

DIRITTI FONDAMENTALI E DIRITTI SOCIALI NELL'EPOCA DELLE MIGRAZIONI MASSIVE¹

Daniele Porena

Professore Associato di Istituzioni di Diritto pubblico
Università degli Studi di Perugia

Abstract [It]: Il presente contributo introduce una breve analisi sul tema della posizione giuridica del non cittadino in rapporto ai diritti fondamentali e ai diritti sociali. Tenuto conto della principale giurisprudenza della Corte costituzionale intervenuta sul tema e considerate le più recenti e sempre più massive tendenze migratorie e demografiche, il saggio si interroga, tra l'altro, sulla rinnovata validità della configurazione dei diritti sociali quali "aspettative finanziariamente condizionate".

Abstract [En]: *This contribution introduces a brief analysis on the subject of the legal position of the non-citizen in relation to fundamental rights and social rights. Taking into account the main jurisprudence of the Constitutional Court and considering the most recent and increasingly massive migratory and demographic trends, the essay questions, in particular, the renewed validity of the configuration of social rights as "financially conditioned expectations".*

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **2.** Principio di uguaglianza e posizione giuridica del non cittadino. Cenni. **3.** Questioni introdotte dalle più recenti tendenze demografiche e migratorie.

¹ Il presente contributo è destinato alla pubblicazione negli Atti del Convegno internazionale di studi sul tema "70 anni di Costituzione", Università degli Studi di Salerno - Cava de' Tirreni, 30 novembre - 1 dicembre 2018.

1. Introduzione.

La questione della posizione giuridica dello straniero immigrato e, in particolare, del perimetro dei diritti che a costui il nostro ordinamento riconosce, risulta ampiamente approfondita, sia in dottrina che nella giurisprudenza della Corte costituzionale².

Cionondimeno, un'ampia serie di fattori istituzionali, demografici e geopolitici sembrano offrire sempre nuovi ed ulteriori stimoli al dibattito: sicché, non sembra in effetti possibile affermare che categorie pur consolidate nella tradizione giuridica possano dirsi, una volta per tutte, definitivamente "ossidate" e cristallizzate.

Come noto, nella materia dei diritti fondamentali, risultano assai limitate le possibilità di operare una distinzione tra la posizione del cittadino e quella del non cittadino.

E difatti, la portata universale delle posizioni giuridiche fondamentali si riassume in una disposizione costituzionale, quella dettata dall'art. 2, che non lascia grossi spazi alla prospettazione di soluzioni alternative.

Detti diritti, infatti, sono riconosciuti (e non attribuiti) in capo all'uomo come tale e non, dunque, al solo cittadino. Ancora, tali diritti sono riconosciuti come inviolabili e, dunque, incomprimibili: ciò indipendentemente dalla condizione giuridica di chi ne abbia a reclamarne la tutela.

La disposizione richiamata, malgrado sul punto il dibattito giuridico sia sempre apparso non del tutto univoco, recupera – almeno in parte – la tradizione giusnaturalista che ha animato le assai note ricostruzioni secondo cui vi sarebbe un nucleo di diritti di cui la persona è titolare in quanto tale, per natura e non per

² Si ricordino, tra gli altri, gli studi di L. BISI, *Brevi note sul rapporto tra stato di necessità e diritti fondamentali dello straniero*, in *Jus*, 1992, pp. 82 e ss.; F. CAPOTORTI, *Incidenza della condizione di straniero sui diritti dell'uomo internazionalmente protetti*, in *Studi in onore di G. Sperduti*, Milano, 1984, pp. 460 e ss.; S. CASSESE, *Art. 10*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1975; G. D'ORAZIO, *Condizione dello straniero e società democratica*, Padova, 1994; G. D'ORAZIO, *Effettività dei diritti e cittadinanza dello straniero*, in *Diritto e società*, 1973, pp. 936 e ss.; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'Esperienza italiana*, in *Riv. dir. privato*, 1992, pp. 223 e ss.; B. NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988; A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *www.rivistaaic.it*. In giurisprudenza costituzionale si segnalano, tra le molte, la sentenza n. 120 del 1967 in materia di libertà del legislatore di accordare agli stranieri un trattamento più favorevole rispetto a quello previsto dai trattati internazionali, l sentenze n. 104 del 1969 e n. 244 del 1974 in relazione alla applicazione del principio di uguaglianza rispetto alla condizione giuridica dello straniero e, ancora, la sentenza n. 54 del 1979 in materia di controlli di costituzionalità sui trattati relativi al trattamento dello straniero.

determinazione positiva degli ordinamenti³. Agli ordinamenti sarebbe piuttosto accordato il compito di determinare le modalità attraverso le quali tutelare questo nucleo naturale ed inviolabile di posizioni giuridiche.

Conferme al ragionamento prospettato giungerebbero, in effetti, dall'ampia giurisprudenza costituzionale che – nel corso degli anni – si è occupata, in modo specifico, della condizione giuridica dello straniero in rapporto al principio di uguaglianza.

Ed infatti, se da un lato non è dato rinvenire nell'art. 2 una distinzione tra cittadino e non cittadino, per altro verso - e come noto - l'art. 3 della Costituzione, nell'enunciare il principio di uguaglianza, reperisce il proprio referente soggettivo nel cittadino e non nell'uomo in quanto tale.

2. Principio di uguaglianza e posizione giuridica del non cittadino. Cenni.

La letteratura giuridica si è largamente intrattenuta sul significato e sulla corretta interpretazione da attribuire, sotto questo profilo, al principio enunciato dall'art. 3.

In particolare, sembra che sul punto si siano confrontate soluzioni assai diversificate tra di loro. Da un lato, l'interpretazione dominante pare essere ormai quella secondo cui il predetto principio non possa che intendersi, in ogni caso, come esteso alla categoria della persona (e, dunque, dell'uomo e della generalità degli individui in quanto tali).

Dall'altro lato non è mancato, tuttavia, chi ha rilevato come alla espressione impiegata dalla norma – specie secondo una interpretazione combinata con l'art. 10 Cost. nonché con le ulteriori disposizioni costituzionali che, espressamente, operano un riferimento alla categoria della cittadinanza – non possa che attribuirsi un significato causalmente collegato a quello letterale fatto proprio dalla norma⁴.

³ Invero, come osserva F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999, p. 121, la disposizione sembra piuttosto essere il frutto di un compromesso tra le tesi «dei costituenti democratico-cristiani, guidati dal giusnaturalismo tomistico dei dossettiani, e quelle dei partiti marxisti, caratterizzate da una concezione storicistica dei diritti, nel segno della finalizzazione delle libertà, cioè dell'individuazione di un valore fondativo, che orienta e limita la stessa libertà individuale, senza tuttavia funzionalizzarla».

⁴ A questo proposito, si ricordi quanto osservato da A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in www.rivistaaic.it, p. 4, secondo cui «il principio di uguaglianza si rivolge, nell'art. 3 Cost., ai soli cittadini (in forza di una scelta consapevole della Commissione per la Costituzione che la sostituì alla dizione «uomini» proposta dagli onn. Moro e Laconi) perché nell'art. 2 la nostra Costituzione non “intende riconoscere ‘diritti naturali’”. Solo se i diritti dell'art. 2 avessero un fondamento giusnaturalistico,

In altri termini, secondo l'interpretazione di cui da ultimo, l'utilizzo della espressione cittadino non integrerebbe un riferimento "atecnico" – e da intendersi comunque esteso alla generalità delle persone - ma costituirebbe un riferimento testualmente non aggirabile e non certo casuale.

Sul punto, sembra che anche la giurisprudenza costituzionale abbia offerto elementi di riflessione tutt'altro che trascurabili.

In particolare, la Corte costituzionale ha osservato, in una pluralità di occasioni, che il testuale riferimento operato dall'art. 3 ai soli cittadini non esclude, in effetti, che l'eguaglianza davanti alla legge sia garantita anche agli stranieri *là dove si tratti di assicurare la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo*⁵.

Invero, l'interpretazione offerta dalla Corte sembrerebbe – sotto certi aspetti – più fedele al dettato letterale delle disposizioni enunciate dagli artt. 2 e 3 della Costituzione. Ed infatti, se nell'ambito delle posizioni giuridiche fondamentali non sarebbe dato al legislatore di operare alcuna distinzione tra la condizione giuridica dello straniero e quella del cittadino⁶, al di fuori del detto perimetro sopravviverebbe la possibilità di operare una qualche distinzione⁷: purché ragionevole e direttamente

l'eguaglianza potrebbe infatti essere proclamata con riferimento a tutti gli uomini, come appunto in alcune Costituzioni settecentesche, e non solo. Determinante, in tal senso, il rilievo – sottolinea Esposito – che la posizione giuridica dello straniero sia specificamente disciplinata, nei modi visti, dall'art. 10 comma 2. Ciò infatti "esclude che la proclamazione generale sulla eguaglianza dei cittadini e quelle ad esse unite sulla giustizia sociale per i cittadini si riferiscano anche allo straniero". D'altra parte, "se gli stranieri fossero per legge in generale e per l'ordinamento giuridico eguali ai cittadini, la categoria giuridica dei cittadini cesserebbe di esistere". Cfr. con quanto osservato da L. CIAURRO, *I diritti fondamentali dello straniero*, in *www.federalismi.it*, p. 30, il quale ricorda che «una parte della dottrina ha ritenuto che il riferimento operato dalla Corte all'articolo 3 Cost. non debba intendersi nel senso del principio di eguaglianza in senso stretto, ma al principio di razionalità/ragionevolezza. Se quindi gli stranieri extracomunitari sarebbero esclusi dalla proclamazione dell'eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., secondo questa teoria essi sarebbero comunque tutelati dal principio di razionalità/ragionevolezza, che – sorto nell'alveo dell'art. 3 Cost., – si è venuto da esso emancipando arrivando a riguardare tutti gli enunciati normativi, quale che sia la nazionalità del soggetto coinvolto nell'eventuale disciplina».

⁵ Così *Corte Cost., sent. n. 54 del 1979*, in cui la Consulta ha altresì osservato che «qualora non vengano in considerazione "norme del diritto internazionale generalmente riconosciute", s'impone la comune esigenza di verificare la conformità delle leggi e delle fonti equiparate rispetto ad ogni norma o principio costituzionale».

⁶ Quello di uguaglianza rappresenta un principio «generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obiettiva struttura» ed è tale da costituire un divieto a che «la legge ponga in essere una disciplina che direttamente o indirettamente dia vita ad una non giustificata disparità di trattamento delle situazioni giuridiche, indipendentemente dalla natura e dalla qualificazione dei soggetti ai quali queste vengano imputate», così *Corte cost., sent. n. 25 del 1966*.

⁷ Cfr. con *Corte cost., sent. n. 104/1969*, laddove si osserva che «non può escludersi che, tra cittadino e straniero, benché uguali nella titolarità di certi diritti di libertà, esistano differenze di fatto che possano giustificare un loro diverso trattamento nel godimento di

giustificata dalla diversità delle condizioni di fatto e di diritto in cui le due categorie verrebbero a trovarsi⁸.

Persino, la Corte costituzionale non ha escluso che anche nell'ambito delle posizioni giuridiche fondamentali possa darsi luogo ad una qualche differenziazione, graduazione o diversa modulazione: ciò, purché sia fatto salvo il *nucleo irriducibile* di ciascun diritto fondamentale e siano ragionevolmente ponderate le differenti *ragioni di fatto* che giustificano eventuali differenziazioni⁹.

quegli stessi diritti». Tali distinzioni sarebbero peraltro rinvenibili anche nel rapporto originario che lega il cittadino allo Stato, rispetto a quello acquisito e temporaneo dello straniero. Si rinvia altresì a *Corte cost., sent. n. 144/1970*, laddove il giudice delle leggi pone in evidenza che nel trattamento tra cittadini e stranieri possono sussistere differenze che «il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento». Ancora, con la sentenza n. 244 del 1974, la Consulta ha riconosciuto come l'applicazione dei principi costituzionali in materia di eguale godimento dei diritti fondamentali possa incontrare «delle limitazioni in relazione a particolari situazioni giuridiche connesse alla diversità dei rapporti esistenti tra lo Stato e il cittadino e lo Stato e lo straniero». Significativo è poi come la Consulta osservi, con riferimento alle circostanze che in via di fatto concorrono a differenziare la posizione del cittadino da quella dello straniero che «le posizioni del cittadino e dello straniero nei riguardi dello Stato diversificano sostanzialmente, sol che si consideri che il cittadino ha, nel territorio dello Stato, un suo domicilio stabile sì da rappresentare, con gli altri cittadini, un elemento costitutivo dello Stato stesso».

8 Cfr., in particolare, *Corte cost., sent. n. 54 del 1979*; *Corte cost., sent. n. 62 del 1994*; *Corte cost., sent. n. 252 del 2001*. In ogni caso, come osserva M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 215, secondo il quale le limitazioni cui conduce il percorso giurisprudenziale seguito dalla Corte costituzionale non danneggerebbe comunque, in misura eccessiva, la posizione dei non cittadini. «Il patrimonio di diritti fondamentali che finisce per essere loro riconosciuto per questa via è infatti notevolissimo. Ricomprende invero tanto i diritti fondamentali previsti dalle norme di diritto internazionale generale e dai numerosi trattati sui diritti umani ratificati dall'Italia, quanto i diritti fondamentali (non politici) garantiti dalla Costituzione».

9 Come osserva F. CERRONE, *Identità civica e diritti degli stranieri*, in *Pol. dir.*, n. 3, 1995, p. 456 ss., secondo cui il sindacato di ragionevolezza operato dalla Corte in ordine alle differenziazioni circa il trattamento normativo tra cittadini e non «potrà dirsi soddisfacente solo se le diversità che vengono assunte come fondamento di normative differenziate siano davvero diversità di fatto, e le "connesse valutazioni giuridiche", cui si fa riferimento nella sent. n. 104 del 1969, siano apprezzate solo come conseguenze di una situazione di reale eterogeneità». Ancora, prosegue l'Autore, «tutto bene se esistono davvero differenze fattuali e se ad esse sono ricollegate discipline legislative che "ragionevolmente" ne tengono conto; ma se queste differenze sono precostituite dal legislatore, se traggono origine non dai "fatti" ma da scelte di politica legislativa, allora come potrebbe il giudizio di ragionevolezza esercitato dalla corte uscire da una logica tutta interna alle opzioni politico-giuridiche, e soprattutto evitare che la garanzia dei diritti fondamentali degli stranieri sia affidata, in definitiva, alla sola congruità delle soluzioni offerte dal legislatore?». Cfr. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1997, p. 672, laddove osserva che «la Corte costituzionale ha costantemente affermato il principio dell'eguaglianza dello straniero rispetto al cittadino nella sfera dei diritti fondamentali,

Il tema dei diritti fondamentali in rapporto alla posizione giuridica dello straniero immigrato ha dunque già occupato, nel corso degli anni, uno spazio estremamente denso di implicazioni nell'ambito del ragionamento costituzionalistico.

3. Questioni introdotte dalle più recenti tendenze demografiche e migratorie.

Tuttavia, le fenomenologie migratorie e demografiche venute a consolidarsi nel corso degli ultimi decenni sembrano suggerire la necessità di ulteriori momenti di riflessione rispetto agli approdi raggiunti. In particolare, sembra che tali fenomenologie concorrano a prospettare la riapertura di spazi di dibattito addirittura più ampi e capaci di includere questioni intorno alla natura stessa di talune posizioni che, ormai da qualche tempo, risultano diffusamente descritte ed accreditate nei termini del diritto soggettivo.

Il problema dei diritti e della loro garanzia non sembra poter prescindere, difatti, dal connesso problema legato al perimetro quantitativo dei soggetti rispetto ai quali il problema stesso si pone.

In particolare, assai avvertito sembra il tema dei diritti e delle prestazioni sociali volte al soddisfacimento dei bisogni fondamentali della persona.

Nell'ottica realistica secondo cui alla enunciazione di un diritto non può che corrispondere un correlativo centro di costo, sembra rendersi sempre più indispensabile esaminare le condizioni di "tenuta" e di sostenibilità che il sistema prospetta con riferimento alle fenomenologie poc'anzi richiamate.

Alcuni elementi di fatto, in particolare legati alle evoluzioni demografiche, potranno aiutare lo sviluppo del ragionamento.

La generale "esplosione" demografica registrata nel corso degli ultimi due secoli sembra porre innanzi a conseguenze non esattamente prevedibili: ciò, in particolare, per l'assenza di precedenti analoghi nella plurimillennaria esperienza dell'umanità¹⁰.

anche se sembra contraddirsi quando assume (sent. n. 144 del 1976) che, nelle situazioni concrete, possono presentarsi differenze di fatto (nel caso in esame, l'essere straniero!) che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità».

¹⁰ Cfr. G. SENATORE, *Storia della sostenibilità. Dai limiti della crescita alla genesi dello sviluppo*, Milano, 2013, p. 170, «le Nazioni Unite hanno pubblicato un nuovo rapporto che traccia uno scenario per il futuro: il World Demographic Trend. Si stima che la popolazione mondiale sarà di 9,4 miliardi nel 2070. La cosa sconcertante, inoltre, per gli equilibri mondiali è che nel 2100 potremmo avere 8 miliardi di abitanti in 39 paesi africani, 7,5 in 7 paesi asiatici e 1 miliardo in 4 paesi dell'America Latina, mentre Usa ed Europa vedranno dimezzata la propria popolazione». Cfr. United Nations, *Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2015). World Population Prospects: The 2015 Revision, Key Findings and Advance*, p. 1, reperibile in

Se, a partire dalla comparsa dell'*homo sapiens* sino alla metà del XIX° secolo – e, dunque, per oltre 300mila anni - la popolazione mondiale si è attestata ben al di sotto di un miliardo di individui, dalla seconda rivoluzione industriale ad oggi, dunque in poco più di 150 anni, essa è arrivata a superare i 7 miliardi di unità. Nel periodo dell'infanzia attraversato dalla generazione che ci ha preceduto (e, dunque, in un lasso di tempo che – ragguagliato alla complessiva storia dell'umanità – rappresenterebbe non altro che... “pochi minuti fa”) la popolazione mondiale di poco superava i due miliardi¹¹.

A distanza di non oltre cinquant'anni, la popolazione mondiale è più che triplicata. Senza evocare immagini catastrofistiche, è tuttavia implausibile ipotizzare che quanto sopra brevemente accennato non produca risvolti (di portata mai sperimentata prima e già nel brevissimo termine) anche in relazione alla dimensione degli spostamenti degli individui sulla terra e dei conseguenti assetti dell'organizzazione sociale¹². Di certo, la prospettazione giuridica non può fare astrazione dei fenomeni epocali e delle evoluzioni storiche, demografiche, geopolitiche e socio-economiche attraversate dall'umanità. Sembra, dunque, che anche il tema dei diritti non sia estraneo alla necessità di prospettazioni capaci di farsi carico

https://esa.un.org/unpd/wpp/Publications/Files/Key_Findings_WPP_2015.pdf. Con specifico riferimento al continente africano, il rapporto riferisce che «more than half of global population growth between now and 2050 is expected to occur in Africa. Africa has the highest rate of population growth among major areas, growing at a pace of 2.55 per cent annually in 2010-2015 (figure 3). Consequently, of the additional 2.4 billion people projected to be added to the global population between 2015 and 2050, 1.3 billion will be added in Africa. Asia is projected to be the second largest contributor to future global population growth, adding 0.9 billion people between 2015 and 2050, followed by Northern America, Latin America and the Caribbean and Oceania, which are projected to have much smaller increments. In the medium variant, Europe is projected to have a smaller population in 2050 than in 2015».

11 Sul questo aspetto è venuta a svilupparsi una copiosa letteratura scientifica concorde nel ritenere che la popolazione mondiale non abbia senz'altro superato i 300 milioni di individui sino a duemila anni fa. Cfr., tra i molti contributi in materia, con B. CHIARELLI, *Quale futuro per l'umanità*, in F. Scapini (a cura di), *La logica dell'evoluzione dei viventi. Spunti di riflessione. Atti del XII Convegno del Gruppo Italiano di Biologia evoluzionista*, Firenze, 18-21 febbraio 2004, Firenze, 2004, pp. 153 e ss.

12 Peralto, è il continente africano a rappresentare, in particolare, l'area a più alta mobilità migratoria del mondo. Come ricorda V. MORABITO, *Il Mediterraneo cintato: emigranti africani dalle strade sahariane all'Europa*, in *Quaderni del Dipartimento di Studi politici Università di Catania*, 2/2007, p. 227, «sembra che nel 2000 si siano mossi, eccettuati i rifugiati politici, 12,7 milioni di migranti africani, all'interno dell'Africa come fuori dal continente. Rappresenterebbero, in base ad alcune stime, poco meno della metà dei migranti in tutto il globo terrestre calcolati in 34 milioni. Nel 2003 vi erano 4,5 milioni di Sussahariani sparsi per il mondo. L'aumento della migrazione africana è stato considerevole, raddoppiata nell'intervallo di una generazione». Un'accurata indagine delle migrazioni internazionali, in particolare dall'età preindustriale all'epoca contemporanea, è offerta da P. CORTI, *Storia delle migrazioni internazionali*, Bari, 2003.

non solo del presente ma, anche e soprattutto, di un futuro che, allo stato, sembra introdurre severi elementi di incertezza.

In particolare, un terreno sul quale articolare un'accurata fase di riflessione e, probabilmente, anche di ripensamento, sembra essere quello occupato dalla peculiare posizione dei diritti sociali.

L'aumento della domanda sociale - in parte causato anche dall'incremento di ponderosi flussi migratori (ai quali non sempre si associa un corrispondente aumento del gettito fiscale) - e che, sempre più, pare destinato a crescere, rende infatti sempre più urgente la ripresa di un confronto sul concetto che i diritti sociali rappresenterebbero e, correlatamente, sulla stessa organizzazione degli apparati pubblici destinati al loro soddisfacimento¹³.

In altre parole, anche le fenomenologie complesse ed in parte imprevedibili legate agli spostamenti di individui oltre i confini degli Stati sembrano concorrere a dotare di drammatica attualità un interrogativo: quello, cioè, che ruota intorno alle possibilità di resistenza che la concettualità via via stratificata e radicata intorno alla categoria dei diritti sociali come autentiche posizioni di diritto soggettivo sia in grado di esibire.

Anche di recente, la dottrina costituzionalistica si è interrogata intorno al rischio al quale i diritti sociali, in assenza di una loro condivisa descrizione, sarebbero esposti¹⁴.

13 Assai ampia è la letteratura relativa all'impatto dei flussi migratori sulle dinamiche economiche del mondo del lavoro e, in generale, del *welfare state*. Tuttavia, non meno rilevanti impatti sembra possano senz'altro essere riscontrati sul piano culturale e, in generale, sociale. In particolare, T. TELLESCHI, *Interculturalità e valori*, in M. A. Toscano (a cura di), *Zoon Politikon 2010, I. Per la democrazia e la coesione sociale*, Firenze, 2010, p. 311, richiama l'attenzione, tra l'altro, sulla pressione che quei «flussi esercitano sui valori, le credenze e le tradizioni degli autoctoni: senza dubbio l'impatto scuote la coscienza degli autoctoni spingendoli a riflettere sui presupposti culturali (della convivenza sociale, delle relazioni di genere, della democrazia, ecc.) sopra i quali essi orientano la propria vita e la società si regge; per altro verso, in condizioni di identità liquida gli interrogativi contribuiscono ad aumentare lo smarrimento degli individui ed a minare la coesione sociale».

14 Cfr. B. PEZZINI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, relazione al Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009, dal titolo "*Lo statuto costituzionale del non cittadino*", p. 2, reperibile in www.associazionedeicostituzionalisti.it, la quale rimarca la «mancanza di una definizione *in positivo* condivisa e consolidata della categoria dei diritti sociali, per cui conserva consistenza il riferimento *in negativo*, per differenza rispetto ai diritti di libertà che fornirebbero lo statuto pieno di *diritto costituzionalmente garantito* cui i diritti sociali aspirano invano, costantemente esposti al rischio di una retrocessione a diritti *condizionati*, semplicemente *legali* o addirittura a *mere aspettative*; una minorità costituzionale che ne rende incerta persino la mappatura».

Tale rischio, in particolare, sarebbe riconducibile ad una sorta di loro “retrocessione” al rango di diritti condizionati se non, addirittura, a quello di mere aspettative di diritto¹⁵.

A questo proposito, torna alla memoria la nota ricostruzione dei diritti finanziariamente condizionati e che ha trovato, a partire dalla sentenza n. 455 del 1990 pronunciata dalla Corte costituzionale, una certa eco nel dibattito costituzionalistico.

Sul punto, la Corte ebbe ad osservare che ogni diritto a prestazioni - essendo basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere - è garantito a ogni persona come diritto costituzionale condizionato dall’attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell’interesse tutelato con gli altri interessi costituzionalmente protetti: ciò, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento¹⁶.

Sembrerebbe che, anche alla luce delle considerazioni esposte e, in particolare, alla luce del prevedibile costante incremento della domanda sociale, la tesi della programmaticità delle disposizioni costituzionali in materia di diritti sociali reclami di essere ripresa nel quadro della riflessione costituzionalistica¹⁷.

15 In effetti, come osserva V. MOLASCHI, *Sulla nozione di servizi sociali: nuove coordinate costituzionali*, in <http://amministrazioneincammino.luiss.it>, 2003, ha ricordato come «la stessa nozione di diritto sociale sia incerta e soggetta a profonde rivisitazioni da parte della dottrina. Il punto di maggior criticità di essa è forse emerso nell’ambito degli studi che hanno impegnato dottrina e giurisprudenza in relazione alla configurazione di siffatti diritti quali diritti “finanziariamente condizionati”. Tali analisi hanno infatti mostrato come, in ragione della loro natura di diritti positivi di prestazione, l’attuazione di essi si snodi attraverso la duplice intermediazione del legislatore e della pubblica amministrazione e sia sottoposta a profonde limitazioni in conseguenza della crisi fiscale dello Stato. La locuzione «diritti sociali» si è così rivelata un’espressione atecnica, in quanto suscettibile di dissolversi in una pluralità di situazioni giuridiche soggettive: diritti soggettivi, ma anche interessi legittimi o interessi di fatto a fronte delle scelte legislative o dell’esercizio della funzione di programmazione ed organizzativa degli apparati amministrativi». Cfr. con A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, 1989, p. 30.

16 La Consulta è ritornata in argomento anche in successive pronunce. Si ricordi, ad esempio e con riferimento al diritto alla salute, quanto affermato in *Corte cost., sent. n. 252 del 2001*, laddove si osserva che «secondo un principio costantemente affermato dalla giurisprudenza di questa Corte, il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è “costituzionalmente condizionato” dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di “un nucleo irriducibile del diritto».

17 Ciò, malgrado non manchino in dottrina voci critiche. Sul punto, si ricordi quanto osservato da C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali*, Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, Lecce, 19-20 giugno 2009, dal titolo “*Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*”, 2010, p. 62 ss., secondo il quale «la tesi della “programmaticità” delle norme

In questa chiave, la normazione costituzionale relativa ai diritti sociali sembrerebbe assumere, invero, la veste di una finalità preferenziale¹⁸ tale da poter essere soddisfatta nel quadro del possibile, del ragionevole e nell'ambito del necessario e doveroso bilanciamento con altri principi ed interessi costituzionalmente protetti.

Sullo sfondo delle evidenze demografiche e migratorie alle quali, pur con necessaria brevità ed approssimazione si è fatto sopra riferimento, si coglie – dunque – l'attualità del problema giuridico prospettato.

In particolare, più che intorno al riconoscimento dei diritti sociali (su cui, invero, non sembrano sussistere particolari dubbi), il tema sembra ruotare intorno alla loro concreta pretensibilità e giustiziabilità¹⁹: tema questo, tuttavia, non certo estraneo rispetto a quello della concreta loro natura.

costituzionali espressive di finalità e diritti sociali – scartata sul piano *giuridico* dalla sent. cost. 1/1956 e sconfessata *di fatto* dall'avvio della legislazione sociale alla fine degli anni '60 – si ripresenta in questa fase sotto altre spoglie, vivendo una "seconda giovinezza". Non potendosi più parlare in senso proprio di "programmaticità", visto che il legislatore era intervenuto a sviluppare le norme costituzionali in questione e sul tappeto giacevano ora diritti "esigibili", una nuova strategia argomentativa prende piede nelle pronunce costituzionali, tutte ispirate da un diffuso senso di prudenza verso il legislatore: la *necessaria gradualità dell'attuazione* e la *riserva del ragionevole e del possibile*. Incastrati fra discrezionalità politica per l'*an* e disponibilità finanziaria per il *quantum*, i diritti sociali vivono una stagione "sottotono", che pone rapidamente le premesse per una rinnovata tematizzazione del problema della dignità costituzionale di tali diritti, in relazione non tanto al loro *riconoscimento* quanto piuttosto alla loro *giustiziabilità*».

18 La tematica sembrerebbe, in particolare, poter essere inquadrata nelle forme di una preferenza "costituzionalmente vincolata" tale per cui, in presenza di adeguate compatibilità finanziarie, essa debba essere senz'altro perseguita dal legislatore in quanto prevalente rispetto ad altre finalità. Sul punto, si ricordi anche la sentenza della Corte costituzionale n. 304 del 1994 laddove fu osservato che «nel bilanciamento dei valori costituzionali che il legislatore deve compiere al fine di dare attuazione al diritto ai trattamenti sanitari, le esigenze relative all'equilibrio della finanza pubblica non possono assumere un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona umana, costituendo altrimenti esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa».

19 I diritti sociali, nel quadro delle relazioni tra Stato e cittadino finirebbero, in estrema sintesi, per assumere consistenza di autentici diritti solo successivamente al momento in cui ne siano organizzate le condizioni di fruibilità. Sin tanto che il legislatore non abbia provveduto alla organizzazione degli apparati deputati alla erogazione dei predetti diritti, disponendo anche intorno alla misura, ai limiti ed alle condizioni per il loro esercizio, essi permanerebbero all'interno dell'area delle aspettative finanziariamente e legislativamente condizionate. Una traccia del ragionamento ivi proposto sembra reperirsi in Corte cost., sent. n. 252 del 1989, laddove – a proposito del diritto alla abitazione – è stato osservato che «il diritto alla abitazione tende ad essere realizzato in proporzione delle risorse della collettività; solo il legislatore, infatti, misurando le effettive disponibilità e le risorse con esse gradualmente soddisfatti, può razionalmente provvedere a rapportare mezzi a fini, e costruire puntuali fattispecie giustiziabili espressive di tali diritti fondamentali».

Invero, anche il diritto privato suggerisce l'idea che l'assenza di concrete condizioni per l'utile soddisfacimento di un diritto non implichi, di per sé, l'estinzione del diritto medesimo (ovvero il suo mancato venire in essere). In altri termini, il diritto sopravviverebbe come tale, nell'ambito delle relazioni giuridiche, pur quando - in via di fatto - esso non fosse concretamente realizzabile²⁰.

Malgrado la notazione che precede sembra, per lo più, fare sintesi di un dato noto all'evidenza, sul piano del diritto pubblico e costituzionale sembra che il discorso richieda di essere preceduto da alcune argomentazioni supplementari.

L'aspettativa di soddisfacimento di un diritto che ragionevolmente il consociato può attendersi ove lo stesso debba essergli somministrato dal potere pubblico sembra infatti dover essere concettualizzata in termini rafforzati rispetto a quanto può avvenire nei rapporti *inter privatos*. Nei rapporti tra privati, l'*an* della relazione (come anche il suo *quomodo*) è devoluto alla sfera di autonomia dei soggetti tra loro interagenti: sicché, anche la mancata soddisfazione di pretese pur legittimamente fondate finisce, in qualche modo, per coinvolgere anche quell'area di autonomia che conduce un soggetto a contrarre con taluni piuttosto che con altri.

Nel rapporto giuridico pubblico, in generale e come noto, i presupposti sono in parte differenti. Non è il consociato, di norma, a scegliere l'interlocutore. Né, ancora, compete al consociato descrivere in autonomia i contenuti del rapporto e dei diritti che ne conseguono. Egli, piuttosto, è titolare di posizioni giuridiche, attive o passive, nate per l'effetto della relazione che viene a crearsi con il potere pubblico.

20 Il tema si riallaccia al problema della c.d. giustiziabilità dei diritti sociali. Secondo alcuni, occorre constatare come lo stesso potere riconosciuto all'individuo di ricorrere in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi identifichi, in effetti, un elemento esterno al perimetro definitorio della posizione giuridica soggettiva sostanziale. In altri termini, una cosa è la posizione sostanziale, altra cosa sarebbe, invece, lo strumentario di cui l'individuo sarebbe dotato per tutelarla. Di questo avviso, G. PINO, *Diritti sociali. Analisi teorica di alcuni luoghi comuni*, Testo dell'intervento presentato al seminario *Diritti sociali, veri diritti? Un confronto tra teoria del diritto e scienza politica*, Università Milano-Statale, Dipartimento di Scienze Sociali e Politiche, 15 aprile 2014, reperibile in www1.unipa.it/gpino/Pino,%20Diritti%20sociali.pdf, secondo il quale «anche la questione della giustiziabilità dei diritti (cioè, la possibilità di far valere un diritto in sede giudiziaria) può essere meglio inquadrata in termini hohfeldiani: infatti, se raffiguriamo - come abbiamo visto poco sopra - i diritti come complessi e variabili raggruppamenti di posizioni soggettive, possiamo vedere che la possibilità di ricorrere in giudizio (in termini hohfeldiani, un potere) non può essere considerato un elemento definitorio del diritto soggettivo in sé, ma è un elemento che attiene al perimetro protettivo del diritto: è una delle posizioni soggettive che sono funzionali alla protezione dell'interesse sottostante al diritto. Di conseguenza, tale potere può in ipotesi anche essere assente, senza che questo determini il venir meno del diritto soggettivo. È vero che una caratteristica frequente dei diritti giuridici è la possibilità agire in giudizio per la loro tutela, ma questa (come afferma anche la Corte costituzionale italiana) è *una conseguenza* dell'inviolabilità dei diritti fondamentali, non un elemento della loro definizione».

Naturale conseguenza di quanto osservato sarebbe quella secondo cui, alla enunciazione di un diritto a prestazioni positive da parte dello Stato - specie ove proclamata in sede costituzionale - non possa che derivare una legittima e ragionevole pretesa di soddisfazione del diritto stesso in capo al consociato. Tuttavia, in termini concreti e come reso noto dall'esperienza, detta aspettativa ben può finire, invero, per essere frustrata.

Ciò su cui sembra lecito interrogarsi è se ancora, dunque, valga la pena affermare con granitica certezza la dimensione "perfetta" dei diritti sociali - al prezzo di alimentare, piuttosto, una "illusione di diritto" - o non meriti, al contrario, gravare il potere pubblico, anche sul punto (ed a partire dalla indagine costituzionalistica), di un obbligo di *clare loqui* capace di sgomberare il terreno da ogni incertezza o fraintendimento.

Sembra, in altri termini, che la "sicurezza giuridica" giochi un ruolo più penetrante nei rapporti tra Stato ed individuo: sicché, quantomeno ed appunto sul piano del *clare loqui*, non pare possano essere concessi margini all'incertezza.

In particolare, l'enunciazione di diritti a prestazioni sociali sembra, sempre più, dover essere associata alla precisazione dei limiti e dei confini entro i quali gli stessi risultano essere, in concreto, pretensibili.

Sempre più avvertita sembra infatti l'esigenza che la qualificazione delle prestazioni sociali erogate dallo Stato in termini di "diritti" richieda - anche al fine di escludere che su di essa possa poggiare un mal riposto affidamento - che si chiarisca definitivamente il limite entro il quale detti diritti possono, in concreto, essere attinti e che si chiarisca, correlativamente, il ruolo dei principi costituzionali che richiamano lo Stato all'assolvimento di impegni finalizzati a rimuovere quelle condizioni di disuguaglianza che, in via di fatto, si producono tra consociati²¹.

In conclusione, sembra dunque che si profili - ormai con certa urgenza - la necessità di constatare che quello che parte della dottrina adombra essere un *rischio*, vale a dire la "derubricazione" dei diritti sociali alla categoria delle posizioni giuridiche condizionali, integri, piuttosto, una (amara) *certezza*.

21 Sul punto, sempre attuale, a proposito della natura e della funzione delle norme costituzionali programmatiche, sembra l'insegnamento di V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 75. Per l'illustre Autore le norme costituzionali programmatiche non «regolano direttamente le materie cui pure si riferiscono, ma regolano propriamente l'attività statale in ordine a dette materie: hanno ad oggetto immediato comportamenti statali, e soltanto mediatamente e, per dir così, in secondo grado quelle certe materie».

BIBLIOGRAFIA

- A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, 1989;
- L. BISI, *Brevi note sul rapporto tra stato di necessità e diritti fondamentali dello straniero*, in *Jus*, 1992, pp. 82 e ss.;
- F. CAPOTORTI, *Incidenza della condizione di straniero sui diritti dell'uomo internazionalmente protetti*, in *Studi in onore di G. Sperduti*, Milano, 1984, pp. 460 e ss.;
- S. CASSESE, *Art. 10*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1975;
- F. CERRONE, *Identità civica e diritti degli stranieri*, in *Pol. dir.*, n. 3, 1995, p. 456 ss.;
- B. CHIARELLI, *Quale futuro per l'umanità*, in F. Scapini (a cura di), *La logica dell'evoluzione dei viventi. Spunti di riflessione. Atti del XII Convegno del Gruppo Italiano di Biologia evoluzionista*, Firenze, 18-21 febbraio 2004, Firenze, 2004, pp. 153 e ss.;
- L. CIAURRO, *I diritti fondamentali dello straniero*, in *www.federalismi.it*;
- P. CORTI, *Storia delle migrazioni internazionali*, Bari, 2003;
- V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952;
- G. D'ORAZIO, *Condizione dello straniero e società democratica*, Padova, 1994;
- G. D'ORAZIO, *Effettività dei diritti e cittadinanza dello straniero*, in *Diritto e società*, 1973, pp. 936 e ss.;
- M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'Esperienza italiana*, in *Riv. dir. privato*, 1992, pp. 223 e ss.;
- T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1997;
- V. MOLASCHI, *Sulla nozione di servizi sociali: nuove coordinate costituzionali*, in <http://amministrazioneincammino.luiss.it>, 2003;
- V. MORABITO, *Il Mediterraneo cintato: emigranti africani dalle strade sahariane all'Europa*, in *Quaderni del Dipartimento di Studi politici Università di Catania*, 2/2007, p. 227;
- B. NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988;
- A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in www.rivistaaic.it;
- C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali*, Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Lecce, 19-20 giugno 2009, dal titolo "Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale";
- B. PEZZINI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, relazione al Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009, dal titolo "Lo statuto costituzionale del non cittadino", p. 2, reperibile in www.associazionedeicostituzionalisti.it;
- G. PINO, *Diritti sociali. Analisi teorica di alcuni luoghi comuni*, Testo dell'intervento presentato al seminario *Diritti sociali, veri diritti? Un confronto tra teoria del diritto e scienza politica*, Università Milano-Statale, Dipartimento di Scienze Sociali e Politiche, 15 aprile 2014, reperibile in www1.unipa.it/gpino/Pino,%20Diritti%20sociali.pdf;
- F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999;

G. SENATORE, *Storia della sostenibilità. Dai limiti della crescita alla genesi dello sviluppo*, Milano, 2013;

T. TELLESCHI, *Interculturalità e valori*, in M. A. Toscano (a cura di), *Zoon Politikon 2010, I. Per la democrazia e la coesione sociale*, Firenze, 2010, p. 311.