

GIUSEPPE FRANCO FERRARI*

I diritti sociali nel costituzionalismo della crisi: una prospettiva comparata

SOMMARIO: 1. Alcune considerazioni introduttive – 2. Gran Bretagna – 3. Stati Uniti – 4. Germania – 5. Francia – 6. Spagna – 7. Portogallo – 8. Alcune conclusioni

1. L'equilibrio tra diritti sociali e risorse finanziarie, tra la definizione della consistenza e della protezione della cittadinanza sociale, da un lato, e limiti della finanza pubblica, dall'altro, è una questione fondamentale nella vita e nel funzionamento dello Stato sociale di diritto. In quanto tale si è manifestata in differenti epoche e in maniera problematica in tutti gli ordinamenti che si ispirano a questo modello e che ne hanno adottato principi. Le forme utilizzate sono dipese dalla struttura costituzionale dei sistemi giuridici, dall'interpretazione del principio della separazione dei poteri, dalla organizzazione delle loro fonti, dal ruolo tradizionale del potere giudiziario e da molti altri fattori che possono manifestarsi con differente forza in vari tempi e luoghi. Solo con molta difficoltà è possibile sintetizzarne la varietà di soluzioni. Pertanto, in questa sede, si può solo proporre una rassegna di alcuni tra i principali ordinamenti occidentali e della loro posizione nei confronti di questo nodo della crisi economico-finanziaria che si è manifestata negli ultimi dieci anni nella totalità degli ordinamenti. I principali studi dedicati a questo tema¹ sono stati effettuati in anni in cui la crisi non era ancora emersa in tutta la sua gravità. Questa breve rassegna si propone di svolgere un'indagine sul trattamento dei diritti sociali in contingenze di straordinaria austerità.

* Relazione presentata presso l'Università degli Studi di Milano, nell'ambito del convegno *La Costituzione spagnola, 40 anni dopo* (Milano, 13-14 dicembre 2018).

¹ Come quello di M. LANGFORD, *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge 2008; M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton 2008. Più di recente si occupano della crisi del costituzionalismo e della crisi in generale X. CONTIADES, *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, Farnham 2013 e T. BEUKERS, B. DE WITTE, C. KILPATRICK, *Constitutional Change through Euro-crisis Law*, Cambridge 2017.

2. L'ordinamento inglese offre l'esempio più tipico della resistenza a lasciare ai giudici la ricerca del punto di equilibrio tra distribuzione di risorse limitate, rivendicazione di diritti di prestazione e obblighi positivi. La classica dottrina britannica sulla sovranità del Parlamento costituisce ostacolo ad un intervento dei giudici troppo attivista o penetrante e, molto spesso, impone di lasciare alle assemblee legislative qualunque operazione di redistribuzione delle risorse, limitandosi ad un *self-restraint*, comportamento giustificato dallo sviluppo della «*non-justiciability-doctrine*», con la possibile eccezione di casi di manifesta irragionevolezza.

In primo luogo, l'assenza di una costituzione formale impedisce al potere giudiziario di scrutinare la razionalità dei criteri di scelta legislativa nella distribuzione delle risorse tra i differenti canali di spesa necessari al *welfare state*. La sovranità parlamentare non permette una invasione da parte dei giudici in ambiti riservati alle decisioni politiche.

Di conseguenza, la politica economica nazionale non può essere scrutinata dal punto di vista dei conti dell'amministrazione², a meno che non possa essere evidente una macroscopica irragionevolezza³. La proibizione include decisioni amministrative tanto di autorità locali quanto sanitarie o assistenziali⁴. Un'eccezione può essere ammessa quando il tema delle risorse finanziarie non sia rilevante⁵ in virtù di un riconoscimento, contenuto nella motivazione dell'atto, da parte dell'autorità interessata. Può anche ammettersi il controllo giurisdizionale di una attività amministrativa la cui natura

² Si v., per esempio, *Nottinghamshire CC v Secretary of State for the Environment and another appeal*, [1986] e *R v Secretary of State for Environment, ex p Hammersmith and Fulham LBC*, [1991] AC 521.

³ Si parla, in questo caso di «*Wednesbury review*» o di «*rationality review*», dal precedente *Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corp.*, [1948] K.B. 223, da parte di Lord Greene M.R. Tutti i manuali di diritto amministrativo e pubblico trattano in modo diffuso di questo principio: si veda, ad esempio, H. W. R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, IX ed., Oxford 2004, p. 233 ss.; C. LEWIS, *Judicial Remedies in Public Law*, III ed., London 2004, cap. 1; T. A. O. ENDICOTT, *Administrative Law*, Oxford 2009, cap. 7.; P. CANE, L. McDONALD, *Administrative Law. Legal Regulation of Governance*, Oxford 2009, p. 179 ss.

⁴ Come la decisione di rifiutare terapie anticancro ad una bambina di nove anni adducendo la motivazione che le risorse limitate devono essere utilizzate per il beneficio del massimo numero di pazienti «giudizio che non compete ai giudici»: *R v Cambridge Health Authority, ex p B*, [1995] All ER 129 (CA).

⁵ Come in *R (on the Application of Anne Marie Rogers) v Swindon NHS Primary Care Trust, Secretary of State for Health*, [2006] EWCA Civ 392. In questo caso il *Primary Care Trust* voleva negare l'uso di un farmaco anticancro di tipo sperimentale ancora non autorizzato dalla *European Medicine Agency*.

paia più burocratica che politica («*distinction between policy and operational decisions*»)⁶. In altre parole, la discrezionalità amministrativa, a meno che possa dedursi in modo chiaro dalla lettera della legge, si configura come limite al controllo giurisdizionale⁷. I criteri generali di interpretazione della legge condizionano la misura della discrezionalità amministrativa e, di conseguenza, l'ampiezza della revisione giudiziale dell'azione amministrativa⁸.

Molto differente è la disciplina dei danni che il potere giudiziario può riconoscere al titolare dei diritti sociali. In questo ambito, tuttavia, i tribunali⁹ e la dottrina invitano a un controllo attento e moderato, fondandosi su considerazioni abbastanza simili a quelle tradizionali¹⁰.

Un altro ambito più aperto all'intervento del potere giudiziario nell'attività amministrativa per garantire il godimento dei diritti sociali è quello della protezione di alcune aspettative legittime, vale a dire fondate su precedenti atti amministrativi. È il caso di una persona anziana accolta in una casa di riposo, considerata come titolare di una aspettativa di vita che non le si può non riconoscere¹¹. In altri casi analoghi, tuttavia, la presenza di una aspettativa legittima può non bastare per garantire una prestazione di natura sociale, quando ad esempio l'impatto rispetto a terzi non rappresentati nel giudizio possa essere eccessivo¹².

Inoltre, ogni volta che la lettera della legge che disciplina un servizio sociale sia formulata in termini ampi, vaghi o imprecisi, bisogna intendere che il mandato legislativo all'amministrazione sia discrezionale e non ci sia spazio per dedurre diritti individuali¹³. Questa dottrina prende il nome di «*target or general duties doctrines*»¹⁴.

⁶ Come in *Anns v Merton LBC*, [1978] AC 728.

⁷ Si veda, ad esempio, in dottrina, F. A. R. BENNING, *Judgment and Discretion Revisited: Pedantry or Substance?*, in *P. L.*, 2005, p. 707.

⁸ M. HERTOUGH, S. HALLIDAY, *Judicial Review and Bureaucratic Impact*, Cambridge 2002.

⁹ V., per esempio, *Anufrijeva and Another v Southwark London Borough Council* e casi collegati, [2003] EWCA Civ 1406, [2004] QB 1124.

¹⁰ Come C. HARLOW, *State Liability: Tort Law and Beyond*, Oxford 2004, p. 56 ss. e LORD WOOLFE, *The Human Rights Act 1998*, in M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (a cura di), *Judicial Review in International Perspective*, II, Deventer 2000, p. 433 ss.

¹¹ Come in *R v North and East Devon Health Authority, ex p Coughlan*, [2001] Q.B. 213.

¹² V. *R v London Borough of Newham, ex p Bibi and Al-Nashed*, [2002] 1 WLR237.

¹³ *R v Inner London Education Authority, ex parte Ali*, (1990) 2 Admin LLR 822 e *R (A) v Lambeth LBC* [2001] EWCA Civ 1624.

¹⁴ Questa teoria è ben descritta in J. A. KING, *The Justiciability of Resource Allocation*, in *70 Mod. L. Rev.*, 2007, p. 214 ss.

3. Nel sistema giuridico statunitense non esiste un consenso generalizzato riguardante l'esistenza di veri diritti sociali, e, di conseguenza, manca nel panorama giurisprudenziale e dottrinale una analisi del problema della stabilità del bilancio nei confronti dei diritti sociali.

In una fase del diritto costituzionale, due dei docenti più significativi della scuola di Harvard, Franck I. Michelman e Lawrence H. Tribe, hanno tentato di rileggere in modo sistematico le norme costituzionali, proponendo una interpretazione forzata di varie linee di casi di argomentazione complessa e di dubbio significato per arrivare alla conclusione che fosse conveniente utilizzare un'interpretazione post-liberale del principio di uguaglianza e spingere verso una transizione della democrazia americana al modello del *welfare State*.

Nel 1969, Michelman¹⁵ formulò la teoria secondo la quale la «rivoluzione egualitaria» dell'era Warren avrebbe introdotto, in una società costruita intorno ai valori della libertà del mercato e dell'individualismo competitivo il riconoscimento di una aspettativa di livelli minimi di benessere adeguati a «alcune necessità giuste». L'eliminazione della povertà, fonte primaria delle disuguaglianze sociali, sarebbe stata elevata ad obiettivo costituzionale, con ovvie implicazioni per il regime dei servizi sociali. Questa formulazione, già realizzata prima dell'avvento alla presidenza della Corte Suprema di Warren E. Burger nel 1969, era già stata precisata – alla ricerca di basi teoriche più stabili – nel neo-contrattualismo di Rawls, che nel frattempo aveva sviluppato in forma definitiva la teoria politica della giustizia distributiva¹⁶. Il «*difference principle*» della concezione di Rawls, che fonda un equilibrio tra libertà ed uguaglianza, tipico dello Stato sociale, è stato utilizzato come guida per alcune azioni di riforma sociale che si sviluppano attraverso la consacrazione dei *welfare rights*¹⁷.

Nella sua versione più sviluppata, la tesi dell'incorporazione dei diritti sociali nel contesto costituzionale¹⁸ ha legittimato la garanzia costituzionale dei diritti all'istruzione, alla abitazione, al trattamento sanitario e all'assistenza sociale. Tutto ciò in accordo non soltanto con le partite di bilancio, in realtà sempre labili, ma in virtù di abbondante giurisprudenza della Corte

¹⁵ F. I. MICHELMAN, *The Supreme Court, 1968 Term-Forward: On Protecting the Poor through the Fourteenth Amendment*, in 83 *Harr. L. Rev.*, 1969, p. 7-59.

¹⁶ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge 1971.

¹⁷ F. I. MICHELMAN, *In pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls' Theory of Justice*, *U. Pa. L. Rev.*, 1973, p. 962 ss.

¹⁸ V., per esempio, F. I. MICHELMAN, *Welfare Rights in a Constitutional Democracy*, in *Wash. U. L. Q.*, 1979, p. 659; ID., *Formal and Associational Aims in Procedural Due Process*, in J. PENNOCK (a cura di), *Due Process*, New York 1977, p. 126 ss., e ID., *States' Rights and States' Roles: Permutations of "Sovereignty" in National League of Cities v. Usery*, in *Yale L. J.*, 1977, p. 1165 ss.

Burger, che ha trovato nella famosa nota a piè di pagina del caso *Carolene Products*¹⁹ un solido fondamento, così come nel modello di rafforzamento della rappresentanza proposto da Ely²⁰. Grazie alla loro connessione all'argomento storico-sistematico, i diritti sociali hanno potuto essere concepiti come «*background rights*», secondo la terminologia di Dworkin²¹, condizione presupposto della democrazia rappresentativa, ed essere inclusi nel nucleo dei diritti pienamente giustiziabili e esigibili dalla Corte Suprema nel corso della presidenza di Burger, ampliando l'elenco delle posizioni giuridiche soggettive costituzionalmente protette.

Questa teoria della formalizzazione dei diritti sociali ha trovato adesioni²², ma anche profondi dissensi. I critici hanno posto l'accento sul problema della riconduzione dei diritti sociali alle norme costituzionali formali²³, negando l'interpretazione delle disposizioni del XIV emendamento come clausola aperta, suscettibile di includere aspettative differenti da quelle enumerate nel testo originario, anche quando l'interprete si allontanasse dall'interpretazione tradizionale dell'emendamento che ne limitava la portata alle garanzie meramente negative²⁴. Si è anche sottolineato come questo rinnovato attivismo della Corte l'avrebbe obbligata a fare ricorso a valori metagiuridici, non solo quelli della «*social statics*» di Spencer – secondo le celebri parole di Holmes²⁵ – ma quelli della filosofia morale di Rawls²⁶. Altri critici sono tornati all'argomento classico che tende a negare la legittimità della «*constitutional adjudication*» quando da questa possa derivare un'interferenza con l'indirizzo politico²⁷.

¹⁹ U.S. v. *Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

²⁰ J. H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge 1980.

²¹ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1977.

²² Soprattutto, L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola 1978 e ID., *Unraveling National League of Cities: The New Federalism and Affirmative Rights to Essential Government Services*, in *Harv. L. Rev.*, 1977, p. 1065; T. C. GREY, *Procedural Fairness and Substantive Rights*, in J. PENNOCK (a cura di), *Due Process*, cit. p. 182 e ID., *Property and Need: The Welfare State and Theories of Distributive Justice*, in *Stan. L. Rev.*, 1976, p. 877; K. L. KARST, *The Supreme Court, 1977 Term-Forward: Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment*, in *Harv. L. Rev.*, 1977, p. 1 ss.

²³ Per esempio, R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston 1977, p. 503 ss.

²⁴ Per esempio, H. P. MONAGHAN, *Commentary: The Constitution Goes to Harvard*, in *C. R.-C. L. L. Rev.*, 1978, p. 117 ss.; R. K. WINTER JR., *Changing Concepts of Equality: From Equality before the Law to the Welfare State*, in *Wash. U. L. Q.*, 1979, p. 741 ss.

²⁵ In *Lochner v. New York*, 198 U.S. 90 (1905, *dissenting opinion*).

²⁶ R. H. BORK, *Commentary: The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution*, in *Wash. U. L. Q.*, 1979, p. 695 ss.; H. P. MONAGHAN, *Commentary*, cit., p. 119.

²⁷ R. K. WINTER JR., *Poverty, Economic Equality, and the Equal Protection Clause*, in *Sup. Ct. Rev.*, 1972, p. 41; G. E. FRUG, *The Judicial Power of the Purse*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1978, p. 715 ss.

Alla Corte Burger, infine, mancarono la volontà di realizzare un maggiore interventismo e la capacità di rimodellare interi settori dell'ordinamento che sarebbero state necessarie. Essa si limitò a decisioni molto prudenti, artigianali, tanto dettagliate da svilupparsi in una pluralità di opinioni, ritardando la costituzionalizzazione di nuovi diritti sociali ogni volta che ci si avvicinava a riconoscerli.

Da un lato, la Corte Burger continuò nel cammino delle restrizioni procedurali all'azione amministrativa di soggetti federali e statali che avrebbero potuto ledere la «libertà» e la «proprietà» e non semplici «privilegi» che possono essere limitati in modo pienamente discrezionale. Per esempio, la Corte Suprema aveva proibito l'interruzione o la sospensione di prestazioni di assistenza sociale senza forme di contraddittorio con la parte privata²⁸, ricordando che «dalla sua fondazione la nazione si è imposta l'obbligo di promuovere la dignità ed il benessere delle persone che vivono entro i suoi confini» e che «assistenza non è semplicemente beneficenza, ma piuttosto una maniera per rendere possibile la benedizione della libertà a noi e ai nostri discendenti»²⁹. Essa ha anche dichiarato illegittime la revoca di pensioni di vecchiaia senza previa audizione del beneficiario³⁰, la revoca di pensioni di invalidità senza escutere i testimoni in contraddittorio³¹, l'interruzione di nuove terapie farmacologiche³², il carattere di parte di un parere medico³³, il sequestro parziale della retribuzione di un lavoratore dipendente senza ascoltarlo³⁴ o di beni essenziali per assicurare una abitazione degna alla persona e ai componenti della sua famiglia³⁵. Il punto di massima esposizione della retorica della Corte verso il pieno riconoscimento dei diritti sociali è stata l'affermazione del giudice Stewart³⁶ secondo la quale bisogna ripudiare come falsa la «dicotomia tra libertà personali e diritti», «la proprietà può consistere in un sussidio di assistenza, un tetto o un conto corrente». Questa giurisprudenza aveva fatto credere a molti che una effettiva estensione delle posizioni legittimanti fosse imminente e che la protezione del *procedural due*

²⁸ Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970).

²⁹ 397 U.S. 264-5.

³⁰ Wheeler v. Montgomery, 397 U.S. 280 (1970).

³¹ Richardson v. Wright, 405 U.S. 208 (1972).

³² Weinberger v. Hymson, Westcott and Dunning Inc., 412 U.S. 609 (1973).

³³ Withrow v. Larkin, 421 U.S. 35 (1975).

³⁴ Snaidach v. Family Finance Corp., 395 U.S. 337 (1969).

³⁵ Fuentes v. Shevin, 407 U.S. 67 (1972).

³⁶ Lynch v. Household Finance Corp., 405 U.S. 538 (1972).

process avrebbe potuto far emergere aspettative di natura sostanziale³⁷ od un concetto di *new property*.

Ben presto una retromarcia graduale si tradusse in una completa sconfitta. Decisioni come *Board of Regents v. Roth*³⁸, *Bishop v. Wood*³⁹, *Meachum v. Fano*⁴⁰ e molte altre⁴¹ hanno chiarito che non c'è spazio per l'estensione della protezione di aspettative o *entitlements* di natura sociale e che l'interesse privato minacciato deve essere sottoposto ad un procedimento di ponderazione di fronte agli interessi pubblici coinvolti, includendovi gli oneri finanziari e amministrativi.

Un'altra via indiretta verso la costituzionalizzazione dei diritti sociali avrebbe potuto essere quella della *equal protection clause* del XIV Emendamento sotto il profilo del controllo della logica di relazione nel trattamento da parte delle norme legislative di gruppi o categorie di individui nella distribuzione di benefici o nella misura del godimento di interessi fondamentali. L'arbitrarietà delle classificazioni legislative secondo parametri sensibili, come la razza o la condizione economica, era già stata utilizzata dalla Corte Warren soprattutto nel settore della disciplina elettorale⁴² e del diritto penale⁴³. La Corte Burger iniziò il suo percorso dando l'impressione di voler aumentare il numero delle aree sensibili e dei criteri di classificazione sospetti, con speciale attenzione al parametro ricchezza/povertà. Per esempio, la Corte invalidò la legislazione statale sui vagabondi⁴⁴, estese l'assistenza

³⁷ V., per s., J. J. GRAHAM, *Poverty and Substantive Due Process*, in *Ari. L. Rev.*, 1970, p. 1 ss.; R. M. O'NEIL, *Of Justice Delayed and Justice Denied: The Welfare Prior Hearing Cases*, in *Sup. Ct. Rev.*, 1970, p. 160 ss.; NOTE, *The Growth of Procedural Due Process into a New Substance: An Expanding Protection for Personal Liberty and a "Specialized Type of Property ... in Our Economic System"*, in *Nw. L. Rev.*, 1971, p. 502 ss.

³⁸ 408 U.S. 564 (1972): il diniego di una università a riassumere di nuovo un professore non può essere subordinato a formalità procedurali se la legge statale non lo imponga in modo esplicito.

³⁹ 426 U.S. 341 (1976): in materia di pubblico impiego la protezione di natura procedurale abbisogna di una norma di legge.

⁴⁰ 427 U.S. 215 (1976): il trasferimento di un detenuto ad un carcere di regime più duro non implica il sacrificio di una condizione di libertà.

⁴¹ Come *Vitek v. Jones*, 445 U.S. 480 (1979); *Hughes v. Rowe*, 449 U.S. 5 (1980); *Cuyler v. Adams*, 449 U.S. 433 (1981); *Goss v. Lopez*, 419 U.S. 565 (1975); *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976); *Ingraham v. Wright*, 430 U.S. 651 (1977).

⁴² Per es., in *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964), *Harper v. Virginia Board of Elections*, 383 U.S. 663 (1966), *Kramer v. Union Free School District No. 15*, 395 U.S. 621 (1969).

⁴³ Come in *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956), *Douglas v. California*, 372 U.S. 353 (1963), *Anders v. California*, 386 U.S. 738 (1967), *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963), *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

⁴⁴ *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972).

giuridica gratuita⁴⁵, vietò la sostituzione di pene pecuniarie con la detenzione nei confronti di persone indigenti⁴⁶ e il recupero di spese processuali o di difesa anticipate nei loro confronti⁴⁷, eliminò i requisiti patrimoniali per le elezioni dei distretti scolastici⁴⁸ e l'obbligo di effettuare depositi per la presentazione delle candidature⁴⁹. Nell'ambito dei servizi sociali, invalidò il *Federal Food Stamp Act* per migliorare il diritto all'alimentazione delle classi meno elevate, perché escludeva conviventi non legati da vincoli di parentela o affinità⁵⁰ o anziani che nell'anno precedente avessero vissuto in altro nucleo familiare⁵¹; sanzionò l'invalidità di programmi statali di assistenza a famiglie con figli illegittimi⁵²; utilizzò il diritto alla libera circolazione per evitare che l'assistenza sanitaria fosse negata a coloro i quali non avessero vissuto in uno Stato per un minimo di tempo⁵³.

Dal 1973, se non in precedenza⁵⁴, la Corte costruì una parabola discendente verso la negazione dell'esistenza di diritti sociali pieni e l'affermazione della necessità di valorizzare la stabilità di bilancio e i problemi finanziari degli enti pubblici. Ad esempio:

Ross v. Moffitt⁵⁵ ha dichiarato che non esiste obbligo per gli Stati di concedere assistenza gratuita ai detenuti indigenti per gli appelli la cui presentazione dipende dalla discrezionalità delle corti;

United States v. Kras⁵⁶ non ha sanzionato l'esistenza di barriere economiche al ricorso a procedure di fallimento;

Ortwein v. Schwab⁵⁷ ha dichiarato tollerabile la presenza di ostacoli economici ai ricorsi giurisdizionali nei confronti del diniego o della sospensione di prestazioni assistenziali o di previdenza sociale;

Mitchell v. Grant⁵⁸ ha attenuato le garanzie del debitore nell'esecuzione forzata su beni di importanza primaria;

⁴⁵ Argersinger v. Hamlin, 407 U.S. 25 (1972).

⁴⁶ Williams v. Illinois, 399 U.S. 235 (1970) e Tate v. Short, 401 U.S. 395 (1971).

⁴⁷ James v. Strange, 407 U.S. 128 (1972).

⁴⁸ Turner v. Fouche, 396 U.S. 346 (1970).

⁴⁹ Bullock v. Carter, 405 U.S. 134 (1972).

⁵⁰ United States Department of Agriculture v. Moreno, 413 U.S. 528 (1973).

⁵¹ United States Department of Agriculture v. Murry, 413 U.S. 508 (1973).

⁵² New Jersey Welfare Rights Organization v. Cahill, 411 U.S. 619 (1973).

⁵³ Memorial Hospital v. Maricopa County, 415 U.S. 250 (1974).

⁵⁴ V. la descrizione di G. F. FERRARI, *Localismo ed eguaglianza nel sistema americano dei servizi sociali*, Padova 1983, p. 399 ss. e ID., *La Corte Suprema degli Stati Uniti durante la presidenza Burger*, in *Giur. cost.*, 1987, p. 1896 ss.

⁵⁵ 417 U.S. 600 (1974).

⁵⁶ 409 U.S. 434 (1973).

⁵⁷ 410 U.S. 656 (1973).

⁵⁸ 416 U.S. 600 (1974).

in materia elettorale *Salyer*⁵⁹ è ritornata ad ammettere il requisito della titolarità di proprietà immobiliare per l'elezione di organi locali di governo delle acque;

*Lubin v. Panish*⁶⁰ ha dichiarato ammissibile il requisito del deposito a carico dei candidati purchè non sanzionato con l'esclusione totale.

Altre decisioni hanno confermato la revoca di sussidi di assistenza sociale a coloro i quali non abbiano provato la periodica ricerca di lavori, evidenziando i problemi di disponibilità di risorse da parte dello Stato⁶¹; hanno legittimato la perdita di benefici assistenziali in caso di emigrazione⁶²; hanno avallato definizioni restrittive del nucleo familiare per l'assegnazione di alloggi economici⁶³; hanno mantenuto in vita una norma federale che assicura la reversibilità della pensione a favore del coniuge solo dopo un periodo minimo di matrimonio⁶⁴; hanno approvato separazioni rigide tra zone urbanistiche di edilizia popolare e di edilizia residenziale non sovvenzionata⁶⁵. Soprattutto la Corte ha adottato un linguaggio che non fa nascere dubbi sulla sua disponibilità ad utilizzare un livello di scrutinio severo o stretto con riguardo alle norme in materia di servizi sociali, stabilendo, ad esempio, che «non si trova nella Costituzione [...] un rimedio giurisdizionale per qualunque male sociale ed economico»⁶⁶.

Con questa giurisprudenza pare essersi conclusa la possibilità di costituzionalizzare diritti sociali sia attraverso la via del *procedural due process* che per la via della *equal protection clause*. Al Congresso e ai legislativi statali compete l'esclusiva responsabilità di modellare il sistema del benessere con ampia discrezionalità, con la possibile eccezione di esclusioni grossolane o di clamorosi vizi di procedimento.

Da allora, la sensibilità della Corte Suprema per le aspettative sociali non è cresciuta, ma al contrario è diminuita, anche se con oscillazioni e incertezze. Per esempio, dalla fine degli anni '80 essa ha iniziato a respingere la

⁵⁹ *Salyer Land Corporation v. Tulare Water District*, 410 U.S. 719 (1973); ma v. anche *Ball v. James*, 451 U.S. 355 (1981).

⁶⁰ 415 U.S. 709 (1974).

⁶¹ *New York State Department of Social Services v. Dublino*, 413 U.S. 405 (1972).

⁶² *Califano v. Gautier Torres*, 435 U.S. 1 (1978).

⁶³ *Belle Terre v. Boraas*, 416 U.S. 11 (1974).

⁶⁴ *Weinberger v. Salfi*, 422 U.S. 749 (1975).

⁶⁵ *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corporation*, 429 U.S. 252 (1977).

⁶⁶ *Lindsay v. Normet*, 405 U.S. 74 (1974).

maggioranza dei ricorsi in materia di assistenza e previdenza contro le agenzie indipendenti⁶⁷. La tendenza si è rafforzata negli anni '90⁶⁸ anche se non sono mancate eccezioni quando si è trattato della proprietà⁶⁹ o di definire il concetto di famiglia a fini assistenziali⁷⁰. Verso la fine degli anni '90 si è manifestato un orientamento favorevole agli aiuti per gli handicappati⁷¹. All'inizio del nuovo secolo la Corte Suprema ha utilizzato a volte la *equal protection clause* per definire l'ampiezza della protezione garantita dall'*Americans with Disabilities Act*⁷², definendo il livello di invalidità necessario per godere di vantaggi lavorativi⁷³ e i poteri del datore di lavoro quando stipuli un contratto con un dipendente⁷⁴. Ha anche usato la stessa clausola per definire in modo restrittivo l'ambito di copertura della pensione secondo il parametro dell'età⁷⁵, per permettere di non applicare l'immunità degli Stati prevista dal IX emendamento, nei confronti di azioni civili presentate di fronte a corti federali da portatori di handicap che richiedano danni per motivi di discriminazione⁷⁶ e per limitare la riduzione dei finanziamenti statali ai distretti scolastici locali che già godano di sussidi federali⁷⁷.

Negli ultimi anni la Corte Suprema non ha trovato nuove occasioni per occuparsi dell'equilibrio tra aspettative sociali e risorse finanziarie. Ma già

⁶⁷ Come *Sullivan v. Everhart*, 494 U.S. 83 (1990) e *Sullivan v. Stroop*, 496 U.S. 478 (1990); *Washington v. Harper*, 494 U.S. 210 (1990); *Irwin v. Veterans Administration*, 498 U.S. 89 (1990).

⁶⁸ Si vedano, per esempio, *Reno v. Flores*, 502 U.S. 292 (1993), 508 U.S. 182(1993), *Sandin v. Conner*, 515 U.S. 472 (1995), secondo la quale l'aggravamento del regime carcerario non configura un *liberty interest* che esiga un contraddittorio.

⁶⁹ Come in *Honda Motor Co. Ltd. v. Oberg*, 512 U.S. 415 (1994), che impone limiti ai danni punitivi in favore dei consumatori.

⁷⁰ Come in *Anderson v. Edwards*, 514 U.S. 143 (1995) e *City of Edmond, Wash. v. Oxford House, Inc.*, 514 U.S. 725 (1995).

⁷¹ Si vedano, per esempio, *Cleveland v. Policy Management Systems Corp.*, 526 U.S. 795 (1999); *Sutton v. United Air Lines, Inc.*, 527 U.S. 471 (1999); *Murphy v. United Parcel Service, Inc.*, 527 U.S. 516 (1999); *Albertsons, Inc. v. Kirkingburg*, 527 U.S. 555 (1999); *Olmstead v. L.C.*, 527 U.S. 581 (1999); *Cedar Rapids Community School District v. Garret*, 526 U.S. 66 (1999). Nello stesso anno, *Roberts v. Galen of Virginia, Inc.*, 525 U.S. 249 (1999) si occupa di alloggi di emergenza, *Hughes Aircraft Co. v. Jacobson*, 525 U.S. 432 (1999) di fondi non contributivi per pensionati, *Geissal v. Moore Medical Corp.*, 524 U.S. 74 (1998) del continuativo godimento dei fondi di assistenza sanitaria.

⁷² 104 Stat. 328, 42 U.S.C. § 12101 ss.

⁷³ *Toyota Motor Manufacturing, Kentucky Inc. v. Williams*, 534 U.S. 184 (2002). V. anche *Clackamas Gastroenterology Associates PC v. Wells*, 538 U.S. 440 (2003).

⁷⁴ *Chevron USA Inc. v. Echazabal*, 536 U.S. 73 (2002).

⁷⁵ Come in *General Dynamics Land Systems, Inc. v. Cline*, 540 U.S. 81 (2004).

⁷⁶ *Tennessee v. Lane*, 541 U.S. 509 (2004).

⁷⁷ *Zuni Public School District No. 89 v. Department of Education*, 550 U.S. 81 (2007).

essa era arrivata a soluzioni abbastanza consolidate. Le due clausole «oracolari» del XIV emendamento hanno prodotto risultati in campi differenti, dal trattamento delle relazioni omosessuali⁷⁸ sino al ritorno all'avvicinamento «colorblind» nella coesistenza delle razze⁷⁹.

4. L'ordinamento tedesco si è contrapposto con la sua tradizionale e geometrica scrupolosità alla situazione di crisi economico-finanziaria, anche se questa lo ha colpito meno seriamente di quanto non abbia fatto in altri Paesi. I valori in gioco continuano ad essere la dignità umana e la natura sociale dello Stato, consacrati negli articoli 1, 20 e 28 del GG. L'equilibrio tra questi valori si ricerca da parte del Tribunale costituzionale mediante strumenti elaborati in più di mezzo secolo di giurisprudenza.

Innanzitutto, in presenza di aspettative in conflitto, il giudice costituzionale si preoccupa di definire correttamente la misura delle necessità secondo il principio di reale effettività, elaborato da Habermas⁸⁰. Questa valutazione compete in primo luogo al legislatore, la cui discrezionalità, tanto nell'apprezzare la portata delle necessità come nell'identificare e ponderare i mezzi finanziari e organizzativi idonei, deve essere rispettata «nella misura del possibile». Il procedimento non deve essere viziato dalla mancanza di trasparenza o di ponderazione tra mezzi e fini e deve considerare il concreto grado di sviluppo (*Entwicklungsstand des Gemeinwesens*) della comunità di riferimento e delle condizioni reali di vita (*bestehenden Lebensbedingungen*). Questa tecnica di valutazione si è consolidata nei decenni più fortunati della storia del diritto costituzionale tedesco⁸¹ e il Tribunale costituzionale la ha utilizzata in anni recenti, in particolare nel celebre caso Hartz IV, del 2010⁸², con riferimento al sussidio di disoccupazione (*Arbeitslosengeld*) e alla sua entità dall'inizio del 2005.

La riforma Hartz, approvata nel 2002 e così denominata dal cognome del ministro del Governo Schroeder, ex direttore del personale della Volkswagen – possibile ragione della sconfitta della SPD nel 2005 –, aveva modificato il Codice del lavoro. In concreto, la riforma aveva unificato il sussidio di disoccupazione di lunga durata e l'aiuto sociale e riguardava circa 6,7 milioni di beneficiari. Si era così ridotta in modo significativo la spesa

⁷⁸ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. (2015); United States v. Windsor, 570 U.S. (2013), 133 S.Ct. 2675 (2013); Hollingsworth v. Perry, 570 U.S. (2013), 133 S. Ct. 2652 (2013).

⁷⁹ Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. (2016).

⁸⁰ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main 1992.

⁸¹ BVerfGE, 22, 180 (224); 29, 221 (235) e varie altre decisioni. V. per esempio, *Beck's Kompakt – Kommentare, Grundgesetz*, 3. Auflage, 2015, p. 8 ss.

⁸² BvL 1/09, 3/09, 4/09, del 9 febbraio 2010.

sociale. Il Tribunale costituzionale aveva già dichiarato in parte incostituzionale nel 2007 la legge Hartz IV per violazione dell'autonomia comunale, dopo la riforma costituzionale del 2006 che aveva proibito interventi federali diretti nell'ambito di autonomia dei Comuni⁸³. Nuovamente invitato a pronunciarsi da alcuni tribunali del lavoro nel 2009 per presunta violazione del principio di ragionevolezza e del minimo che assicuri una vita degna, il Tribunale di Karlsruhe⁸⁴ dichiarò corretto il modello statistico utilizzato per la definizione degli importi, ma incostituzionale la sua applicazione concreta, a motivo dell'incorporazione nel «paniere» di beni e servizi estranei alla *ratio* degli interventi sociali. In termini più espliciti, la riforma non aveva come obiettivo una vera definizione del minimo vitale per un'esistenza degna ma piuttosto una riduzione della spesa sociale.

Dopo Hartz IV, il Tribunale di Karlsruhe è ritornato varie volte ad occuparsi di diritti sociali, ma sotto profili non direttamente connessi all'emergenza economica, come per esempio in materia di pensioni⁸⁵ e di salari⁸⁶.

La regola fondamentale è in ogni modo il rispetto della riserva del possibile (*Vorbehalt des Möglichen*) in favore del potere legislativo, come livello massimo esigibile dai cittadini e dagli utenti dei servizi sociali.

5. Nel diritto costituzionale francese il controllo di costituzionalità è limitato dagli articoli della Costituzione del 1958 che lo disciplinano⁸⁷. Le norme sui diritti sociali nel Preambolo della Costituzione del 1946, in vari paragrafi tra il quinto e l'undicesimo, anche se formano parte del «*bloc de constitutionnalité*», non possono essere facilmente utilizzate come strumenti per la dichiarazione di incostituzionalità delle leggi. Le radici nella solidarietà rivoluzionaria della Carta del 1795⁸⁸ non hanno contribuito ad ottenere il pieno riconoscimento dei diritti sociali. L'idea condivisa dalla quasi totalità degli autori⁸⁹ è che la povertà ha cause sociali e deve avere rimedi di carattere economico e che i diritti sociali sono strumenti di trasformazione sociale e

⁸³ BVerfG, 2 Senat, sent. 20.12.2007. 2 BVR 2433/04 e 2434/04.

⁸⁴ BVerfG 125, 175, I. Senat, sent. 9.2.2010 - 1 BUL 1/09, 3/09, 4/09. Tra i diversi commentari, U. SARTORIUS, *Verfassungswidrigkeit der Regelleistung des SGB II*, Zeitschrift für die Auwaltspraxis, 2010, p. 279 ss..

⁸⁵ BVerfG, 3 Senat, ord. 28.4.2011 e BVerfG, 2 Senat, ord. 2.5.2012- 2 BvL 5/10.

⁸⁶ BVerfG, 2 Senat, sent. 14.2.2012-2BvL 4/10.

⁸⁷ V. per esempio F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, XXXVIII ed., Paris 2017, p. 785 ss.; M. A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, III ed., Paris 2017, p. 647 ss.; J. GICQUEL, J. É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, XXXI ed., Rennes 2017, p. 83 ss.

⁸⁸ M. BORGETTO, *La fraternité en droit public français*, Paris 1993.

⁸⁹ Dal classico G. BURDEAU, *Traité de science politique*, VI, *La démocratie gouvernante*, Paris 1956, p. 465, a D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, Paris 2002.

di correzione del liberalismo economico, nonostante non siano formalmente azionabili di fronte ai tribunali, indipendentemente dal fatto che si tratti del *Conseil Constitutionnel* (secondo l'art. 61 della Costituzione vigente), del Consiglio di Stato o dei tribunali amministrativi. Il primo afferma costantemente che le norme del Preambolo del 1946 impongono la creazione di servizi pubblici, lasciati alla discrezionalità del potere legislativo⁹⁰, che è solo obbligato a realizzare gli obiettivi di solidarietà senza che il *Conseil* possa rivedere le decisioni del Parlamento, soprattutto quando queste implicino un considerevole sforzo finanziario.

Il carattere positivo e giuridicamente vincolante dei diritti sociali (*droits-créances*) non è in dubbio, ma non raggiunge il livello della piena giustiziabilità, qualificandosi come un obiettivo costituzionale⁹¹. Quando il *Conseil* deve valutare l'importanza di un diritto sociale, si preoccupa prima di tutto che questo diritto non comprima o freni in maniera non necessaria o sproporzionata altri diritti⁹²; ma poi può occuparsi di assicurare che la misura legislativa in esame non lasci il diritto sociale senza sufficienti garanzie giuridiche⁹³, vale a dire che non annulli la sua efficacia. Anche se mai si è data una definizione dei contenuti minimi.

Non è neppure chiaro se, in presenza di un obiettivo costituzionale, il legislatore possa ridurre il livello di qualità o la quantità di un servizio sociale, come a volte pare essersi affermato⁹⁴ («*effet cliquet*»), o se, al contrario, una regola con questo contenuto non esista.

È pacifico, tuttavia, secondo il *Conseil*, che un errore evidente delle previsioni legislative, dovuto al trasferimento di flussi finanziari, in prospettiva temporale, possa condurre alla dichiarazione di incostituzionalità⁹⁵. Il Consiglio di Stato, a sua volta, può vagliare la legittimità di atti amministrativi puntuali contrari a norme legislative o regolamentari che prevedano la pre-

⁹⁰ Si vedano, per esempio, le decisioni n° 2008-569, del 21 agosto 2008; n° 2007-553, del 3 marzo 2007; n° 96-387 del 21 gennaio 1987.

⁹¹ B. MATHIEU, M. VERPAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, in LGDJ, 2002, p. 425 ss.; M. P. DESWARTE, *Droits sociaux et État de droit*, in RDP, 1995, p. 975 ss.; D. ROMAN, *La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social*, in *Rev. des droits de l'homme*, 2012, p. 9 ss.; V. CHAMPEIL-DESPLATS, D. LOCHAK (a cura di), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme*, Paris 2008; *Droits des pauvres, pauvres droits? Recherche sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris 2010, p. 6 ss.

⁹² Come nelle decisioni n° 83-156, del 13 gennaio 2000 (riduzione dell'orario di lavoro contro libertà di impresa) o n° 90-283, dell'8 gennaio 1991 (diritto alla salute contro libertà di impresa).

⁹³ Come nella sentenza n° 2003-483, del 14 agosto 2003.

⁹⁴ Sentenza n° 84-181, dell'11 ottobre 1984.

⁹⁵ Sentenza n° 2001-456, del 27 dicembre 2001.

stazione di servizi pubblici o anche valutare violazioni di principi del Preambolo da parte di norme regolamentari, sempre che queste non costituiscano applicazione diretta di una legge. In nessun caso, ancora, può non applicare o annullare atti solo per contrasto con diritti sociali⁹⁶. La dottrina specializzata, di fatto, così come i manuali di diritto della protezione sociale, neppure menzionano possibili tensioni nella giurisdizione amministrativa tra aspettative sociali e limitazioni finanziarie⁹⁷.

6. La dottrina spagnola ha dedicato le sue migliori energie alla natura giuridica, all'efficacia, al contenuto e alla protezione dei diritti sociali sin dai primi anni di vigenza della Costituzione⁹⁸. Questo interesse è stato frutto della quasi assoluta novità delle previsioni costituzionali contenute nelle Carte del ciclo costituzionale degli anni Settanta e, tra le altre cose, della quasi contemporanea crisi energetica che ha bloccato lo sviluppo economico delle democrazie occidentali, ha creato seri problemi alla soddisfazione dei diritti economico sociali di prestazione – o almeno ai livelli raggiunti negli anni precedenti – e ha posto a rischio lo stesso modello di Stato del benessere, favorendo l'emergere delle teorie neo-liberali ancora dominanti. Pertanto, quando è arrivata la nuova ed ancora più grave crisi economica del 2008, il diritto pubblico spagnolo non è stato preso alla sprovvista dalle limitazioni di bilancio imposte sia da fattori interni che dalle pressioni dell'Unione europea, anche se il loro impatto sull'erogazione delle prestazioni è stato molto forte⁹⁹.

Nei primi anni della crisi, vale a dire tra il 2007 ed il 2010, i problemi del diritto costituzionale della crisi si sono presentati sotto la forma di tensioni tra lo Stato e gli enti territoriali. Mentre in Italia il problema è stato quello della diminuzione delle risorse finanziarie trasferite agli enti territoriali per i servizi sociali, in Spagna, invece, si è presentato il problema degli Statuti di

⁹⁶ Si vedano alcuni esempi in L. PECH, *Rethinking "Droits-Créances"*, in M. LANGFORD, *Social Rights Jurisprudence*, cit., p. 267 ss.

⁹⁷ Si vedano, per esempio, F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, VI ed., Paris 2017 e M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, VIII ed., Paris 2014.

⁹⁸ Si vedano, per esempio, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, III ed., Madrid 1983; J. L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid 1988; J. R. COSSIO DIAZ, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid 1989; A. GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid 1994; J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid 1999, p. 121 ss.; Y. SÁNCHEZ-URÁN, *Seguridad social y Constitución*, Madrid 1995; E. CARMONA CUENCA, *El Estado social de derecho en la Constitución*, Madrid 2000.

⁹⁹ Gli effetti della crisi sono analiticamente descritti nell'*Informe conjunto al Comité de derechos económicos, sociales y culturales*, Madrid, marzo 2018. Le politiche di austerità fiscale sono iniziate nel 2010 e si sono rafforzate nel 2012, con un crescendo di tagli alla spesa sociale.

autonomia attraverso i quali le Comunità autonome hanno tentato di introdurre veri diritti sociali, a fronte della necessità di accrescere le prestazioni sociali concesse secondo i parametri nazionali. Il Tribunale costituzionale ha ridotto questa tendenza con due famose sentenze, molto commentate dai costituzionalisti¹⁰⁰, chiarendo che gli Statuti non possono creare nuovi diritti soggettivi, ma piuttosto introdurre obiettivi e direttive e non possono neppure qualificare come veri diritti fondamentali i diritti sociali riconosciuti negli Statuti, ma solo attribuire mandati di implementazione rivolti ai pubblici poteri.

Dopo la riforma dell'art. 135 della Costituzione, avente come fine l'incorporazione dei principi relativi alla stabilità di bilancio¹⁰¹, il Tribunale costituzionale è tornato ad occuparsi, nella sent. n. 134 del 2011¹⁰², dell'equilibrio tra Stato e Comunità autonome con riguardo a leggi del 2001¹⁰³, confermando le sue precedenti decisioni secondo le quali lo Stato può introdurre limitazioni alla spesa delle amministrazioni pubbliche, incluse quelle regionali, ma allo stesso modo precisando che queste esigenze di bilancio non accrescono in alcun modo le competenze dello Stato¹⁰⁴.

Dopo il 2010, nella fase più acuta della crisi, il Governo spagnolo ha iniziato ad adottare misure abbastanza drastiche con particolare riguardo alla spesa sanitaria, ritenendo che il consumo farmaceutico nel paese fosse

¹⁰⁰ La 247/2007, del 12 dicembre, sul nuovo Statuto di Autonomia della Comunità autonoma di Valencia e la 31/2010, del 28 giugno, sul nuovo Statuto di autonomia della Catalogna. Si vedano, per esempio, F. LÓPEZ MENUDO, *Los derechos sociales en los Estatutos de autonomía*, en *AEPDA, Derechos sociales y Estatutos de Autonomía*, Valladolid 2009, p. 13 ss.; J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, L.M. MACHO, *Servicios sociales y crisis económica: los límites del Estado asistencial*, *ivi*.

¹⁰¹ Si vedano V. RUIZ ALMENDRAL, *Estabilidad presupuestaria y reforma constitucional*, in *Rev. esp. der. europeo*, 2012, n. 41; J. GARCÍA ROCA, M.A. MARTÍNEZ LAGO, *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endendamiento*, Madrid 2013. Più di recente, E. ARANDA ÁLVAREZ, *Derecho constitucional económico: estabilidad presupuestaria y derechos sociales*, in *Rev. der. pol.*, 2017, p. 883.

¹⁰² Sentenza del 20 luglio.

¹⁰³ Più precisamente la legge 18 del 12 dicembre 2001, *general de estabilidad presupuestaria* e la legge organica n. 5 del 13 dicembre 2001, di riforma della legge organica sul finanziamento delle Comunità autonome.

¹⁰⁴ Un commento analitico in T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *La incidencia de la reforma del artículo 135 de la Constitución sobre el Estado autonómico*, in *Informe CC. AA.*, 2016, p. 77 ss. Dello stesso autore, *El Estado autonómico social y el efecto de irradiación de los derechos sociales sobre el modelo constitucional de distribución de competencias*, in *Rev. gen. der. adm.*, 2017, n. 46.

troppo elevato¹⁰⁵. Il Regio decreto legge n. 16 del 2012¹⁰⁶, da un lato, ha reintrodotta l'assicurazione come requisito per il godimento delle prestazioni sanitarie, riducendo la copertura universale del Sistema Nazionale di Salute ed escludendo gli stranieri senza autorizzazione di soggiorno dalle prestazioni e, dall'altro lato, ha imposto ai pensionati il pagamento o il copagamento di varie prestazioni. Il *Defensor del Pueblo* ha denunciato la lesione del principio di universalizzazione e il Tribunale costituzionale ha emesso importanti sentenze.

In sintesi, il Tribunale ha ammesso la possibilità che alcune prestazioni non essenziali, ma piuttosto supplementari o accessorie, «possano essere soggette ad un finanziamento aggiuntivo posto a carico dell'utente del servizio»¹⁰⁷; ma ha anche affermato che le Comunità autonome, «rispettando il minimo rappresentato dai livelli essenziali comuni, potranno stabilire servizi aggiuntivi per i loro residenti. Vale a dire [...] potranno andare oltre il minimo garantito dallo Stato, ma non potranno in nessun caso scendere al di sotto»¹⁰⁸. Come contropartita, le Comunità autonome non possono introdurre tasse «su prestazioni sanitarie che, secondo il quadro fondamentale fissato dallo Stato, [...] devono essere finanziate con denaro pubblico o essere, eventualmente, solo in parte soggette ad apporti aggiuntivi dell'utente, senza che possa ripercuotersi sul loro costo integrale nei confronti dei soggetti ai quali il servizio viene prestato»¹⁰⁹.

Nel 2012 un'altra sentenza del *Pleno* del Tribunale costituzionale ha confermato, con varie opinioni dissenzienti, alcune disposizioni della legge n. 3 dello stesso anno, che aveva introdotto misure urgenti in materia di mercato del lavoro. In questo caso, il Tribunale costituzionale non ha riscontrato lesioni né del diritto al lavoro (art. 35 Cost.), né dei diritti all'associazione sindacale e alla negoziazione collettiva (artt. 28.1 e 37 Cost.).

¹⁰⁵ V. J. J. RUIZ RUIZ, *El derecho a la salud en la actual crisis económica; los límites constitucionales a los recortes de prestaciones sanitarias y las exigencias de sostenibilidad del gasto social*, in S. GAMBINO (a cura di), *Dossier DPCE*, VI, *Diritti sociali e crisi economica*, Torino 2015 e G.G. CARBONI, *La risposta della Spagna alla crisi: economia e istituzioni scelgono la strada delle riforme costituzionali*, in G. CERRINA FERONI, G. F. FERRARI, *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Torino 2012, p. 211 ss.

¹⁰⁶ Del 20 aprile. Decreto rettificato dal Regio Decreto n. 1192 del 3 agosto 2012. Si v. J. PICATOSTE, I. PICATOSTE, M. A. LÓPEZ ARRANZA, *Las políticas públicas de austeridad: efectos del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril en España*, Cizur Menor 2016.

¹⁰⁷ STC n. 136 del 19 giugno 2012. Nello stesso senso STC n. 22 del 16 febbraio 2012.

¹⁰⁸ STC nn. 84, del 29 maggio 2014 e 71 del 2014.

¹⁰⁹ STC n. 136 del 2012, cit. V. J. TORNOS MAS, *Derechos sociales, comunidades autónomas y crisis económica*, in *VI Foro de la Autonomía*, 2017, p. 59.

La giustificazione delle misure si fondava sull'emergenza economica che permetteva allo Stato un ampio margine di apprezzamento e la possibilità di introdurre condizioni lavorative più flessibili¹¹⁰.

Non hanno diretto collegamento con la tensione tra diritti sociali e risorse finanziarie le sentenze degli anni 2013 e 2014¹¹¹, che si riferiscono alla pensione di reversibilità, nelle quali il Tribunale ha dichiarato la costituzionalità di varie condizioni riguardanti il suo godimento e ha considerato ragionevole, secondo il principio costituzionale di uguaglianza, l'esercizio della libertà di configurazione normativa del legislatore.

Negli anni seguenti, il Tribunale costituzionale si è occupato altre volte di diversi decreti-legge in materia di servizi sociali¹¹², come nelle sentenze nn. 49 del 2015¹¹³ e 26 e 139 del 2016¹¹⁴. In tutti i casi il Tribunale ha stabilito che i diritti sociali, in quanto principi direttivi, non hanno contenuto essenziale, in modo che non possono essere violati dalla legislazione d'urgenza, non affrontando, però, i problemi centrali della questione. Per esempio, in tema di salute (art. 43 Cost.), il Tribunale ha ritenuto che, per la sua ubicazione sistematica (cap. III della Costituzione che contiene i «principi direttivi» della politica sociale ed economica), «l'art. 43 si configura come un principio direttivo, ragion per cui esso manca di contenuto fondamentale sotto il profilo costituzionale che possa essere violato dalla legislazione d'urgenza»¹¹⁵.

A fronte di questo nuovo equilibrio tra diritti sociali e misure di riduzione della spesa finanziaria, la dottrina è tornata a porsi domande che parevano superate da molto tempo. Per esempio, si è chiesta se sia possibile pensare ad una «riserva del possibile» come fa la dottrina tedesca¹¹⁶; se sia necessario «esplorare nuove vie per soddisfare i diritti socioeconomici di

¹¹⁰ Si veda, per esempio, il commento di I. GARCÍA-PERROTE, *La constitucionalidad de la reforma laboral de 2012. Comentario a la STC8/2015, de 22 de enero*, in *Rev. esp. der. const.*, 2015, p. 239.

¹¹¹ Come le sentenze n. 41 del 14 febbraio 2013 e la n. 92 del 10 giugno 2014.

¹¹² Come il n. 16 del 2012 relativo al *Sistema Nacional de Salud*, il n. 14 del 20 aprile 2012 sulle misure urgenti nell'ambito dell'istruzione, il n. 28 del 30 novembre 2012, sulle misure di consolidamento e garanzia del sistema della *Seguridad Social*.

¹¹³ Del 5 marzo 2015.

¹¹⁴ Rispettivamente del 18 febbraio e del 21 luglio 2016.

¹¹⁵ Sent. n. 139 del 2016.

¹¹⁶ Si vedano, per esempio, L. E. DELGADO DEL RINCÓN, *El Estado social y la fragilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis económica*, in *Estudios de Deusto*, 2013, p. 43 ss; J. GARCÍA ROCA, *Constitutional Principles Regarding the Spanish Social Security System: A Citizen's Right*, in *Rev. der. pol.*, 2014, p. 65, p. 83.

prestazione»¹¹⁷; se «da vecchia costruzione dottrinale civilistica dei diritti acquisiti» possa «servire per fondare una irreversibilità o una blindatura dei diritti a prestazioni sociali già consolidati»¹¹⁸ o se almeno si possano impiegare i principi dello Stato sociale di diritto, di proporzionalità e del valore della dignità umana per arrivare alla «proibizione dell'insufficienza» delle prestazioni¹¹⁹; sino al se sia possibile recuperare la democrazia pluralistica e relativizzare la normatività della Costituzione¹²⁰.

7. Anche l'ordinamento portoghese ha conosciuto il costituzionalismo della crisi. I diritti sociali hanno incontrato seri problemi, soprattutto quando la Troika ha condizionato gli aiuti finanziari concessi alla realizzazione di misure di forte impatto per contenere la spesa, misure incluse nel Programma di stabilità e crescita (PAEF). In applicazione di questo piano, la legge di bilancio dello Stato del 30 dicembre 2011¹²¹ ha sospeso il pagamento della tredicesima e quattordicesima mensilità dei funzionari pubblici e dei pensionati di importo superiore a 600 euro. Il Tribunale costituzionale ha affrontato il testo di questa legge con l'*Acórdão* n. 353 del 2011, pubblicato agli inizi del luglio 2012. La decisione, adottata con una maggioranza di nove a tre, non disconosce la necessità di tenere in considerazione l'equilibrio finanziario e l'eliminazione del deficit. Tuttavia, essa afferma che i diritti sociali fondamentali, come il diritto ad una vita degna (art. 59, comma 1, Cost.) e il principio della responsabilità statale nella promozione di un livello adeguato di vita per i cittadini (art. 9), non possono essere sacrificati sino al 14,3% della retribuzione annuale senza violare il principio di uguaglianza (art. 13) tra il lavoro privato e quello pubblico, percentuale ancora più rilevante in situazione di crisi, come pure il principio di proporzionalità (artt. 2, 18, comma 2, 19, comma 8, 266, comma 2, e 272, comma 2). D'altra parte, il Tribunale si assume il compito di modulare nel tempo gli effetti della pronuncia, come è consentito dall'art. 282, comma 4, della Carta costituzionale, disponendo l'applicazione della sentenza a far tempo dall'anno 2013, per non ledere la sostanza dell'accordo finanziario europeo. L'*Acórdão*

¹¹⁷ Come J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, L. MIGUEZ MACHO, *Servicios sociales y crisis económica*, cit.

¹¹⁸ J. J. RUIZ RUIZ, *El derecho a la salud*, cit., p. 739 ss.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 740.

¹²⁰ Come F. BALAGUER CALLEJÓN, *Una interpretación constitucional de la crisis económica*, in RDCE, 2013, p. 449 ss. Altre prospettive generali, per esempio, in M. GONZÁLEZ PASCUAL, *Constitución española y gobernanza económica europea: desnudez y crisis del Estado constitucional*, in R.V.A.P., 2017, n. 109-II, p. 21 e ID., *Austerity Measures and Welfare Rights: The Spanish constitutional system under pressure*, in EJSL, 2014, n. 1-2.

¹²¹ 64-B/2011.

n. 353 del 2011 è stato il più importante, ma non l'unico, emesso nel periodo della crisi finanziaria. La misura delle riduzioni delle pensioni aveva già formato oggetto di un altro *Acórdão*, il n. 188 del 2009, nel quale il Tribunale aveva dichiarato non lesi i principi di uguaglianza, di proporzionalità e di affidamento con riguardo ad una legge che aveva imposto limiti massimi alle pensioni, con impatti più sensibili per coloro i quali programmavano di andare in quiescenza nei successivi sette anni, vale a dire i più anziani e i più vicini alla pensione. La motivazione era fondata sui principi di giustizia intergenerazionale e di sostenibilità: le aspettative degli interessati si erano formate sulle esigenze di equità contributiva e di permanenza del sistema.

Un altro *Acórdão*, il n. 396 del 2011, ha rigettato il ricorso di incostituzionalità nei confronti di un'altra riduzione tra il 3,5% ed il 10% delle retribuzioni dei dipendenti pubblici superiori a 1.500 euro. In questo caso il Tribunale aveva considerato più importanti le ragioni della eccezionale congiuntura economica e della strategia globale delineata a livello europeo, in assenza di una assoluta garanzia di irriducibilità delle retribuzioni. Allo stesso modo l'*Acórdão* n. 399 del 2010 aveva considerato ammissibile l'aumento delle aliquote dell'imposta diretta sul reddito in assenza di una lesione del principio di irretroattività fiscale e della «*proteção de confiança*».

Dopo il 2012, tuttavia, la giurisprudenza costituzionale, sia come conseguenza del superamento della fase più acuta della crisi sia della ripetizione di misure di grande impatto, ha modificato la tendenza abbastanza radicalmente favorevole ai diritti sociali. Il pacchetto di «*Acórdãos de austeridade*», anche definiti «*Acórdãos orçamentais*», dedicato alle leggi di bilancio degli anni 2013 e 2014 (n. 187 del 2013 e n. 413 del 2014), con motivazioni molto prolisse e estremamente frammentate, utilizza il principio della «*proteção de confiança*» (simile al principio dello Stato di diritto democratico dell'art. 2 Cost.), il diritto alla retribuzione proporzionata (art. 59, comma 1, Cost.), il diritto alla previdenza sociale (art. 63), la responsabilità statale nel promuovere un adeguato livello di vita in favore dei cittadini (art. 9), i principi di uguaglianza e proporzionalità (artt. 2 e 13) e, anche, la regola dell'annualità del bilancio statale (art. 105, comma 2). Il risultato è stato l'incostituzionalità della soppressione totale o parziale del pagamento delle ferie non godute, dei tagli delle retribuzioni ai lavoratori impiegati in attività di insegnamento o di ricerca, la riduzione del «*subsídio de férias*» di pensionati e «*reformados*», la riduzione tra il 5% e il 6% dei sussidi di disoccupazione e di malattia¹²².

¹²² Una descrizione analitica delle decisioni citate e di altre in A. CIAMMARICONI, R. ORRÙ, *Vicende e attività del Tribunal constitucional portoghese nel biennio 2013-2014*, in *Giur. cost.*,

L'unica decisione degli ultimi anni è l'*Acórdão* n. 574 del 2014 riguardante una riduzione delle retribuzioni dei dipendenti di imprese a capitale in maggioranza pubblico, che il Tribunale costituzionale ha giudicato non in contrasto con il principio di proporzionalità (*proibição do excesso*) né con il principio di uguaglianza. Questa sentenza, molto criticata in dottrina, pare un ritorno all'antico, come se la crisi fosse qualcosa che appartiene al passato.

8. La crisi economica più grave degli ultimi cento anni ha messo a prova i sistemi di benessere degli Stati democratici, il cui equilibrio si basa tradizionalmente sui servizi sociali e sulla loro capacità di consolidare il consenso sociale. I paesi del sud Europa sono stati i primi ad accusare il colpo e ad essere obbligati ad adottare misure, spesso dolorose ed impopolari, capaci di colpire grandi segmenti della cittadinanza, ponendo a rischio il consenso sulle stesse basi dello Stato sociale. La capacità di assorbire gli effetti della crisi è dipesa in parte dalla solidità dei differenti modelli di benessere¹²³ e, per il resto, da variabili di natura economica, come sono la dimensione del debito pubblico, la struttura del lavoro e la sua distribuzione tra il settore privato e quello pubblico. I tagli dei diritti sociali sono stati inevitabili e si sono ripetuti ad ondate successive.

Era inevitabile che le Corti costituzionali e supreme, in pochissimo tempo, partecipassero alla revisione delle decisioni dei governi e dei legislatori sui tagli e i sacrifici, spesso molto significativi. Questa giurisprudenza del costituzionalismo della crisi ci ha permesso, in certo modo, di porci in una prospettiva genuinamente comparativa, per valutare le differenti prospettive adottate e i metodi di argomentazione, le loro indiscutibili affinità, ma anche le loro profonde differenze.

La Corte Suprema degli Stati Uniti già aveva superato, dall'inizio degli anni Settanta del secolo scorso, linee giurisprudenziali che si muovevano nel senso del timido riconoscimento di veri *social rights*. Essa, pertanto, non ha dovuto passare attraverso una prova troppo difficile. La principale decisione di questo ciclo giurisprudenziale è stata, dunque, la decisione sulla *Obamacare*, per molti aspetti quasi indipendente dal fattore della crisi, essendo legata al sistema delle relazioni tra i due livelli di governo. La Corte ha limitato il potere dell'amministrazione federale di penalizzare gli Stati

2015, p. 1883 ss. V. anche M. GONZÁLEZ PASCUAL, *Constitutional Courts before Euro-crisis Law in Portugal and Spain: A comparative prospect*, in *Rev. el. direito públ.*, 2017, p. 111.

¹²³ Si veda la classificazione di P. FLORA, A.J. HEIDENHEIMER, *The Development of Welfare States in Europe and America*, New Brunswick 1981; J. ALBER, *Vom Armenhaus zum Wohlfahrtstaat. Analysen zur Entwicklung der Sozialversicherung in Westeuropa*, Frankfurt am Main 1982.

contrari ad estendere il *Medicaid*, tenendo in conto che il Congresso non ha l'autorità per ordinare ai membri della Federazione di eseguire le previsioni dell'*Obamacare*.

Come si è visto, la Corte Suprema britannica ha mantenuto un atteggiamento estraneo agli schemi ideologici, confermando la giurisprudenza tradizionale sulla *review of administrative action* e assorbendo le recenti tensioni, secondo la più classica continuità.

Il Tribunale costituzionale tedesco, che già disponeva di strumenti esegetici molto raffinati, li ha applicati in modo assai pragmatico, impiegando la teoria della riserva del possibile in contesti concreti di carattere, in gran misura, federale.

Il *Conseil constitutionnel*, seguito come sempre dal Consiglio di Stato, ha fluttuato con prudenza tra la non azionabilità dei *droits-crédances* e la possibilità di riconoscere e di sanzionare errori manifesti di natura tecnica e di raccolta dei dati della legge o nel calcolo in materia di benefici di solidarietà.

I giudici costituzionali spagnoli hanno affrontato la questione dei diritti sociali principalmente dal punto di vista delle relazioni Stato/Comunità autonome, tentando di sviluppare equilibri accettabili tra la riduzione delle risorse finanziarie disponibili per le politiche del benessere e il sistema regionale. Il Tribunale costituzionale portoghese ha seguito l'esempio di quello spagnolo, ma è stato obbligato, a causa del minore livello di decentramento del sistema costituzionale, ad affrontare direttamente il contenuto delle opzioni legislative.

In questo contesto non è possibile formulare conclusioni più specifiche. Le convergenze tra i giudici supremi degli ordinamenti costituzionali più importanti dell'Occidente sono più rilevanti dal punto di vista metodologico che sotto il profilo sostanziale.

Una verifica induttiva delle diverse situazioni negli Stati analizzati conferma ciò che era possibile forse predire a partire da un giudizio sintetico a priori. Questo è un esempio di come il metodo comparato non si possa definire una volta per tutte in astratto, ma di come si debba piuttosto adattare di volta in volta alla tipologia dei temi in esame.