittofondamentali.it*, 14 aprile 2014. Tra i giuslavoristi (pochi): CASILLO R., *Sulla difficile conciliabilità tra subordinazione e dignità*, in *DML*, 2007, p. 417 ss.; ID., *La dignità nel rapporto di lavoro*, in *RDC*, 2008, p. 593 ss.; VENEZIANI B., *Il lavoro tra l’ethos del diritto e il pathos della dignità*, in *DLRI*, 2010, p. 257 ss.; FERRANTE V., *Dignità dell’uomo e diritto del lavoro*, in *LD*, 2011, p. 221 ss.; ZOPPOLI L., *Contratto di lavoro, persona e tutela della dignità*, in BELLARDI L., CARABELLI U., LECCESE V. (a cura di), *Liber amicorum. Spunti di diritto del lavoro in dialogo con Bruno Veneziani*, Cacucci, 2012, p. 353 ss.

<sup>20</sup> Si tratta di uno dei pochi profili della dignità condivisi in dottrina ed in giurisprudenza. Da ultimo, e per i necessari richiami bibliografici e giurisprudenziali: DICKMANN R., *Costituzione e contesto costituzionale*, in *DeS*, 2010, p. 46 ss. e RUGGIERI A., *Il principio personalista e le sue proiezioni*, cit.

<sup>21</sup> Dosssetti, I sottocommissione, 9 settembre 1946, resoconto, p. 21.

<sup>22</sup> Questa è la visione della dignità come dimensione individuale nell’accezione di dignità umana, concepita come qualità ontologica e, perciò, inerente all’uomo e universale. Ad essa può ricondursi il pensiero dei Costituenti intorno all’art. 2 Cost., di cui ora si dirà nel testo. Benché il termine non viene mantenuto nell’articolo finale, come era stato proposto, nel dibattito in I sottocommissione, nella seduta dell’11 settembre 1946, sono moltissimi i richiami alla posizione kantiana e alla sacralità dei diritti dell’uomo, ossia alle due primissime

Da qui deriva la prima delle tre articolazioni del patto fondativo, quella che si legge all'art. 2 Cost.: il riconoscimento giuridico senza tempo della persona come ente individuale e sociale in continua evoluzione, e la garanzia giuridica senza tempo delle prerogative fondamentali a tale fine. Una garanzia che copre ogni agire umano, anche quelli con i quali l'uomo realizza la sua vocazione di *socuis*, manifesta nelle formazioni sociali in cui si «integra e si espande»<sup>23</sup>. Ed è sempre per la tutela della dignità che la comunità richiede a ciascuno doveri di solidarietà, non derogabili perché non derogabile è il carattere universale del valore, che richiede reciprocità di riconoscimento e solidarietà (art. 2 Cost.)<sup>24</sup>.

In ragione dell'universalità della dignità, poi, il patto fondativo si traduce in una seconda articolazione, descritta all'art. 3, co. 1, Cost.: il riconoscimento giuridico senza tempo dell'istanza personalistica in modo incondizionato ed universale, e la garanzia giuridica parimenti incondizionata delle prerogative fondamentali a quel fine<sup>25</sup>. Così la 'dignità' di portatore dell'istanza

concezioni della dignità inerente. Che poi un'altra accezione della dignità nella dimensione individuale si rinviene nel testo costituzionale – la dignità della vita umana – come anche l'altra dimensione di dignità, quella sociale, essa pure in diverse accezioni – la dignità sociale della persona (*degnità* e dignità professionale) e la dignitosità delle condizioni di vita – è questione che non può essere affrontata qui. E, ancora, altra, diversa e assai complicata è la questione del significato e del contenuto delle diverse accezioni dignitarie nel processo di attualizzazione del testo costituzionale.

<sup>23</sup> La Pira, I sottocommissione, seduta del 9 settembre 1946, resoconto, p. 22.

<sup>24</sup> Gli studi sull'art. 2 Cost. sono oramai tanti. Quelli che nella disposizione leggono la sintesi del principio personalistico e la tutela della dignità dell'uomo sono: BARBERA A., *sub art. 2*, cit., p. 106 ss.; BALDASSARRE A., *Diritti inviolabili (voce)*, in *EGT*, XI, Roma, 1989; PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, 2002, p. 45 s.; BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, 1984, p. 56 ss.; MODUGNO F., *I "nuovi" diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 1995, p. 2 ss. Tra le più significative pronunce della Corte: C. cost. 28 novembre 1986 n. 248; C. cost. 8 aprile 1991 n. 167; C. cost. 26 febbraio 1993 n. 81; C. cost. 8 ottobre 1996 n. 334; C. cost. 29 aprile 1999 n. 167; C. cost. 22 ottobre 1999 n. 388; C. cost. 7 marzo 2011, n. 82.

<sup>25</sup> Chi per primo ha studiato l'art. 3, co. 1, Cost. cogliendo la connessione

personalistica non sconta peculiarità individuali, personali o sociali, dalle quali è garantita l'astrazione sia in sede di riconoscimento formale dei diritti in cui è giuridicamente declinata la personalità, sia in sede di regolazione dei rapporti giuridici che, tutti, ricadono nei percorsi di compimento della persona – l'eguaglianza davanti alla legge. E, uguali nella dignità umana, i differenti consociati sono 'eguagliati' nella dignità sociale, perciò affermata come pari: eguagliati nella possibilità di partecipazione sociale e nella titolarità delle prerogative necessarie alla libertà sociale, che ne è strumento<sup>26</sup>.

Proprio per questo ruolo cruciale nell'inveramento dell'identità repubblicana, la dignità sociale pari è oggetto della terza articolazione del patto fondativo, contenuta nell'art. 3, co. 2, Cost. Qui vi è il rifiuto dell'ideologia liberale e la dichiarazione della vocazione sociale dello Stato<sup>27</sup>, che promette ai cittadini di assicurare, per la dignità sociale pari, una effettività sostanziale, tramutando in fatto l'eguaglianza che, al co.1, ha affermato in diritto. E lo fa con una dichiarazione di intenti con la quale la Repubblica *tutta* si chiama ad una assunzione di responsabilità al fine di assicurare «il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione dei lavoratori alla vita politica, economica e sociale del Paese» – cioè al fine di assicurare l'istanza personalistica e la dignità sociale, che ne è la ricaduta – ed ascrive

tra dignità umana e dignità sociale, offrendo della prima una ricostruzione che la allontana da una vera e propria accezione dignitaria, è FERRARA L., *La pari dignità sociale. Appunti per una ricostruzione*, in ZANGARI G. (a cura di), *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Giuffrè, 1974, p. 1098 ss. V., poi, BALDASSARRE A., *Diritti sociali*, voce, in *EGT*, XI, Roma, 1898, p. 11 ss. e, ora, D'ALOIA A., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit., p. 269 ss., p. 272.

<sup>26</sup> V. ESPOSITO C., *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *Id.*, *La Costituzione italiana, Saggi*, Cedam, 1954, p. 62.

<sup>27</sup> Sul passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale: RIMOLI F., *Stato sociale (dir. Costituzionale)*, voce, in *EGT*, Agg., 2005, p. 1 ss.; RITTER G.A., *Storia dello Stato sociale*, Roma-Bari, 2007; BALDASSARRE A., *Lo stato sociale: una formula in evoluzione*, in AA.V.V., *Critica dello Stato sociale*, Laterza, 1982, p. 25 ss.

a sé il compito di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale» alla libertà strumentale a quel fine – alla libertà sociale, che gli impedimenti di fatto possono limitare.

È in quest'etica repubblicana, racchiusa negli artt. 1-4 Cost. e tradotta nel rigore-rigidità dei Principi fondamentali della Costituzione<sup>28</sup>, che il giurista rinviene la sostanza dei diritti sociali: situazioni giuridiche soggettive destinate ad inverare l'universalità della dignità sociale e ad eliminare gli spazi in cui essa non è pari.

Nel disegno repubblicano, le prerogative fondamentali deputate ad affermare, nei confronti del potere pubblico e privato, l'identità individuale – i «diritti e libertà civili del 1789»<sup>29</sup> – si saldano con le prerogative inderogabili per quella stessa affermazione (libertà) individuale in sede sociale<sup>30</sup>, in un rapporto di implicazione reciproca<sup>31</sup>. Sono i diritti considerati primari per l'opportunità di partecipazione<sup>32</sup>, cioè di acquisizione dello *sta-*

<sup>28</sup> È di grande interesse, in proposito, il pensiero su etica e rigore costituzionale di VENTURA L., *Rigore costituzionale ed etica repubblicana. Distorsione dei principi costituzionali in tema di democrazia e forma di governo*, in [www.formuncostituzionale.it](http://www.formuncostituzionale.it), 30 aprile 2013, p. 2 e p. 9.

<sup>29</sup> Dirà La Pira, Prima sottocommissione, 9 settembre 1946, resoconto, p. 15.

<sup>30</sup> Perciò diritti «sociali»: BALDASSARRE A., *Diritti sociali*, cit., p. 29; CHELI E., *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali della Costituzione italiana*, in AA.Vv., *Le ragioni del diritto, Studi in onore di Luigi Mengoni*, III, Giuffrè, 1995, p. 1772 ss.; GROSSI P., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, 2ª ed., Cedam, 2008, p. 13 ss.; BENVENUTI M., *Diritti sociali*, voce, in *Digesto disc. Pubbl.*, agg. V., 2012, p. 220 ss., spec. p. 223 s.

<sup>31</sup> Abbandonata oramai l'idea dell'autonomia tra diritti politici-civili e diritti sociali, i secondi sono considerati strumentali ai primi e viceversa. Oltre gli scritti classici di MAZZIOTTI M., *Diritti sociali*, in *ED*, 1964, XII, p. 805 ss.; HÄBERLE P., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Giuffrè, 2003, p. 193; LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, in *DeD*, 1994, p. 551 ss., v. quelli, più recenti, di: POLITI F., *I diritti sociali*, in NANIA R., RIDOLA P., *I diritti costituzionali*, vol. III, Giappichelli, 2006, p. 1019 ss., BENVENUTI M., *op. cit.*, p. 231 ss.

<sup>32</sup> Considerati primari nella percezione sociale all'epoca costituente, che poi muterà, con l'ampliamento degli interessi di rilevanza partecipativa: SCAGLIARINI S., *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*,

*tus* di cittadino ‘socialmente degno’ – diritti, perciò, universali: al lavoro e alla formazione professionale (art. 4 e 35 Cost.); all’educazione scolastica e all’istruzione (art. 33 e 34); alla salute (art. 32). Sono, poi, le prerogative che rendono effettiva l’opportunità di accesso alla cittadinanza sociale in presenza di fatti che si oppongono al godimento dei diritti che ne sono lo strumento – prerogative, perciò selettive: all’educazione e all’avviamento professionale per gli inabili e i minorati (art. 38, co. 3); alle cure gratuite per gli indigenti (art. 32, co. 1); all’istruzione per i privi di mezzi (art. 34, co. 3). Sono, ancora, i diritti che alla già verificata cittadinanza sociale (mediante il lavoro) danno effettività, quando sostanzialmente impedita o in caso di eventi che ne limitano la continuità – diritti, perciò, essi pure selettivi: alla retribuzione sufficiente e al tempo di non lavoro (art. 36); la libertà sindacale (art. 39); il diritto sciopero (art. 40); il diritto all’eliminazione del bisogno al venire meno della capacità di lavoro o di guadagno (art. 38, co. 2, Cost.). Non solo. Ai margini della partecipazione, dove non vi è cittadinanza sociale, l’identità repubblicana non ammette l’esclusione e garantisce l’esistenza almeno dignitosa – con il diritto al mantenimento e all’assistenza per gli inabili al lavoro privi di mezzi (art. 38, co. 1). Garantisce, cioè, qui, ancora per la pari dignità sociale, la condizione che è il presupposto per la decisione individuale di (accesso ai diritti di) partecipazione.

I diritti strumentali all’opportunità di partecipazione sociale, i primi, e i diritti di eguaglianza sostanziale nella partecipazione sociale, in cui si comprendono i diritti di inclusione sociale, germinano tutti dal patto fondativo e ne condividono il profilo assiologico<sup>33</sup>. Sono tutti veicolo della dignità sociale pari, attribuita

in *www.gruppodipisa.it.*, 8/9 giugno 2012; PICCHI M., *L’effettività dei diritti sociali: la via della partecipazione*, in *www.gruppodipisa.it.*, 8/9 giugno 2012.

<sup>33</sup> Anche su questo profilo oramai non c’è più dubbio. V. POLITI F., *I diritti sociali*, cit., p. 1038; RODOTÀ S., *Il diritto ad avere diritti*, Laterza, 2013, p. 34 ss. Riguardo alla classificazione di cui al testo, si precisa che, sebbene i diritti sociali siano tradizionalmente sistemati tutti come diritti di eguaglianza sostanziale

in riconoscimento della dignità umana universale, in funzione dell'istanza partecipativa parimenti universale realizzata mediante il lavoro, la solidarietà, il rispetto (art. 1-4 Cost.).

Per questo il giurista sa bene che prima ancora che un contenuto 'economico-sociale', questi diritti hanno tutti un contenuto 'etico-sociale'. Un contenuto che nei diritti di eguaglianza sostanziale c.d. a prestazione positiva<sup>34</sup> si arricchisce della tensione verso la giustizia sociale, cioè verso l'eguaglianza sostanziale nella distribuzione delle opportunità (e dei costi) della partecipazione sociale<sup>35</sup>. La giustizia sociale, poi, richiama redistribuzione della ricchezza<sup>36</sup> – sempre informata ad eguaglianza (giustizia) sostanziale, qui equità – espressione del dovere di soli-

ziale (MAZZIOTTI M., *op. cit.*; MENGONI L., *Diritti sociali*, in *ADL*, 1998, p. 8; BALDASSARRE A., *Diritti sociali*, cit., p. 10 ss. e, ora, DE GIORGIS A., *La costituzionalizzazione dei diritti di eguaglianza sostanziale*, Jovene, 1999, pp. 1-50.), sembra più conforme allo spirito costituente una distinzione che questi ultimi circoscriva ai diritti che eliminano gli impedimenti all'opportunità e alla continuità di partecipazione, e ad essi affianchi i diritti che, pure strumentali alla partecipazione, non contengono l'istanza egualitaria e solidaristica, che appartiene, invece, ai soli diritti di eguaglianza sostanziale (v. nota n. 37). E si precisa, anche, che il rilievo autonomo che qui, nell'ambito dei diritti di eguaglianza sostanziale, si attribuisce ai diritti di inclusione sociale, riflette una peculiarità che non attiene alla loro funzione. Essa è sempre la garanzia dell'opportunità di partecipazione: esattamente, della condizione propedeutica alla decisione individuale di partecipazione. Ed in ciò è la specificità di questi diritti, che si riflette nella misura della prestazione: essa non ha lo scopo di garantire la 'vita partecipativa', ma di assicurare la diversa 'vita dignitosa', condizione che consente l'accesso alla 'vita partecipativa' (v. par. 3 di questo Capitolo).

<sup>34</sup> Non anche nei diritti sociali c.d. di libertà: su questa distinzione: BALDASSARRE A., *Diritti sociali*, cit.

<sup>35</sup> L'esplorazione del concetto sociologico di giustizia sociale e la sua traduzione giuridica è nel Capitolo Quarto, al par. 1.1. Per quel che ora interessa, e cioè il rapporto tra diritti sociali e giustizia, già chiaro in sede costituente (Lombardi, Prima sottocommissione, 9 settembre 1946, resoconto, p. 18): D'ALOIA A., *Giustizia e società. Il 'progetto' della Costituzione italiana*, in *www.dirittifondamentali.it*, 5 maggio 2012, p. 13 ss.; RAZZANO G., *Lo «Statuto» costituzionale dei diritti sociali*, in *www.gruppodipisa.it*, 8/9 giugno 2012, p. 5 s.

<sup>36</sup> Che è il contenuto «resistente» del valore giustizia: v. SPAEMANN R., *Concetti morali fondamentali*, 1986, Casale Monferrato, 1993, p. 61.

darietà, nel quale, come nel principio di eguaglianza, questi diritti hanno il loro ultimo fondamento<sup>37</sup>. E proprio perché sono strumento di giustizia sociale veicolata dalla solidarietà, con essi si crea la coesione economica e sociale intorno all'identità repubblicana<sup>38</sup>, garantendone indissolubilità e indivisibilità nel suo significato più globale<sup>39</sup>, indispensabile per garantire l'appartenenza sociale, necessaria, con quella politica, all'Unità nazionale<sup>40</sup>. Unità che, in effetti, è giuridica ma, anche, economica, per la quale rilevano, costituzionalmente, anche i diritti sociali (art. 120, co. 2, Cost.), collocabili nel 'nucleo essenziale del sistema costituzionale'<sup>41</sup>. Perché se lo Stato non è anche sociale, se cioè oltre a «ripudiare l'orrore e difendere dal timore non dà anche la speranza»<sup>42</sup>, delineando un sistema di cura dei cittadini

<sup>37</sup> La connessione tra diritti di eguaglianza sostanziale e solidarietà (che emerse già in Costituente: Togliatti, I Sottocommissione, 3 ottobre 1946, resoconto, p. 180; Basso, I Sottocommissione, 11 settembre 1946, p. 34 del resoconto) si coglie nell'aspetto dell'attuazione dei diritti, che richiama tutta la collettività al dovere costituzionale *ex art. 2 Cost.* (ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, cit., p. 126). Questo tratto, che si approfondirà al Capitolo Quarto, non si ritrova, invece, nei diritti di opportunità di partecipazione, rispetto ai quali la connessione con la solidarietà – che non è affatto costituzionalizzata (v. par. 3.2.) – rischia «un dissolvimento dei diritti sociali» (lo dice LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, cit., p. 573).

<sup>38</sup> Che è diversa dalla coesione sociale intorno al contingente, sulla quale: GILI G., *Quale coesione sociale? Cinque meccanismi integrativi alla prova della crisi*, in *Studi di sociologia*, n. 3-4, 2013, p. 231 ss. Nel discorso costituzionale: CAMERLENGO Q., *La dimensione costituzionale della coesione sociale*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2015.

<sup>39</sup> Che richiama sia la sfera politica territoriale sia la sfera del godimento dei diritti: MODUGNO F., *Unità e indivisibilità della Repubblica come principio*, in *DeS*, 2011, p. 98 s.

<sup>40</sup> V. LUCIANI M., *Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell'unità nazionale*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2011, p. 5 s.; ID., *La gabbia del presidente*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2013, p. 10

<sup>41</sup> V. CAMERLENGO Q., *La vocazione cosmopolita dei sistemi costituzionali, alla ricerca del comune nucleo essenziale*, in STAIANO S. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Giappichelli, 2006, p. 21 s.

<sup>42</sup> I tre sentimenti intorno ai quali nasce il costituzionalismo moderno se-

rispetto al bisogno che impedisce la pari dignità di ‘contare socialmente’ – un sistema di sicurezza sociale (*welfare system*) – e se non lo fa secondo giustizia sociale, giustizia costruita sulla solidarietà – seguendo percorsi (modelli di *welfare*) fondati su equità – la collettività si frantuma e, con essa, le sue regole. Dopotutto, il benessere di una società ed il suo potenziale di crescita non si misurano solo con indicatori economici, ma anche col benessere oggettivizzato nella disponibilità del lavoro (decente) e nell’assenza di bisogno dal quale proprio il *welfare* giusto deve sollevare<sup>43</sup> – e lo conferma l’innovativo rapporto Bes<sup>44</sup>.

## 2. *La tensione economico-sociale dei diritti (im)perfetti e le insidie del tempo presente: economia, politica, governance europea*

Questa fisionomia intimamente etica descrive i diritti sociali anche nel tempo attuale, benché, per i profondi mutamenti degli equilibri nazionali non solo economici e finanziari<sup>45</sup> ma anche politici<sup>46</sup>, esito della recessione del 2008 e del conseguente

condo LANEVE G., *L’attenzione sui diritti sociali, paradigma di un tempo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 10 giugno 2014, p. 9.

<sup>43</sup> Cfr. le analisi sociologiche ed economiche di: IPPOLITO F., *Welfare e diritti di cittadinanza*, in *QG*, 2007, n. 6, p. 1199 ss.; PONZO M., *Status occupazionale e benessere soggettivo in Italia*, in *QA*, n. 3, 2011, p. 75 ss. dove è una singolare analisi degli indicatori economici della «felicità» percepita dagli individui. V. anche MORO D., *Il ritorno della diseguaglianza: 70 anni di politica del welfare passati invano?*, in *Rassegna Astrid*, n. 13/2013.

<sup>44</sup> CNEL - ISTAT, *Rapporto Bes, Il benessere equo e sostenibile in Italia*, 2015, che, a partire dal 2013, fotografa la situazione italiana in rapporto ad indicatori di benessere «al di là del Pil».

<sup>45</sup> Sui quali v. MINENNA M., *Le radici della crisi e le possibili soluzioni*, in *QRS*, 2013, p. 103 ss.; SCHIATTARELLA R., *La crisi economica: cause, dimensioni e prospettive*, in *DD*, 2008, p. 83 ss.; PITRUZZELLA G., *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *QCost*, 2012, p. 9 ss.

<sup>46</sup> V. RUGGERI A., *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in [www.consultaonline.it](http://www.consultaonline.it), 15 settembre 2012; PITRUZZELLA G., *Crisi economica e decisioni di*

rinnovamento della *governance* economica europea<sup>47</sup>, essi, stretti tra le ragioni dell'economia ed il patto politico sociale costituente<sup>48</sup>, sono sottoposti ad una straordinaria tensione. Mai come prima appare, oggi, che la loro «insaziabilità» soffre della «finitzza» delle risorse disponibili<sup>49</sup> più degli altri diritti, che pure, tutti, costano<sup>50</sup>. Se ne ha una immediata percezione soprattutto per i diritti di eguaglianza sostanziale e per quelli, tra di essi, la cui struttura si articola in una pretesa soggettiva di contenuto positivo economicamente quantificabile<sup>51</sup>, dove è strettissimo il rapporto tra soddisfacimento del diritto e disponibilità delle risorse pubbliche. Un rapporto che sussiste sempre, sia quando i modi del loro soddisfacimento riposano sulla solidarietà generale – i tipi universalistico e residuale – sia quando sono, invece, imperniati sul tratto assicurativo e mutualistico – il tipo occupazionale – che non è immune dagli andamenti economico-finanziari e non è estraneo al dovere *ex art. 2, Cost.*

E solo penetrandone la *dignitas* costituzionale, recuperando, cioè, ai diritti sociali, le radici, il senso, gli strumenti della loro solidità formale e sostanziale, l'osservatore giuridico può resistere al portato «emozionale» della crisi<sup>52</sup>, e può non arrendersi

governo, in *www.rivistaaic.it*, 4/2013; ANGELINI F., BENVENUTI M. (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Jovene, 2012, e ora TEGA D., *Welfare e crisi davanti alla corte costituzionale*, in *DLRI*, 2014, p. 307 ss.

<sup>47</sup> Sulla cui evoluzione in esito alla crisi v. il par. 5, nota 324.

<sup>48</sup> Per questa espressione v. OFFE C., *Alcune contraddizioni del moderno stato assistenziale*, in AA.Vv., *Critica dello stato sociale*, cit., p. 3 ss.

<sup>49</sup> V. PINTORE A., *Diritti insaziabili*, in FERRAJOLI L. (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, 2001, p. 179; CALIFANO L., *Relazione di sintesi al XXVIII Convegno dell'AIC: Crisi economica e diritti fondamentali*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2013, p. 3.

<sup>50</sup> Su questo tratto di comunanza tra diritti sociali e diritti e libertà civili la dottrina è oramai unanime. Da ultimo, e per la necessaria bibliografia, v. LANEVE G., *op. cit.*, p. 17 s.

<sup>51</sup> Per la distinzione v., oltre il classico BALDASSARRE A., *Diritti sociali*, cit., anche GROSSI P., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, cit., p. 13 ss.

<sup>52</sup> L'espressione è di GROSSI P., *Crisi del diritto, oggi*, cit., p. 65 ss.

al giudizio di irrimediabile declino dello Stato sociale, di *deficit* di effettività di tutto il sistema dei diritti costituzionali che ne conseguirebbe<sup>53</sup>.

Un tale giudizio pure è stato espresso. Si è detto che la congiuntura recessiva ed i suoi effetti, legislativi e anche istituzionali, hanno accelerato, se non definitivamente compiuto, la tendenza ad una generale abdicazione dello Stato alla sua vocazione sociale, per l'assenza della «prospettiva del futuro» quale ottica della riflessione politica<sup>54</sup>, la quale si immerge nell'incubo finanziario del presente e lo traduce in una legislazione sociale di emergenza<sup>55</sup>. Una legislazione dagli effetti di contrazione dei diritti attraverso un incredibile contenimento della spesa per prestazioni, distante dalla logica strategica implicita nel programma di trasformazione sociale *ex art. 3 Cost.*, che, per questo, appare impoverito e svilito pericolosamente ad «archivio storico-ideale» di posizioni soggettive<sup>56</sup>. Queste, benché fondamentali, perdono efficacia normativa primaria, di fatto subordinata alla legislazione ordinaria mossa dal contingente, ed il loro rinnovamento, si è detto, sollecita un aggiornamento della Costituzione 'vigente' per avvicinarla a quella 'vivente'<sup>57</sup>. Si è anche sostenuta

<sup>53</sup> V. CARETTI P., *Considerazioni conclusive*, XXVIII Convegno dell'AIC: *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *www.gruppodipisa.it*, 4/2013; MORANA D., *I diritti a prestazione in tempo di crisi*, cit., p. 3; CAMERLENGO Q., RAMPA L., *I diritti sociali fra istituti giuridici e a crisi economica*, in *QCcost*, 2015, p. 59 ss.; CARLASSARE L., *Forma di stato e diritti fondamentali*, in *QCcost*, 1995, p. 1 ss.

<sup>54</sup> RAUTI A., *La «giustizia sociale» presa sul serio. Prime riflessioni*, in *www.forumcostituzionale.it*, 22 dicembre 2011, p. 6.

<sup>55</sup> In questo modo (secondo CIOLLI I., *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *www.costituzionalismo.it*, 5 novembre 2/2012, p. 11 s.) la classe politica, incapace di gestire, con gli strumenti democratici, il conflitto che accompagna le situazioni di scarsità delle risorse anche gravi, che sono sempre ordinarie nelle logiche economiche e mai eccezionali, lo previene e lo neutralizza.

<sup>56</sup> GAMBINO S., NOCITO W., *Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto*, 7 maggio 2012, in *www.astrid-online.it*.

<sup>57</sup> RUGGIERI A., *Crisi economica e crisi della Costituzione*, cit., p. 13 ss., se-

l'opportunità di un ripensamento sulla «espropriazione di sovranità» in ambito di politica economica e monetaria imposta dai membri 'forti' dell'eurozona a quelli 'deboli', che, in un disegno complessivo non di *management* della crisi bensì di cambiamento istituzionale volto ad imporre l'ideologia neoliberista<sup>58</sup>, costringerebbe il *welfare* a cedere alla «barbarie» a cui lo consegna il paradigma economico del «nuovo consenso»<sup>59</sup>.

Ma la collocazione *extra ordinem* delle scelte legislative in cui ricade la crisi, per quanto estreme possano apparire, richiama a forte responsabilità e cautela la scienza giuridica, perché negli artt. 1, 2, 3 e 4 Cost. – che, non è banale ricordarlo, sono protetti dal divieto di revisione formale<sup>60</sup> e, si può dire, anche sostanziale – vi è un dover essere non reversibile, il quale, fonte di diritti individuali anche sociali, è limite di ogni 'futura normazione'. Il modello sociale descritto dall'odierna 'futura normazione' con quel dover essere costituzionale deve essere confrontato, senza pregiudizi ideologici anti-economici o anti-europeisti, e nella consapevolezza che i diritti sociali sono sensibili a tutte le variabili del tempo e che la Costituzione, ed il patto «tendente all'eterno» che contiene, è una «*open tex-*

condo il quale «la malizia del potere si combatte anche (seppur, ovviamente, non solo) con la malizia della Costituzione» (p. 16).

<sup>58</sup> Qui v. FRANZINI M., PAPARELLA E., *Crisi economico-finanziaria, rigore fiscale e tutela dei diritti sociali. Protagonisti ed esiti di una tensione istituzionale*, in *RPS*, 2013, n. 3/4, p. 35 ss.; FONTANA G., *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona» – IT*, 104/2014, p. 4, p. 9 ss.; LOSURDO F., *Austerità e riforme strutturali nella crisi dell'ordine di Maastricht*, in *RDSS*, 2014, p. 581 ss., spec. p. 591 s.

<sup>59</sup> Detto altrimenti, uscire dall'area euro. Lo dice VERONESE PASSARELLA M., *Welfare, mercato e piano. Critica del paradigma liberoscambista*, in *RP*, 2014, p. 9 ss., dov'è una appassionata critica alla nuova teoria macroeconomica, fondata sulla forza riequilibratrice della politica monetaria, e ai suoi effetti di ridimensionamento delle prestazioni del *welfare* verso il minimo assistenziale (p. 16 ss.).

<sup>60</sup> E notevoli ne sono le implicazioni: RUGGIERI A., *L'identità costituzionale alla prova: i principi fondamentali fra revisioni costituzionali polisemiche e interpretazioni-applicazioni ragionevoli*, in *ArsI*, 1996, p. 113 ss.

ture»<sup>61</sup> capace di «reagisce alle incognite del tempo»<sup>62</sup>. E se, in esito a questo confronto, il contesto legislativo attuale veramente sfugge alle larghe maglie dei precetti fondamentali, non potrà essere visto come delegittimazione sostanziale della Costituzione formale, perché, almeno nei principi, la Costituzione non si legge, né si modifica, attraverso le leggi ordinarie<sup>63</sup>, che pure sono contesto costituzionale<sup>64</sup>. Se si è convinti, con la Corte costituzionale, che quelle disposizioni – artt. 1-4 Cost. – costruiscono anche sull’attuazione dei diritti sociali l’ordine costituzionale<sup>65</sup> sorretto da una presunzione assoluta di legittimità che non cade di fronte ad una realtà legislativa difforme, un assetto regolativo che con esso contrasta dovrà essere visto per quello che è: un assetto regolativo illegittimo, perché contrario al diritto legittimo secondo Costituzione. E la denuncia sarà tanto più necessaria quanto più si crede, ancora, che «la scelta del futuro come rifiuto del passato»<sup>66</sup> che si legge dei principi fondamentali non rimane «una sinfonia angelica scritta con l’inchio-

<sup>61</sup> CHESSA O., *Cos’è la Costituzione? La vita del testo*, in *QCost*, 2008, p. 41 ss. e p. 59.

<sup>62</sup> PINELLI C., *Il dibattito sull’interpretazione costituzionale tra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di L. Paladin*, Jovene, 2004, p. 13.

<sup>63</sup> Cfr. però RUGGIERI A., *Il futuro dei diritti fondamentali: viaggio avventuroso nell’ignoto o ritorno al passato?*, in *www.federalismi.it*, 15 febbraio 2013; ROSELLI F., *Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull’ordinamento costituzionale?*, in *GCiv*, 2015, n. 4, p. 743 ss., spec. p. 748.

<sup>64</sup> Sulla visione c.d. tripartita della Costituzione, che la legge combinando il “pre-testo”, il “testo” ed il “contesto” giuridico e sociale, v. VIOLA F., *Interpretazione giuridica, diritti umani e la nuova scienza giuridica*, in *RP*, 2010, n. 34, p. 187 ss.; BIN R., *Che cos’è la Costituzione?*, in *QCost*, 2007, p. 42; RUGGIERI A., *Teorie e “usi” della Costituzione*, in *QCost*, 2007, p. 519 ss. Il tema è spiegato come combinazione tra Costituzione e ordinamento costituzionale, con la medesima conclusione, da: BARBERA A., *“Ordinamento costituzionale” e carte costituzionali*, p. 324, in *QCost*, 2010, p. 311 ss. e DICKMANN R., *Costituzione e contesto costituzionale*, in *DeS*, 2010, p. 37 ss.

<sup>65</sup> C. cost. 23 marzo 2012 n. 68. Ma v. anche Cass., sez. pen. V, 29 novembre 2012 n. 46340.

<sup>66</sup> GIANFORMAGGIO L., *Tempo della costituzione e tempo della consolidazione*, in *LD*, 1999, p. 527.

stro rosa del libro dei desideri»<sup>67</sup> solo se il fluire del tempo ne segna la «consolidazione», ad opera, innanzitutto, dell'operatore teorico e pratico del diritto<sup>68</sup>.

Dal testo fondamentale, allora, l'osservatore dell'attualità legislativa sui diritti sociali, e, in particolare, sui diritti di eguaglianza sostanziale, deve trarre le coordinate per la sua verifica, e, se respira le atmosfere del neo costituzionalismo<sup>69</sup>, da esso trae almeno tre conclusioni – che, oggi, sono meno scontate di quanto potevano esserlo nel passato.

La prima.

Se la fundamentalità di un diritto dipende dalla rilevanza dell'interesse protetto rispetto al soddisfacimento dell'istanza personalistica riconducibile alle ragioni dell'ordinamento<sup>70</sup>, i diritti di eguaglianza sostanziale ne godono appieno, perché la loro genesi è in quelle ragioni. E poiché l'atto formale con cui l'ordinamento è posto, e quelle ragioni sono dichiarate, esiste ancora ed è immutato – Costituzione, Principi fondamentali – l'identità repubblicana non è cambiata, e i diritti di eguaglianza sostanziale veicolano ancora la definitiva acquisizione del processo

<sup>67</sup> «Le cui sorti sono segnate dalla sua stessa eccellenza nella misura in cui eccede(va) in assoluto l'antropologia dell'*homo italicus* pretendendo di cambiarne la natura»: così descrive la Costituzione REPOSO A., *La parabola della Costituzione italiana, tra ieri e oggi*, in *DeS*, 2009, n. 3-4, p. 575 s.

<sup>68</sup> GIANFORMAGGIO L., *op. cit.*, p. 542 ss.; FIORILLO M., *La riforma della Costituzione economica*, *cit.*, p. 35 s.

<sup>69</sup> Se, cioè, risente della cultura giuridica che, per le finalità interpretative e ricostruttive, recupera al positivismo puro istanze valoriali e guarda alla Costituzione come tavola di valori dinamica (i riferimenti bibliografici in nota 5). V. anche DOGLIANI M., *(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte, tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, in [www.costituzionalismi.it](http://www.costituzionalismi.it), 2/2010; PINO G., *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale*, in *GCost*, 2011, p. 965 ss.

<sup>70</sup> Sul tema la letteratura è amplissima. Limitando il richiamo bibliografico al solo aspetto di cui al testo: FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, ed. 2008; RIDOLA P., *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, 2006; LILLO P., *Diritti fondamentali e libertà della persona*, Giappichelli, 2001.

democratico come esito di una libertà individuale che non è solo protezione dall'uso arbitrario del potere (la libertà formale) ma è anche capacità di agire in senso sostanziale (la libertà sociale). Che poi i modi di soddisfazione dell'interesse a cui ciascun diritto sociale è preordinato possono mutare, per l'evolversi dell'esperienza sociale, è un fatto certo e non discutibile. Si tratta, però, di sollecitazioni che innovano nel tempo non il significato assiologico del diritto – la partecipazione sociale come valore repubblicano – bensì il suo contenuto, cioè i modi concreti e gli strumenti giuridici per il godimento, che si modernizzano e, con essi, si modernizza la Costituzione, che così «biologicamente» resiste al proprio invecchiamento<sup>71</sup>.

La seconda.

Poiché ai diritti di eguaglianza sostanziale appartiene il tratto della fundamentalità, essi non sono diritti condizionati. Non sono condizionati né alla volontà politica – *rectius* discrezionalità legislativa – né alla disponibilità finanziaria. Il loro fondamento è nel fondamento della Costituzione, non nel contesto costituzionale, in specie nelle sue componenti di ordine economico e finanziario<sup>72</sup>, e tanto meno politico.

Di certo il godimento (anche) di questi diritti richiede una normativa di attuazione, e richiede, ovviamente, disponibilità di risorse da destinare allo scopo, essendo irrealistico anche solo immaginare che l'attuazione di diritti economico-sociali sia insensibile alla «fattibilità economica»<sup>73</sup>. Ed è vero, anche, che ciò rende la statuizione costituzionale una disciplina solo «preliminare»<sup>74</sup>,

<sup>71</sup> V. per tutti BARTOLE S., *Il tempo e i tempi della Costituzione*, in *Studi in onore di F. Modugno*, ES, 2011, p. 211 ss.; RUGGIERI A., *Il diritto "vecchio" e i modi del suo possibile svecchiamento, al servizio dei diritti fondamentali*, in *www.rivistaaic.it*, 1/ 2012.

<sup>72</sup> V. invece RUGGIERI A., *Il futuro dei diritti fondamentali*, cit., p. 6.

<sup>73</sup> MENGONI L., *Persona e iniziativa economica privata nella costituzione*, in VETTORI G. (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, Cedam, 1996, p. 36.

<sup>74</sup> MORANA D., *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2013.

dependente, per la sua attuazione, dalla legislazione di svolgimento del precetto fondamentale e dal bilanciamento, che con essa si compie, tra le diverse istanze sociali in sede di ripartizione delle risorse disponibili. Ma tutto questo – chiariscono sempre i costituzionalisti – non condiziona affatto la decisione sull'attuazione dei diritti. Il connotato di fundamentalità, anzi, condiziona piuttosto il legislatore, obbligandolo ad una prioritaria destinazione di risorse verso le istanze sociali: ciò che è un «dovere costituzionale»<sup>75</sup>, perché si tratta di istanze che non nascono subordinate al vincolo finanziario<sup>76</sup> – il quale può, semmai, determinare scelte temporaneamente recessive (*infra*).

Questo dovere costituzionale esiste ancora oggi, benché l'interazione tra dissesto dei conti pubblici e partecipazione all'Unione abbia prodotto, anche prima dell'impegno formalizzato con la sottoscrizione del *Fiscal Compact*, l'introduzione del vincolo dell'equilibrio di bilancio con la modifica dell'art. 81 Cost. – l. cost. 1/2012 attuata con l. 243/2012, che, impegnando pure le Pubbliche amministrazioni, modifica l'art. 97 Cost.<sup>77</sup>. Orien-

<sup>75</sup> «Lasciando agli altri obiettivi ciò che eventualmente rimane»: CARLASSARE L., *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in [www.constituzionalismo.it](http://www.constituzionalismo.it), 1/2013, p. 3; GABRIELE F., *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella "intoccabile"!) della costituzione*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2013, spec. p. 15 s.

<sup>76</sup> V. BENVENUTI M., *Diritti sociali*, cit., p. 243 s. e p. 273 s. Non a caso, in sede costituente si dirà, con riferimento ai «nuovi diritti», che «Non si tratta di inutili definizioni astratte e di promesse dipendenti da una ignota disponibilità di fondi. Noi, ripeto, diamo al legislatore delle direttive [...] e se taluna di esse cozzerà, malgrado tutto, contro difficoltà gravi e pesanti, dobbiamo augurarci che il legislatore di domani non perda mai di vista la mèta da raggiungere e si adoperi con tutti i mezzi per raggiungerla, camminando nel binario da noi tracciato e fissato»: Tupini, *Assemblea plenaria*, seduta del 23 aprile 1947, resoconto, p. 3246.

<sup>77</sup> V. BRANCASI A., *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 10 gennaio 2012; MORGANTE D., *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 11 luglio 2012; LUCIANI M., *L'equilibrio di bilancio e i principi costituzionali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, 22 novembre 2013, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), p. 11 s.

tare le politiche di spesa, da modulare sugli andamenti del ciclo economico, al raggiungimento del saldo strutturale di bilancio, con possibilità di indebitamento solo in caso di fasi avverse e di eventi eccezionali<sup>78</sup>, non può infatti significare, è stato detto condivisibilmente, «condizionare senza condizioni» le prerogative di eguaglianza sostanziale alle esigenze di bilancio<sup>79</sup>. Senz'altro il vincolo di equilibrio è, oggi, un obiettivo autonomo, del quale la «legge sostanziale» di bilancio è portatrice nella sua rinnovata natura<sup>80</sup>; e da esso non possono prescindere né la politica ed il legislatore, al momento dell'allocazione di risorse, né la Corte costituzionale, in sede di definizione dei 'modi' della giustizia sui diritti (*infra*). Ma, chiarisce la Corte, quel vincolo rimane obiettivo subordinato all'attuazione piena dei diritti<sup>81</sup>, escludendo ogni lettura che sovverta l'ordine tra i due valori. Ciò contrasterebbe con la priorità della persona che (deve) resistere al valore economico<sup>82</sup> anche se 'valorizzato' dall'Unione<sup>83</sup>, in ragione dei termini della limitazione di sovranità di cui all'art. 10 e 11 Cost. ed in ragione delle stesse basi dell'integrazione europea,

<sup>78</sup> Per questa interpretazione v. MORRONE A., *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *LD*, 2013, p. 357 ss.

<sup>79</sup> V. RAUTI A., *op. cit.*, e, già prima della modifica dell'art. 81 Cost., PACI M., *Più equità e meno spesa: il governo di centro sinistra alla prova del welfare*, in *SM*, 1997, p. 136. Meno critico è LUPO N., *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra generazioni. Notazioni sparse*, 2 novembre 2011, in *www.amministrazioneincammino.it*.

<sup>80</sup> È la lettura di MORANDO E., *La sentenza n. 70 del 2015 sulle pensioni*, in *www.federalismi.it*, 20 maggio 2015, p. 8, e di MORRONE A., *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, cit.

<sup>81</sup> Non è, cioè, un super valore costituzionale: C. cost. 19 novembre 2012 n. 264; C. cost. 11 febbraio 2015 n. 10.

<sup>82</sup> Diversamente, la l. 1/2012 e la sua attuazione, dal piano della formale revisione costituzionale scivolerebbero su quello dell'esercizio sostanziale del potere costituente: MONE D., *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed il potenziale vulnus alla teoria dei controlimiti*, in *www.rivistaaic.it*, 3/2014, p. 18.

<sup>83</sup> Le cui regole, in ultima analisi, informano le scelte di non equilibrio: MONE D., *op. ult. cit.*, p. 16 ss.