



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2024

**Il conflitto sociale
tra diritti fondamentali
e ri-materializzazione
della Costituzione**

di Andrea Guazzarotti

EDITORIALE SCIENTIFICA

IL CONFLITTO SOCIALE TRA DIRITTI FONDAMENTALI E RI-MATERIALIZZAZIONE DELLA COSTITUZIONE

di Andrea Guazzarotti

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Ferrara

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE: IL RUOLO SISTEMICO DEI DIRITTI PRIMA E DOPO BRETTON WOODS; 2. L'ALTRO LATO DELL'INTEGRAZIONE EUROPEA ATTRAVERSO I DIRITTI E LE CORTI: IL POPOLO SOTTO TUTELA; 3. (*SEGUE*): I REFERENDUM ABROGATIVI COME ATTI RESISTENZIALI E IL RUOLO TUTORIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE; 4. (*SEGUE*): I REFERENDUM SULLE PENSIONI (2015) E SUL JOBS ACT (2017): IMMUNIZZAZIONE DELL'ECONOMIA E COSTRUZIONE DEL SOGGETTO A-CONFLITTUALE; 5. GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE SUL JOBS ACT E "MATERIALITÀ" DEL DIRITTO AL LAVORO; 6. (*SEGUE*): GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE SUL *JOBS ACT* E LIMITI DEL BILANCIAMENTO; 7. FLUIDIFICARE PIÙ CHE RESISTERE; 8. DIRITTI SOCIALI E SOGGETTO DELLA COSTITUZIONE REPUBBLICANA; 9. EGEMONIA E MATERIALITÀ DIRITTI SOCIALI.

1. Introduzione: il ruolo sistemico dei diritti prima e dopo Bretton Woods

I diritti fondamentali rivestono un ruolo centrale nelle Costituzioni del secondo dopoguerra, così come nel costituzionalismo più in generale, e tuttavia essi hanno giocato un ruolo profondamente diverso prima e dopo la frattura segnata dalla fine dell'equilibrio di Bretton Woods.

Nella ricostruzione di T. H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*¹, divenuta ormai un classico, è proprio la successione delle conquiste dei diritti a inquadrare l'evoluzione della forma di Stato, che da premoderno diventa liberale grazie ai diritti civili, per poi diventare liberal-democratico grazie ai diritti politici (estensione del suffragio) e, infine – siamo nel 1950 –, democratico-sociale (o social-liberale) grazie alla conquista dei diritti sociali². La domanda sottostante alla rico-

¹ T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale* (1950), Roma-Bari, 2002.

² Marshall definiva il sistema di allora (del Regno Unito laburista della fine degli

struzione marshalliana è quella su “quanta eguaglianza sociale avrebbe potuto sopportare il liberalismo”, ossia, se l’eguaglianza imposta dalla «piena appartenenza alla comunità» possa avanzare attraverso l’«arricchimento dello *status* della cittadinanza» preservando «la conservazione delle disuguaglianze economiche»³.

A distanza di qualche decennio la domanda si è fatta più schietta, trasformandosi in «quanta democrazia può tollerare il capitalismo»⁴, per poi ribaltarsi nell’ormai sempre più incalzante interrogativo: «quanto capitalismo può tollerare la democrazia»⁵. Eppure, nonostante questa inversione di rotta subita dalla trasformazione della forma di Stato nelle democrazie occidentali dopo i “Trenta gloriosi”, il giardino dei diritti non ha fatto altro che riempirsi di nuovi fiori, sempre più colorati ed esotici. Alle Carte internazionali dei diritti si sono affiancate quelle regionali affidate a meccanismi di *enforcement* sempre più efficaci e indipendenti (la CEDU su tutte); ben prima del varo della Carta di Nizza del 2000, i diritti fondamentali facevano il loro ingresso nell’ordinamento funzionalista ed economicista della Comunità economica europea grazie alla giurisprudenza “costituente” della Corte di giustizia, nonostante il silenzio dei Trattati⁶. La CEDU si arricchiva, per opera della creatività della sua Corte, di un catalogo non scritto di diritti sociali, in sinergia con la meno blasonata Carta sociale europea e con la prassi degli organi dell’OIL⁷. Le Corti costituzionali europee, in quello stesso torno di anni, erano pronte ad aprire i propri ordinamenti all’influsso delle Corti europee e internazionali sulla tutela dei diritti, così da introdurre un sindacato costituzionale sulle leggi guidato anche dai vincoli internazionali e dall’evoluzione della giurisprudenza di Corti sovranazionali e internazionali⁸. Infine, nel 2009 entrava in

anni Quaranta, *in primis*) come «un sistema francamente socialista», in cui «il mercato funziona ancora, entro certi limiti»: T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, cit., p. 12.

³ *Ivi*, p. 80 ss.

⁴ W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano, 2013.

⁵ C. CROUCH, *Quanto capitalismo può sopportare la società*, Bari, 2014; G. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-Bari, 2021; A. SOMMA, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018.

⁶ G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006, p. 137 ss.

⁷ Volendo, cfr. A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte EDU*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2013, p. 9 ss.

⁸ Cfr. le notissime sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale italia-

vigore la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, con lo stesso valore dei Trattati (art. 6 TUE), con ciò consegnando anche ai giudici comuni un potente strumento di *enforcement* dei diritti capace di introdurre un sindacato di costituzionalità quasi-diffuso anche nei sistemi accentrati⁹.

Come mai, dunque, a fronte di tanto profluvio dei diritti, anche quelli sociali, e alla loro sempre più articolata “tutela multilivello”, si è contemporaneamente assistito al dilagare di fenomeni chiaramente regressivi rispetto alla marshalliana “cittadinanza sociale”? Si parte dallo svilimento della condizione di moltissimi lavoratori (costretti alla disoccupazione sempre meno tutelata economicamente o al c.d. lavoro povero), dal drastico taglio delle prestazioni sociali (previdenziali e assistenziali), per giungere all'assalto agli stessi diritti civili e politici di prima e seconda generazione (l'avvento delle c.d. democrazie illiberali nell'Europa centro-orientale, il fenomeno Trump negli USA e la de-costituzionalizzazione dell'aborto da parte della Corte suprema, ecc.). Una prima risposta ce la fornisce lo stesso Marshall, che nel 1950 prevedeva che l'avvento della c.d. cittadinanza sociale avrebbe posto la tutela dei diritti sempre più sulle spalle di Parlamento e consigli locali, anziché su quelle dei tribunali¹⁰, posta l'onerosità fiscale dei diritti sociali e le connesse esigenze pianificatorie. La crisi dei Trenta gloriosi è stata segnata dall'avvento di fenomeni, *in primis* economico-finanziari, che hanno fundamentalmente ridotto alla semi-impotenza Parlamenti e altri organi democratico-elettivi di livello sub-statale, togliendo loro di mano le irrinunciabili leve della manovra economica che la pianificazione intrinseca ai diritti sociali esige. Non si trattò solo di poteri privati scesi in guerra contro gli Stati democratici e usciti vittoriosi dalla battaglia, ma furono le stesse classi politiche degli Stati, a partire dagli USA, a perseguire la propria deresponsabilizzazione dinanzi alle difficoltà economiche e alla conflittualità sociale montanti, appaltando il governo della società al mercato e alle banche centrali indipendenti¹¹. Tuttavia, non va sottovalutata l'interpretazione che soggettivizza quel

na; per una mappatura comparativa in Europa, cfr. G. MARTINICO, G. POLLICINO, *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningen, 2010.

⁹ Cfr., problematicamente, F. MEDICO, *Il doppio custode. Un modello per la giustizia costituzionale europea*, Bologna, 2023.

¹⁰ T.H. MARSHALL, *op. cit.*, p. 62.

¹¹ M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costi-*

mutamento di fase, individuando in precisi centri di potere privato (statunitense) l'origine della controrivoluzione neoliberale¹².

Dunque, schematizzando al massimo, può anticiparsi che l'esuberanza dei diritti e l'attivismo delle Corti degli anni successivi alla fine del compromesso keynesiano hanno giocato un ruolo compensativo, di equivalente funzionale che, però, lungi dal garantire tutele equivalenti alle precedenti, ne offriva di diverse, in funzione prettamente legittimante del nuovo corso neoliberale impresso alle democrazie occidentali dalla svolta USA negli anni Settanta¹³. Guardando all'Europa, non va dimenticato che la CEDU costituì originariamente un progetto conservatore collocabile nel più ampio alveo di una politica dei diritti umani patrocinata per delegittimare il nazionalismo rivoluzionario delle sinistre: l'esaltazione della comune tradizione culturale dell'Europa cristiana alla base della costruzione europea della fine degli anni Quaranta del secolo scorso fu arricchito dalle forze conservatrici di un elemento tipicamente liberale, i diritti umani, così da dare alla sovranazionalità delle istituzioni europee una dimensione sia liberale, sia *romantica*, come in precedenza era accaduto con il nazionalismo¹⁴.

La rivendicazione dei diritti, che con i partiti di massa all'inizio del Novecento era assurta a fenomeno collettivo e altamente polemico, viene gradualmente risospinta a livello privato e individualistico, in funzione prevalentemente legittimante l'assetto dei poteri economici privati¹⁵. Si potrebbe instaurare, a tal proposito, un parallelo tra tutela dei diritti, che da "politica" si trasforma in "giurisdizionale", e

tuzionale, 1996, pp. 185 s.; S. EICH, *The Currency of Politics. The Political Theory of Money from Aristotle to Keynes*, Princeton, 2022, p. 184ss.

¹² M. D'ERAMO, *Dominio. La guerra invisibile dei potenti contro i sudditi*, Milano, 2020.

¹³ L. CAVALLARO, *Giurisprudenza. Politiche del desiderio ed economia del godimento nell'Italia contemporanea*, Macerata, 2015; A. SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, 2014. Sulla "non coassialità" dei diritti costituzionali e di quelli delle Carte internazionali e/o europee, cfr. R. BIN, *Critica alla teoria dei diritti*, Milano, 2018.

¹⁴ M. DURANTI, *The conservative Human Rights Revolution. European Identity, Transnational Politics, and the Origins of the European Convention*, New York, 2017, p. 350. Per un efficace excursus sull'idea di nazione, rivoluzionaria, reazionaria, liberale, fascista e repubblicana, cfr. C. DE FIORES, *L'incomprensione del presente. Spunti per una riflessione sull'idea di nazione nella giuspubblicistica italiana*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2023, p. 229 ss.

¹⁵ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, p. 230 ss.

tutela del reddito, che da pubblica (debito pubblico associato a una tassazione altamente progressiva) si trasmuta in privata (debito privato incentivato dalle banche grazie a politiche di deregolamentazione, inizialmente nel mondo anglosassone ma poi anche in Europa). È noto, infatti, che negli anni della finanziarizzazione dell'economia che precedettero la crisi economica scoppiata nel 2007, alla contrazione della spesa pubblica (e, solo in parte, del debito pubblico) ha fatto da contrappeso l'incredibile espansione del credito al consumo e poi dei c.d. mutui ipotecari, con grande giovamento per il settore bancario e la finanza privata¹⁶. Un fenomeno che si tende a collocare prevalentemente negli USA, ma che, invece, era già transitato in Europa prima della crisi economica. Nell'UE, in particolare, è stata proprio la BCE a perseguire politiche di rischiosa finanziarizzazione dell'attività bancaria privata, sotto il nobile manto della promozione di un mercato finanziario sempre più integrato¹⁷. Un fenomeno, quello dell'incentivazione del debito privato, che è all'origine di un mutamento di regime come quello dell'Ungheria illiberale di Orbán, il cui successo elettorale nel 2010 fu dovuto non solo alle responsabilità delle élite politiche precedenti per la crisi economica (nel 2008 l'Ungheria fu la prima a doversi sottomettere al commissariamento di FMI e UE), ma più in particolare alla protezione promessa (e poi concessa) da Orbán alle migliaia di famiglie vittime di politiche predatorie sui mutui ipotecari in valuta estera praticate dalle banche di altri Stati membri¹⁸.

I diritti «non sono una politica», come lamentava Marcel Gauchet nell'ormai lontano 1980, prefigurando «il rischio che [i diritti] vengano riutilizzati (...) come strumento di mistificazione per farci ingoiare la pillola di una politica necessariamente minimalista»¹⁹. E tuttavia proprio per compensare l'incombente svuotamento della politica da parte

¹⁶ C. CROUCH, *Quanto capitalismo può sopportare la società*, cit., p. 78 ss.; R. BELLOFIORE, F. GARIBALDO, *Quo vadis Europa. Un percorso critico in tre movimenti e mezzo*, in *Economia & Lavoro*, n. 3/2021, p. 139 ss.

¹⁷ D. GABOR, C. BAN, *Banking on Bonds: The New Links Between States and Markets*, in *Journal of Common Market Studies* 2016, v. 54, n. 3, p. 617 ss. Sulla politica delle scelte della BCE, cfr. A. CONZUTTI, *Prosegue il momento costituzionale della BCE. La "svolta verde" della politica monetaria*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 3/2022, p. 1 ss.

¹⁸ Volendo, cfr. A. GUAZZAROTTI, *Neoliberismo e difesa dello Stato di diritto in Europa. Riflessioni critiche sulla costituzione materiale dell'UE*, Milano, 2023, p. 104 ss.

¹⁹ M. GAUCHET, *I diritti dell'uomo non sono una politica*, in *Le Débat*, n. 3/1980, ripubblicato in Id., *La democrazia contro se stessa* (2002), Troina (En), 2005, p. 33.

dell'economia (privata), i diritti sono stati posti al centro dell'agenda politica, non più secondo logiche emancipatorie, bensì per esigenze di (ri)legittimazione di un nuovo ordine neoliberale: «(c)on la moralizzazione del diritto ci si illude di compensare la spolicizzazione dell'ordine»²⁰.

Questo ruolo “legittimante” dei diritti e delle Corti, quali (cattivi) equivalenti funzionali della tutela apprestata dalle istituzioni democratico-rappresentative (senza dimenticare, ovviamente, i sindacati) non è apparso subito in tutta la sua problematicità. Esso si è inizialmente presentato come eccellente strumento di superamento delle aporie e dei conflitti inter-ordinamentali che poneva la progressiva apertura degli ordinamenti nazionali verso l'esterno (specie in connessione con l'avanzamento dell'integrazione europea). Centrale è stato il ruolo dei diritti nel compromesso tra Corte costituzionale italiana e Corte di giustizia: è grazie all'idea di un dovere di equivalente protezione dei diritti inviolabili da parte delle istituzioni europee che si sono potute superare le crescenti aporie della separazione delle competenze tra Stati e Comunità e della compresenza di due distinti ordinamenti, separati ma integrati. La dottrina dei controlimiti²¹, imperniata sulla tutela equivalente dei diritti inviolabili, offre un concetto più duttile di quello del(l'impossibile) riparto *a priori* di competenze²², nella misura in cui si appunta non tanto *sul quanto* o *sul cosa* l'ordinamento dell'UE può fare senza giungere a svuotare la sovranità statale, bensì *sul come*. Fintanto che l'UE e la sua Corte rispetteranno i diritti inviolabili della persona, l'espansione dell'ordinamento europeo e la cessione di sovranità statale potranno procedere indefinitamente, sotto la rassicurante supervisione della Corte costituzionale²³.

2. L'altro lato dell'integrazione europea attraverso i diritti e le Corti: il popolo sotto tutela

Il noto dispositivo dei controlimiti è stato in grado di suscitare la falsa prospettiva secondo cui il potere normativo che transita dal level-

²⁰ G. PRETEROSSÌ, *Teologia politica e diritto*, Roma-Bari, 2022, p. 281.

²¹ C. cost. sentt. nn. 170/1984 e 232/1989.

²² F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1995, p. 15.

²³ G. ITZCOVICH, *op. cit.*, p. 433 ss.

lo nazionale a quello sovranazionale è sottoposto a garanzie equivalenti a quelle costituzionali interne, appunto, in termini di tutela dei diritti fondamentali, di sindacato di costituzionalità sul riparto delle competenze tra Unione e Stati membri, e simili. Si tratta di un modello che presuppone la ricostruzione di un equilibrio tra la dimensione sovranazionale e quella nazionale, per cui ciò che si perde a livello nazionale (il controllo di costituzionalità, ma più al fondo, la decisione *politica* sulla composizione dei beni costituzionali di volta in volta rilevanti) si ricrea a livello sovranazionale, secondo una visione ormai datata dei rapporti tra livelli di governo. Quell'ipotetica armonia presupposta dal modello in questione, infatti, si sarebbe potuta instaurare solo se si fosse avverata la previsione per cui, tra poteri di regolazione finalizzati alla tutela della concorrenza e alla costruzione del mercato unico devoluti al livello più elevato e poteri di redistribuzione finalizzati alle politiche del *welfare* trattenuti a livello nazionale, non si sarebbero scatenate interferenze destabilizzanti. Il che, tuttavia, non è stato²⁴.

Che il ruolo dei diritti e delle Corti abbia potuto e possa assumere tinte meno rosee di quelle difensive delle conquiste sociali avvenute specie durante i *Trenta gloriosi* è testimoniato da un particolare filone della giurisprudenza costituzionale, legato a doppio filo alle esigenze dell'integrazione europea, specie quella economico-monetaria inaugurata a Maastricht.

Durante gli anni della crisi economica e dell'austerità imposta dalle scelte emergenziali dell'UE, oltre al ricorso al sindacato (diretto o incidentale) sulle leggi²⁵, i tentativi resistenziali sono passati anche per l'attivazione dello strumento di democrazia diretta del referendum abrogativo (nonché, per certi versi, del referendum costituzionale, avuto riguardo alle vicende della fallita revisione costituzionale del 2015, intimamente imbricata alle riforme patrocinate dall'UE per ren-

²⁴ Cfr. F. W. SCHARPF, *The European social model: coping with challenges of diversity*, in *Journal of Common Market Studies*, 2002, p. 647ss.; C. JOERGES, F. RÖDL, *Informal Politics, Formalized Law and the "Social Deficit" of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval*, in *European Law Journal*, 1/2009, p. 1 ss.; A. MENÉNDEZ, *The 'Terrible' Functional Constitution of the European Union. 'Sound' Money, Economic Freedom(s) and 'Free' Competition*, in M. GOLDONI, M. A. WILKINSON (cur.), *The Cambridge Handbook of the Material Constitution*, Cambridge, 2023, p. 364 ss.

²⁵ Cfr. in particolare le sentt. n. 310/2013, n. 224/2014, nn. 10, 70 e 178 del 2015, n. 275/2016, n. 250/2017, su cui, volendo, cfr. A. GUAZZAROTTI, *Giustizia costituzionale e regime economico: fluidificare o resistere?*, in *Lavoro e diritto*, n. 1/2018, p. 55 ss.

dere maggiormente efficienti e “decidenti” le istituzioni nazionali)²⁶, Spiccano le richieste di abrogazione referendaria della riforma delle pensioni (*Fornero*) e della disciplina sui licenziamenti (*Jobs Act*), entrambe falciate dalle decisioni di inammissibilità pronunciate dalla Corte costituzionale²⁷. Ma queste vicende referendarie, così strettamente legate alla governance economica europea, sono imparentate con altre vicende referendarie ben più risalenti, anch’esse innescate da scelte economico-sociali ispirate se non imposte dall’integrazione economico-monetaria europea, in cui la Corte costituzionale ha giocato il ruolo cruciale di autorizzazione preventiva alla politicizzazione del conflitto tra ordinamenti attraverso il richiamo diretto al popolo.

Per avere un’idea di questo fenomeno, si ponga mente alla cruciale decisione assunta dalla Corte suprema irlandese nel caso *Crotty* del 1987 quando, alla vigilia della ratifica del fatidico Atto Unico Europeo del 1986, impose alle istituzioni rappresentative il diretto coinvolgimento del popolo attraverso il referendum costituzionale preventivo (valutando l’ampiezza dell’impatto costituzionale che le revisioni dei Trattati europei avrebbero recato)²⁸. In Italia, come noto, si scelse la strada opposta, aderendo alla tesi per cui la ratifica dei Trattati europei non necessiti di legge costituzionale (sent. n. 14/1964)²⁹, e tagliando così in radice il rischio di un eventuale referendum costituzionale ex art. 138 Cost. Una scelta sempre implicitamente riconfermata dalla giurisprudenza costituzionale successiva, la quale, con molto senno di poi, è stata giudicata un contributo alla deresponsabilizzazione della politica³⁰, ma che può interpretarsi anche come il rifiuto di democratizzare nel senso più ampio possibile determinate scelte economico-sociali cruciali per la tenuta dell’assetto valoriale della Costituzione repubblicana. Se si vuole, si trattò dell’immunizzazione anticipata (ma certo non inconsapevole) delle future decisioni politiche di ricorrere al

²⁶ Volendo, cfr. A. GUAZZAROTTI, *La subordinazione degli Stati al potere dei mercati finanziari attraverso la misurazione competitiva del diritto*, in *Politica del diritto*, n. 3/2018, p. 388 ss.

²⁷ Sentenze n. 6/2015 e n. 26/2017.

²⁸ *Crotty v. An Taoiseach* [1987] IR 713 (9 aprile 1987). Cfr. M. CAHILL, *Crotty after Pringle: The Revival of the Doctrine of Implied Amendment*, in *Irish Journal of European Law*, Vol. 17, n. 1/2014.

²⁹ Cfr. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, p. 276 ss.

³⁰ P. COSTANZO, *La Costituzione italiana di fronte al processo costituzionale europeo*, in *Consulta OnLine*, 2007.

“vincolo esterno” per costringere il Paese alle riforme neoliberali che, dall’entrata nello SME del 1979 in poi, sarebbero state indotte dall’appartenenza alla CEE e poi all’UE(M)³¹. Emblematica la concitata revisione costituzionale dell’art. 81 Cost. (l. cost. n. 1 del 2012)³², rispetto alla quale le forze politiche erano state (inutilmente) sollecitate a coinvolgere il popolo in funzione resistenziale rispetto ai diktat europei, semplicemente ricorrendo allo stratagemma di far mancare in una delle due Camere la maggioranza dei due terzi e consentendo così la possibilità di richiedere il referendum costituzionale³³.

3. (*segue*): i referendum abrogativi come atti resistenziali e il ruolo tutorio della Corte costituzionale

Il ricorso al referendum abrogativo in ambito giuslavoristico e previdenziale risale all’inizio degli anni Ottanta e ha una funzione analogamente “resistenziale” a quella dei citati referendum del 2015-17 (sulla riforma delle pensioni *Fornero* e sul *Jobs Act*: cfr. *infra*) nel senso di tentativi di reagire a tendenze politico-legislative tese a perseguire la moderazione salariale, la revisione *in peius* del regime pensionistico, la liberalizzazione del mercato del lavoro, ossia a politiche di sostanziale deflazione salariale e di incentivo alla previdenza privata.

Nel 1982, il piccolo partito d’opposizione della Democrazia proletaria propose l’abrogazione della l. n. 91/1977 sulla de-indicizzazione dell’indennità di anzianità dagli scatti di contingenza, di cui si contestava l’iniquità (stante l’inutile sacrificio imposto ai lavoratori al fine di ridurre l’inflazione, che però non diminuiva), nonché il quesito referendario per l’estensione dell’art. 18 St. lav. anche alle piccole imprese. Se, rispetto a questo secondo quesito, la Corte ne dichiarava l’inammissibilità per eterogeneità (sent. n. 27/1982), con riguardo al primo, dichiarato ammissibile (sent. n. 26/1982), il legislatore interveniva con la riforma che introduceva il nuovo istituto del TFR (l. n. 297/1982),

³¹ K. FEATHERSTONE, *The Political Dynamics of Vincolo Esterno: the Emergence of EMU and the Challenge to the European Social Model*, in *Queen’s Papers on Europeanisation* n. 6/2001.

³² C. BERGONZINI, *Parlamento e decisioni di bilancio*, Milano, 2014, p. 116 ss.

³³ Cfr. G. FERRARA, *Regressione costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 18 aprile 2012; S. RODOTÀ, *Lo scippo della Costituzione*, su *La Repubblica*, 20 giugno 2012.

riuscendo così ad evitare il referendum³⁴. Più note le vicende relative al quesito referendario proposto da PCI e (parte della) CGIL nel 1985 contro la famigerata riforma della scala mobile, anch'essa ispirata all'esigenza di ridurre l'inflazione sacrificando i diritti dei salariati. La Corte ammetteva il referendum (sent. n. 35/1985) e l'esito della consultazione è noto: la personalizzazione del voto da parte del Presidente del Consiglio Craxi trasformò il referendum in un pseudo-plebiscito a favore o contro il governo, i "No" superarono i "Sì" di quasi dieci punti percentuale, con un'affluenza elevata, segnando una chiara sconfitta del PCI e della stessa CGIL³⁵, nonché una prima affermazione del neoliberalismo in Italia, di cui la "marcia dei quarantamila" a Torino nell'ottobre del 1980 era stata una chiara avvisaglia.

Nel 1990 Democrazia proletaria torna alla riscossa con un quesito mirante ad estendere l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori anche alle piccole imprese: ammesso dalla Corte (sent. n. 65/1990), il referendum sarà impedito dal legislatore con la legge n. 108/1990, che introduceva un'abrogazione ritenuta "sufficiente" dall'Ufficio centrale per il referendum. Quesito referendario e legge antireferendum avevano chiaramente oggetti diversi (il legislatore estendeva la tutela obbligatoria a quei rapporti di lavoro ancora sottoposti al licenziamento *ad nutum*, intervenendo sulla legge del 1966, mentre i promotori chiedevano l'estensione della tutela reale anche alle piccole imprese, intervenendo sullo St. lav., l. n. 300/1970); ciononostante, sia l'Ufficio centrale sia la Corte costituzionale congiurarono contro lo svolgimento del referendum, alleandosi con la (stragrande) maggioranza delle forze parlamentari che quel referendum volevano evitare³⁶.

Ma è nel 1994 la tornata referendaria cruciale, per il fatto di cadere a valle degli impegni al rigore finanziario assunti con il Trattato di Maastricht: un quesito referendario riguardava la rappresentatività sindacale (proposto da Cobas, Rifondazione comunista ed altri), mentre

³⁴ A. BARBERA, A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 2003, p. 87 ss.

³⁵ A. DI GIOVINE, *Democrazia diretta e sistema politico*, Padova, 2001, p. 158, nt. 27.

³⁶ Cfr. l'ord. s.n. del 30 maggio 1990, in cui la Corte ribadiva l'impossibilità di contestare, attraverso il conflitto d'attribuzione tra poteri dello stato, il merito delle decisioni dell'Ufficio centrale per il referendum sulla mancata prosecuzione delle operazioni referendarie in caso di abrogazione 'sufficiente' (ex art. 39, l n. 352/1970, come manipolato dalla sent. n. 68/1978 della Corte costituzionale).

un grappolo di quesiti ruotavano all'abrogazione delle riforme adottate dal Governo Amato, miranti a riequilibrare i conti pubblici attraverso dismissioni del patrimonio immobiliare pubblico, il taglio delle pensioni e la rimodulazione dell'età pensionabile³⁷. Gli interventi legislativi oggetto dei quesiti erano accomunati dalla spinta neoliberalista delle privatizzazioni (posto che, anche per le pensioni, con la riforma si puntava espressamente a *favorire la costituzione della previdenza complementare privata*: art. 3, l. n. 421/1992). L'iniziativa referendaria parte da Rifondazione comunista, cui si aggregano, oltre a Verdi e Rete, lo stesso PDS³⁸. La Corte dichiarò inammissibili i quesiti con l'identica motivazione per cui il loro oggetto sarebbe stato strettamente collegato alla legge di bilancio (sent. n. 2/1994): nonostante non si trattasse, nel caso delle dismissioni, neppure di provvedimenti collegati alla legge finanziaria, la Corte compì un allargamento di una delle tipologie di legge enumerate dall'art. 75 Cost., smentendo i precedenti del 1982 e del 1985 (sui già citati quesiti contro la sterilizzazione della scala mobile: sent. 26/1982 e 34/1985), in cui aveva inteso in senso letterale il rinvio alla legge di bilancio dell'art. 75 Cost. Ma tali precedenti non vengono neppure citati dalla sent. n. 2/1994. Una sentenza con cui la Corte si assunse la responsabilità di una «estensione indiscriminata della categoria delle leggi [di bilancio]»³⁹, in modo da «poter in futuro limitare fortemente il possibile ricorso allo strumento referendario, escludendo un notevolissimo numero di leggi, soprattutto quelle aventi ad oggetto argomenti e materie di carattere sociale che vengono inevitabilmente ad essere collegate ad aspetti economici ed alla legge di bilancio»⁴⁰. Una sentenza controversa non solo in dottrina, ma anche per la stessa Corte, come testimoniato dal rifiuto del giudice relatore (nominato per due dei tre quesiti) di sottoscrivere la motivazione⁴¹. A incidere sul poco motivato *revirement* della Corte fu sia la situazione delle finanze pubbliche dopo la critica uscita dallo SME nel 1992, sia lo sforzo già intrapreso dall'Italia per rientrare tra i parametri di convergenza fissati dal Trattato di Maastricht per l'ammissione all'euro. Finanza pubblica e appartenenza all'Europa erano, già allora, tema-

³⁷ A. BARBERA, A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, cit., p. 148 ss.

³⁸ *Ivi*, p. 167, nt. 111.

³⁹ M. LUCIANI, *Articolo 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2005, p. 396 ss.

⁴⁰ R. ROMBOLI, *Annotazione*, in *Foro italiano*, n. 1/1994, p. 305 ss.

⁴¹ *Ibidem*.

tiche la cui delicatezza sconsigliava qualsiasi coinvolgimento diretto dell'elettorato, secondo uno schema che avrà modo di ripetersi (cfr. *infra*). Una dimensione, quella economico-europea, che sempre più si intreccia con l'uso resistenziale del referendum in materia di diritti dei lavoratori. Non a caso, del resto: se l'euro è lo strumento di disciplinamento dei lavoratori e dei sindacati, a tutela dell'obiettivo primario della stabilità dei prezzi, tra le conseguenze necessarie non v'è solo la neutralizzazione delle lotte sindacali, bensì anche la neutralizzazione delle "lotte referendarie", onde evitare che ciò che si è messo fuori dalla porta non rientri dalla finestra.

Il 2000 è l'anno in cui si registra l'ondata dei referendum radicali in materia di lavoro, previdenza e assistenza: a differenza delle iniziative referendarie precedenti e successive in tali ambiti, l'iniziativa dei radicali punta ad accelerare la rivoluzione neoliberista, non certo a resistervi. Sebbene soltanto alcuni dei molti quesiti riescano a superare il vaglio d'ammissibilità⁴², cruciale è la posizione assunta dalla Corte sul referendum mirante ad abrogare l'art. 18 St. lav. Nel dichiarare ammissibile tale quesito referendario, la Corte affermò che la tutela reale contro i licenziamenti illegittimi non rappresenterebbe la sola garanzia possibile, né quella imposta indefettibilmente dalla Costituzione, al suo art. 4 (sent. n. 46/2000). La normativa di risulta (generalizzazione della tutela obbligatoria) sarebbe stata, infatti, una garanzia sufficiente⁴³. La visione della Corte appare difforme da quella che sembra aver ispirato i Padri costituenti e le stesse forze politiche negli anni della costruzione dello Stato sociale: la tutela reale contro i licenziamenti rappresenta una tappa fondamentale nel perseguimento di uno degli obiettivi centrali della Costituzione, quale la progressiva emancipazione del lavoro dal capitale⁴⁴. La Corte non ha l'ardire di smentire fron-

⁴² Inammissibili vengono dichiarati: il quesito sull'abrogazione del monopolio dell'INAIL (sent. 36/2000), sugli istituti di patronato e assistenza sociale (sent. 42/2000), sulle tutele del lavoro a domicilio (sent. n. 49/2000), sul lavoro a tempo indeterminato e part-time (sentt. nn. 41 e 45/2000).

⁴³ Cfr. le critiche di F. MODUGNO, *Ancora una «rassegna» sull'ammissibilità dei «referendum» abrogativi, dopo venti anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2011, p. 1819, nt. 72; C. DE FIORES, *L'incoerente decisione della Corte costituzionale sulla libertà di licenziare. Osservazioni sulla sent. cost. n. 46/2000*, in *Giurisprudenza italiana*, 2000, p. 1551.

⁴⁴ Cfr. C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Il diritto del lavoro*, 1954, I, pp. 149ss.; M. BENVENUTI, *Lavoro (principio costituzionale del)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XX, Roma, 2009, p. 1 ss.

talmente tale visione: «la disposizione [di cui all'art. 18 St. lav.] è indubbiamente manifestazione di quell'indirizzo di *progressiva garanzia* del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 della Costituzione, che ha portato, nel tempo, ad introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro, secondo garanzie affidate alla discrezionalità del legislatore». La Corte, tuttavia, ritiene che quella discrezionalità legislativa possa anche retrocedere dalla *più piena attuazione attuale* a una *meno piena*, ossia da una garanzia *progressiva* a una *regressiva* dei diritti fondamentali costituzionali, primo tra tutti il diritto al lavoro⁴⁵. La Costituzione si trasforma, così, da un programma di emancipazione del lavoro a un insieme di garanzie minime dei diritti dei lavoratori, il cui livello è rimesso alla prudente valutazione della stessa Corte⁴⁶. Ma, a seguire la teoria della crisi fiscale dello Stato (ossia la vulgata che ha seguito buona parte della sinistra europea per giustificare la regressione legislativa nella tutela dei diritti sociali), l'atteggiamento della Corte è perfettamente coerente con l'esigenza di piegarsi alla minaccia della "fuga dal conflitto democraticamente regolato" da parte del capitale⁴⁷: la decisione della Corte sull'abrogabilità dell'art. 18 St. lav. certifica la precarietà delle conquiste sociali promesse dalla Costituzione e temporaneamente realizzate dal legislatore.

Al programma di (contro) riforme del diritto del lavoro annunciato dal governo di centro-destra (il Libro bianco dell'allora Ministro del lavoro Maroni, presentato nell'ottobre del 2001) per deregolamentare il mercato del lavoro, nel rifiuto di ogni concertazione col sindacato, provò ad opporsi Rifondazione comunista e la FIOM con il quesito referendario sull'estensione dell'art. 18 St. lav. a tutte le imprese, comprese quelle "di tendenza" (dunque, anche lo stesso sindacato). Il referendum, dichiarato ammissibile (sent. n. 41/2003) nonostante la sospetta eterogeneità dell'inclusione nel quesito delle imprese di tendenza, non fu affatto ostacolato dal governo di centrodestra: risultava, infatti, evidente l'effetto disgregativo che il quesito aveva all'interno della sinistra e del sindacato stessi. La FIOM (assieme a Rifondazione comunista, Verdi e la sinistra dei DS) appoggiò il quesito contro il resto

⁴⁵ F. MODUGNO, *Ancora una «rassegna»*, cit., p. 1823.

⁴⁶ E. GROSSO, Totem e tabù. *Quando non ha più senso l'omaggio formale a lontani e superati precedenti*, in F. MODUGNO, G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, Torino, 2001, p. 268.

⁴⁷ R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2007, p. 27 ss.

della CGIL, mentre CISL e UIL, nonché ovviamente la Confindustria e la maggioranza delle forze politico-parlamentari boicottarono l’iniziativa invitando all’astensione: l’esito fu, appunto, quello di un’astensione record che invalidò l’esito del voto referendario (di per sé nettamente favorevole alla proposta dei promotori)⁴⁸.

4. (segue): i referendum sulle pensioni (2015) e sul Jobs Act (2017): immunizzazione dell’economia e costruzione del soggetto a-conflittuale

Veniamo, infine, ai giudizi di ammissibilità sui quesiti referendari che più incarnano la logica dello schema del vincolo esterno (de-politicizzazione della scelta legislativa che attua il vincolo, cui segue il tentativo di ri-politicizzazione attraverso l’abrogazione referendaria). Il primo quesito è quello sulla riforma delle pensioni (*Fornero*), adottata con decretazione d’urgenza⁴⁹ dal governo di soli tecnici (Monti) nel 2011, formatosi dopo le note vicende dello spread e la lettera della BCE nell’estate 2011 e la “sfiducia” al Governo Berlusconi decretata dai c.d. “mercati”⁵⁰. Il quesito è posto da uno dei pochi partiti rimasti all’opposizione in quel frangente, la *Lega Nord* (poi *Lega per Salvini premier*). L’inammissibilità decisa dalla Corte con la sent. n. 6/2015 ricalca il già illustrato precedente della sent. n. 2/1994: trattandosi di un provvedimento autoqualificato dal Governo come “collegato” alla legge di stabilità, la Corte lo assimilò alla legge di bilancio di cui all’art. 75 Cost. La decisione fu criticata, in quanto si sarebbe quantomeno dovuto dimostrare che i provvedimenti collegati sono inabrogabili solo nella misura in cui contribuiscono *da subito* a garantire l’equilibrio di bilancio stabilito dalla manovra finanziaria, mentre la riforma *Fornero* delle pensioni prevedeva effetti finanziari solo a partire dal 2026⁵¹. E

⁴⁸ G. GHEZZI, *Fatti e misfatti: il diritto del lavoro nella «repubblica dei referendum»*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 1/2004, p. 4.

⁴⁹ Art. 24, d.l. n. 201/2011.

⁵⁰ A. RUGGERI, *Art. 94 della Costituzione vivente: ‘Il Governo deve avere la fiducia dei mercati’ (nota minima a commento della nascita del Governo Monti)*, in *Federalismi.it*, n. 23/2011.

⁵¹ G. SALERNO, *L’inammissibilità del quesito referendario sui trattamenti pensionistici: un “doppio” approccio dai problematici risvolti*, in *Federalismi.it*, n. 2/2015, p. 8. Cfr. anche P. CARNEVALE, *Sulle sentenze di inammissibilità nn. 5 e 6 del 2015: un*

tuttavia è chiaro che la manovra era un impegno verso le istituzioni europee – BCE *in primis* – affinché queste ultime non lasciassero che si scatenassero ancora una volta i famigerati mercati sul debito pubblico italiano. L'esito è quello per cui ogni grande riforma pensionistica orientata alla riduzione della spesa previdenziale finisce per essere, *per sua stessa natura*, sottratta alle “pulsioni primordiali” che l'abrogazione referendaria può scatenare nell'elettorato. Anche il secondo motivo d'inammissibilità – la presunta disomogeneità della disciplina da abrogare – non sembra reggere alle critiche mosse dalla dottrina, stante la chiara *ratio* unificante della riforma pensionistica in questione⁵².

Il quesito referendario sul *Jobs Act* deciso con la decisione di inammissibilità n. 26 del 2017 riguardava la (contro)riforma della disciplina dei licenziamenti illegittimi dello Statuto dei lavoratori operata dal Governo Renzi: esso era stato presentato (assieme ai quesiti sull'appalto di lavoro e sui c.d. *voucher* per il lavoro accessorio) da una CGIL decisa a mobilitare la propria base attraverso l'iniziativa referendaria (su ogni quesito, in effetti, furono raccolte oltre un milione di firme). Si trattò di un chiaro tentativo di attivare una resistenza popolare nel mondo del lavoro, dinanzi a governi più o meno tecnici palesemente avversi alla concertazione con i sindacati e assai interessati al “riconoscimento dei pari” (nel Consiglio europeo)⁵³ e dei mercati (agenzie di *rating*, grandi banche globali, ecc.). Il quesito venne dichiarato inammissibile in quanto manipolativo: in effetti, la CGIL non mirava semplicemente a restaurare il precedente regime di tutela reale contro i licenziamenti illegittimi, bensì a estenderlo a situazioni che anche prima della contro-riforma ne erano prive (imprese con meno di 15 dipendenti), ricorrendo però a un'abrogazione parziale che finiva per estendere a tutte le imprese con meno di 5 dipendenti la regola della sola tutela obbligatoria vigente per le piccole imprese agricole. L'operazione veniva ritenuta manipolativa dalla Corte e la normativa di risulta «estranea al contesto normativo», sulla scorta del precedente sulla pubblicità nelle trasmissioni televisive pubbliche (sent. n. 36/1997). Una decisione discutibile, specie alla luce di precedenti più omogenei

doppio “no” che dà da pensare, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2015, p. 397; A. GIOVANNINI, *Stabilità dei conti pubblici e sovranità popolare (il referendum negato sulla “legge Fornero”)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2015, p. 629 ss.

⁵² G. SALERNO, *L'inammissibilità*, cit., p. 5.

⁵³ Cfr., volendo, A. GUAZZAROTTI, *Riforme del mercato del lavoro e prescrittività delle regole costituzionali sulle fonti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2014.

“*ratio materiae*”, come quello sulla rappresentatività sindacale (sent. n. 1/1994), di segno almeno altrettanto manipolativo, ma, come si disse, figlio dello spirito dei tempi (il referendum aprì le porte alla polverizzazione della rappresentatività sindacale in azienda)⁵⁴. Se si confronta, poi, il quesito della CGIL del 2017 con quello di Rifondazione del 2003, per l’abrogazione totale della soglia dei 15 dipendenti (dichiarato ammissibile con la sent. n. 41/2003, cit.), si rileva come quest’ultimo avrebbe comportato la creazione di una regola-principio nuova, contraria alla *ratio* legislativa sull’esigenza di immunizzare dalla regola della reintegra le piccole imprese in cui prevalgono presumibilmente rapporti fiduciari; assai più rispettosa del complessivo tessuto della legge era dunque l’abrogazione “con ritaglio” proposta dalla CGIL nel 2016, che lasciava fuori le micro imprese dalla tutela reale contro i licenziamenti illegittimi⁵⁵. Ma le decisioni sulla manipolatività alla luce del tessuto normativo entro cui va a collocarsi la normativa di risulta, si sa, sono quanto di più discutibile possa esservi: non stravolgeva la *ratio* originaria della legge elettorale per il Senato l’abrogazione referendaria della soglia del 65% necessaria per l’applicazione dell’uninomiale (maggioritario “*plurality*”) al posto del sistema proporzionale? Non si smentiva frontalmente l’implicito ripudio della regola anglosassone del *first-past-the post* espresso dal legislatore del 1948, assieme con l’esigenza di condizionare a un minimo di rappresentatività l’opzione del collegio uninominale? Ma anche in quel caso, la Corte (sent. n. 32/1993) aveva dalla sua il “vento della storia”⁵⁶!

L’orientamento della Corte costituzionale, specie a partire dalla cruciale estensione della categoria delle leggi di bilancio ai fini dell’inabrogabilità (sent. n. 2/1994), è riconducibile agli schemi di un ruolo protettivo del popolo dalle proprie pulsioni (un popolo sotto tutela⁵⁷) e, al contempo, di immunizzazione della sfera economico-tecnocratica (oggi in gran parte coincidente con il diritto e la *governance* dell’UE)

⁵⁴ U. ROMAGNOLI, *La deriva del diritto del lavoro (Perché il presente obbliga a fare i conti col passato)*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1/2013, p. 19.

⁵⁵ Cfr. G. ORLANDINI, *I referendum manipolativi e le norme cardine del diritto del lavoro statutario (artt. 18 e 19)*, in A. ZOPPOLI, S. STAIANO (a cura di), *Il diritto del lavoro alla prova dei referendum*, Napoli, 2018, p. 85 ss.; nonché, volendo, A. GUAZZAROTTI, *Corte costituzionale e sindacato dinanzi alla costruzione del soggetto (a)conflittuale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018, pp. 32s.

⁵⁶ Cfr., *ex multis*, A. MANGIA, *Referendum*, Padova, 1999, p. 304 ss.

⁵⁷ Cfr. A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, 2003, p. 105 ss., 129.

da ogni contestazione popolare organizzata. In modo non troppo dissimile da quanto avvenuto alla vigilia della formazione del Governo “Conte 1”, con il rifiuto da parte del Presidente della Repubblica di nominare a Ministro dell’economia Paolo Savona, per le sue presunte mire di uscita dall’Eurozona⁵⁸, la Corte evita al popolo-bambino di farsi male, attirando su di sé le ire dei mercati e degli investitori stranieri (ma meglio sarebbe dire: attirando l’ira delle autorità europee, che, in assenza della sovranità monetaria degli Stati membri, possono con la loro inerzia connivente lasciare che le «squadre paramilitari» dei mercati del debito pubblico scatenino la dovuta dose di panico disciplinante⁵⁹). Il che rappresenta, in fondo, la coerente evoluzione della scelta primigenia di trattare le leggi di ratifica dei Trattati europei come leggi qualunque, capaci, in virtù del sempre più stiracchiato art. 11 Cost., di operare qualsiasi cessione di sovranità popolare in favore dell’ordinamento europeo, senza rischi di coinvolgimento popolare. Ma sarebbe questa una ricostruzione ancora parziale della giurisprudenza costituzionale e del suo contributo alla “de-costruzione” e “ricostruzione” del soggetto posto al centro del progetto costituzionale repubblicano del 1948.

5. Giurisprudenza costituzionale sul *Jobs Act* e “materialità” del diritto al lavoro

Nello stesso anno in cui la Corte bocciava il citato referendum abrogativo sulla riforma Amato delle pensioni (sent. n. 2/1994), la Corte si ergeva a paladina delle fasce più deboli di popolazione che norme strettamente connesse a quella riforma stavano colpendo. Con la famosa sentenza sull’integrazione al minimo delle pensioni (sent. n. 240/1994), la Corte ebbe indubbiamente il coraggio di garantire diritti di *welfare* a costo di produrre una significativa alterazione degli equilibri di bilancio, tanto da destare le ire del primo Governo Berlusconi. Significativa è, però, la replica alle critiche governative formulata in conferenza stampa dall’allora Presidente della Corte Casavola,

⁵⁸ Cfr. G. GUERRA, *Il garante del “vincolo esterno”*. *Appunti sul ruolo del Presidente della Repubblica dopo Maastricht*, in *Democrazia e diritto*, n. 2/2022, p. 101 ss.

⁵⁹ A. TOOZE, *Time to expose the reality of ‘debt market discipline’*, in *Social Europe*, 25 maggio 2020.

secondo cui la sentenza mirava semplicemente a garantire «il diritto costituzionalmente garantito di non morire di fame»⁶⁰. Per la Corte, i principi costituzionali di solidarietà ed equità imponevano «una disciplina transitoria che assicurasse un passaggio graduale al trattamento meno favorevole» (sent. n. 240/1994, cit., punto 6). Potremmo tradurre questo «doppio movimento» della Corte nell'esigenza di rendere il passaggio all'austerità meno drastico e più sostenibile da parte delle fasce più deboli della popolazione, senza però mettere in discussione la scelta economica di fondo perseguita dalle istituzioni in quella cruciale congiuntura. Più che a compiere, o meglio, consentire atti di frontale «resistenza costituzionale» al nuovo corso, la Corte sembra disposta a opporsi a mutamenti così rapidi da impedire ai soggetti «spossessati di adattarsi alle mutate condizioni senza danni fatali per la loro sostanza umana»⁶¹.

Stesso copione si è prodotto con la contro-riforma della disciplina dei licenziamenti, in cui la Corte, respinta l'ipotesi di un referendum abrogativo su una disciplina già offerta in pegno dal Governo Renzi alle istituzioni europee (le famigerate «riforme strutturali» in cambio di flessibilità di bilancio), si è però adoperata per limare le punte più aspre di quella riforma, lasciandone intatto l'impianto neoliberale.

Con la nota sent. n. 194 del 2018 la Corte ha abbattuto l'automatismo stabilito dal Jobs Act (d.lgs. n. 23 del 2015) che degradava la dignità del lavoratore illegittimamente licenziato, forfetizzando il ristoro del danno a due mensilità dell'ultima retribuzione per ogni anno di servizio. Con questa decisione la Corte consentiva al giudice di valutare l'adeguatezza dell'indennizzo anche alla luce di criteri ulteriori all'anzianità di servizio (numero dei dipendenti, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti, come già previsto dalla l. n. 604/1966 e dall'art. 18 Statuto lav.), pur restando entro la forbice del minimo e massimo di legge (da 6 a 36 mensilità, in virtù della correzione verso l'alto nel frattempo operata dal c.d. *Decreto dignità*, d.l. n. 87/2018). Intervento analogo la Corte ha fatto con la sent. n. 150 del 2020, in cui veniva in ballo il calcolo dell'indennità nei licenziamenti disciplinari illegittimi per vizi di forma e/o di procedura: per la Corte, non si giustificerebbe una logica diversa e deteriore rispet-

⁶⁰ Cfr. L. ELIA, *Coerenza giurisprudenziale della Corte e squilibrio nella finanza pubblica*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. I/1994, p. 343.

⁶¹ K. POLANYI, *La grande trasformazione* (1944), Torino, 2010, p. 49 ss.

to ai vizi sostanziali dei licenziamenti, posto che forme e procedure, nel delicatissimo frangente dell'espulsione del lavoratore dall'impresa, «non sono vuote prescrizioni formali, ma concorrono a tutelare la dignità del lavoratore» (§ 7)⁶². E tuttavia, l'intervento della Corte rischia di essere un mero correttivo a un dispositivo disciplinante neolibérale che resta sostanzialmente invariato⁶³.

La disciplina introdotta nel 2015 altera la posizione dei lavoratori dinanzi a un bene fondamentale come la conservazione del posto di lavoro a fronte di un licenziamento illegittimo sulla base della mera data dell'assunzione (prima o dopo l'entrata in vigore della riforma dell'art. 18 Statuto lav.). Nella stessa impresa convivranno lavoratori garantiti dalla tutela reale (vecchio art. 18) e lavoratori con la mera tutela indennitaria (contratto "a tutele crescenti"). Per la Corte l'elemento temporale può ragionevolmente valere da discriminare, posto che esso è coerente con lo scopo del legislatore neolibérale «di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione» (sent. 194/2018, § 5.4 del *Considerato in diritto*). Accettando così pianamente la bontà dell'obiettivo perseguito dal Legislatore la Corte finisce, però, per consentire al fine legislativo di assorbire in sé la giustificazione dei mezzi⁶⁴. Abbassare così drasticamente le tutele per i lavoratori "neoassunti" (prevalentemente i giovani che entrano nel mercato del lavoro) non avrebbe dovuto imporre un test di proporzionalità completo, ossia, una valutazione circa la congruità dei mezzi al fine e della loro proporzionalità alla luce di alternative meno costose⁶⁵? Invertire la regola (la tutela reintegratoria) con l'eccezione (la forfettizzazione) in modo non congiunturale bensì stabile, per fronteggiare situazioni di crisi occupazionali legate alla situazione contingente, non avrebbe dovuto suggerire alla

⁶² Cfr. anche la sent. n. 59 del 2021, che, intervenendo sulla legge Fornero del 2012, estende la tutela reale in caso di insussistenza del fatto posto alla base di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo (già prevista in caso di licenziamento per giustificato motivo soggettivo): ma si trattava, al momento della decisione della Corte, di una disciplina residuale, che il *Jobs Act* ha relegato ai rapporti di lavoro anteriori al 2015.

⁶³ Anche dopo le sentt. n. 22 e n. 44 del 2024, aventi sempre per oggetto la disciplina dei licenziamenti del *Jobs Act*.

⁶⁴ S. GIUBBONI, *Il contratto di lavoro «a tutele crescenti»*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 2/2019, p. 13 ss.

⁶⁵ G. FONTANA, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back*, in *Biblioteca "20 Maggio"*, n. 2/2018, p. 468 ss.

Corte prospettive diverse⁶⁶? La sentenza resta, in questo modo, entro il paradigma neoliberale per cui il mercato del lavoro tenderebbe al pieno impiego se solo venisse liberato dai lacci del diritto del lavoro concepito dal vecchio paradigma: la disoccupazione sarebbe causata dall'eccesso di garanzie contro i licenziamenti illegittimi⁶⁷. E se il presupposto economico fosse del tutto erratico? Era stata proprio l'OCSE, che nel 1994 aveva inaugurato l'indice di rigidità del mercato del lavoro, a smentire nel 2004 l'esistenza di correlazioni dimostrabili tra tasso d'occupazione e facilità di licenziamento⁶⁸. Semmai, le analisi economiche (non *mainstream*) ci dicono che l'unica correlazione plausibile è quella tra abbassamento delle tutele e abbassamento dei salari⁶⁹. Ma non c'è modo di verificarlo quel presupposto economico, di verificare, cioè, quanto siano cresciuti i “nuovi” contratti a tempo indeterminato rispetto all'occupazione precaria, perché le assunzioni promesse dall'allora governo Renzi non si basavano solo sulla (relativa) liberalizzazione dei licenziamenti, ma anche sulla potente droga degli incentivi economici a favore delle imprese che avessero assunto ricorrendo al nuovo contratto “a tutele crescenti”, tanto che quegli incentivi risultavano superiori a quanto il datore avrebbe dovuto pagare per liberarsi del lavoratore neo-assunto con un licenziamento arbitrario entro i primi 3 anni⁷⁰.

6. (segue): giurisprudenza costituzionale sul *Jobs Act* e limiti del bilanciamento

Passano pochi anni e un altro giudice del lavoro torna all'assalto dei bastioni neoliberali eretti dal *Jobs Act*. La Corte d'appello di Napoli, forse illusa che le ficcanti critiche di parte della dottrina al sindacato di ragionevolezza svolto dalla Corte sul criterio temporale

⁶⁶ *Ivi*, p. 470.

⁶⁷ Cfr. anche la sent. n. 44 del 2024, punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁶⁸ V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in M. P. IADICICCO, V. NUZZO (a cura di), *Le riforme del diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative*, Napoli, 2016, p. 59 ss.

⁶⁹ L. CAVALLARO, *Il giudice del lavoro tra interpretazione “creativa” e fedeltà alla legge*, in *Giustizia insieme*, 21 ottobre 2023.

⁷⁰ V. CIRILLO, M. FANA, D. GUARASCIO, *Labour market reforms in Italy: evaluating the effects of the Jobs Act*, in *Economia Politica*, n. 2/2017, vol. 34, p. 211 ss.

discriminante avessero fatto breccia nel discorso egemonico, ripropone una questione analoga, ex art. 3 Cost., sull'arbitraria discriminazione tra lavoratori garantiti dall'art. 18 St. lav., e lavoratori assunti col famigerato "contratto a tutele crescenti". La questione, stavolta, investiva i licenziamenti collettivi, rispetto ai quali, in effetti, la discriminazione tra lavoratori "vecchi" e "nuovi" entro la stessa impresa appare ancora più stridere con l'eguale dignità del lavoro. Se nel gruppo di lavoratori arbitrariamente esuberati con lo stesso atto illegittimo del datore, accanto a quelli licenziabili forfettizzando la violazione di legge ve ne sono alcuni assunti prima della fatidica data del 7 marzo 2015, solo questi ultimi avranno il "privilegio" di poter chiedere e ottenere la reintegra. Per il giudice *a quo*, «la ragione giustificatrice dello "scopo" perseguito dal legislatore, "di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione" [così la legge delega del Jobs Act], perderebbe significato in una procedura di esubero, nella quale l'individuazione dei lavoratori da licenziare deve basarsi esclusivamente su una puntuale applicazione di omogenei ed oggettivi criteri di scelta, poiché l'affievolimento radicale della sanzione amplificherebbe per tali lavoratori il "rischio" di perdere il lavoro, con un sacrificio irragionevole che si estende anche alla posizione previdenziale.» Ma non bastano le critiche della migliore dottrina a far mutar d'avviso la Corte costituzionale, che nella sent. n. 7 del 2024 ha ritenuto irrilevante la distinzione tra licenziamenti individuali e collettivi ai fini della disciplina delle garanzie del lavoratore, per poi ribadire la non irragionevolezza del fine legislativo (facilitare le assunzioni abbassando i "costi" di licenziamento arbitrario per le imprese) e la congruità a tale fine del criterio temporale adottato dal legislatore neoliberale del *Jobs Act*, come già fatto nella sent. 194 del 2018 (§ 16 del *Considerato in diritto*). La Corte stavolta aggiunge che «(a)nche la fissazione di un limite massimo dell'indennizzo risponde, del resto, alla ragione di fondo della legge delega di incentivare le nuove assunzioni con la previsione di conseguenze sanzionatorie certe e prevedibili in caso di licenziamento illegittimo» (§ 18.3). E questo per rafforzare l'indisponibilità della Corte a seguire il Comitato europeo dei diritti sociali che, su ricorso della CGIL, nel 2019 aveva dichiarato l'incompatibilità di quel tetto dell'indennizzo con la Carta sociale europea (§ 13).

L'altro motivo ispiratore della riforma neoliberale renziana era il superamento del c.d. nanismo delle imprese italiane, che a detta del

governo di allora era causato dai limiti al potere di licenziare del datore nelle imprese con più di 15 dipendenti. A distanza di quasi un decennio dalla (contro) riforma, quel nanismo non è affatto migliorato, anzi! E, tuttavia, il “nobile” intento di fare politiche industriali lasciando mano libera al potere di licenziare dell’imprenditore è intorbidato dal fatto che il *Jobs Act*, oltre al sedicente incentivo a ingrandire l’impresa assumendo dipendenti facilmente licenziabili, offre contraddittoriamente anche vantaggi alle piccole imprese che volessero restare tali. Il *Jobs Act*, infatti, rende ancora più “a buon mercato” il licenziamento illegittimo nelle piccole imprese (comprimendo l’indennizzo tra le 3 e le 6 mensilità, rispetto al quadro previgente, ancora applicabile ai vecchi contratti, che per i lavoratori con più anzianità contempla soglie massime ben più generose: art. 8, l. n. 604 del 1966). Il “Decreto dignità” del governo giallo-verde ha reso ancora più intollerabile la disparità di trattamento subita dai lavoratori delle piccole imprese, laddove, mentre elevava la forbice dell’indennità contro i licenziamenti individuali illegittimi nelle imprese maggiori (il delta delle 4-24 mensilità passava a 6-36), lasciava inalterata la forbice indecorosa per le imprese minori (3-6 mensilità). Un’aporia che è tale solo se si dimentica che il titolo completo di quel decreto è «Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese»⁷¹ e che la Lega era il socio di minoranza di quel governo. Del resto, quel decreto interveniva sul famigerato *Jobs Act*, acronimo che sta per *Jumpstart Our Business Startups Act* (legge per lo sviluppo delle nostre imprese in fase di decollo).

Dinanzi a questo palese svilimento della dignità dei lavoratori “figli di un dio minore”, la Corte costituzionale ha ammonito il legislatore, osservando che: a) quell’«esiguo divario tra un minimo di tre e un massimo di sei mensilità vanifica l’esigenza di adeguarne l’importo alla specificità di ogni singola vicenda, nella prospettiva di un congruo ristoro e di un’efficace deterrenza»; b) la dimensione numerica degli occupati, in presenza dell’innovazione tecnologica e della trasformazione dei processi produttivi, non può più dirsi rispondente all’effettiva capacità economica dell’impresa, così che quel criterio numerico non può più puntellare, sempre e comunque, «l’esigenza di non gravare di costi sproporzionati realtà produttive e organizzative che siano effettive».

⁷¹ Cfr., criticamente, F. LOSURDO, *Le delocalizzazioni fuori dalla Costituzione. Quali limiti all’iniziativa economica privata?*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, n. 3/2022, p. 383 ss.

vamente inidonee a sostenerli» (sent. n. 183 del 2022, § 5.2). Ma si tratta solo di un'ammonizione da cartellino giallo: mancano – per ora – punti di riferimento nell'ordinamento che possano consentire ai giudici di calcolare autonomamente un indennizzo per questi licenziamenti e, pertanto, alla Corte di demolire l'automatismo legislativo degradante la dignità dei lavoratori. Le questioni di costituzionalità vengono, pertanto, dichiarate inammissibili; e tuttavia la Corte minaccia, non senza contraddizione, di sostituire quei criteri di calcolo con altri più garantisti qualora perduri l'inerzia del Legislatore.

L'opzione neoliberale della estrema frammentazione della disciplina sulle tutele contro i licenziamenti illegittimi ha gradualmente ristretto il margine di operatività della tutela reale, prima con la riforma "Fornero" (l. n. 92/2012), poi con il *Jobs Act* (l. 183/2014 e d.lgs. 23 del 2015). La Corte costituzionale – è la stessa sent. n. 7 del 2024 a ricordarcelo – ha prima assecondato il moto di progressiva estensione della tutela contro i licenziamenti, alla fine dei c.d. "Trenta gloriosi" (l. 604/1966; l. n. 300/1970, Statuto lav.), per poi venir chiamata a legittimare il moto inverso della contro-riforma neoliberale. Cruciale fu, come noto, la già citata sent. n. 46 del 2000 che sdoganò il referendum radicale sulla liberalizzazione dei licenziamenti. Ed è la stessa Corte, non si sa se costernata o sardonica, a segnalarci, 24 anni dopo quella faticosa decisione, che la garanzia della reintegrazione «pareva una conquista irretrattabile di tutela nei confronti dei licenziamenti illegittimi» (sent. n. 7 del 2024, § 4.1). La sentenza n. 46 del 2000 giunge dopo che, per tutti gli anni Novanta, era passato il messaggio, basato su dottrine economiche mai suffragate empiricamente, per cui i lavoratori occupati stabilmente erano il principale nemico dei disoccupati, stravolgendo l'idea progressista per cui i primi avrebbero dovuto costituire la componente più avanzata dei salariati sul fronte del conflitto distributivo⁷².

Nondimeno, le virtù del bilanciamento dei diritti costituzionali consentono alle Corti di barcamenarsi e di non rinnegare il fondamento testuale della propria legittimazione. Il diritto al lavoro, per il «forte coinvolgimento della persona umana», viene ancora definito come «fondamentale» dalla Corte (sent. n. 194 del 2018, § 9.1; n. 7 del 2024, § 18.1). E, tuttavia, all'esito del bilanciamento dei principi sottesi al diritto al lavoro (art. 4 Cost.) e alla libertà d'impresa (art. 41 Cost.)

⁷² A. BARBA, M. PIVETTI, *La scomparsa della sinistra in Europa*, Reggio Emilia, 2016, p. 156.

non risulta precluso al legislatore forfettizzare il diritto fondamentale in questione, purché il ristoro monetario sia sufficientemente adeguato e dissuasivo (*ibidem*). Meglio sarebbe stato palesare che a essere fondamentale è (anche) la libertà d'impresa (nonostante la diversa collocazione e il ben diverso tenore dell'art. 41 Cost.), e che il legislatore neoliberale ha ritenuto *nella maggioranza dei casi* di licenziamento quest'ultima *più fondamentale* del diritto al lavoro⁷³. Perché la tutela meramente risarcitoria di diritti *davvero* fondamentali non dovrebbe essere ammessa, quando l'utilità dedotta nell'obbligazione risulti ancora conseguibile attraverso la cooperazione dell'obbligato, al quale non dovrebbe riconoscersi il potere di scegliere se forfettizzare o meno il frutto di una sua decisione arbitraria⁷⁴. «Il recesso si compie per la sola volontà del datore di lavoro, previa monetizzazione del posto di lavoro soppresso; volontà di potenza della ragione aziendale»⁷⁵. «Il meta-valore del bilanciamento (...) è la foglia di fico che non fa decidere, che non afferma né nega», che ammalia attraverso l'argomentazione della motivazione, mentre una *dottrina dei valori deve risolversi in una decisione*⁷⁶. E quella decisione viene presa *secondo una gerarchia di valori* frutto di rapporti materiali⁷⁷. Rapporti materiali che assai difficilmente potranno venir ribaltati (solo) ricorrendo alla c.d. *strategic litigation*, fatta di ricorsi sapientemente mirati dinanzi all'autorità giudiziaria o quasi-giudiziaria nazionale, sovranazionale e internazionale. Non quando l'egemonia è passata dall'altra parte, quando il soggetto del conflitto è stato neutralizzato attraverso il vincolo esterno della politica monetaria e dell'iper-liberalizzazione dei capitali. Che, invece, se assistita da quell'egemonia, la *strategic litigation* i suoi frutti li dà, eccome! Basti pensare a come la Corte di giustizia abbia proattivamente risposto alle sollecitazioni del capitale (almeno dalla fine degli anni

⁷³ Sulla natura non fondamentale del diritto di iniziativa economica privata, cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 43, adesivamente richiamato da P. PILUSO, "Costituzione economica" e teoria della costituzione materiale, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, n. 2/2023, p. 399 ss.

⁷⁴ V. BAVARO, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale. (Per una critica della dottrina del bilanciamento)*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 1/2019, p. 195.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ivi*, p. 184.

⁷⁷ *Ivi*, p. 185. Cfr. anche F. LOSURDO, *op. cit.*, p. 387; L. CAVALLARO, *Giurisprudenza*, cit., p. 76.

Settanta), trasformando le libertà di circolazione (specie dei capitali) in libertà fondamentali investite della *missione costituente* di far avanzare l'integrazione europea attraverso l'unificazione dei mercati, la *deregulation* e il "law shopping"⁷⁸.

7. Fluidificare più che resistere

Così arricchito, il quadro ci restituisce una Corte costituzionale disposta, più che alla "resistenza costituzionale", alla fluidificazione di un passaggio doloroso verso un nuovo tipo di ordinamento, fortemente imbricato in quello europeo e nelle sue logiche neo-(od ordo-)liberali⁷⁹. La visione mitizzata del giudizio di costituzionalità come «uno spazio difensivo ultimo, di tutela dei principi costituzionali» in materia giuslavoristica e previdenziale⁸⁰ sembra dettata più dall'inerzia dei concetti, che dall'effettiva rispondenza al paradigma attuale. C'è nella narrazione sulla Costituzione intesa come ultimo baluardo una sorta di iper-valutazione della giuridicità e sterilizzazione della politicità del testo costituzionale, che si offre a insidiose strumentalizzazioni. Eclatante, in questa prospettiva, l'esempio offerto dalla controriforma del diritto sindacale avutasi con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011 sulla c.d. contrattazione di prossimità: proprio quando scardina il modello costituzionale del sindacato e della contrattazione accentrata, quale perno del valore politico-pubblicistico delle relazioni industriali, il legislatore neoliberale attribuisce un'apparente centralità alla diretta applicazione della Costituzione, quale limite ultimo, giurisdizionalmente attivabile, alle deroghe al contratto nazionale e alla stessa legislazione ordinaria. L'art. 8, co. 2-*bis*, di quella legge, come noto, prevede infatti la possibilità di stipulare intese capaci di derogare alla legge e ai contratti collettivi nazionali, «(f)ermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro».

⁷⁸ R. BIN, *L'Unione europea rispetta i principi del rule of law?*, in *Consulta OnLine*, n. 1/2024, p. 150 ss.

⁷⁹ Cfr. A. SOMMA, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, 2014; F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2016.

⁸⁰ S. BUOSO, *Legalità e solidarietà nell'ordinamento dello stato sociale*, Napoli, 2017, p. 161.

Il ruolo della Corte costituzionale (non solo italiana) è profondamente diverso dal passato, in quanto calato nella globalizzazione a trazione finanziaria e nella conseguente messa in competizione degli stati, col suo corollario di *benchmarking* di interi ordinamenti giuridici, *forum shopping*, delocalizzazioni e movimenti di capitali speculativi, condizionamenti delle agenzie di rating, ecc.⁸¹. Se, in passato, il ruolo di contrappeso alle decisioni politiche nazionali legittimava il potere delle Corti costituzionali a partire dall'ipotesi (tradizionale) di istituzioni democratiche (teoricamente) onnipotenti perché sovrane, con una focalizzazione prevalente sul limite al potere politico, in seguito il ruolo di contrappeso diventa quasi superfluo, perché più efficacemente esercitato dai mercati (la minaccia di deflusso di capitali e delocalizzazioni rendono assai difficile imporre alle istituzioni rappresentative la difesa della sovranità, ad es. reintroducendo la monetizzazione del debito pubblico da parte di una banca centrale, o imponendo l'effettiva progressività delle imposte o la tutela reale contro i licenziamenti, ecc.). Specularmente, un controllo giurisdizionale del potere pubblico che miri a costringere quest'ultimo a far valere i valori e fini costituzionali contro le pretese dei mercati, appare uno sforzo inane. Paradossalmente, più che di nuove tecniche di sindacato di costituzionalità e di una Corte costituzionale più ardimentosa, per iniziare a contrastare lo strapotere dei mercati avremmo bisogno di una pressoché completa rinazionalizzazione del debito pubblico, da porre saldamente in mano a piccoli e medi risparmiatori dotati di un certo grado di "patriottismo", sul modello giapponese. Come acutamente rilevato, bisognerebbe rivedere la ormai trita vulgata sul *Rule of Law*/Stato di diritto, che punta esclusivamente il dito contro i poteri di un fantomatico Leviatano politico, per riscoprire le radici di quel principio che invece hanno molto a che fare con il contenimento degli strapoteri privati⁸². Ma sarebbe allora da chiedersi se l'apologia del costituzionalismo dei diritti⁸³ sia la

⁸¹ A. SOMMA, *Mercificare il diritto. La via liberista alla tutela della differenza*, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004, p. 60 ss.; A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres: cours au Collège de France (2012-214)*, Parigi, 2015, p. 174 ss.; nonché, volendo, A. GUAZZAROTTI, *La subordinazione degli Stati al potere dei mercati*, cit.

⁸² R. BIN, *Rule of law e ideologie*, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, 2016, p. 37 ss.; G. PRETEROSSO, *Senza freni. La de-costituzionalizzazione neoliberale*, in *Teoria politica*, 2019, Annali IX, p. 34 ss.

⁸³ G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017.

strada migliore per contenere i poteri privati, i tanti “antisovrani” che azzerano il potenziale emancipativo della sovranità popolare e della democrazia costituzionale⁸⁴. Il costituzionalismo dei diritti non punta a riattivare il soggetto del conflitto democratico, considerando anzi la democrazia un principio al pari di altri e con questi bilanciabile⁸⁵; non si pone il problema di quale sia il cittadino in grado di far funzionare una democrazia di stampo sociale, anzi. Punta, semmai, ad anestetizzare il cittadino democratico, offrendogli un ampio spettro di diritti e di rispettive garanzie, secondo un’ottica prevalentemente individualistica, che ripone poche aspettative sulla dimensione necessariamente collettiva di qualsiasi progetto di autentica emancipazione⁸⁶. Nel costituzionalismo dei diritti la sovranità popolare è semplicemente messa tra parentesi, comunque subordinata alla sovranità dell’individuo.

Il che, non sorprendentemente, sembra armonizzarsi perfettamente con la riscoperta della teoria della federazione antitetica a quella dello Stato federale (di cui l’UE costituisce un invero al pari di altri precedenti storici), la quale si connoterebbe proprio per la sua strutturale incompatibilità con la categoria dogmatica della sovranità⁸⁷. Con buona pace del fatto che, nel frattempo, la sovranità è diventata *popolare*⁸⁸.

È proprio l’integrazione europea a stimolare nuove concezioni “plurali” di costituzionalismo, variamente ispirate alla teoria dei sistemi di Luhmann e al costituzionalismo sociale di Teubner, nelle quali viene sterilizzata la componente fondamentale della tensione tra costituente e costituito (tra democrazia e diritti, politica e legge⁸⁹), e si producono invece “costituzioni” settoriali, a partire da quella economica⁹⁰. Ma un simile “pluralismo” di oggetti e attori costituzionali nello

⁸⁴ M. LUCIANI, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., p. 186 ss.; A. MORRONE, *Sovranità. Relazione svolta in occasione del XXXI Convegno annuale dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017.

⁸⁵ G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., p. 210.

⁸⁶ A. SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution*, cit., p. 201.

⁸⁷ S. REHLING LARSEN, *The Constitutional Theory of the Federation and the European Union*, Oxford, 2021.

⁸⁸ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016.

⁸⁹ D. GRIMM, *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN (eds.), *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford, 2010, p. 3.

⁹⁰ K. TUORI, *European Constitutionalism*, Cambridge, 2015.

spazio europeo (una costituzione economica, sociale, della sicurezza, ecc.) fa da velo all'egemonia della logica di mercato, che si sprigiona ovunque una volta rotti gli argini corrispondenti alle tradizionali categorie del costituzionalismo politico⁹¹.

8. Diritti sociali e soggetto della Costituzione repubblicana

Anni orsono, Roberto Bin ha ricostruito l'essenza del costituzionalismo democratico-pluralista nato dal Secondo conflitto mondiale nei termini della legittimazione del conflitto (prevalentemente) di classe attraverso processi di inclusione democratici, contrapposti alle pratiche di esclusione dello Stato liberale⁹². Ciò, finché è stato possibile trattenere il conflitto entro i confini dello Stato⁹³. Il luogo del conflitto si è spostato dall'arena statale a quella sovranazionale europea o, peggio, internazionale, in modo da disarmare uno dei contendenti del conflitto capitale-lavoro; ma ciò è avvenuto parallelamente alla trasformazione del soggetto del conflitto: più che la finanziarizzazione dell'economia, alla radice della crisi sta «l'inclusione delle famiglie lavoratrici nel rango dei capitalisti»⁹⁴. Ammesso che oggi sia possibile riportare il conflitto entro i confini nazionali⁹⁵, non è detto che tale “rimpatrio” ci restituisca il costituzionalismo democratico, il quale sembra aver perso per strada le soggettività in grado di animarlo⁹⁶. Invero, le due cose stanno assieme: se è la stessa palestra del conflitto sociale (non quello esiziale delle guerre di religione o tra razze superiori e inferiori) a poter forgiare il necessario senso di comunità alla base dello Stato democratico contemporaneo⁹⁷, eliminare i conflitti che si erano dimostrati “addomesticabili” (quelli economico-redistributivi) attraverso lo svuotamento della decisione nazionale sulle politiche economiche e la

⁹¹ E. CHRISTODOULIDIS, *A Default Constitutionalism? A Disquieting Note on Europe's Many Constitutions*, in K. TUORI, S. SANKARI (eds.), *The Many Constitutions of Europe*, Farnham, 2010, p. 32 ss.

⁹² R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, cit.

⁹³ M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013.

⁹⁴ P. LEON, *I poteri ignoranti*, Roma, 2016, p. 47.

⁹⁵ Come auspicato, in particolare, da A. SOMMA, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Bologna, 2018.

⁹⁶ C. GALLI, *Ideologia*, Bologna, 2023, p. 154 ss.

⁹⁷ A. HIRSCHMAN, *Social Conflicts as Pillars of Democratic Market Society*, in *Political Theory*, vol. 22, n. 2/1994, p. 203 ss.

“naturalizzazione” del mercato, non ci sta conducendo verso una società individualista pacificata. Tutt’altro⁹⁸! La rigida inibizione del conflitto economico-redistributivo, quale possibile matrice dello spirito e della solidarietà comunitari, dirotta quasi necessariamente le frustrazioni sociali verso matrici identitarie pre-politiche e pre-costituzionali, come plasticamente dimostrato dalle “contro-rivoluzioni illiberali” di Ungheria e Polonia⁹⁹.

Un aspetto fondamentale, ma spesso sottaciuto, del costituzionalismo democratico-sociale è quello della costruzione del soggetto della – e nella – Costituzione¹⁰⁰. La domanda da cui partire, in tale prospettiva, è: quale immagine di cittadino propone la Costituzione repubblicana e quali strumenti essa prefigura per la sua produzione e riproduzione? Una simile impostazione potrebbe essere accusata di essere paternalista, assimilazionista o addirittura autoritaria. Ricordo, però, che le riforme economiche del New Deal di Roosevelt furono accompagnate dal perseguimento di politiche “educative” e di mobilitazione di massa tese proprio alla costruzione di una coscienza collettiva capace di supportare quella nuova visione della politica economica¹⁰¹, forse nella consapevolezza che lo sradicamento dei destini individuali e familiari prodotto dal crollo del liberalismo *laissez-faire* andava contrastato con un ri-radicalimento delle individualità attorno a un progetto condiviso di comunità¹⁰². «La democrazia ha bisogno di cittadini per funzionare, ovvero di un tipo umano che non si trova in natura. [...] Nulla garantisce, in fondo, che la società democratica sia in grado di dare vita automaticamente a quel tipo di personalità adatto al suo sistema politico.

⁹⁸ M. DE CAROLIS, *Il rovescio della libertà. Tramonto del neoliberalismo e disagio della civiltà*, Macerata, 2017, p. 158 ss.; M. J. SANDEL, *La tirannia del merito. Perché viviamo in una società di vincitori e perdenti* (2020), Milano, 2021.

⁹⁹ D. OST, *The Invisibility and Centrality of Class After Communism*, in *International Journal of Politics, Culture, and Society*, n. 4/2009, vol. 22, p. 502 ss.; J. KOMÁREK, *Waiting for the existential revolution in Europe*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, n. 1/2014, p. 190 ss.; M. DANI, *The ‘Partisan Constitution’ and the corrosion of European constitutional culture*, *LEQS Paper* N. 68/2013; nonché, volendo, A. GUAZZAROTTI, *Neoliberalismo e difesa dello Stato di diritto in Europa*, cit., p. 115 ss.

¹⁰⁰ Con riferimento al costituzionalismo di matrice statunitense, cfr. M. ROSENFELD, *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, New York, 2010.

¹⁰¹ K. K. PATEL, *Il New Deal. Una storia globale* [2016], Torino, 2018.

¹⁰² S. WEIL, *La prima radice. Preludio a una dichiarazione dei doveri* (1949), Milano, 1954.

La consacrazione dell'individuo non genera *ipso facto* individui capaci di assicurare l'autogoverno della collettività. Anzi, potrebbe verificarsi il contrario»¹⁰³.

Il neoliberismo è un pensiero egemone ed egemonizzante¹⁰⁴, capace di insinuarsi nell'immaginario dei cittadini-lavoratori e colonizzarlo, fino a trasformarli in cittadini-*rentiers*, il cui reddito è meglio garantito dalla rendita e dalla finanza, che non dal lavoro e dal sindacato¹⁰⁵. Dal canto suo, il costituzionalismo vive di *immaginari collettivi*¹⁰⁶, non solo della positivizzazione di principi di giustizia iscritti in una costituzione rigida e pluralista. Trasfigurati in norme giuridiche corazzate, formalmente al vertice della piramide e presidiate dalla formidabile macchina difensiva del giudizio di costituzionalità delle leggi, quei principi vivono però del loro legame genetico con i *valori*¹⁰⁷, nati nella coscienza collettiva e bisognosi di coscienza collettiva anche dopo la loro permutazione costituzionale, come ben sapevano i conservatori liberali critici della Costituzione di Weimar. La costituzionalizzazione dei principi di giustizia sociale non può convivere con una concezione meramente normativa di costituzione, ma deve necessariamente affidarsi all'adesione diffusa nella società di quei valori¹⁰⁸. La stessa conferenza di T.H. Marshall (*Cittadinanza e classe sociale*), con cui ho aperto questo contributo, prende le mosse da una nota conferenza del 1885 dell'economista suo omonimo, Alfred Marshall, in cui si auspicava la conversione del lavoratore, tramite specialmente l'istruzione pubblica, ai valori della borghesia (capacità di apprezzare i valori del "gentleman")¹⁰⁹.

¹⁰³ M. GAUCHET, *Introduzione*, in ID., *La democrazia contro se stessa*, cit., p. 22.

¹⁰⁴ A. CANTARO, *Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici*, Torino, 2021.

¹⁰⁵ P. LEON, *I poteri ignoranti*, cit.

¹⁰⁶ M. LOUGHLIN, *The Constitutional Imagination*, in *The Modern Law Review*, n. 1/2015, p. 1 ss.; J. KOMÁREK, *European Constitutional Imaginaries. Utopias, Ideologies, and the Other*, in ID. (eds.) *European constitutional imaginaries. Between Ideology and Utopia*, Oxford University Press, 2023, p. 1 ss.

¹⁰⁷ Sul complesso legame tra valori (extragiuridici) e principi (costituzionali), cfr. da ultimo M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., p. 98 ss.

¹⁰⁸ E. FORSTHOFF, *Il vincolo alla legge ed al diritto (art. 20 comma 3 GG)*, 1959, ora in ID., *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, p. 236. Non troppo diversamente si esprimeva C. ESPOSITO, *Efficacia delle regole della nuova Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 265 ss. Per una ricostruzione critica di entrambi, cfr. M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, Milano, 1982, p. 54 ss.

¹⁰⁹ A. MARSHALL, *The Present Position of Economics*, in *Memorials of Alfred Marshall*, a cura di A.C. PIGOU, Londra, 1925, p. 152 ss. (disponibile online).

L'approccio più impegnativo e forse più contestato al soggetto nell'ordinamento costituzionale è quello de «La Costituzione in senso materiale» di Mortati¹¹⁰, interpretabile – con Gustavo Zagrebelsky – come necessità che il “fine politico” animi tanto la Costituzione quanto lo Stato-comunità e che, pertanto, vi sia una classe di governanti capaci di esercitare egemonia¹¹¹.

E, in effetti, un esercizio di egemonia vi è stato: potremmo qualificarla in termini di contro-egemonia nata in seno agli stessi Trenta gloriosi per opera delle forze del capitale. Il primo passo fu trasfigurare l'inflazione, da tiro alla fune tra lavoratori e datori a tassa occulta che colpisce ciecamente ricchi e poveri, ferendo più i secondi che i primi¹¹². E, dunque, ben venga la lotta all'inflazione e la riscoperta del vecchio arnese liberale della *belle époque*: la moneta forte! E con essa, l'esaltazione dell'indipendenza della Banca centrale¹¹³. Ma a quell'indipendenza non corrisponde autentica neutralità, posto che il vincolo esterno non è neutrale: esso spunta le ali al sindacato, ne sterilizza il potere di confliggere con il capitale¹¹⁴. Ma le forme restano salve, anche quelle del diritto e del diritto costituzionale, in specie: sciopero, azione e contrattazione collettiva, ecc., restano tutte a disposizione dei lavoratori e sotto il presidio dei giudici. Ed ecco entrare in scena – guarda caso proprio nel momento della scelta *irreversibile* per il “vincolo esterno” – il *bilanciamento* dei diritti e degli interessi costituzionali¹¹⁵, che legittima la soggettività politica della Corte costituzionale: con il bilanciamento, infatti, si varcano le soglie dell'interpretazione per en-

¹¹⁰ Sull'attuale validità dell'impostazione mortatiana, cfr. A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano, 2016, p. 266 ss.

¹¹¹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Premessa a C. MORTATI, La Costituzione in senso materiale. Ristampa inalterata*, Milano, 1998, p. XXX ss. Per un'interpretazione tesa a valorizzare lo sforzo di giuridicizzare l'indirizzo politico in Mortati, cfr. M. DOGLIANI, *Costituzione materiale e indirizzo politico*, in A. CATELANI, S. LABRIOLA (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, 2001, p. 188 ss.

¹¹² S. CESARATTO, *Sei lezioni di economia*, Reggio Emilia, 2016, p. 106 ss.

¹¹³ O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016.

¹¹⁴ O. CHESSA, *La costituzione della moneta*, cit.; M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione*, Napoli, 2016; nonché, volendo, A. GUAZZAROTTI, *La politica monetaria: il modello ibrido dell'UEM*, in *Diritto costituzionale*, n. 1/2021, p. 47 ss.

¹¹⁵ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

trare nel mondo della discrezionalità¹¹⁶. Ma il bilanciamento prende il centro della scena proprio quando un paradigma dà scacco matto a un altro, e forse, più o meno inconsapevolmente, per fare velo a questa sconfitta storica¹¹⁷: grazie al bilanciamento, ogni giorno è un nuovo giorno, ogni caso giudiziario un caso a sé, nessun valore è tiranno¹¹⁸ e tutti possono venir vendicati dalla giustizia costituzionale che ripristina il pluralismo dei valori, eventualmente *riequilibrando* ciò che il legislatore (la politica ordinaria) ha *squilibrato*. La Costituzione non contiene gerarchie *a priori* di valori, e quelle fissate dal legislatore devono essere transeunti e comunque proporzionate. E i giudici comuni, assieme alla Corte costituzionale, le possono ri-equilibrare: anche se i sindacati sono neutralizzati, i partiti artefici della Costituzione terremotati, i cittadini convertiti all'antipolitica? La *Costituzione materiale* di Mortati è morta, viva la Costituzione!

9. Egemonia e materialità diritti sociali

Il tema dell'egemonia, secondo la visione mortatiana e prima ancora gramsciana¹¹⁹, è oggi rilanciato nell'ambito della filosofia politica¹²⁰ e della teoria generale del diritto¹²¹, ma anche da costituzionalisti come Massimo Luciani¹²², Gaetano Azzariti¹²³ e Antonio

¹¹⁶ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

¹¹⁷ Sulla crisi del paradigma (antitetico a quello liberale) della Costituzione come programma da attuare, cfr. M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, cit., p. 19 ss. (che si richiama all'aggiornamento delle norme costituzionali per l'attuazione delle Regioni ordinarie e alla legislazione antiterrorismo, legittimata dall'efficacia della risposta securitaria piuttosto che dal rispetto della Costituzione).

¹¹⁸ Corte cost. sentt. n. 35 del 2013 e n. 58 del 2018.

¹¹⁹ G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000, p. 124 ss.; A. DI MARTINO, *Sulle premesse di un recente dibattito in tema di egemonia "giuridica": Antonio Gramsci e Heinrich Triepel*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2021, p. 89 ss.; P. PILUSO, "Costituzione economica" e teoria della costituzione materiale, cit., p. 379 ss.

¹²⁰ G. PRETEROSI, *Teologia politica e diritto*, cit.; ID., *Egemonia e costituzione materiale*, in *Almanacco di Filosofia e Politica*, n. 3/2021, pp. 101-118.

¹²¹ M. GOLDONI, M. A. WILKINSON, *The Material Constitution*, in *Modern Law Review*, vol. 81, n. 4/2018, p. 567 ss.

¹²² M. LUCIANI, *Democrazia e partiti nell'epoca della disintermediazione*, 13 febbraio 2020, disponibile su [Youtube](https://www.youtube.com/watch?v=...) (ultimo accesso: 9 aprile 2024).

¹²³ G. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, cit.

Cantaro¹²⁴, che appuntano i loro strali contro una classe politica riluttante a (o incapace di) esercitare egemonia. Ed è significativo che questa sorta di invettiva riecheggi le amare e lucide riflessioni di Hermann Heller sulla fuga della classe liberale dalle proprie responsabilità, per rifugiarsi nel placido porto del formalismo normativista: «(u)na democrazia di tipo formale, [...] di cui la classe rappresentante non può più credere al suo diritto di rappresentare ed in cui i conflitti di classe rendono inverosimile l'esistenza di una *volonté générale*, ha ovviamente interesse a combattere l'idea di un dominio di classe, propagando l'ideologia di un dominio della legge completamente oggettivo»¹²⁵. La crisi del '29, il crollo della globalizzazione fondata sul *gold standard*, e la tragedia della Seconda guerra mondiale avevano insegnato alla classe liberale (specie anglosassone) ad assumersi le proprie responsabilità (F.D. Roosevelt e Beveridge erano liberali convinti). Ma la contro-rivoluzione neoliberale sembra aver riportato, *mutatis mutandis*, le lancette della storia indietro, stavolta con più sagacia e capacità di neutralizzazione della conflittualità sociale. E tuttavia anche il progetto di *depoliticizzazione* e *decostituzionalizzazione* della società civile «non può non essere un progetto globale nel quale l'organizzazione giuridica della società civile [...] venga assunta [...] come problema costituzionale»¹²⁶; «(l)a decisione fondamentale per la spoliticizzazione dell'economia e della società sembrerebbe analoga alla decisione costituente»¹²⁷, ma con in più la rischiosa pretesa di scrollarsi di dosso ogni responsabilità, in quanto «ideologia fintamente anti-ideologica»¹²⁸.

La Costituzione repubblicana è frutto di una libera scelta democratica del popolo italiano e deve presumersi che coloro che la scrissero abbiano rappresentato al meglio le tendenze e le aspirazioni politiche dei loro elettori. Ma se ammettiamo che la “rivoluzione democratica” sfociata nell'approvazione della Costituzione si nutra di alcuni

¹²⁴ A. CANTARO, *Postpandemia*, cit.

¹²⁵ H. HELLER, *La Sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale* (1927), in ID., *La Sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, a cura di P. Pasquino, Milano, 1987, p. 99. Sulla comune ispirazione di Mortati e Heller, circa l'esigenza della riappropriazione dell'ordine sociale ed economico da parte del costituzionalismo, cfr. A. CANTARO, *Costituzione e ordine economico*, Acireale, 1994, p. 150 ss.

¹²⁶ G. ZAGREBELSKY, *Premessa* a C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., p. XXIX.

¹²⁷ G. PRETEROSSO, *Teologia politica e diritto*, cit., p. 222.

¹²⁸ *Ivi*, p. 278.

requisiti minimi (una diffusa coscienza avversa tanto all'integrazione fascista delle masse, quanto a quella del liberalismo *laissez-faire*, il cui fallimento era sfociato nel fascismo), dovremmo poi ammettere anche che la Costituzione costituisce un progetto teso a preservare e rafforzare nella società i caratteri che hanno permesso quella rivoluzione democratica. Dunque, una Costituzione a immagine e somiglianza dei cittadini che contribuirono a renderla possibile e – specularmente – un cittadino a immagine e somiglianza della sua Costituzione nazionale¹²⁹. L'atteggiamento rinunciatario della classe politica può ammantarsi dell'obiettivo di garantire il pluralismo e ripudiare il paternalismo statualista, magari col supporto della teoria dei sistemi e del costituzionalismo societario, per cui economia e società costituiscono sottosistemi – già dotati di proprie “costituzioni” – che vanno immunizzati dai tentativi di “colonizzazione” da parte del sotto-sistema politico¹³⁰. Ma questa fatale rinuncia da parte della politica, lungi da consentire il fiorire spontaneo della società, finisce per lasciare gli individui esposti a un altro tipo di indottrinamento, stavolta gestito direttamente dalle forze del mercato (ma si ricordi che le forze del mercato hanno nome, cognome e soprannome, come era solito dire Marcello De Cecco richiamandosi a Federico Caffè)¹³¹. Lungi dall'essere frutto di autoregolamentazione spontanea del sottosistema economico, il paradigma neoliberista affermatosi a partire dagli anni Settanta del secolo scorso è figlio di scelte (geo)politiche innescate da una contro-rivoluzione del capitale negli Stati Uniti¹³². La politicizzazione interna al sistema economico (e a ogni sottosistema sociale) quale unico rimedio postulato dal costituzionalismo sociale *à la* Teubner, non è vera politicizzazione, posto che la riflessività del sistema economico (di quello oggi dominante) è orientata dal codice del profitto, così che ogni politicizzazione interna sarà sempre piegata alla logica del prezzo. Diritto ed economia,

¹²⁹ Cfr. A. RUGGERI, *I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva*, in *Consulta OnLine*, n. 2022/2, p. 581.

¹³⁰ G. TEUBNER, *Il costituzionalismo della società*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 184 ss.; ID., *A Constitutional Moment? The Logics of Hitting the Bottom*, in P. KJAER, G. TEUBNER, A. FEBBRAJO (eds.) *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford, 2011, p. 9 ss.

¹³¹ Sulla soggettività dei mercati finanziari, cfr. L. LANZALACO, *Fragile Boundaries. The Power of Global Finance and the Weakness of Political Institutions*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, n. 2/2015, p. 257 ss.

¹³² M. D'ERAMO, *op. cit.*

così come gli altri sotto-sistemi, devono pensarsi come politicizzabili dall'esterno, e la dimensione politica del costituzionalismo deve essere concepita come possibilità di mettere in questione, in maniera riflessiva, gli stessi presupposti dei sotto-sistemi, superando i limiti della politicizzazione interna¹³³. Diversamente, propugnare l'indipendenza del *diritto costituzionale dei frammenti sociali* dal potere politico e dalle ideologie dei partiti implica accettare la subalternità ai poteri costituiti entro tali frammenti e una nuova dipendenza dalla costellazione di poteri e interessi entro i c.d. frammenti globali¹³⁴.

Le "anonime" forze del mercato possono intestarsi il "merito" di aver riplasmato il modo di concepire i diritti sociali, omologandoli ai diritti civili, così da far perdere loro quelle specificità che contribuiscono a configurare la forma di Stato democratico-sociale. In effetti, il "There is no alternative" (TINA) di thatcheriana memoria non è riferibile solo al modello neoliberale di politiche economiche, bensì anche all'uniformazione del modo di concepire i diritti sociali, omologati a quelli civili di matrice liberale ottocentesca. Tra gli argomenti a supporto della continuità tra diritti spicca il contrattualismo rawlsiano¹³⁵, secondo cui gli interessi che gli individui intendono tutelare attraverso il contratto sociale sono già compiutamente formati prima di quest'ultimo, ossia a prescindere dall'esperienza comunitaria solidale, quando invece il *proprium* dei diritti sociali è il loro scaturire dalla solidarietà¹³⁶. E il "dogma" della solidarietà dev'essere necessariamente un credo collettivo, nel senso che anche i meno esposti al rischio – cui il vincolo solidale vuole rimediare – hanno il dovere di solidarietà, nella misura in cui essi hanno contribuito a creare quel tipo di rischio (l'economia capitalista di mercato) e beneficiano della totalità della produzione sociale¹³⁷.

¹³³ M. GOLDONI, *I limiti materiali e riflessivi della sociologia costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, p. 559 ss.

¹³⁴ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, p. 45.

¹³⁵ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (1971), Milano, 2004.

¹³⁶ M. GOLDONI, *La materialità dei diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2022, p. 141 ss. Per A. BALDASSARRE, *Le ideologie costituzionali dei diritti di libertà*, in *Democrazia e diritto*, 1976, p. 296 ss., «richiamarsi al concetto di "valore materiale" significa (...) rigettare la concezione dei "diritti fondamentali", tipica della società liberal-borghese, che configura questi come categorie a priori e indipendenti dall'esperienza concreta».

¹³⁷ A. SOMEK, *The Social Question in a Transnational Context*, LEQS Paper No.

Altro argomento continuista è quello del costo dei diritti¹³⁸: se la strategia retorica di sfatare il mito della onerosità fiscale dei (soli) diritti sociali può apparire convincente a un primo sguardo, essa ha il difetto di occultare fondamentali differenze di struttura tra diritti sociali e civili. Puntare sull'esigenza di finanziamento pubblico, quale dato comune a ogni tipo di diritto, distoglie l'attenzione dalla differenza specifica del tipo di intervento pubblico richiesto e dal diverso impatto redistributivo dei diritti sociali¹³⁹. L'argomento del costo dei diritti, fra l'altro, offre un argine troppo debole alle suggestioni del mercato, quale metodo più efficiente (dunque, meno costoso) di soddisfazione di certi diritti (lasciate che i ricchi e la classe media si paghino la propria sanità privata, senza "gravare" sul sistema sanitario nazionale, che potrà così più "efficientemente" occuparsi dei poveri; lasciate che le imprese private offrano asili e previdenza privata ai propri dipendenti, ecc.). L'argomento finanziario rischia di dare per scontato l'elemento della scarsità, già connotata nei suoi elementi strutturali, mentre i diritti sociali potrebbero valere proprio a rendere possibile il conflitto sui meccanismi che producono la scarsità delle risorse e a sconfessare il dogma liberale che la scarsità sia determinata pre-politicamente¹⁴⁰.

Nella logica continuista, i diritti sociali vengono spesso indagati con l'intento di promuoverne l'effettività attraverso la giustiziabilità, la quale tuttavia non si produce se non dopo aver riconfigurato i doveri di solidarietà in diritti individuali. Ma questa riconversione ha l'effetto di sterilizzare ogni valenza sistemica dei diritti sociali costituzionalmente riconosciuti, cioè la possibilità di formulare la rivendicazione di certi diritti come *questione collettiva* tesa a contestare in radice l'organizzazione di questo o quel servizio¹⁴¹. La giustiziabilità, specie quella "multilivello", è diventata una sorta di oppiaceo volto ad anestetizzare la mutilazione dell'idea di emancipazione collettiva¹⁴². «(R)itenere che tutte le istanze di giustizia sociale debbano essere espresse con il linguaggio dei diritti soggettivi, nel caso migliore rischia di alimentare

39, 2011; A. SUPLOT, *Lo spirito di Filadelfia. Giustizia sociale e mercato totale* (2010), Milano, 2011.

¹³⁸ S. HOLMES, C. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse* (1999), Bologna, 2000.

¹³⁹ M. GOLDONI, *La materialità dei diritti sociali*, cit., p. 157.

¹⁴⁰ *Ivi*, p. 163.

¹⁴¹ *Ivi*, p. 167 ss.

¹⁴² A. SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution*, cit., p. 201.

l'illusione formalista che tali istanze possano essere soddisfatte tramite il mero riconoscimento giuridico di questi diritti; nel caso peggiore rischia di ingenerare l'illusione che l'affidamento della custodia dei diritti di welfare alle corti sia la tecnica giuridica più appropriata per garantire l'effettività delle prestazioni sociali ad essi collegata»¹⁴³.

Ricostruire il soggetto è operazione complicata, ma forse ineludibile per il ripristino delle istituzioni democratiche, le quali non possono non basarsi sulla rappresentanza politica, la quale a sua volta non può essere degradata a mera finzione giuridica¹⁴⁴. La crisi della rappresentanza, però, non sta tanto in quella del *rappresentante* (i partiti politici e le istituzioni parlamentari), bensì in quella del *rappresentato*¹⁴⁵.

Il Deuteronomio prescrive il riposo sabbatico con una formula assai suggestiva: nel settimo giorno «non fare (...) nessun lavoro, né tu, né tuo figlio, né tua figlia, né il tuo servo, né la tua serva, né il tuo bue, né il tuo asino, né alcuna delle tue bestie, né il tuo straniero che sta dentro le tue porte, affinché il tuo servo e la tua serva si riposino come te». La pratica del riposo sabbatico (domenicale per i cristiani, del venerdì per gli islamici) reca un importante messaggio di giustizia sociale (la sospensione delle gerarchie sociali, addirittura anche di quelle tra uomo e animali), nonché l'uscita dalla razionalità economicista per celebrare il valore della gratuità. Si possono immaginare pratiche alternative di un simile rituale religioso, in cui possano riconoscersi anche i non credenti. Ma resta fondamentale capire che riposare dal lavoro *assieme e contemporaneamente* non è la stessa cosa che avere un giorno libero la settimana. Il Governo Monti azzerò questa distinzione con la liberalizzazione degli orari dei negozi (d.l. n. 201 del 2011), che poi significava libero afflusso ai centri commerciali la domenica. Le Regioni si opposero. La nostra Corte costituzionale giustificò la liberalizzazione, ricorrendo all'idrovora della competenza esclusiva statale sulla tutela della concorrenza (sent. n. 27 del 2013, confermata di recente dalla sent. n. 134 del 2021). Ecco: si potrebbe partire da vicende apparentemente piccole come questa per contestare e contrastare la

¹⁴³ A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, cit., p. 89.

¹⁴⁴ G. FERRARA, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1998, p. 20 ss.; ma già H. HELLER, *La Sovranità*, cit., p. 137 ss.

¹⁴⁵ M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità*, Milano, 2001, p. 118; ID., *Ogni cosa al suo posto*, cit., p. 229 ss.

destrutturazione del soggetto al centro del progetto di Costituzione democratico-sociale che ancora fonda il nostro ordinamento.

* * *

ABSTRACT

ITA

I diritti fondamentali hanno assunto, dopo la fine di Bretton Woods, un ruolo compensativo della crisi della sovranità popolare e del concetto stesso di costituzione democratica, quale programma di emancipazione collettiva che ha caratterizzato molte costituzioni del secondo dopoguerra. Al moltiplicarsi delle Carte dei diritti e delle autorità giudiziarie o quasi-giudiziarie incaricate di garantirne l'effettività ha corrisposto l'inaridirsi delle istituzioni rappresentative e l'indebolimento dei sindacati. La contro-rivoluzione degli anni 70 originatasi negli USA e diffusasi anche in Europa ha manipolato il paradigma in modo da immunizzare l'economia dalla politica, prosciugando così le risorse di legittimazione di parlamenti e sindacati. La narrazione dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali, prevalentemente colti nella loro dimensione individuale, ha riempito il vuoto della politica, muovendosi in parallelo con la conversione del lavoratore in potenziale titolare di rendite finanziarie. Dalla crisi di identità del lavoratore-soggetto rappresentato è derivata, inevitabilmente, anche la crisi d'identità del rappresentante, sia esso il sindacato o il parlamento. Il ruolo delle Corti, specie della Corte costituzionale italiana, è stato quello di fluidificare il passaggio da un paradigma all'altro, più che di opporre resistenza. Il recupero della valenza emancipatrice dei diritti sociali iscritti in Costituzione deve passare per la ricostituzione identitaria del soggetto, rivalutando quelle dottrine che puntano sulla necessaria materialità delle Costituzioni e contestando ogni assunto pre-politico degli assetti di potere.

EN

Since the end of Bretton Woods, fundamental rights have taken on a compensatory role for the crisis of popular sovereignty and of the very concept of a democratic constitution, as a programme of collective emancipation connotating many of the post-World War II constitutions. The proliferation of

Charters of Rights and of judicial or quasi-judicial authorities endowed with the authority to make those rights effective has corresponded to the drying up of representative institutions and the weakening of trade unions. The counter-revolution of capital in the 1970s, which originated in the US and spread to Europe, manipulated the paradigm in such a way as to immunize the economy from politics, thus draining the legitimacy resources of parliaments and trade unions. The narrative of the effectiveness of the judicial protection of fundamental rights, mainly understood in their individual dimension, has filled the void of politics, moving in parallel with the transformation of the identity of workers into potential rentiers. Inevitably, the identity crisis of the worker, as represented subject, has resulted in the crisis of the representative, be it trade unions or parliaments. The role of the courts, especially the Italian constitutional Court, has been to smooth the transition from one paradigm to another, rather than to resist mutations. Rediscovering and restoring the emancipatory role of social rights inscribed in the Constitution implies the reconstruction of the identity of the subject, rehabilitating those doctrines that focus on the necessary materiality of the Constitution and contesting every pre-political assumption of the power structures.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)