

PER UN NUOVO PARADIGMA GIURIDICO DELL'EGUAGLIANZA

Sandro Staiano

SOMMARIO: 1. Eguaglianza, diseguaglianza, dis-eguaglianza – 2. Il dato costituzionale e i suoi paradigmi interpretativi – 3. La «grande dicotomia» – 4. Il ritorno della diseguaglianza come ideologia o come problema – 5. Eguaglianza e diritti, eguaglianza e doveri – 6. Quale diseguaglianza, quali politiche – 7. Un nuovo paradigma dell'eguaglianza: il compito della comunità dei giuristi.

1. *Eguaglianza, diseguaglianza, dis-eguaglianza* – Si è scelto di incentrare la nostra discussione sulla «dis-eguaglianza» e sulla «diseguaglianza», piuttosto che sull'«eguaglianza», plausibilmente volendo condurre un discorso sulla possibilità (e, ideologicamente, sulla desiderabilità) dell'eguaglianza come fine dell'azione dei pubblici poteri e come valore costituzionalmente protetto da affermare e conseguire, dunque di trattare la diseguaglianza come un disvalore da correggere e, programmaticamente, da sopprimere.

Il nostro incontro è dedicato alla «dis-eguaglianza», ma non tutti i contributi hanno adoperato il lemma in tale composizione, con il trattino di unione-separazione. Dalle relazioni in cui la distinzione lessicale è stata considerata espressamente (Ilaria Ruggiu e Michele Massa¹) si può ricavare che la dizione «dis-eguaglianza» si debba riferire ai trattamenti giuridici differenziati, mentre la dizione «diseguaglianza» abbia riguardo alle differenze di fatto non contrastate (o prima che vengano contrastate) dal diritto. Mentre del lemma «diseguaglianza» si possa compiere – e invero anche qui è stato compiuto – un uso generico e promiscuo, riferito sia alle differenze di trattamento giuridico sia alle differenze di fatto.

La distinzione lessicale – «diseguaglianza»/«dis-eguaglianza» – è conforme allo schema concettuale dell'art. 3 Cost., che è regola, più che sull'identità, sulla diversità: poiché l'eguaglianza è davanti alla legge, la legge è doverosamente dis-eguale per poter affermare la «pari dignità sociale» con riferimento alle condizioni elencate. Conforme allo schema costituzionale è anche l'articolazione del discorso con riferimento a ciascuna di tali condizioni.

2. *Il dato costituzionale e i suoi paradigmi interpretativi* – È conforme allo schema costituzionale, nella sua originaria configurazione letterale, ma lo deve trascendere secondo due linee di distacco.

La prima: l'art. 3 è nel contesto sistematico della Costituzione ed è assoggettato a relazioni di integrazione e bilanciamento in cui può risultare cedente, su un terreno assai accidentato, ove incontra la garanzia di diritti e l'imposizione di doveri, specie con riferimento non a singole leggi, ma a corpi di legislazione (si pensi alle conclusioni radicalmente diverse cui può condurre la considerazione dell'art. 53, c. 1, Cost., come fonte di un principio «autonomo» di capacità contributiva o invece come specificazione del principio di eguaglianza-ragionevolezza). L'opera di integrazione-bilanciamento è compiuta dalla Corte costituzionale: il parametro stesso è a formazione largamente giurisprudenziale.

La seconda, che corrisponde a dinamiche ancora più intense e a mutamenti più radicali: il processo storico – in cui il tema dell'eguaglianza ha assunto, per diversi motivi, spazio crescente –

¹ Rispettivamente: *Dis-eguaglianza e identità culturale* e *Diseguaglianza e condizioni personali. Una polemica sull'eguaglianza*.

sottopone a tensione i paradigmi interpretativi di eguaglianza, diseguaglianza, dis-eguaglianza, costringendo a costruirne di nuovi, ma diversificati e controversi.

Queste due linee di ripensamento delle categorie sono state presenti nella discussione di questi giorni: la seconda specialmente nelle relazioni che si occupano di diseguaglianza nei sistemi contributivi e di diseguaglianza e mercato, rispettivamente Matteo Losana² e Marco Giampieretti³; la prima in tutte le altre senza eccezioni.

Tuttavia il lavoro di costruzione di tali nuovi paradigmi interpretativi, dal punto di vista giuridico e specificamente dal punto di vista giuridico-costituzionale (ma vi sono questioni di metodo quanto al rapporto con altre scienze che converrà affrontare), è ancora largamente incompiuto, e i primi risultati sono provvisori.

3. *La «grande dicotomia»* – Eguaglianza/diseguaglianza, oltre che una coppia concettualmente oppositiva, può anche essere configurata come una di quelle grandi dicotomie delle quali Norberto Bobbio ha disegnato i caratteri: dicotomie sostanziate dal conflitto (nel caso di specie dalla lotta per la Costituzione e per il costituzionalismo), nelle quali «ciascuno dei due termini è suscettibile, per influenza del suo significato storiografico e assiologico, di essere esteso sino a connotare non più una sola delle due parti ma tutto l'universo, cioè di diventare il termine di una classe universale, respingendo l'altro termine fuori dell'universo ovvero degradandolo a termine di un classe vuota»⁴.

Quanto all'eguaglianza – all'assioma della necessità della tutela e del perseguimento di essa – ricorre nell'esperienza storica il tentativo di fare della diseguaglianza la classe universale, quando essa viene concepita come il motore dello sviluppo economico e, per estensione o assimilazione, dello sviluppo umano.

Il conflitto non è nuovo: esso è presente in tutto l'arco dello sviluppo delle istituzioni economiche e politiche della prima e della seconda modernità. Oggi però l'affermazione della diseguaglianza come valore ritorna particolarmente aspro in corrispondenza con i fattori di crisi economica e con il rallentamento delle «economie avanzate».

Riassuntivamente i termini della nuova affermazione della diseguaglianza come valore sono i seguenti: un certo livello di diseguaglianza è inevitabile (le retribuzioni dei lavoratori anziani sono maggiori di quelle dei lavoratori giovani, ed è impossibile stabilire a partire da quale soglia tale diseguaglianza sia eccessiva); le politiche «egualitarie», attingendo risorse dalle imposte, deprimono la crescita. Dunque, dal punto di vista politico il tema della diseguaglianza è irrilevante,

² *Diseguaglianze e obblighi contributivi.*

³ *Dis-eguaglianza e Stato costituzionale.*

⁴ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano 1977, 147. Bobbio applica l'«espressione» - com'egli la qualifica - «grande dicotomia» alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato e, come «dicotomia derivata» alla distinzione tra diritto naturale e diritto positivo (ivi, *passim*). Ma il modo di classificazione che egli propone ha elevato pregio di ipotesi euristica con riferimento all'opposizione eguaglianza-diseguaglianza, poiché si presta a un uso sia storiografico sia assiologico (ivi, 151 ss.) conforme ai connotati oggi assunti dalla questione dell'eguaglianza.

purché sia assicurata la mobilità sociale: quando è garantita l'ascesa dei «meritevoli»⁵, la disuguaglianza è l'incentivo necessario allo sviluppo⁶.

In questa versione – cioè fatta la tara del rapporto con uno dei filoni della grande tradizione liberale – il tema della disuguaglianza è trattato secondo una linea di deformazione ideologica, in contrasto con le risultanze della ricerca empirica, poiché, come risulta anche dagli studi del FMI⁷, l'eccessiva disuguaglianza, lungi dal promuoverla, frena la crescita; la mobilità sociale ristagna e recede (in Italia la mobilità intergenerazionale è decisamente verso il basso) e dunque non può essere il motore di alcunché: la disuguaglianza genera solo altra disuguaglianza.

In pari misura è molto connotato ideologicamente il tentativo di far prevalere il termine disuguaglianza nella dicotomia con l'eguaglianza, negando che essa sia crescente, per concludere che le politiche egualitarie non sarebbero più attuali. Ora, sulla base dei dati disponibili, può certo dirsi che, se si considera la disuguaglianza «mondiale», cioè si prendono in esame i dati riferiti al mondo come un'unica economia, la disuguaglianza appare in calo⁸. Ma ciò è dovuto al rallentamento delle economie avanzate e alla forte espansione dell'economia cinese. Se si guarda, invece, all'economia «internazionale» e soprattutto a quella interna a singoli Paesi, la disuguaglianza è, in alcuni casi, drammaticamente aumentata.

Nel caso italiano, la disuguaglianza strutturale Nord-Sud permane e si accentua⁹ e si registra un assai elevato rischio di povertà o esclusione sociale¹⁰.

4. *Il ritorno della disuguaglianza come ideologia o come problema* – Occorre dunque guardare dentro la disuguaglianza e dentro le disuguaglianze e lungo questo sguardo porre anche il dato costituzionale.

In presenza di un blocco della mobilità sociale – e anzi di una mobilità verso il basso – v'è anzitutto una disuguaglianza di *status* legata alla nascita, quasi un ritorno al «buon tempo antico», del quale nella seconda modernità sembrava fosse stata fatta giustizia. E, inverosimilmente, la mobilità intergenerazionale è frenata dall'effetto che la concentrazione dei redditi ha sulla concentrazione della ricchezza: più i redditi sono elevati più rapidamente si moltiplica la ricchezza¹¹.

L'immobilità sociale diventa un dato strutturale poiché, all'avvio del XXI Secolo, il tasso di rendimento del capitale resta stabilmente molto più elevato del tasso di crescita dell'economia, e ciò rende inevitabile il dominio dell'eredità sul risparmio¹², cioè la prevalenza della rendita sul

⁵ Quanto l'idea di «merito» in senso naturalistico e di competizione «darwiniana» sia estranea all'ispirazione della Costituzione italiana, che impone di ponderare le posizioni originarie di vantaggio alla luce dei principî personalista e di eguaglianza sostanziale, è rilevato nella relazione di F. GRANDI, *L'accesso ai più alti gradi dell'istruzione*.

⁶ Da ultimo, in termini particolarmente espliciti, T. COWEN, *It's Not the Inequality; It's the Immobility*, in *The New York Times*, 3 aprile 2015.

⁷ Cfr. *Causes and Consequences of Income Inequality: A Global Perspective*, International Monetary Fund, Staff Discussion Note, n. 15/13, June 2015.

⁸ Cfr. la ricerca della Fondazione Hume per *Il Sole 24 Ore*, *Disuguaglianza economica in Italia e nel mondo*, Dossier I/2015, a cura di L. Ricolfi e R. Cima.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Cfr. Istat, *Report Reddito e condizioni di vita. Anno 2014*, 23 novembre 2015: la stima delle persone residenti in Italia in condizioni di rischio di povertà o di esclusione sociale, per l'anno 2014, è attestata al 28,3%, indicatore stabile rispetto all'anno precedente, ma inferiore solo a quella di Romania (40,2%), Bulgaria (40,1%), Grecia (36,0%), Lettonia (32,7%), Ungheria (31,1%). In Italia è impressionante l'asimmetria lungo la linea Nord-Sud: la metà dei residenti nel Sud e nelle Isole (45,6%) è a rischio di povertà o esclusione sociale, contro il 22,1% del Centro e il 17,9% di chi vive al Nord.

¹¹ M. FRANZINI, E. GRANAGLIA, M. RAITANO, *Dobbiamo preoccuparci dei ricchi?*, Bologna 2014.

¹² T. PIKETTY, *Le capital au XXI^e siècle*, Paris 2013, 600.

merito e la pietrificazione delle diseguaglianze¹³: sotto questo profilo una sorta di ritorno alla società ottocentesca dominata dai *rentiers*¹⁴.

Che la diseguaglianza (e il suo incremento) sia un dato strutturale da correggere con le politiche fiscali, o più in generale con le politiche economiche, degli Stati è conclusione cui si perviene anche se, in dissenso dall'analisi di Piketty, si identifica la radice della crescita, della composizione e della concentrazione della ricchezza nella crescita del valore della terra, intendendosi per terra i suoli urbani e altro connesso capitale fisso (edifici, altri beni immobili) e non della quantità dei beni capitali: i regimi permissivi che hanno condotto le banche ad aumentare i prestiti non hanno creato nuove attività imprenditoriali e neppure hanno indotto ad acquisire beni di investimento, ma hanno aumentato il valore della terra (producendo talvolta disastrose «bolle» speculative)¹⁵. L'effetto in termini di diseguaglianza è duplice.

In termini macroeconomici, se una maggiore quota dei risparmi comporta l'incremento del valore dei terreni anziché l'incremento dei beni capitali, allora la produttività dei lavoratori non potrà aumentare e i salari non potranno crescere.

In termini di politica economica, se si permette di prestare di più a parità di garanzie, i proprietari dei beni da usare come garanzia (terreni urbani, edifici, altri beni immobili) ne vedono aumentare il valore, divenendo sempre più ricchi, in quantità sproporzionata nel raffronto con i produttori di reddito da lavoro, i quali non trarranno alcun beneficio da tale aumento¹⁶. Ovviamente ricchezze e redditi molto concentrati¹⁷ rendono più agevole la trasmissione dei

¹³ Ibidem: «... il est presque inévitable que l'héritage c'est-à-dire les patrimoines issus du passé, domine l'épargne, c'est-à-dire les patrimoines issus du présent L'inégalité $r > g$ signifie en quelque sorte que le passé tend à dévorer l'avenir: les richesses venant du passé progressent mécaniquement plus vite, sans travailler, que les richesses produites par le travail, et à partir desquelles il est possible d'épargner. Presque inévitablement, cela tend à donner une importance démesurée et durable aux inégalités formées dans le passé, et donc à l'héritage».

¹⁴ Anche se con una diversa struttura della diseguaglianza: «... cela n'implique pas que la structure des inégalités au XXI^e siècle sera la même qu'au XIX^e, d'une part parce que la concentration patrimoniale est moins extrême ..., d'autre part parce que la hiérarchie des revenus du travail tend à s'élargir (la montée des super-cadres), et enfin parce que les deux dimensions sont plus fortement corrélées qu'autrefois ...»: ivi, 601.

¹⁵ J. STIGLITZ, *New Theoretical Perspectives on the Distribution of Income and Wealth Among Individuals*, paper presentato per l'Institute for New Economic Thinking Seminar Series della Columbia University, 4 dicembre 2015.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ La concentrazione del reddito, applicando il coefficiente di Gini, si mostra crescente negli Stati Uniti e nel Regno Unito, ma le diseguaglianze in Paesi in forte crescita, come la Cina e l'India, sono ancora maggiori; nell'Europa continentale, e soprattutto nei Paesi nordici è più bassa, ma, all'interno di quest'area, la diseguaglianza in Italia, pressoché alla pari con Grecia e Spagna, è la più elevata. Cfr. A.B. ATKINSON, *Inequality. What Can Be Done?*, Cambridge 2015, trad. it. *Disuguaglianza. Che si può fare?*, Milano 2015, 21 ss.: «... Oggi la quota del primo 1% è tornata al valore di cento anni fa. Il primo 1% negli Stati Uniti ora riceve poco meno di un quinto del reddito lordo totale; ciò significa che, in media, ha venti volte la sua quota proporzionale. Anche all'interno del primo 1%, poi, si dà una notevole disuguaglianza: la quota del primo 1% entro il primo 1% (cioè il primo 0,01%) è a sua volta circa un quinto del reddito totale di questo gruppo. Questo vuol dire che un decimillesimo della popolazione riceve un venticinquesimo del reddito totale» (ivi, 23 s.). Inoltre, la società risulta fortemente polarizzata, con il severo ridimensionamento della classe media: cfr. Pew Research Center, *The American Middle Class is Losing Ground. No longer the majority and falling behind financially*, Washington D.C., December 2015 (ove la classe media è identificata con riferimento ai redditi familiari: «"Middle-income" households are defined as those with an income that is two-thirds to double that of the U.S. median household income, after incomes have been adjusted for household size. For a three-persons household, the middle-income range was about \$42,000 to \$126,000 annually in 2014 (in 2014 dollars). Lower-income households have incomes less than two-thirds of the median, and upper-income households have incomes that are more than double the median»). L'Italia si colloca al diciassettesimo posto nel mondo tra i Paesi con maggiore diseguaglianza (ivi, 26). Sul caso italiano, sulle sue peculiarità nel raffronto con altri Paesi, per la trasmissione marcatamente familiare dei fattori di diseguaglianza, non spiegabile con riferimento al solo capitale umano, ma avendo riguardo anche alle relazioni sociali e alla «forte parzialità dei meccanismi di assegnazione delle retribuzioni: i

vantaggi, a meno che non si pongano in essere misure giuridiche di contrasto, oggi pressoché assenti.

Comunque si voglia interpretare questi fenomeni, essi fanno definitivamente giustizia della credenza secondo la quale la struttura della crescita nell'attuale modernità o le leggi dell'economia di mercato possano condurre «naturalmente» alla riduzione della disuguaglianza e all'equilibrio armonico del sistema (la letteratura critica su questo approccio è ampiamente trattata da Paolo Bianchi nella sua relazione di sintesi¹⁸). Per conseguire questi obiettivi – se li si ritiene desiderabili – occorrono invece politiche, siano esse il ripensamento dell'imposta progressiva sul reddito o l'istituzione di un'imposta mondiale e progressiva sui capitali («une utopie utile»¹⁹) come ritiene Piketty²⁰; siano invece una più efficace imposizione sulle plusvalenze combinata con l'aumento dei salari minimi, il rafforzamento dei sindacati, una più restrittiva legislazione antitrust e di regolamentazione delle aziende, e l'intervento diretto dello Stato nell'investimento in capitale di parte del gettito fiscale, come sostiene Stiglitz²¹; siano, ancora, un aumento delle imposte più elevate anche al prezzo di diminuire l'*output* economico e di rallentare la crescita, per realizzare «un compromesso accettabile tra efficienza ed equità», come propone Atkinson²².

E le politiche si fondano su sistemi di norme, costituzionali e ordinarie; norme di buona qualità, univoche negli obiettivi, prodotte nella consapevolezza dei problemi, sufficientemente non permeabili alla minoranza interessata alla conservazione della disuguaglianza e al suo incremento.

5. *Eguaglianza e diritti, eguaglianza e doveri* – A partire dal dato costituzionale: alla luce dell'art. 3 Cost., in ragione del raccordo tra eguaglianza e pari dignità sociale, l'eguaglianza è anzitutto attribuzione di pari valore alle differenze che sostanziano la persona nel contesto sociale. Ed è in questo che si realizza la connessione tra eguaglianza e diritti: i diritti costituzionalmente protetti sono diritti alla propria differenza. La lotta per l'affermazione dell'eguaglianza (di lotta si tratta, se si vuole dare senso al secondo comma dell'art. 3) è lotta per i diritti e per la loro conservazione.

Il rapporto tra diritti ed eguaglianza va tenuto fermo, poiché non si può concepire di affidare la riduzione delle disuguaglianze alle sorti della crescita economica e alla competizione, sulla base delle capacità, nel mercato concorrenziale: gli studi empirici degli economisti dimostrano che la crescita dei redditi individuali (e la formazione di super-redditi) non avvengono in mercati concorrenziali, poiché le «barriere all'entrata» sono troppo alte²³. E, dal punto di vista del

circuiti politici, in particolare, ma anche i mercati», v. M. FRANZINI, *Disuguaglianze inaccettabili. L'immobilità economica in Italia*, Roma-Bari 2013. Ivi, 122 ss., la proposta di istituire «un reddito di cittadinanza graduato in funzione del reddito della famiglia di origine», come strumento per compensare *ex post* «i vantaggi inaccettabili permessi dalle origini familiari».

¹⁸ P. BIANCHI, *Diseguaglianza e mercato*.

¹⁹ T. PIKETTY, *Le capital au XXI^e siècle*, cit., 863.

²⁰ Ivi, 835 ss.

²¹ J. STIGLITZ, *The Price of Inequality. How Today's Divided Society Endangers Our Future*, New York 2012, trad. it. *Il prezzo della disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Torino 2013, 424 ss.

²² A.B. ATKINSON, op. cit., 247 ss.

²³ Cfr., su questi studi, D. BENASSI, *Il «problema» dei ricchi in una prospettiva sociologica*, in *la Rivista delle Politiche Sociali/Italian Journal of Social Policy*, n. 2-3, 2014, spec. 253 ss.

costituzionalismo, può dirsi che la permanenza della diseguaglianza, e la sua crescita, si producono in ragione della compressione dei diritti nelle condizioni di partenza.

Anche da questo versante trova perciò conferma il convincimento che la partita si giochi con le politiche, con le politiche fiscali in ispecie, e nella costruzione di un sistema tributario efficiente e realmente progressivo.

In proposito, Matteo Losana, nella sua relazione, pone a base del «dissolvimento dei principi di giustizia materiale contenuti nell'art. 53 Cost.» l'orientamento della Corte costituzionale ad applicare nello scrutinio di legittimità delle leggi tributarie il modulo del giudizio trilatero e a valutare la congruità mezzi-fini alla luce dell'art. 3 Cost., in tal modo omettendo «ogni valutazione in merito al rapporto tra l'entità del tributo e la forza economica del soggetto» contribuente. Dal che Losana inferisce la deprivatione della forza precettiva nell'art. 3 Cost.: in alternativa, la Corte dovrebbe sottrarre la questione della capacità contributiva al campo di incidenza del «solo» principio di eguaglianza-ragionevolezza, per «impegnarsi sempre ad argomentare» circa la violazione del «contenuto essenziale» dell'art. 53, c. 1, Cost., con riferimento a ciascuna specifica scelta impositiva, ricostruendo e contestualizzando i modi e i versanti nei quali la capacità contributiva si manifesta.

Sul punto va anzitutto rilevato che le ricostruzioni più innovative (essendo elaborate sotto l'impulso di nuovi problemi), e più promettenti quanto alla definizione di un nuovo paradigma dell'eguaglianza, almeno in questo campo specifico, pervengono, attraverso il raccordo tra art. 53 e art. 3 Cost., ad accettare «una nozione di tributo che presuppone la scissione della persona del contribuente dalla sua proprietà» e a concepire la «capacità contributiva come un mero criterio di riparto, in applicazione del quale la tassazione ... può riguardare anche posizioni, situazioni e valori privi di contenuto patrimoniale, solo socialmente rilevanti e oggettivamente rilevabili, purché esprimenti una posizione di vantaggio in termini di potenzialità economica»²⁴ (si consideri il caso delle cosiddette «tasse ambientali», che non colpiscono il reddito, ma il modo in cui esso è prodotto; o alla prospettiva di un reddito di cittadinanza come misura universalistica, finanziata sulla fiscalità generale, differenziata non solo con riferimento al reddito familiare, ma anche al «capitale sociale» e alle potenzialità economiche derivanti dalle relazioni di rete delle famiglie: prospettiva difficile, ma non del tutto impossibile). V'è in questo approccio il richiamo a un'esigenza perequativa, di correzione *ex post* di situazioni di vantaggio non accettabili alla luce dell'art. 3 Cost., che è disattesa e che è invece condizione di esercizio di diritti fondamentali.

Ma, soprattutto, si deve considerare che la richiesta alla Corte di «impegnarsi» sul terreno della ricostruzione del «contenuto essenziale» dell'art. 53, c. 1, Cost. non risolve – o forse non percepisce nella sua dimensione – il problema dell'eccesso di ruolo della Corte costituzionale nella determinazione delle politiche, anche delle politiche fiscali, per la debolezza, l'irrisolutezza, il difetto di analisi del legislatore italiano. Su questo versante già si è dato un carico eccessivo alla Corte introducendo la revisione dell'art. 81 (e, in connessione, degli artt. 97, 117 e 119 Cost.), con ciò, non solo impedendo in linea di principio politiche anticicliche, ma anche affidando al giudice costituzionale una discrezionalità ampia sia nella considerazione «delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico» sia degli «eventi eccezionali» tali da giustificare il ricorso all'indebitamento: terreno, questo, sul quale, dovrebbe manifestarsi nella maniera più ampia la discrezionalità del legislatore, che invece è impedita dall'introduzione del nuovo parametro costituzionale. Non si potrebbe ora perseverare – senza aggravare la lacerazione del sistema

²⁴ F. GALLO, *L'uguaglianza tributaria*, Napoli 2012, 60 ss., nota 8.

derivante dall'attribuzione alla Corte costituzionale di una posizione di politicità sovrapponibile a quella propria, in ragione della legittimazione democratica, degli organi dell'indirizzo politico – avallando o favorendo l'abdicazione del legislatore al compito di determinare, almeno tendenzialmente in ultima istanza, le politiche fiscali.

V'è peraltro da considerare che la Corte costituzionale è particolarmente inadatta a compiere le valutazioni che sono richieste per la determinazione di politiche orientate a rimuovere le diseguaglianze, poiché esse si fondano necessariamente su giudizi di valore circa le diseguaglianze tollerabili o non rimuovibili (o che non è desiderabile siano rimosse) e le diseguaglianze da eliminare o neutralizzare; circa quanto rientri nel concetto di «eguaglianza delle opportunità» e quanto nel concetto di diseguaglianza legata al merito (non attingibile da interventi di parificazione); circa quanto sia diseguaglianza derivante dalla diversità di capitale relazionale – familiare, di ceto, di appartenenza politica – e dalla non imparzialità dei mercati (da rimuovere o compensare). Un universo di valutazioni tutte spettanti al legislatore, nelle quali la Corte non potrebbe di certo muoversi con l'arma limitata del giudizio di ragionevolezza, sia pure nell'accezione più ampia, esplorando la coerenza interna della legge e la corrispondenza in essa tra mezzi e fini; salvo che la ragionevolezza diventi l'involucro retorico in cui siano mascherati giudizi di valore. Una legislazione «vuota» o «neutra» dal punto di vista valoriale – cioè, come talvolta occorre di constatare, incapace di interpretare, essa anzitutto, il quadro costituzionale, e poi di tradurre coerentemente tale interpretazione in atto – lascerebbe libero campo alla creazione giurisprudenziale delle politiche di rimozione delle diseguaglianze (o di conservazione di esse, se ritenute «tollerabili» o «necessarie»). E invece l'affermazione del principio di eguaglianza richiede politiche «forti».

Ma l'eguaglianza non è solo in connessione coi diritti, costituendo la condizione dominante della loro effettività, ma è in connessione con l'universo dei doveri, se si considera che essa implica, non solo la produzione di un diritto dis-eguale a tutela dei diritti fondamentali, bensì anche la necessità di un «giusto trasferimento» di risorse, per universalizzare i diritti sociali. Su questo secondo versante, l'affermazione dell'eguaglianza è destinata a incontrare le resistenze maggiori, poiché, in un contesto ricostruttivo che metta in relazione di complementarità diritti e doveri, deve constatarsi l'asimmetria – fonte di perdurante diseguaglianza – tra diritti cui corrispondono *duties of justice* e diritti cui corrispondono *duties of material aid*, asimmetria considerata un resistente prodotto della «tradizione filosofica e politica occidentale»²⁵.

6. *Quale diseguaglianza, quali politiche* – La questione della costruzione giurisprudenziale delle politiche dell'eguaglianza chiama in causa il tema delle tecniche di «misurazione» di questa: il nostro dibattito ha sottoposto a critica l'assertività «adimensionale» di certe valutazioni della Corte costituzionale circa la ragionevolezza delle differenze normative (su pregi e limiti della giurisprudenza costituzionale in tema di eguaglianza, la relazione di Michele Massa²⁶); ha fatto emergere la necessità di contestualizzare gli obblighi di prestazione contributiva; si è riferito agli apporti degli economisti avvezzi a misurare la diseguaglianza elaborandone gli indici.

²⁵ M.C. NUSSBAUM, *Duties of Justice, Duties of Material Aid. Cicero's Problematic Legacy*, in *Journal of Political Philosophy*, 8, 2000, 176 ss., trad. it. *Giustizia e aiuto materiale*, Bologna 2008.

²⁶ M. MASSA, *Diseguaglianza e condizioni personali. Una polemica sull'eguaglianza*.

Tuttavia, dal punto di vista giuridico, non sembra sia disponibile una sistemazione concettuale del tema della misurazione della disuguaglianza o almeno di identificazione dei fattori che possano consentirla.

Sotto questo profilo può essere utile il riferimento alla letteratura economica che ha raffinato gli indicatori di benessere e, proprio in riferimento alle asimmetrie che da tali indicatori vengono rivelate, ritiene che il reddito, il risparmio e la disponibilità di beni primari non consentano, in sé considerati, conclusioni adeguate, in quanto le persone e le società sono profondamente diverse nella capacità di convertire tali risorse in acquisizioni effettive e di conseguire «funzionamenti di valore» (un disabile avrà bisogno di maggiori risorse per spostarsi da un luogo a un altro; le risorse necessarie a «presentarsi in pubblico senza vergogna» sono diverse a seconda del contesto sociale; ecc.)²⁷.

Anche l'utilità è un criterio insoddisfacente per concettualizzare il benessere (propriamente come *well being*): l'individuo può essere orientato da motivazioni diverse dall'interesse personale, e trarre piacere dai risultati di azioni volte a perseguire l'interesse di altri soggetti. Inoltre, l'autorealizzazione ha un carattere contingente e soggettivo: tradizioni sociali di subordinazione o l'intimidazione possono abbassare il livello di aspettative di gruppi o persone, conducendole ad accettare stati di privazione o di discriminazione.

Bisogna dunque distinguere tra risorse, capacità, funzionamenti, utilità.

I «funzionamenti» rappresentano ciò che una persona è in grado di essere, di fare, di perseguire; mentre le «capacità» sono le diverse combinazioni di funzionamenti che essa è libera di conseguire (il concetto stesso di libertà proposto da Sen è sostanziato da questo medesimo approccio: non è tanto libertà «negativa» dalle restrizioni, ma *positive power* di scegliere e perseguire funzionamenti).

Alla luce di questa teoria, la disuguaglianza non solo va valutata come diversità nella quantità di ricchezza posseduta, ma chiama in causa le condizioni concrete del suo utilizzo (sia macro, come cultura, istituzioni locali, posizione geografica, caratteristiche di contesto; sia micro, come età, stato di salute, genere). Viene in luce, cioè, la diversa capacità di generare «vettori di funzionamento». In particolare, la povertà è «deprivazione di capacità» (*capability deprivation*).

La disuguaglianza va dunque misurata in chiave multidimensionale, cioè con riferimento al concreto processo di conversione delle risorse in funzionamenti. A ciò non sono idonei indicatori economici connessi al reddito, quali il PIL, poiché essi non possono, per propria natura, fornire informazioni sulla dotazione di strumenti assicurata al soggetto per il perseguimento del proprio benessere.

Sen mette in luce i limiti della teoria dei «beni fondamentali» di Rawls, in quanto essa valuta lo stato di benessere individuale in ragione della quantità dei beni disponibili, ma in tal modo non consente di rilevare la condizione reale del soggetto, poiché «considera i beni primari come l'espressione del vantaggio, anziché considerare il vantaggio come una *relazione* tra le persone e i beni»²⁸: un rovesciamento di prospettiva che Sen qualifica «feticismo materiale»²⁹.

²⁷ L'approccio delle capacità e dei funzionamenti è dovuto ad Amartya Sen. La sua prima formulazione compiuta è in A.K. SEN, *Equality of What?*, in *The Tanner Lectures on Human Value*, a cura di S.M. McMurrin, Salt Lake City 1980, 195 ss., trad. it. *Uguaglianza di che cosa?*, in *Scelta, benessere, equità*, Bologna 1986, 337 ss.; ma i prolegomeni si leggono già nella critica alla teoria della giustizia di John Rawls, dalla cui ricostruzione pure Sen prende le mosse, avanzata con *Utilitarianism and Welfarism*, in *Journal of Philosophy*, trad. it. *Utilitarismo e welfarismo*, in *Saggi di filosofia della scienza economica*, Firenze 1982, 179 ss.

²⁸ A.K. SEN, *Uguaglianza di che cosa?*, cit., 355.

Dunque Sen muove dal contesto definito da Rawls, ma se ne distacca radicalmente, giungendo a demolirne i presupposti.

Tuttavia, se la *pars destruens* del suo approccio mostra una forza difficilmente resistibile, la costruzione che ne consegue incontra difficili problemi laddove si propone come teoria normativa, cioè intesa a formulare giudizi di valore ai quali conformare l'azione dei pubblici poteri, delle forze sociali, degli autori delle decisioni economiche. Ma, il fulcro sul quale Sen fa gravare il suo intero apparato concettuale è nella libertà *individuale* di attribuire valore a un determinato insieme di funzionamenti: nessuno, nessun pubblico potere potrebbe stabilire *a priori* una gerarchia dei funzionamenti. Sen coglie l'esigenza di definire alcuni insiemi di «capacità minime», ma poi non li definisce. Propone esempi, ma non pone mai i funzionamenti cui si riferisce in una graduazione di rilevanza.

Ecco perché il modello teorico che egli propone – incentrato su un nuovo modo di misurazione del benessere e della disuguaglianza – non può avere esito con facilità in applicazioni operative.

Ma è proprio in questa difficoltà, e nei punti di aggressione a essa che sono stati individuati nel dibattito sulla costruzione di Sen, che può trovare campo l'interesse dei giuristi, i quali, per proprio specifico statuto teorico, se attratti nell'universo etico che l'approccio delle capacità disvela, non possono non orientarsi a ricercare la sua traduzione in norma, costituzionale e sub-costituzionale, in politiche legislative, in prassi regolativa.

Su questo snodo ha esercitato la sua opera critica Martha Nussbaum (la cui formazione storico-giuridica, oltre che filosofica, non sembra estranea al suo percorso di revisione della teoria di Sen), alla quale pare necessario *mettere in opera* l'approccio delle capacità, anche per risolvere un'aporia strutturale derivante dal fatto che una costruzione dalla quale vuole farsi derivare la massima espansione della libertà del soggetto rischia di vedere disattesa in concreto l'esigenza di misurare la sua capacità di realizzare i funzionamenti cui aspira e dunque di perseguire normativamente tale obiettivo. Ella formula perciò una lista di dieci capacità, presentate come il minimo di garanzia che le costituzioni di ogni Paese dovrebbero prevedere. Ogni voce, ciascuna sviluppata sotto una rubrica, comprende riferimenti a libertà fondamentali proprie della tradizione del costituzionalismo; ma tutte sono sostanziate dall'obbligo di interventi a carico dei pubblici poteri e dalla correzione delle disuguaglianze da tali interventi implicata³⁰. E, invero, lo scopo della

²⁹ A.K. SEN, *Development as Freedom*, New York 1999, trad. it. *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano 2000.

³⁰ Ecco la lista come formulata in M.C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna 2002, 75 ss.: «1. *Vita*. Avere la possibilità di vivere fino alla fine una vita umana di normale durata; di non morire prematuramente, o prima che la propria vita sia stata limitata in modo tale da essere indegna di essere vissuta; 2. *Salute fisica*. Poter godere di buona salute, compresa una sana riproduzione; poter essere adeguatamente nutriti; avere un'abitazione adeguata; 3. *Integrità fisica*. Essere in grado di muoversi liberamente da un luogo all'altro; di essere protetti contro le aggressioni, compresa l'aggressione sessuale e la violenza domestica; avere la possibilità di godere del piacere sessuale e di scelta in campo riproduttivo; 4. *Sensi, immaginazione e pensiero*. Poter usare i propri sensi per immaginare, pensare e ragionare, avendo la possibilità di farlo in modo «veramente umano», ossia in modo informato e coltivato da un'istruzione adeguata, comprendente alfabetizzazione, matematica elementare e formazione scientifica, ma nient'affatto limitata a questo. Essere in grado di usare l'immaginazione e il pensiero in collegamento con l'esperienza e la produzione di opere autoespressive, di eventi, scelti autonomamente o di natura religiosa, letteraria, musicale e così via. Poter usare la propria mente in modi tutelati dalla garanzia delle libertà di espressione rispetto sia al discorso politico sia artistico, nonché della libertà di pratica religiosa. Poter andare in cerca del significato ultimo dell'esistenza a modo proprio. Poter fare esperienze piacevoli ed evitare dolori inutili; 5. *Sentimenti*. Poter provare affetto per cose e persone oltre che per noi stessi, amare coloro che ci amano e che si curano di noi, soffrire per la loro assenza; in generale, amare, soffrire, provare desiderio, gratitudine e ira giustificata.

costruzione della Nussbaum è di configurare «capacità combinate»: per garantire una capacità non è sufficiente «produrre stati interni di disponibilità ad agire»; è «altrettanto necessario predisporre l'ambiente materiale e istituzionale in modo che le persone siano effettivamente in grado di funzionare»³¹.

Le posizioni comprese nella lista sono perfettamente equiordinate (il contemperamento è già compiuto in sede di specificazione delle voci, dunque, potenzialmente, in sede di decisione politica normativa); tra esse non sono ipotizzabili rapporti di gerarchia, sicché «l'irriducibile pluralità della lista limita i compromessi ragionevolmente fattibili, e quindi limita l'applicabilità dell'analisi quantitativa dei vantaggi e degli svantaggi»³². Da ciò derivano vincoli più univocamente stringenti per il legislatore, ma anche una riduzione di campo per i bilanciamenti «creativi» dei giudici secondo ragionevolezza.

È evidente che la traduzione in norme giuridiche di questa lista (o di altre, poiché uno dei criteri costitutivi di essa è che, in società diverse, «i membri di queste ... possono specificarla con maggiore concretezza a seconda delle credenze e delle circostanze locali»³³) è un difficile problema.

Tuttavia, l'approccio delle capacità, nella sua specificazione «operativa», consentirebbe di affrontare in modo innovativo alcuni nodi proposti anche nel nostro dibattito.

Anna Lorenzetti³⁴ ha prospettato il rischio di una visione paternalistica e stigmatizzante della differenza per disabilità. Ciò la spinge a proporre un approccio secondo cui questa non va ritenuta la condizione di una minoranza identificata, bensì una condizione potenzialmente generale: secondo tale impostazione, la disabilità in atto – originaria o sopravvenuta, provvisoria o permanente – dovrebbe essere concepita come un accidente, e come tale trattata, sia prefigurandone il prodursi sia fronteggiandola una volta che si sia prodotta, ma nell'ambito del riconoscimento dell'eguale dignità di ogni persona. Tuttavia, affinché ciò sia, occorre muovere dalla considerazione che il rapporto tra persone disabili e persone non disabili costituisce un assetto di potere, nel quale la «normodotazione» costituisce lo *standard* di riferimento: lo

Non vedere il proprio sviluppo emotivo distrutto da ansie e paure eccessive, o da eventi traumatici di abuso e abbandono. (Sostenere questa capacità significa sostenere forme di associazione umana che si possono rivelare cruciali nel loro sviluppo); 6. *Ragion pratica*. Essere in grado di formarsi una concezione di ciò che è bene e impegnarsi in una riflessione critica su come programmare la propria vita. (Ciò comporta la protezione della libertà di coscienza); 7. *Appartenenza*. a) Poter vivere con gli altri e per gli altri, riconoscere l'umanità altrui e mostrare preoccupazione per il prossimo; impegnarsi in varie forme di interazione sociale; essere in grado di capire la condizione altrui e provarne compassione; esser capace di giustizia e di amicizia. (Tutelare questa capacità significa tutelare istituzioni che fondano e alimentano queste forme di appartenenza e anche tutelare la libertà di parola e di associazione politica) b) Avere le basi sociali per il rispetto di sé e per non essere umiliati; potere essere trattata come persona dignitosa il cui valore eguaglia quello altrui. Questo implica, al livello minimo, protezione contro la discriminazione in base a razza, sesso, tendenza sessuale, religione, casta, etnia, origine nazionale; 8. *Altre specie*. Essere in grado di vivere in relazione con gli animali, le piante e con il mondo della natura provando interesse per esso e avendone cura; 9. *Gioco*. Poter ridere, giocare e godere di attività ricreative; 10. *Controllo del proprio ambiente*. a) Politico. Poter partecipare in modo efficace alle scelte politiche che governano la propria vita; godere del diritto di partecipazione politica, delle garanzie di libertà di parola e di associazione. b) Materiale. Avere diritto di possesso (di terra, di beni mobili) non solo formalmente, ma in termini di concrete opportunità; avere il diritto di cercare lavoro sulla stessa base degli altri; essere garantiti da perquisizioni o arresti non autorizzati. Sul lavoro, essere in grado di lavorare in modo degno di un essere umano, esercitando la ragion pratica e stabilendo un rapporto significativo di mutuo riconoscimento con gli altri lavoratori».

³¹ Ivi, 82.

³² Ivi, 77.

³³ Ivi, 75.

³⁴ Relazione *Dis-eguaglianza e disabilità*.

scostamento da esso è valutato come minorità, in una relazione di tipo gerarchico. Tale assetto di potere andrebbe scardinato, attraverso l'affermazione del principio di eguaglianza in chiave «antisubordinazione», con un elevato potenziale di «"sovversione" dell'ordine pre-stabilito».

Di questo approccio «forte» alla questione della diseguaglianza non è data un'immediata restituzione operativa: sul piano pratico, una volta escluso il parametro della «normodotazione» come termine di raffronto, è preclusa anche l'identificazione, per differenza, dei contenuti delle politiche perequative intese all'eguaglianza sostanziale.

L'approccio delle capacità potrebbe soccorrere, poiché esso stabilisce il terreno comune a tutti – la determinazione di un insieme di «funzionamenti» – sul quale si debbono collocare le politiche di superamento delle diseguaglianze nella garanzia dei diritti, senza identificazioni stigmatizzanti.

Considerazioni analoghe potrebbero valere per le diseguaglianze di genere, che in questo nostro dibattito non sono state specificamente considerate: è invero con riferimento a esse che è stata elaborata in primo luogo la concezione al principio di eguaglianza in chiave «antisubordinazione».

Nello stesso contesto teorico può essere collocata anche la questione delle dis-eguaglianze culturali, trattata da Ilenia Ruggiu, la cui tesi è che «la cultura», in carenza di previsioni normative espresse che ne stabiliscano la posizione nell'ordinamento, deve qualificarsi come consuetudine in senso proprio. L'assunto dovrebbe essere suffragato da un adeguato affinamento dommatico, poiché anche dalla giurisprudenza addotta a sostegno si inferisce linearmente che la «cultura» non è mai fonte; sono semmai fonti le consuetudini che si formano in ambienti sociali culturalmente connotati. Quanto al diritto penale, la «cultura» non può che contribuire a definire il profilo soggettivo del reato ed essere assunta quale circostanza fattuale: fonte autonoma non è mai.

Una migliore sistemazione dommatica è la premessa non eludibile per consentire la definizione conforme a sistema di qualsiasi *test* giudiziale quanto alla soluzione di controversie determinate su base culturale (anche a postulare superate le difficoltà di traslazione nel nostro ordinamento di tali modalità di giudizio), come pure propone Ruggiu. E tanto più per la «costituzionalizzazione» di esso, come ritiene necessario Quirino Camerlengo³⁵.

Se si segue l'approccio proposto da Sen e rivisto da Nussbaum, il dato culturale può ispirare la specificazione «con maggiore concretezza» della lista delle capacità di funzionamento (specificazione, non negazione di alcuna delle voci); ma non potrebbe mai essere contemplato nella lista in posizione di superiorità gerarchica rispetto a nessuna delle altre voci: tanto se si ritiene di ispirare l'ordinamento al proposto principio di giustizia.

Analogamente, l'intangibilità della lista delle capacità di funzionamento dovrebbe essere il limite degli «accomodamenti» (*accomodation*, nella tradizione degli Stati Uniti: applicazione differenziata di norme in ragione delle esigenze di gruppi religiosi) quanto alla diversità di religione (il tema è trattato da Andrea Lollo³⁶).

7. Un nuovo paradigma dell'eguaglianza: il compito della comunità dei giuristi - La nostra discussione, il lavoro di elaborazione che l'ha resa possibile e utile, mostra la necessità di costruire un nuovo paradigma giuridico dell'eguaglianza, capace di tenere conto delle grandi trasformazioni in atto.

³⁵ Relazione di sintesi *Dis-eguaglianza, identità culturali, pratiche religiose*.

³⁶ Relazione *Dis-eguaglianza e pratiche religiose*.

Alcuni approcci maturati nell'ambito delle teorie economiche hanno mostrato di sapere comprendere tali trasformazioni in costruzioni sufficientemente innovative. I giuristi invece seguono il mutamento rimodellando la categoria della ragionevolezza, nelle sue diverse configurazioni, o elaborando e mettendo in opera *test* giudiziali (in Italia se ne propone l'importazione, con difficili problemi di adattamento). Questo modo di pensare il principio di eguaglianza e di considerare la questione delle diseguaglianze conduce a implicazioni problematiche: affida la messa in opera del principio di eguaglianza e delle sue specificazioni come definiti dalla Costituzione pressoché interamente alle sedi giudiziali, o almeno prende atto della debolezza della legislazione su questo versante come di un tratto strutturale e non scalfibile del sistema; non considera in modo adeguato le nuove forme di diseguaglianza e la difficoltà a prevenirne il prodursi o a riequilibrarne gli esiti (ammesso che la diseguaglianza «non giustificabile» venga considerata un disvalore) con lo strumentario concettuale connesso alla ragionevolezza.

Ne derivano risultati rapsodici in tema di correzione delle diseguaglianze, poiché le decisioni giudiziali sono per propria natura legate alla singola fattispecie, sicché possono comporsi in «orientamenti» più o meno stabili, e mai dar luogo a politiche complesse. Ne deriva però anche – in questo campo come in altri, ma con maggiori inadeguatezze – un eccesso di ruolo della giurisdizione.

Ne deriva, ancora, l'incapacità del sistema di rispondere al modo nuovo di porsi della questione della diseguaglianza, nuovo per la crescita quantitativa degli squilibri, nuovo per la multidimensionalità inedita delle diversità di stato.

Questa condizione non può permanere ancora a lungo senza conseguenze non desiderabili.

Nella fase della seconda modernità in cui stiamo vivendo, è ancora salda l'egemonia culturale della democrazia come assiologia, diffusamente percepita come la forma di Stato in cui trova il suo più alto compimento l'evoluzione della civiltà del diritto.

Ma è anche sempre maggiore il discredito intorno alla democrazia come praticata. E la ragione principale alla base di questo diffuso sentimento è nella crescente incapacità dei sistemi democratici ad affrontare efficacemente lo scandalo della diseguaglianza.

Una nuova teoria giuridica dell'eguaglianza, capace di confrontarsi con gli approcci dell'economia e delle scienze politiche, è perciò una necessità sempre più stringente; la quale muove a itinerari di ricerca fortemente connotati in senso interdisciplinare, all'interno dell'universo delle scienze giuridiche e nel rapporto con discipline a tale universo esterne. Itinerari tanto impervi e complessi da non potere essere affrontati da un singolo studioso o da un gruppo ristretto di studiosi, ma che deve coinvolgere più comunità di giuristi, a partire dalla comunità dei costituzionalisti.

Preme in tal senso un'esigenza pratica: offrire soluzioni alle sedi della rappresentanza politica, affinché esse possano riacquistare centralità nella lotta alla diseguaglianza, che è lotta per la conservazione del costituzionalismo, e, con esse, assumano centralità le politiche legislative a questo compito inteso.