

Diritti sociali ed eguaglianza nello spazio giuridico europeo di Tommaso Nicola Poli*

SOMMARIO: – 1. Introduzione – 2. La Carta dei diritti dell'Unione europea: la "presunta" incorporazione dei diritti sociali – 3. I diritti e/o i principi sociali della Carta dei diritti – 4. La nuova matrice assiologica dei diritti sociali e la decostruzione del principio di eguaglianza sostanziale – 5. Libertà economiche e diritti sociali nella giurisprudenza europea: prima e dopo Lisbona – 6. La matrice economicistica della cittadinanza europea: il mancato riconoscimento di diritti ai cittadini «statici» – 7. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

La caduta dei totalitarismi e la fine della seconda guerra mondiale hanno inaugurato un graduale processo di emersione dei diritti al di là dei confini statuali appena dopo la loro consacrazione nei testi costituzionali. A favorire tale fenomeno è la giuridicizzazione del principio di dignità umana che, benché abbia le sue radici in correnti filosofiche assai risalenti nel tempo e la sua più valida formulazione nel pensiero kantiano, ha costituito il punto di partenza per la proclamazione dei diritti fondamentali nel secondo dopoguerra. Per Peter Häberle la dignità umana è il primo degli elementi ideali e reali di cui si compone lo Stato costituzionale¹ e diviene, allo stesso tempo, il «*fine* cui tutte le libertà costituzionalmente protette dovrebbero tendere»².

* Dottore di ricerca in "Diritto pubblico e cultura dell'economia" presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro" in co-tutela con la Universidad de Granada.

¹ P. HÄBERLE, voce *Stato costituzionale 1) Principi generali*, trad. it. di F. POLITI, S. ROSSI, in *Enc. giur. Trecc.*, Aggiornamento, Vol. IX, Roma, p. 1; ID., *I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo*, in M. LUCIANI (a cura di), *La democrazie alla fine del secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 97, sostiene che «la premessa culturale e antropologica del modello dello «Stato costituzionale» va individuata nel valore della dignità dell'uomo; la conseguenza organizzativa di tale modello è costituita dalla democrazia pluralista». F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della Parte Prima (quella "intoccabile") della Costituzione*, in www.rivistaaic.it, n. 3, 2013, p. 22, rileva che «la Costituzione del 1948, scegliendo di porre al centro di tutto la persona e la sua dignità umana, intorno alla quale e in funzione della quale tutto deve ruotare, oltre a dar vita essa stessa, cioè a fondare, si potrebbe dire, direttamente, con la sua "semplice" approvazione ed entrata in vigore, se non la piena (ammesso che esista, o possa esistere), di certo una significativa unificazione, [...] abbia posto solide basi giuridiche, assumendolo fra i suoi fini fondamentali, proprio per quello di cui stiamo parlando, cioè per l'avanzamento, se non proprio per il completamento, di quel processo unitario che, avviato, in qualche modo, con l'"unificazione" del 1861 e di certo non rimasto, nel corso del tempo, inerte, era tuttavia ancora fortemente carente specie nella parte relativa al terzo degli elementi costitutivi dell'unità».

² D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2003, p. 128. Sullo stesso punto v. F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 109 ss.; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, pp. 343 ss.; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 14 marzo 2008; G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicativa*, in www.forumcostituzionale.it. Le stesse considerazioni valgono per gli altri testi costituzionali. Cfr. P. BECCHI, *La dignità umana nel «Grundgesetz» e nella Costituzione italiana*, in *Rag. prat.*, n. 38, 2012, pp. 25 ss.; A. VEDASCHI, *Los derechos fundamentales nella Costituzione spagnola del 1978*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, IV, 2008, p. 17; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La dignità della persona come valore supremo dell'ordinamento giuridico spagnolo e come fonte di tutti i diritti*, in www.forumcostituzionale.it.

Attorno a tale valore costituzionale le diverse categorie dei diritti fondamentali raggiungono la medesima parità assiologica, ponendosi insieme come basi per lo sviluppo in condizioni di eguaglianza della persona umana e come limiti all'esercizio del potere statale. Così i diritti di seconda generazione, vale a dire i diritti economici e sociali, ricevono lo stesso valore dei diritti di libertà e dei diritti politici, senza i quali le classi meno abbienti non possono aspirare all'effettivo godimento dei diritti classici³.

Il raggiungimento, a livello dogmatico, di una presunta parità e interdipendenza delle distinte categorie di diritti, tuttavia, fatica ad imporsi nell'odierna pluralità di livelli costituzionali⁴ che, piano piano, hanno sostituito il monopolio del costituzionalismo statale e delle dichiarazioni nazionali di diritti. La diffusione di cataloghi di diritti in ambito internazionale, sovranazionale e subnazionale e la contestuale creazione di autorità giurisdizionali per la loro protezione si concentra, per lo più, sui diritti di libertà, relegando i diritti sociali in una posizione secondaria.

Contemporaneamente si approfondisce un processo di comunicazione tra i diversi ordinamenti⁵. Il costituzionalismo nazionale, infatti, vista la naturale tendenza ad interagire dei diversi piani istituzionali, non è più rigidamente circoscrivibile nelle Costituzioni nazionali, essendosi verificato un processo osmotico e una contaminazione tra ordinamenti per cui le Costituzioni nazionali sono divenute Costituzioni «parziali», le disposizioni delle quali, anche per effetto dei fenomeni di erosione del potere a livello orizzontale, sono continuamente in movimento⁶ e vanno, quindi, reinterpretate e applicate alla luce del diritto di derivazione europea e territoriale, oltre che del mutato contesto economico, sociale e politico⁷.

³ F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della Parte Prima (quella "intoccabile") della Costituzione*, cit., pp. 6 ss.; M. MAZZIOTTI, voce *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 508; L. CARLASSARRE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, n. 1, 1995, pp. 38, 48 ss.; G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantias. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 45; F. POLITI, *I diritti sociali*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Vol. III, Giappichelli, Torino, 2006, p. 1042. V. anche P. HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 201, il quale rileva che «lo Stato delle prestazioni deve creare i presupposti e le condizioni affinché tutti possano realmente esercitare in modo paritetico la libertà, le quale è priva di valore in assenza dei presupposti reali che consentono di darle seguito: l'espressione chiave è rappresentata dal "limite del sacrificio a vantaggio della società". (...) l'eguaglianza garantisce che la libertà non diventi privilegio di gruppo. La libertà attraverso l'eguaglianza non si ottiene come conseguenza di un'autoregolazione della società, ma richiede un'attività di indirizzo e di coordinamento da parte dello Stato».

⁴ Al riguardo si rinvia a D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e politiche crisi economica*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" "I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza" Trapani, 8-9 giugno 2012, in www.gruppodipisa.it.

⁵ Sulla difficoltà delle Carte costituzionali nazionali di recintare lo spazio dei diritti nell'era della globalizzazione e di bloccare la comunicazione tra i diversi livelli di comunicazione dei diritti per la costruzione di un nuovo linguaggio dei diritti che assume «quasi una capacità costituente» v. M.R. FERRARESE, *Il linguaggio transnazionale dei diritti*, in *Riv. di dir. cost.*, 2000, pp. 74 ss..

⁶ A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi costituzionali*, in *Quad. cost.*, n. 3, 1998, pp. 343 ss.; M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in www.osservatoriosullefonti.it, n. 1, 2013, pp. 1 ss..

⁷ Per un quadro generale di tale processo di interazione tra livelli normativi si rinvia a F. GABRIELE, *Europa: la "Costituzione" abbandonata*, Cacucci, Bari, 2008, specie pp. 141 ss.. È il pensiero, inoltre, in più occasioni manifestato da P. HÄBERLE, *Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale. Il Grundgesetz come Costituzione parziale nel contesto della Unione europea: aspetti di un problema*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, II, 2002, pp. 455-462; più recentemente ID., *¿Tienen España y Europa una Constitución?*, in *ReDCE*, n. 12, 2009, pp. 353-393, spec. 389-390. Si veda anche A. MANZELLA, *Principio democratico e integrazione europea*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2006, p. 569. Della interazione tra i distinti livelli normativi si avvedono tracce nelle stesse Costituzioni nazionali e nei nuovi documenti sovranazionali e subnazionali. Per alcuni riferimenti si rinvia a A. SCHILLACI, *Los derechos fundamentales*

La cornice costituzionale, che aveva riportato ad unità la dimensione sociale, politica ed economica attraverso una serie di strumenti che ricevono dignità costituzionale (come la previsione del principio di eguaglianza sostanziale, intesa quale indirizzo politico per la rimozione delle disuguaglianze, la previsione del connubio tra impresa e lavoro e l'assoggettamento della libertà di iniziativa economica all'utilità sociale⁸), deve essere reinterpretata e, a loro volta, i diritti sociali ne escono ridimensionati alla luce della debole tutela europea e della riluttanza delle Corti di riconoscere un ruolo propulsivo alle istanze sociali provenienti dagli enti territoriali.

Il risultato di questo processo di integrazione tra una pluralità di livelli normativi ci conduce alla riconsiderazione del diritto costituzionale "parziale" di matrice statale, i cui principi fondativi devono essere composti e bilanciati con i principi fondativi delle altre istituzioni transnazionali, come l'apertura dei mercati nazionali alla libera circolazione dei capitali. Da quasi trenta anni, per esempio, la questione della redistribuzione della ricchezza tra le diverse componenti della società nazionale e transnazionale ha ceduto il passo ai fenomeni di apertura del mercato nazionale e della libera concorrenza e, per effetto della globalizzazione, è avvenuto il passaggio dai «mercati entro-lo Stato (*state embedded markets*) del tardo capitalismo nazionale» agli «stati entro-il-mercato (*market embedded states*)»⁹. In particolare, si è diffuso il c.d. «finanzcapitalismo»¹⁰, vale a dire il capitalismo finanziario, che si distingue dal vecchio capitalismo industriale, consistendo nella mera produzione di denaro per mezzo di denaro, e non per mezzo di merci, allo scopo di massimizzare i profitti e di accumulare egoisticamente il capitale¹¹, e sono state marginalizzate le disposizioni costituzionali rivolte alla tutela dei diritti sociali¹². La posizione di «minorità»¹³ dei diritti sociali, legata a ragioni

en la interacción constitucional europea, in *ReDCE*, n. 17, 2012, pp. 19 ss.; G. ROLLA, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en perspectiva comparada. Técnicas de codificación y cláusulas de interpretación*, in *ReDCE*, n. 11, 2009, p. 152; G.F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 66 ss.; ID., *Le libertà e i diritti: categorie concettuali e strumenti di garanzia*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 1058 ss..

⁸ Cfr. M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Dir. soc.*, n. 4, 2011, pp. 635-719.

⁹ A. MORRONE, *Teologia economica vs. Teologia politica. Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2012, p. 833. G. BUCCI, *La sovranità popolare nella trappola delle reti multilevel*, in www.costituzionalismo.it, p. 46; ID., *Costituzione italiana, Bce e Patto di stabilità*, in F. GABRIELE, M.A. CABIDDU (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 46 ss., il quale sottolinea come la costruzione dell'edificio comunitario sia stata imposta dalla liberalizzazione dei movimenti dei capitali sui mercati europei e internazionali. Le regole sovranazionali dei Trattati costituiscono lo strumento per controllare gli alti livelli di instabilità finanziaria e per porre gli Stati a riparo da forti tensioni speculative. Si veda anche M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, il Mulino, Bologna, 2000, pp. 73 ss., secondo cui «la globalizzazione tende a rovesciare i tradizionali rapporti esistenti tra diritto e mercato, almeno secondo l'impostazione positivista seguita nell'Europa continentale. Laddove questa impostazione, concentrando nella sovranità statale l'organizzazione giuridica del mercato, instaurava un nesso di dipendenza dell'economia rispetto al diritto, la globalizzazione, sciogliendo il nesso tra mercati e stati, rende i mercati registi, sia pure non esclusivi, dei propri statuti giuridici».

¹⁰ L'espressione è di L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2011.

¹¹ L. PATRUNO, *La "teologia economica" dell'Europa e il "banco da macellaio" (Schlachtbank) della Storia*, in www.costituzionalismo.it, p. 2.

¹² I. MASSA PINTO, *Costituzione e lavoro, totem e tabù*, in www.costituzionalismo.it, 7 novembre 2012, pp. 1 ss., sottolinea il ruolo marginale, recessivo che la Costituzione ha svolto in questi anni in materia di lavoro a ragione del progressivo svuotamento del progetto della Costituzione del 1948. Si interroga sulla valenza costituzionale o sovraconstituzionale del principio di libera circolazione dei capitali per il valore indirettamente ad essa attribuito dalla seconda proposizione dell'art. 11 Cost. e dai «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» di cui all'art. 117, co. 1, Cost., e sulla relativa svalutazione di una pluralità di beni costituzionali (*in primis* il lavoro) M. BENVENUTI, *Ancora su diritto europeo e (smantellamento dello) Stato sociale: un accostamento par inadvertance?*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1, 2013, p. 9.

di natura teorico-concettuale che si ripetono nei nuovi contesti normativi, è aggravata ora dai problemi della contingente crisi economico-finanziaria mondiale che spingono le politiche sociali, relegate da sempre nei confini nazionali¹⁴, a rivedere al ribasso la spesa pubblica a detrimento delle prestazioni erogative di servizi sociali e dei minimi livelli di garanzia raggiunti¹⁵.

2. La Carta dei diritti dell'Unione europea: la "presunta" incorporazione dei diritti sociali

La proclamazione dei diritti sociali in ambito internazionale avviene solo in un secondo momento. Quasi a sottolineare la posizione di primazia dei diritti civili e politici sui diritti economici e sociali, il Patto sui diritti economici e sociali e la Carta sociale europea si affiancano rispettivamente alla Dichiarazione universale sui diritti umani e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e non vengono dotate di effettive garanzie giurisdizionali¹⁶.

Una diversa conclusione non può pervenire nemmeno dalla cornice europea. Il riconoscimento pretorio dei diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia è stato formalizzato nel Trattato di Maastricht e ribadito da quello di Amsterdam, i quali, tuttavia, hanno riservato una dignità normativa differente ai diritti e alle libertà fondamentali e ai diritti sociali¹⁷. I diritti umani, infatti, erano stati già elevati a criteri per l'adesione all'Unione europea nel Consiglio europeo di Copenaghen del 21/22 giugno 1993¹⁸. In tale contesto l'art. F, par. 2, TUE (che, nel successivo Trattato di Amsterdam, diviene art. 6, par. 2) stabiliva che «L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmate a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario». Il riconoscimento era limitato ai diritti e alle libertà fondamentali e non ai diritti sociali. La tutela delle libertà e dei diritti fondamentali era rafforzata, inoltre, dall'esplicita previsione che i Paesi candidati dovessero rispettare tali diritti¹⁹ e dal meccanismo sanzionatorio, attraverso una complessa

¹³ M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, n. 3, 2000, p. 378.

¹⁴ È stata coniata così l'espressione «governo delle differenze» per indicare la decisione originaria di rinunciare alla costruzione di un *welfare* europeo e di conservare differenti sistemi di protezione sociale in ciascuno degli Stati membri dell'UE parallelamente alla costruzione di un mercato comune. Si rinvia a S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 33; G. AMATO, *Tra Stato sociale e dimensione europea*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 13 maggio 2009; C. DE CABO MARTIN, *Constitutionalismo del Estado social y Unión europea en contexto globalizador*, in *ReDCE*, n. 11, 2009, pp. 17-48.

¹⁵ Su questo aspetto si rinvia, per tutti, a C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, n. 4, 2013, pp. 1 ss..

¹⁶ Su questa separazione tra diritti di libertà e diritti sociali a livello internazionale v. B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 158. P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 491.

¹⁷ Sulle ragioni ostative alla previsione di riferimenti ai diritti fondamentali nel Trattato di Roma del 1957 e in quello di Parigi del 1951 si rinvia a S. GIUBBONI, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, in *Il Dir. dell'Un. Eur.*, n. 2-3, 2003, pp. 325-326; ID., *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Quad. dir. lav.*, n. 27, 2004, pp. 9-10.

¹⁸ Era richiesta ai Paesi che presentassero domanda di adesione «una stabilità istituzionale che garantisca la democrazia, il principio di legalità, i diritti umani, il rispetto e la protezione delle minoranze». V. T. CERRUTI, *L'allargamento dell'Unione europea alla luce dei parametri politici imposti ai nuovi Stati membri per l'adesione*, in www.csfederalismo.it, aprile/2007. Sulla mancanza di requisiti di natura sociale per i Paesi candidati ad entrare nell'Unione europea v. G. MAESTRO BUELGA, *El impacto de la ampliación de la U.E. sobre el «model social europeo»*, in *Rev. de Der. Com. Eur.*, n. 23, 2006, pp. 34-39.

¹⁹ Art. 49, par. 1, TUE: «Ogni Stato europeo che rispetti i principi sanciti nell'articolo 6, paragrafo 1 può domandare di diventare membro dell'Unione. Esso trasmette la sua domanda al Consiglio, che si pronuncia all'unanimità, previa

procedura, di sospensione dall'Unione per lo Stato membro che avesse violato i diritti fondamentali²⁰.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e aggiornata nella seconda Convenzione, poi proclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007²¹, divenuta giuridicamente vincolante a seguito della ratifica del Trattato di Lisbona²², potrebbe essere considerata la tappa finale verso la costruzione di un compiuto «spazio costituzionale europeo»²³. Fermandoci ad un dato puramente formale si potrebbe affermare che l'Unione, in omaggio alla concezione derivante dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, assicurerebbe sia la garanzia dei diritti fondamentali sia la separazione dei poteri, avendo il Trattato di Lisbona conferito efficacia giuridica alla Carta e, quindi, ai diritti fondamentali²⁴, e previsto, nel contempo, un'articolata struttura dei poteri. In realtà, l'Unione europea non si sarebbe dotata di una vera e propria «Costituzione» ma, in virtù dell'inesistenza di un *demos* europeo e della procedura e della modalità dell'adozione dei Trattati, avrebbe immesso nell'ordinamento europeo soltanto elementi tipici della tradizione del costituzionalismo.

Malgrado le rilevate analogie da parte della dottrina con il processo di federalizzazione dei diritti negli Stati Uniti d'America, in Svizzera e in Canada²⁵, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non possiede quella capacità espansiva propria delle altre tradizionali dichiarazioni dei diritti. Tenuto conto dell'esperienza della Costituzione degli Stati Uniti d'America, il cui XIV emendamento impone a tutti gli Stati federati il rispetto dei diritti «federali» fondamentali²⁶, i redattori della Carta, consapevoli che la sua proclamazione potesse essere

consultazione della Commissione e previo parere conforme del Parlamento europeo, che si pronuncia a maggioranza assoluta dei membri che lo compongono».

²⁰ Si rinvia all'art. 7 TUE per la descrizione della procedura di attivazione del meccanismo sanzionatorio.

²¹ Sulla seconda proclamazione si rinvia E. PACIOTTI, *La seconda proclamazione della Carta dei diritti e il Trattato di Lisbona*, in www.europeanrights.eu; E. PAGANO, *Dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, I, 2008, pp. 94-101.

²² Art. 6, par. 1, TUE: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

²³ C. PINELLI, *La Carta europea dei diritti e il processo di costituzionalizzazione del diritto europeo*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAITTA, G. SILVESTRI (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 72, osserva che il Preambolo dimostri la capacità della Carta dei diritti di proporsi come «espressione più sofisticata fin qui sperimentata in Europa di un costituzionalismo sovranazionale». Si rinvia anche a A. RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2001, p. 568.

²⁴ Per A. WEBER, *Il futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 1, 2002, p. 31, la Carta dei diritti fondamentali è, dal punto di vista sostanziale, un prodotto di diritto costituzionale.

²⁵ Paragona il processo di codificazione dei diritti in Europa a quello verificatosi negli USA e in Svizzera F. FABBRINI, *The European Multilvel System for the Protection of Fundamental Rights: A 'Neo-Federalist' Perspective*, in Jean Monnet Working Paper, No. 15/10, <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/10/101501.pdf>, pp. 33-40. G. ROLLA, *Técnicas de codificación de cláusulas de interpretación de los derechos fundamentales. Algunas consideraciones a propósito de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea*, in *ReDCE*, n. 4, 2005, pp. 89-90, e, più recentemente, ID., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en perspectiva comparada*, cit., p. 140-141, assimila l'esperienza europea a quella americana e canadese.

²⁶ XIV Emendamento, Sezione I, Cost. USA: «Tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti e sottoposte alla relativa giurisdizione, sono cittadini degli Stati Uniti e dello Stato in cui risiedono. Nessuno Stato farà o metterà in esecuzione una qualsiasi legge che limiti i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; né potrà qualsiasi Stato privare qualsiasi persona della vita, della libertà o della proprietà senza un processo nelle dovute forme di legge [*due process of law*]; né negare a qualsiasi persona sotto la sua giurisdizione l'eguale protezione delle leggi [*the equal protection of the laws*]». Sulla centralizzazione delle competenze nelle esperienze federali in relazione alla previsione di

utilizzata come fondamento giuridico per l'estensione di nuove competenze delle istituzioni europee, hanno limitato il raggio di azione dei propri diritti fondamentali alle materie che sono di sua competenza²⁷. L'art. 51, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea stabilisce che «Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati». A conferma di questa limitazione dell'operatività dei diritti fondamentali "europei", l'art. 51, par. 2, precisa che la Carta «non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei Trattati»²⁸.

Proclamata la superiorità normativa dei Trattati la "sorte" dei diritti sociali in ambito europeo non sembra cambiare. L'art. 151 TFUE (ex art. 136 TCE) stabilisce ancora che «L'Unione e gli Stati membri, *tenuti presenti i diritti sociali fondamentali*²⁹, quali quelli definiti dalla Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivi la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione», il cui raggiungimento

diritti a livello centrale v. S. NINATTI, *Catalogo dei diritti e centralizzazione delle competenze nelle esperienze federali: uno sguardo oltreoceano*, in U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, il Mulino, Bologna, 2001, pp. 145-172.

²⁷ L. LOPEZ GUERRA, *Hacia un concepto europeo de derechos fundamentales*, in *Riflessi della Carta*, cit., p. 48, sottolinea l'assenza della clausola americana nell'Unione europea che assicuri l'estensione a tutti i cittadini dell'Unione e su tutto il territorio di un catalogo di diritti comune. La stessa Corte di giustizia, in più occasioni, ha precisato che i diritti europei non hanno un ambito applicazione universale. Si rinvia alla decisione C-299/95, 29 maggio 1997, *Friedrich Kremzow c. Repubblica d'Austria*, in cui si stabilisce che «La Corte, adita in via pregiudiziale, non può fornire gli elementi interpretativi necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di una normativa nazionale ai diritti fondamentali di cui essa garantisce l'osservanza, quali risultano in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in quanto tale normativa riguarda una situazione che non rientra nel campo di applicazione del diritto comunitario». Più recentemente L. LOPEZ GUERRA, *Derechos y integración europea*, in J.I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, G. JÁUREGUI BERECIARTU (coords.), *Derecho constitucional europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 24. Rivede questa interpretazione alla luce del testo della spiegazione dell'art. 51 V. SCARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili istituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Cedam, Padova, 2008, pp. 148-154, in base al quale l'obbligo degli Stati membri di rispettare i diritti fondamentali della Carta opera soltanto nel quadro del diritto comunitario e, quindi, esclude l'operatività dei diritti fondamentali nei casi in cui «l'attività nazionale non sia compresa dentro di suddetto ambito, cioè, che non presenti elementi di collegamento con nessuna delle situazioni contemplate nell'ordinamento comunitario». In senso conforme D. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, pp. 229-236.

²⁸ L'art. 51 della Carta dei diritti impedisce un'evoluzione in senso federale della tutela dei diritti fondamentali dell'Unione europea in materie che non rientrano nell'ambito di applicazione dell'Unione analogamente a quanto avvenuto negli USA. Si rinvia a X. GROUSSOT, L. PECH, G. THOR PETURSSON, *The scope of application of EU fundamental rights on member States' action: in search of certainty in EU adjudication*, in *Eric Stein Working Paper*, No. 1/2011, pp. 16 ss.; F. FABBRINI, *The European Multilevel System for the Protection of Fundamental Rights: A 'Neo-Federalist' Perspective*, in *Jean Monnet Working Paper*, No. 15/10; G. ROLLA, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en perspectiva comparada*, cit., pp. 140-141; ID., *Técnicas de codificación de cláusulas de interpretación de los derechos fundamentales*, cit., pp. 94-98.

²⁹ Corsivo aggiunto.

da parte dell'Unione e degli Stati membri deve tener conto «della diversità delle prassi nazionali, in particolare nelle relazioni contrattuali, e della necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione», nonché della considerazione che una siffatta evoluzione «risulterà sia dal funzionamento del mercato interno, che favorirà l'armonizzarsi dei sistemi sociali, sia delle procedure previste dai trattati e dal riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative»³⁰.

Si attribuisce, allora, al mercato la capacità di assicurare l'integrazione sociale e l'omogeneizzazione degli Stati membri attraverso la previsione di un ruolo recessivo delle politiche sociali, alle quali, peraltro, è attribuita una funzione sussidiaria rispetto a quella statale³¹. L'art. 153, par. 1, TFUE (ex art. 137 TCE), infatti, limita l'azione dell'Unione a sostenere e completare quella degli Stati, cioè ad «adottare (...) mediante direttive, le prescrizioni minime applicabili progressivamente tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro, evitando, tuttavia, di ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese». Anche in questo caso la normativa europea è circondata da vincoli: la direttiva, oltre che tener conto delle differenti normative statali, deve essere adottata dal Consiglio all'unanimità (art. 294 TFUE, ex art. 251 TCE) e, poi, recepita da ciascuno Stato membro. La previsione di standard minimi di tutela, tuttavia, è espressamente esclusa in due dei settori di maggiore rilevanza della politica sociale: la lotta contro l'esclusione sociale e la modernizzazione dei regimi di protezione sociale. Allo stesso modo le eventuali disposizioni adottate dalle istituzioni non devono compromettere, a norma dell'art. 153, par. 4, «la facoltà riconosciuta agli Stati membri di definire i principi fondamentali del loro sistema di sicurezza sociale e non devono incidere sensibilmente sull'equilibrio finanziario dello stesso».

È esclusa, infine, la possibilità di intervento delle istituzioni europee in alcuni campi chiave di rilevanza sociale. L'art. 153, par. 5, TFUE lascia fuori dall'applicazione della stessa disposizione le retribuzioni, il diritto di associazione, il diritto di sciopero e il diritto di serrata che, invece, trovano espresso riconoscimento nella Carta che, a sua volta, con difetti di coordinamento, rinvia all'implementazione del diritto dell'Unione europea e della legislazione degli Stati membri³².

Questa posizione di secondo piano delle disposizioni sui diritti sociali si riflette nella Carta, malgrado essa sia il primo documento sovranazionale che incorpora i diritti sociali insieme ai diritti civili e politici e, a prima vista, riconosca il medesimo statuto normativo alle distinte categorie di

³⁰ Per tale motivo è stata coniata l'espressione «solidarietà competitiva» per indicare il modello sociale europeo poiché i diritti sociali dovrebbero ricevere tutela dal funzionamento efficiente del mercato. Si rinvia a W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e mercato*, n. 58, 2000, pp. 3-24. Questo tipo di funzionamento del modello sociale europeo è stato criticato tant'è che, si è sostenuto, che «viene costruito sul vizio d'origine di far dipendere, sempre di più il governo sociale degli Stati membri da una sorta di automatismo: l'incentivazione del mercato comune avrebbe prodotto, sistematicamente, ma sempre di riflesso, benessere e prosperità». Cfr. G. BUCCI, L. PATRUNO, *Riflessioni sul c.d. modello sociale europeo, sull'Europa "sociale" dei capi di governo e sul mutato rapporto tra costituzione ed economia*, in www.costituzionalismo.it, pp. 19, 25, 36; G. BUCCI, *L'Unione europea tra tecnocrazia e "modello sociale"*, in G. RIVOSECCHI, M. ZUPPETTA (a cura di), *Governo dell'economia e diritti fondamentali*, Cacucci, Bari, 2010, p. 190. Si tratta della logica opposta a quella delle Costituzioni dei Paesi membri dell'Ue (si guardino le Costituzioni di Italia, Spagna e Germania) in cui è stata riservata una posizione di superiorità ai diritti sociali insuscettibili di essere ridimensionati dalle libertà economiche.

³¹ Ciò ha indotto G. PISARELLO, *¿Constitucionalismo sin Constitución o Constitución sin Constitucionalismo? Elementos para una lectura de la construcción europea en clave post-estatal*, in *ReDCE*, n. 5, 2006, p. 267, a sostenere che la Carta dei diritti sia «"inofensiva" subordinata a la Constitución política y económica de la Unión».

³² È il caso dell'art. 28 della Carta (Diritto di negoziazione e di azioni collettive). A livello esemplificativo viene definito «minimalista» l'atteggiamento della Carta dei diritti in riferimento al diritto di associazione sindacale (unitamente al diritto di sciopero e di retribuzione). Si rinvia a G. FONTANA, *Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*, in www.forumcostituzionale.it.

diritti. La previsione, in alcuni casi addirittura innovativa, di alcune disposizioni di natura sociale (malgrado già ad un rapido confronto con la Costituzione italiana ci si avveda della mancanza del diritto al lavoro) non può celare la debolezza dell'impianto costituzionale dei diritti sociali a livello europeo, le cui ragioni si rintracciano nell'originaria costruzione dell'edificio europeo e nei problemi di ordine concettuale dovuti alla stessa redazione delle disposizioni sociali della Carta dei diritti³³.

D'altro canto, la Carta, benché non ripartisca i diritti di prima e di seconda generazione e codifichi originalmente i diritti attorno a sei principi-valori, contiene alcune clausole finali di interpretazione e di applicazione³⁴ che amplificano la distinzione tra diritti civili e diritti sociali tanto da essere stata definita una «reinforced dichotomy»³⁵. L'art. 52, par. 2, della Carta, già dalla sua prima versione, stabilisce che «I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti». Diversamente l'art. 52, par. 5, recita che «Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti». In tal modo la Carta differenzia la sua capacità normativa declassando le disposizioni di principio, le quali possono essere invocate davanti a un giudice soltanto nel caso in cui siano state attuate dal diritto dell'Unione o dalla legislazione statale³⁶.

La Carta, tuttavia, non individua questi principi affidando all'interprete il difficile compito di rintracciarli nel testo. In tale operazione ermeneutica non aiutano nemmeno le «spiegazioni» della Carta che, anzi, chiariscono in senso restrittivo la portata dell'art. 52, par. 5, precisando che essi «non danno tuttavia adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri»³⁷. Sono indicate a titolo esemplificativo e, quindi,

³³ G.F. MANCINI, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, in *Riv. dir. eur.*, n. 1, 1989, p. 7; F. PIZZOLATO, *Il sistema di protezione sociale nel processo di integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 7.

³⁴ L'art. 6, par. 1, comma 3, TUE stabilisce che «I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del Titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni».

³⁵ Così E. VRANES, *The final clauses of the Charter of Fundamental Rights – Syumbling Blocks for the First and Second Convention*, in <http://eiop.or.at/eiop/texte/2003-007a.htm>, p. 6.

³⁶ Criticamente sulla distinzione tra diritti e principi *ex multis* C. HILSON, *Rights and Principles in EU Law: A distinction Without Foundation?*, in *Maastr. Jour. of Eur. and Comp. Law*, n. 2, 2008, pp. 193-215; C. MCCRUDDEN, *The future of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Jean Monnet Working Paper*, No. 10/01, p. 15; B. DE WITTE, *The Trajectory of Fundamental Social Rights in the European Union*, in G. DE BÚRCA, B. DE WITTE (edited by), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, p. 160; S. SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" N. 24/2003*, p. 18; G. AZZARITI, *I diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Pol. dir.*, n. 3, 2003, pp. 332-335. Di diverso avviso: E. GIANFRANCESCO, *Some considerations on the juridical value of the Charter of fundamental rights before and after the Lisbon Treaty*, in www.forumcostituzionale.it, pp. 10-12; G. BRONZINI, *La Costituzione europea e il suo modello sociale: una sfida per il Vecchio continente*, in *Dem. dir.*, n. 2, 2003, p. 194; V. ONIDA, *Il problema della giurisdizione*, in AA.VV. (a cura di E. PACIOTTI), *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Roma, 2003, p. 134; G. RUIZ-RICO RUIZ, *Il catalogo dei diritti sociali nel Trattato costituzionale dell'Unione europea*, in *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 125.

³⁷ Si riporta il testo della spiegazione sull'art. 52, par. 5, della Carta «Il paragrafo 5 chiarisce la distinzione fra «diritti» e «principi» sancita nella Carta. In base a tale distinzione, i diritti soggettivi sono rispettati, mentre i principi sono osservati (articolo 51, paragrafo 1). Ai principi può essere data attuazione tramite atti legislativi o esecutivi (adottati dall'Unione conformemente alle sue competenze e dagli Stati membri unicamente nell'ambito dell'attuazione del diritto dell'Unione); di conseguenza, essi assumono rilevanza per il giudice solo quando tali atti sono interpretati o sottoposti a controllo. Essi non danno tuttavia adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle

non esaustivo alcune disposizioni che rientrerebbero tra i principi e altre che avrebbero elementi sia di un diritto sia di un principio. Nella prima categoria vi sarebbero la tutela dell'ambiente (art. 37), la tutela degli anziani (art. 25) e l'inserimento delle persone con disabilità (art. 26)³⁸, nella seconda la parità tra uomini e donne (art. 23), la protezione della vita familiare e professionale (art. 33) e l'accesso alla prestazioni di sicurezza sociale e di assistenza sociale (art. 34). Ciò induce ad osservare che la maggior parte delle disposizioni ricomprese nel Titolo sull'«Uguaglianza» e sulla «Solidarietà» debbano essere qualificate, a norma della Carta, come principi³⁹, scaricando la determinazione delle prestazioni sociali prevalentemente sugli Stati senza prevedere le modalità minime di invero dei diritti sociali⁴⁰ e liberando l'Unione europea da qualsiasi obbligo che, invece, potrebbe essere soddisfatto al ribasso da ciascuno dei Paesi membri⁴¹.

A completare le perplessità sulla diretta azionabilità di queste disposizioni e sulla loro eventuale attuazione da parte delle istituzioni europee si deve rilevare che, anche nelle ipotesi dei diritti sociali incondizionati⁴², le cose non sembrano cambiare. L'applicazione dell'art. 52, par. 2, depotenzia le altre disposizioni di carattere sociale privandole della propria autonomia normativa a favore del regime giuridico previsto dai Trattati. Così, peraltro, specificano le «spiegazioni» della Carta secondo cui l'art. 52, par. 2, «chiarisce che tali diritti restano soggetti alle condizioni e ai

autorità degli Stati membri. Ciò è in linea sia con la giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. in particolare la giurisprudenza sul «principio di precauzione» di cui all'articolo 191, paragrafo 2 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea: sentenza del TPG dell'11 settembre 2002, causa T-13/99 Pfizer c. Consiglio, con numerosi rinvii ai precedenti giurisprudenziali e una serie di sentenze sull'articolo 33 (già 39) in merito ai principi della normativa agricola, ad es. sentenza della Corte di giustizia, causa 265/85 Van den Berg, Racc. 1987, pag. 1155: analisi del principio della stabilizzazione del mercato e delle aspettative ragionevoli), sia con l'approccio ai «principi» negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, specialmente nella normativa sociale. A titolo illustrativo si citano come esempi di principi riconosciuti nella Carta gli articoli 25, 26 e 37. In alcuni casi è possibile che un articolo della Carta contenga elementi sia di un diritto sia di un principio, ad es. gli articoli 23, 33 e 34». Per il testo completo si rinvia all'indirizzo <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:IT:PDF>.

³⁸ Su questi principi V. SCIARABBA, *op. cit.*, p. 207, ha sollevato alcuni dubbi ritenendo che si tratta di disposizioni su cui le giurisprudenze, costituzionali e non, hanno tratto contenuti precettivi tali da permettere un'immediata invocabilità in sede giudiziaria.

³⁹ È il caso dell'art. 16 (Libertà di impresa), dell'art. 27 (Diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa), dell'art. 28 (Diritto di negoziazione e di azioni collettive), dell'art. 30 (Tutela in caso di licenziamento ingiustificato), dell'art. 33 (Vita familiare e vita professionale), dell'art. 34 (Sicurezza sociale e assistenza sociale), dell'art. 35 (Protezione della salute) che fanno riferimento ad entrambi. L'art. 36 (Accesso ai servizi d'interesse economico generale) e l'art. 37 (Tutela dell'ambiente) rinviano soltanto alla legislazione e alla prassi degli Stati membri. Cfr. G.G. FLORIDIA, «Nell'intenzione dell'artista, e agli occhi degli abitanti» (*osservazioni sulla "Dichiarazione dei diritti" di Nizza*), in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, I, 2001, p. 167; V. SCIARABBA, *op. cit.*, p. 211. Quest'ultimo sostiene che la Carta, attraverso i numerosi rinvii, produca un sistema «a geometria variabile».

⁴⁰ È la ragione per la quale C. SALAZAR, *I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un "viaggio al termine della notte"*, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, cit., p. 250, li indica come diritti «senza volto perché la loro identità è inconsistente in partenza». Cfr. anche A. ALGOSTINO, *Democrazia sociale e libero mercato: Costituzione italiana versus "Costituzione europea"*, in www.costituzionalismo.it, 21 febbraio 2007, pp. 5-6; ID., *Costituzionalismo e Trattato di Lisbona: l'insostenibile pesantezza del mercato*, in *Dir. pubbl.*, n. 3, 2009, p. 852; F. SALMONI, *Diritti sociali e Unione europea. Dall'ordinamento comunitario allo Stato sociale europeo*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Vol. III, Giappichelli, Torino, 2005, p. 556; ID., *Diritti sociali sovranità fiscale e libero mercato*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 74.

⁴¹ G. AZZARITI, *Le Garanzie del lavoro tra Costituzioni nazionali, carta dei diritti e Corte di giustizia dell'Unione europea. Intervento alla tavola rotonda "Diritti fondamentali e libertà economiche: principi europei e tradizioni giuridiche nazionali"*. Perugia 25-26 marzo 2011, in www.astridonline.it, p. 9.

⁴² Si tratta dei diritti previsti nel Titolo III sull'«Uguaglianza» e di alcuni previsti nel Titolo IV sulla «Solidarietà». Questi ultimi sono il diritto di accesso ai servizi di collocamento (art. 29), il diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque (art. 31), il divieto del lavoro minorile e protezione dei giovani sul luogo del lavoro (art. 32). Su questa distinzione S. GAMBINO, *Derechos sociales, Carta de derechos fundamentales e integración europea*, in *ReDCE*, n. 9, 2008, p. 115.

limiti applicabili al diritto dell'Unione su cui si fondano e che sono fissati nei trattati. La Carta non modifica il sistema dei diritti accordati dal trattato CE e ripresi nei trattati»⁴³.

3. I diritti e/o i principi sociali della Carta dei diritti

L'indivisibilità e l'universalità dei valori, invocata nel Preambolo, e l'incorporazione dei diritti sociali e di diritti di nuova generazione⁴⁴ realizzano un'originale classificazione dei diritti rispetto alle dichiarazioni tradizionali⁴⁵. Non sono distinti i diritti civili e politici e quelli sociali ed economici né è stabilita una ripartizione tra i diritti di prima, di seconda e di terza generazione ma sono raggruppati intorno a sei principi-valori fondamentali. I diritti fondamentali, preceduti da un Preambolo – che, in sintonia con il Preambolo e l'art. 2 TUE, indica quale base dell'Unione i principi di democrazia e dello Stato di diritto e non anche dello Stato sociale – sono riportati alle loro fonti assiologiche e raggruppati intorno alle categorie della dignità (Titolo I: artt. 1-5), della libertà (Titolo II: artt. 6-19), dell'uguaglianza (Titolo III: artt. 20-26), della solidarietà (Titolo IV: artt. 27-38) e della giustizia (Titolo V: artt. 47-50)⁴⁶, inducendo, in parte della dottrina, il convincimento che la Carta introduca un catalogo dei diritti compiuto e capace, da una parte, di ridurre «la dominanza dei diritti fondamentali di natura economica»⁴⁷ e, dall'altra, di collocare, almeno nelle intenzioni, tutti i diritti allo stesso livello normativo⁴⁸.

Nel tentativo di dotare l'Unione europea di un catalogo di diritti di natura globale, la Convenzione ha operato una sintesi delle diverse fonti che il Preambolo della Carta indica nelle tradizioni costituzionali, negli obblighi internazionali, nella CEDU, nelle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché nella Corte di giustizia dell'Unione europea e nella Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁹. In tal modo la Carta riconosce, seppure in maniera

⁴³ Sul punto v. G. MAESTRO BUELGA, *El impacto de la ampliación de la U.E. sobre el «model social europeo»*, cit., pp. 21-22, le cui osservazioni, benché siano riferite alla versione della Carta incorporata nel Trattato costituzionale e, quindi, all'art. II-112.2, possono valere anche per l'attuale redazione della Carta.

⁴⁴ È il caso del diritto all'integrità della persona, quali di divieto di pratiche eugenetiche e il divieto di clonazione riproduttiva degli esseri umani (art. 3), il diritto alla protezione dei dati personali (art. 8), il diritto ad una buona amministrazione (art. 41).

⁴⁵ Sulle tradizionali classificazioni delle dichiarazioni dei diritti v. G. ROLLA, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en perspectiva comparada*, cit., pp. 142-143. Sulla ripartizione dei diritti in generazioni v. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, il Mulino, Bologna, 2002, pp. 48-61; A. PACE, *I diritti del consumatore: una nuova generazione dei diritti*, in *Dir. e soc.*, n. 1, 2010, pp. 116-139.

⁴⁶ Sulla struttura e sui contenuti della Carta cfr. AA.VV. (a cura di M. SICLARI), *Contributo allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2003; A.W. HERINGA, L. VERHEY, *The EU Charter: Text and Structure*, in *Maastr. Jour. of Eur. and Comp. Law*, n. 1, 2001, pp. 11-32; E. FALLETTI, *Carta di Nizza (Carta europea dei diritti fondamentali)*, in *Dig. delle Disc. Priv.*, IV Aggiornamento, Utet, Torino, 2009; J. PEREIRA DA SILVA, *Alcune note sui diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, III, 2002, pp. 1120-1129.

⁴⁷ D. GRIMM, *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell'ottica della critica dell'ipotesi di una Costituzione europea*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 9; O. DE SCHUTTER, *La garanzia dei diritti sociali e dei principi sociali nella «Carta dei diritti fondamentali»*, ivi, p. 212.

⁴⁸ E. PACIOTTI, *La Carta: i contenuti e gli autori*, in *Riscrivere i diritti in Europa*, cit., p. 17; S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 73; S. GRECO, *I diritti fondamentali nella Costituzione europea*, in *Riv. it. di dir. pubbl. com.*, n. 1, 2001, p. 192; V. SCJARABBA, *op. cit.*, p. 135; S. GIUBBONI, *Da Roma a Nizza*, cit., p. 19; B. PEZZINI, *op. cit.*, pp. 181.

⁴⁹ Sulla provenienza dei diritti contenuti nella Carta si rinvia all'analisi sistematica di G.F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 43-49; F. RUBIO LLORENTE, *Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de*

disseminata nei diversi capi, alcuni tradizionali diritti sociali, previsti nelle Costituzioni nazionali dei Paesi membri dell'UE.

La maggior parte di essi si colloca sotto il Titolo IV relativo alla «Solidarietà» che include il diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa (art. 27), il diritto dei lavoratori, dei datori di lavori e delle organizzazioni collettive di negoziare a concludere contratti collettivi (art. 28), il diritto di accesso ai servizi di collocamento (art. 29), il diritto alla tutela in caso di licenziamento ingiustificato (art. 30), il diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque (art. 31), la previsione del divieto di lavoro minorile e della protezione dei giovani sul luogo di lavoro (art. 32), l'enunciazione del principio della protezione della vita familiare e della sua compatibilità con la vita professionale (art. 33), il diritto di accesso alla sicurezza sociale e all'assistenza sociale (art. 34), alle prestazioni sanitarie e alle cure mediche (art. 35), ai servizi di interesse economico generale (art. 36), la garanzia di un elevato livello di tutela ambientale (art. 37), la protezione del consumatore (art. 38).

Il Titolo III sull'«Uguaglianza» contiene due disposizioni sotto forma di principi: l'uguaglianza davanti alla legge (art. 20) e il divieto di qualsiasi forma di discriminazione. Sono previste, inoltre, ulteriori garanzie a favore dei soggetti più deboli: la parità tra uomini e donne (art. 22), la protezione del minore (art. 23) e degli anziani (art. 24), gli interventi a favore dell'inserimento lavorativo e sociale dei disabili (art. 25).

Altri diritti sociali si rintraccerebbero nel Titolo II sulla «Libertà»: il diritto di libertà sindacale si desumerebbe dalla disposizione alla libertà di associazione (art. 12), il diritto di istruzione (art. 14) e il diritto di esercitare una professione liberamente scelta o accettata (art. 15)⁵⁰.

In tali disposizioni la "debolezza" dei diritti sociali sarebbe alimentata dalla loro formulazione. L'art. 15 – che afferma la libertà professionale e il diritto di lavorare – pone un generico riferimento alla «libertà di lavorare» enfatizzando la dimensione negativa del diritto piuttosto che quella positiva. Non a caso i redattori avrebbero inserito questo articolo nel Titolo sulla «Libertà» piuttosto che in quello sulla «Solidarietà» che, in assenza della previsione di un corrispondente diritto sociale al lavoro che implichi un vincolo attivo per le istituzioni, rivela la sua funzione strumentale al funzionamento del mercato laddove accentua, nel par. 2, l'aspetto della libertà di spostamento e di stabilimento per la ricerca del lavoro⁵¹. In altri casi, invece, è stato notato che la norma avrebbe potuto essere scritta in maniera meno vaga: l'art. 26 sull'«Inserimento delle persone con disabilità» e l'art. 34 relativo alla «Sicurezza sociale», anziché statuire che l'Unione «riconosce e rispetta», avrebbero potuto adottare espressioni che garantissero l'azionabilità in

derechos de la Unión europea), in *Rev. Esp. de Der. Const.*, n. 64, 2002, pp. 34 ss..

⁵⁰ Il tentativo di rintracciare le disposizioni relative ai diritti sociali nel testo della Carta è stato operato da A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, p. 117; F. PIZZOLATO, *op. cit.*, pp. 151-157; B. PEZZINI, *op. cit.*, pp. 186-188; S. GAMBINO, *Les droits sociaux dans le constitutionnalisme contemporain et dans le droit de l'Union Européenne*, in www.federalismi.it, p. 25. Dedicato ai diritti sociali che sono stati inclusi nei Titoli sull'«Uguaglianza» e sulla «Solidarietà» è il contributo di G. AZZARITI, *Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza*, in *Contributo allo studio della Carta dei diritti*, cit., pp. 61-80; P. COSTANZO, *Il sistema di protezione sociale nell'ambito dell'Unione europea*, in www.giurcost.org, pp. 12-18.

⁵¹ F. SALMONI, *Diritti sociali e Unione europea*, cit., p. 555; O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 212; A. ALGOSTINO, *Democrazia sociale e libero mercato*, cit., p. 9; G. MAESTRO BUELGA, *I diritti sociali nella Costituzione europea*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, p. 116; D. GRIMM, *Diritti sociali fondamentali per l'Europa*, in E. PACIOTTI (a cura di), *Sfera pubblica e Costituzione europea*, Carocci, Roma, 2002, p. 13. F. PIZZOLATO, *op. cit.*, p. 151. Per un approfondimento relativo alla dimensione positiva del diritto al lavoro nella Carta dei diritti anche in chiave comparata si rinvia a A. ALAIMO, *Il diritto al lavoro tra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto "aperto" e "multilivello"*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 60/2008*, pp. 1-52, spec. p. 44.

giudizio dei diritti in questione⁵². In quest'ultimo caso le «spiegazioni» dell'art. 34 della Carta hanno precisato che «il riferimento ai servizi sociali riguarda i casi in cui siffatti servizi sono stati istituiti per garantire determinate prestazioni, ma non implica in alcun caso che essi debbano essere creati laddove non esistano». Denota, inoltre, una regressione della tutela della parte più debole del rapporto di lavoro la sostanziale equiparazione tra lavoratori e datori di lavori attraverso la previsione di un generico diritto di ricorrere ad azioni collettive (art. 28)⁵³.

Anche gli altri due articoli dedicati alla protezione dei soggetti più deboli non prevedono una tutela di tipo uniforme. A differenza dei minori, il cui interesse viene qualificato, in tutti gli atti compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, «preminente» (art. 24), la protezione degli anziani ha, invece, un contenuto generico⁵⁴.

4. La nuova matrice assiologica dei diritti sociali e la decostruzione del principio di eguaglianza sostanziale

Le disposizioni della Carta sui diritti e sulle libertà sono spogliate delle cautele che le hanno accompagnate nel passaggio dal costituzionalismo liberale a quello socialdemocratico a favore del modello liberista europeo.

Ciò vale in considerazione di due ragioni principali.

Innanzitutto – come ha rilevato Alberto Lucarelli – «la Carta europea dei diritti fondamentali, nella parte relativa ai diritti sociali, sembrerebbe esprimere un compromesso tra individualismo e modello socio-centrico»⁵⁵ che privilegierebbe nuove forme di *Welfare*. In tale contesto il compito dei pubblici poteri di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona assumerebbe un carattere meramente suppletivo rispetto alle attività di interesse generale esercitate in maniera spontanea dai privati in forza del principio di sussidiarietà orizzontale⁵⁶. Così «il principio di eguaglianza sostanziale cederebbe di fronte al principio solidaristico e socio-centrico»⁵⁷ che ruota intorno alla persona e alle forme di integrazione sociale di tipo spontaneo, prescindendo dall'azione dei pubblici poteri a favore, pertanto, di forme di *Welfare Society*⁵⁸. Per tale motivo la Carta individua la matrice assiologica dei diritti sociali nel principio-valore della solidarietà⁵⁹

⁵² F. SALMONI, *Diritti sociali e Unione europea*, cit., p. 556, preferirebbe l'utilizzazione di «garantire e tutelare».

⁵³ G. FERRARA, *I diritti del lavoro e la Costituzione economica italiana ed in Europa*, in www.costituzionalismo.it, 26 novembre 2005.

⁵⁴ Su questa differenza v. M. TOBIA, *Il modello sociale europeo*, in *Arch. giur. Fil. Ser.*, n. 1, 2009, p. 60.

⁵⁵ A. LUCARELLI, *Diritti sociali e principi «costituzionali» europei*, in *Quad. della Rass. di dir. pubbl. eur.*, 2008, p. 182, e, di nuovo, ID., *Il modello sociale ed economico europeo*, in *Quad. della Rass. di dir. pubbl. eur.*, 2009, p. 296.

⁵⁶ L'esercizio delle competenze dell'Unione è basato sui principi di sussidiarietà e di proporzionalità, previsti dall'art. 5, par. 1, TUE (ex art. 5 TCE).

⁵⁷ A. LUCARELLI, *Diritti sociali e principi «costituzionali» europei*, cit., p. 182. Più in generale G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, n. 1, 2002, p. 44, esclude che il principio di sussidiarietà orizzontale e quello di eguaglianza sostanziale siano tra loro incompatibili. Il principio di sussidiarietà orizzontale costituirebbe un vincolo procedurale per cui i pubblici poteri non si attiverebbero laddove l'intervento dei privati avrebbe buone probabilità di raggiungere una diminuzione delle disuguaglianze e, viceversa, nel caso in cui l'intervento privato fosse insufficiente, il principio di sussidiarietà opererebbe a favore del legislatore o della pubblica amministrazione.

⁵⁸ L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da Welfare State a Welfare Society*, in *Riv. di dir. fin. e sc. delle fin.*, n. 1, 2000, pp. 99-115, il quale ritiene che i modelli tradizionali di *Welfare* cedano di fronte alla fuga dei capitali all'estero con il conseguente effetto di ricadere sugli stessi soggetti che il *Welfare State* vorrebbe proteggere.

⁵⁹ Criticamente si esprime anche A. LASA LOPEZ, *Derechos de conflicto y razones del mercado: caracterización jurídica de la huelga en el derecho comunitario europeo*, in *ReDCE*, n. 13, 2010, p. 299, che con riferimento al valore della

anziché in quello di eguaglianza sostanziale, cioè nella direzione di quella «solidarietà doverosa o fraterna (...) come moto doveroso e cooperante dei cittadini nell'adempimento delle loro varie solidarietà»⁶⁰. I diritti sociali della Carta «si riconoscono in una forma di Stato in cui la tipica divisione *weberiana* Stato-società risulta superata da modelli partecipativi e di confusione pubblico-privato o, peggio ancora, dove l'interesse pubblico rischia di disperdersi o di frammentarsi in una sommatoria di interessi individuali e di contingenti mediazioni»⁶¹.

Di pari passo il principio di eguaglianza è ricostruito soltanto nella sua versione formale⁶². Scompare il principio di eguaglianza sostanziale, cardine del costituzionalismo del secondo dopoguerra, che viene ridimensionato nella sua dimensione formale (art. 20)⁶³. I singoli divieti, previsti dall'art. 21, arricchiscono le ipotesi di discriminazione previste nelle Costituzioni nazionali ma, al contempo, escludono anche qualsiasi forma di discriminazione fondata sul patrimonio, la quale avrebbe l'effetto paradossale di giustificare tassazioni identiche nei confronti di persone con una capacità reddituale differente⁶⁴.

Il principio di eguaglianza sostanziale sembrerebbe invece riservato, a prima vista, ad un solo settore, vale a dire alle ipotesi di eguaglianza di genere: l'art. 23, par. 2, precisa che «Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato»⁶⁵. La possibilità di eliminare le discriminazioni tra uomini e donne è, peraltro, ribadita nell'art. 157, par. 1, TFUE che obbliga «ciascuno Stato membro ad assicurare l'applicazione del principio di parità di retribuzione (...) per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore». È stabilito, inoltre, a norma del par. 4, che «il principio di parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso

“Solidarietà” sostiene che «nos encontramos con un concepto que pierde aquella dimensión sustancial que permitía la introducción de mecanismos correctores del mercado. Una solidaridad desarmada cuya realización se hace depender del mercado».

⁶⁰ Distingue la solidarietà su due piani, orizzontale e verticale, S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. e soc.*, n. 1, 1996, p. 10. Cfr. E. ROSSI, *Art. 2*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Comm. alla Cost.*, Vol. I, Utet, Torino, 2006, pp. 56-58.

⁶¹ A. LUCARELLI, *Diritti sociali e principi «costituzionali» europei*, cit., p. 297.

⁶² C. DE FIORES, *L'Europa al bivio. Diritti e questione democratica nell'Unione al tempo della crisi*, Ediesse, 2012, p. 78.

⁶³ Costituisce uno dei tratti caratterizzanti delle principali Costituzioni europee: l'art. 3, co. 2, Cost. Italia, l'art. 72.2 Legge fondamentale, l'art. 9.2 Cost. Spagna. Al riguardo è stato rilevato che il principio di eguaglianza formale sia difficilmente riconducibile all'interno dei diritti sociali ponendosi, invece, in relazione funzionale alla creazione di un mercato comune in cui i diritti sociali sarebbero ad esso strumentali. Cfr. G. MAESTRO BUELGA, *I diritti sociali nella Costituzione europea*, cit., pp. 121 ss.

⁶⁴ Sul punto v. G. FERRARA, *I diritti del lavoro e la Costituzione economica italiana ed in Europa*, cit., sostiene criticamente «Eguaglia così tutti i prefigurati destinatari di questa norma prescindendo dalle loro situazioni patrimoniali. Il ricco è equiparato al povero, il capitalista al salariato, il redditiero al disoccupato. Per gli uni e per gli altri dovrà essere prevista ed applicata la stessa disciplina. Il che comporta il divieto di misure equilibratrici che abbiano valenza economica patrimoniale, quindi il divieto di un'imposizione tributaria di tipo progressivo a carico dei titolari di redditi derivanti dai grandi patrimoni. Il proprietario di un vasto patrimonio potrebbe contestare, per violazione del principio di non discriminazione fondata sul patrimonio, ogni disposizione, misura, provvedimento che non lo eguagli al nullatenente. Il principio (*Gleiches gleich, ungleiches ungleich*) per cui a situazione eguale deve corrispondere un trattamento eguale ma a situazioni diseguali deve corrispondere un trattamento diverso, corrispondente alla diseguaglianza sussistente, è rovesciato e, con esso, un postulato etico-politico della civiltà contemporanea fatto proprio dall'espressione più avanzata del costituzionalismo del '900».

⁶⁵ Così si esprime G. AZZARITI, *Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza*, cit., p. 71. È il motivo per cui G. FERRARA, *Dell'uguaglianza*, in M. LUCIANI (a cura di), *La democrazia di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 29, già nel 1994 lamentava che la parola eguaglianza fosse scomparsa sia dai cataloghi dei libri sia dall'agenda politica.

sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali». L'art. 19 TFUE, invece, autorizza la "possibilità", con la procedura legislativa speciale, di adottare provvedimenti per combattere alcuni casi di discriminazioni⁶⁶, ma non contemplerebbe un dovere di rimuoverli a carico dell'Unione. Nessuna novità di particolare rilievo avrebbe determinato nemmeno la nuova disposizione dell'art. 10 TFUE⁶⁷ che si limita ad indicare l'obiettivo dell'Unione di combattere le discriminazioni nell'adozione e nella definizione delle sue politiche e azioni. Non estende, quindi, in alcun modo, le competenze dell'Unione, specie in relazione ad obiettivi di promozione dell'uguaglianza sostanziale.

Ad ogni modo il Trattato e la Carta non permetterebbero all'Unione di intervenire per rimuovere le disuguaglianze di ordine sociale⁶⁸ che, invece, costituiscono uno dei compiti attribuiti dalle Costituzioni nazionali ai poteri pubblici statali⁶⁹. Anzi, sin dal Trattato istitutivo CEE del 1957, il divieto di non discriminazione per nazionalità⁷⁰ e l'obbligo di parità di retribuzione tra uomini e donne⁷¹ si sono posti in funzione del perseguimento della libera circolazione dei lavoratori⁷². In tale ottica scompare la dimensione relazionale dell'individuo che viene collocato in una «posizione egoistica e necessariamente egocentrica» relegata all'ambito economico⁷³. La disciplina della libertà di impresa (art. 16) e del diritto di proprietà (art. 17), contenuta nella Carta, è stata svincolata da qualsiasi riferimento alla funzione sociale o al bene della collettività, apparendo lontana dalla

⁶⁶ Art. 19 TFUE, par. 1: «Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

⁶⁷ Art. 10 TFUE: «Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale». Sul nuovo art. 10 TFUE v. B. DE WITTE, A.H. TRECHSEL, D. DAMJANOVIĆ, E. HELLQUIST, J. HIEN, P. PONZANO, *Legislating after Lisbon. New opportunities for the European Parliament*, Florence, June, 2010, EUI, pp. 63 ss.

⁶⁸ M. MILITELLO, *Principio di eguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 3; art. 20 e 21 Carta di Nizza)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT 77/2010*, p. 21; E. PALICI DI SUNI, *Il principio di eguaglianza*, in *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea, Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 5, 2010, p. 257, O. POLLICINO, *Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza? Un tentativo di problematizzazione del dibattito interno alla luce della giurisprudenza sopranazionale*, in www.forumcostituzionale.it; C. FAVILLI, *Uguaglianza e non discriminazione nella Carta dei diritti dell'Unione europea*, in *La difficile Costituzione europea*, il Mulino, Bologna, 2001, pp. 225-247. In generale sul principio di eguaglianza nell'ordinamento europeo v. anche G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, VI edizione, Cedam, Padova, 2010, pp. 121 ss.

⁶⁹ In senso contrario E. PALICI DI SUNI, *op. cit.*, p. 277, secondo cui il principio di eguaglianza costituisce la premessa per la costruzione di un'unione non solo economica e monetaria ma anche politica e sociale.

⁷⁰ Art. 7 della versione originale del Trattato. Ora art. 18 TFUE.

⁷¹ Art. 119 della versione originaria del Trattato. Ora art. 157 TFUE.

⁷² È stato rilevato, infatti, da M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., p. 376, che il principio di non discriminazione tra i sessi costituisca manifestazione del principio di eguaglianza formale e non di quello di natura sostanziale. Ciò ha indotto G. MAESTRO BUELGA, *I diritti sociali nella Costituzione europea*, cit., p. 122, a sostenere che «L'unica peculiarità riguarda il fatto che esso si realizza nell'ambito del mercato del lavoro; ciononostante risulta difficile affermare che si tratti di un diritto sociale. D'altra parte, la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libertà sindacale, sicurezza sociale e persino di assistenza sociale, non dà luogo a diritti derivanti dall'ordinamento comunitario, bensì produce conseguenza in materia di libera circolazione dei lavoratori». In senso contrario L. AZZENA, *La costruzione del principio di eguaglianza nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, III, 2007, pp. 1419-1440.

⁷³ P. GROSSI, *Le molte vite del giacobinismo giuridico (ovvero: la «Carta di Nizza», il progetto di «Costituzione europea», e le insoddisfazioni di un storico del diritto)*, in *Jus*, n. 3, 2003, pp. 405-422.

tradizione del costituzionalismo sociale⁷⁴. Così il funzionamento di questo modello liberista europeo consente e permette di privilegiare la libertà di stabilimento (art. 49 TFUE, ex art. 43 TCE) e la libera prestazione di servizi (art. 56 TFUE, ex art. 49 TCE) a scapito dell'eguaglianza sostanziale con conseguenti rischi di *dumping* sociale nelle ipotesi di mobilità dei lavoratori da uno Stato membro ad un altro⁷⁵.

5. Libertà economiche e diritti sociali nella giurisprudenza europea: prima e dopo Lisbona

Le carenze delle disposizioni primarie e secondarie del diritto europeo in materia sociale non sono state colmate nemmeno dall'attività della Corte di giustizia. Anzi la Corte ha manifestato, in via generale, un'inversione di rotta nella tutela dei diritti fondamentali rispetto agli ordinamenti nazionali. A ragione, infatti, Marta Cartabia ha rilevato che «ciò che è valore negli Stati membri diventa limite nell'ordinamento comunitario e ciò che è limite diventa valore»⁷⁶. Così il lento ma progressivo riconoscimento dei diritti e delle libertà fondamentali viene riletto dalla giurisprudenza comunitaria alla luce degli obiettivi perseguiti dalla Comunità e, soprattutto, delle esigenze del mercato. La sentenza *Wachauf* del 1989 precisa che «I diritti fondamentali riconosciuti dalla Corte non risultano però essere prerogative assolute»⁷⁷ e devono essere considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società. È pertanto possibile operare restrizioni all'esercizio di detti diritti, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti»⁷⁸.

⁷⁴ Così A. ALGOSTINO, *Democrazia sociale e libero mercato*, cit., p. 10; G. MAESTRO BUELGA, *I diritti sociali nella Costituzione europea*, cit., p. 115; G. FERRARA, *I diritti del lavoro e la Costituzione economica italiana ed in Europa*, cit.; U. ALLEGRETTI, *Diritti e stato nella mondializzazione*, Città Aperta, Troina, 2002, p. 142.

⁷⁵ Il riferimento è alla sentenza *Rüffert c. Land Niedersachsen*, 3 aprile 2008, C-346/06, par. 15-16. In questa decisione la Corte di giustizia consente che nello stesso territorio si applichino due sistemi di retribuzione differenti. Anziché adeguare le retribuzioni a quelle del luogo di esecuzione delle prestazioni, le imprese edili di altri Stati membri possono corrispondere ai lavoratori distaccati la retribuzione del paese di origine in base al criterio della nazionalità dei lavoratori. La Corte sostiene che, in caso contrario, l'obbligo di rispettare il contratto collettivo costituirebbe una violazione del principio di libera prestazione dei servizi. V. la nota di L. RONCHETTI, *I due volti dell'Europa: il principio di non discriminazione tra libertà e eguaglianza. A proposito delle sentenze Maruko e Rüffert della Corte di giustizia*, in *Giur. it.*, n. 3, 2009, pp. 564-570; L. PATRUNO, *Il caso Rüffert: la Corte di giustizia CE fa un altro passo avanti nella 'via giudiziaria' al dumping sociale*, in www.costituzionalismo.it. Si veda anche il caso *Maruko (Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen)*, 1° aprile 2008, C-267/06 in cui la Corte ha preferito applicare il criterio della discriminazione diretta tra unione registrata e matrimonio piuttosto che quello della discriminazione indiretta che avrebbe consentito alle persone lese di dare immediato rimedio al superstite dell'unione registrata. Nel caso di specie, invece, ha rimesso la questione di fatto ai giudici nazionali, i quali dovranno verificare se il coniuge superstite di un'unione solidale sia in una posizione analoga a quella del coniuge beneficiario della prestazione ai superstiti. In senso analogo si rinvia alla *Romer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, 10 maggio 2011, C-147/08, con nota di S. NINATTI, *Il caso Römer: limiti di materia, principio di uguaglianza o tutela di diritti?*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2011, pp. 693-696; A. DI FLORIO, *Diritto anti-discriminatorio europeo: il caso Romer*, in www.europeanrights.it.

⁷⁶ M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 55.

⁷⁷ Corsivo aggiunto.

⁷⁸ *Wachauf c. Repubblica federale di Germania*, 13 luglio 1989, C-5/88, par. 18. Di questo conflitto tra gli obiettivi comunitari e i diritti fondamentali sono paradigmatiche le decisioni *Grogan* e *Groener*. Nella prima la Corte di giustizia si pronuncia sulla compatibilità tra il divieto di diffondere informazioni sulla possibilità di interrompere la gravidanza, previsto dall'art. 40 Cost. irlandese, e la libertà di prestazione di servizi, garantita dall'art. 59 Trattato di Roma, nella

Ciò accade per i diritti "classici" (quelli civili) ma, nondimeno, anche per i diritti politici e i diritti sociali, i quali, peraltro, ricevono tutela giudiziale solo in un secondo momento⁷⁹.

Il riconoscimento pretorio dei diritti sociali è avvenuto, infatti, di volta in volta, in funzione del divieto di discriminazione⁸⁰ e delle libertà economiche⁸¹ e, raramente, in via diretta⁸². La successiva proclamazione della Carta di Nizza/Strasburgo e la ratifica del Trattato di Lisbona non ha cambiato sostanzialmente lo stato delle cose per i diritti sociali. I diritti civili, invece, hanno trovato "riconoscimento" e "affermazione" sulle libertà economiche, avendo i giudici di Lussemburgo fatto prevalere, in una circostanza, il diritto di espressione e di riunione sulla libera circolazione delle merci⁸³ e, in un'altra, il rispetto della dignità umana sulla libera circolazione dei servizi e delle merci⁸⁴. Come ha rilevato la dottrina giuslavorista, il «mosaico» della giurisprudenza

quale rientrerebbe anche la libera prestazione dell'interruzione della gravidanza. La Corte ha ritenuto che l'attività di interruzione della gravidanza costituisca un "servizio" che non può essere ostacolato dalle normative nazionali. Nella seconda (*Groener c. Ministero dell'educazione e Città di Dublino*, 28 novembre 1989, C-379/87) la Corte di giustizia ha rilevato che la normativa irlandese che subordina l'assunzione di insegnanti stranieri alla condizione che questi superino un esame di lingua gaelica non deve ledere la libertà di circolazione dei lavoratori. Su queste due sentenze v. M. CARTABIA, *Principi inviolabili*, cit., pp. 46-50.

⁷⁹ L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 112, rileva che la Corte di giustizia ha affermato, inizialmente, quei principi che esprimono le esigenze elementari di giustizia dello Stato di diritto: tra questi l'obbligo degli Stati di predisporre una via di ricorso effettiva (*Johnston*, C-22/84; *Heylens*, C-22/89), la garanzia del giusto processo (*Hoffman-La Roche*, C-85/76; *Moli*, C-121/76.), il diritto al contraddittorio (*Transocean Marine Paint Association*, C-17/74; *S.N.U.P.A.T.*, C-42 e 49/59), il diritto di essere assistito da un avvocato a partire dalle indagini preliminari (*Hoechst*, C-46/87 e 227/88), il diritto al rispetto della riservatezza della corrispondenza tra cliente e avvocato (*AM&S*, C-155/79). Si segnalano anche il riconoscimento dei diritti di ogni persona al rispetto della sua vita privata (*National Panasonic*, C-136/79), del suo domicilio (*Dow*, C-97, 98, 99/87; *Hoechst*, C-46/87 e 227/88), della libertà di espressione (*Oyowe and Traore*, C-100/88), della libertà di religione (*Prais*, C-130/75).

⁸⁰ F. SALMONI, *Diritti sociali e Unione europea*, cit., p. 564, cita la seguente giurisprudenza: *D'Hoop c. Office National de l'emploi*, 11 luglio 2002, C-224/98 (diritto all'indennità di disoccupazione giovanile); *Jimenez Melgar*, 4 ottobre 2001, C-438/99 (divieto di licenziamento delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento); *Allonby*, 13 gennaio 2004, C-265/01 (diritto ad iscriversi ad un determinato regime pensionistico).

⁸¹ F. SALMONI, *Diritti sociali e Unione europea*, cit., p. 566, richiama la seguente giurisprudenza: *BECTU*, 26 giugno 2001, C-173/99 (diritto alla ferie retribuite); *Inizan c. Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine*, 23 ottobre 2003, C-56/01 (diritto al rimborso alla spese mediche); *Grzelczyk c. Centre public d'aide soc. d'Ottignies Louvain la Neuve*, 20 settembre 2001, C-184/99, (diritto di una prestazione sociale di un regime non contributivo). Cfr. anche U. ALLEGRETTI, *I diritti sociali*, cit., secondo cui «i diritti sociali sono sottoposti ad una "infiltrazione" del diritto della concorrenza e del mercato che ne altera la consistenza». Ciò ha indotto P. SIMONE, *Gli accordi internazionali di salvaguardia dei diritti sociali e del lavoro e il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali alla Polonia e al Regno Unito*, in *Il Dir. Un. Eur.*, n. 3, 2009, p. 760, a sostenere che «Tradizionalmente, la Corte ha fatto figurare tra i principi generali il libero esercizio delle attività professionali, la libertà di associazione sindacale e il libero esercizio dei diritti sindacali nonché la parità di trattamento e il divieto di discriminazione nell'accesso al lavoro nelle sue svariate forme, limitandosi a fattispecie poste sulla linea di confine tra i diritti civili e politici e i diritti sociali, nelle quali si impongono divieti più che obblighi di prestazione».

⁸² *Albany*, 21 settembre 1999, C-67/96, (diritto alla previdenza sociale integrativa).

⁸³ *Schmidberger*, 12 giugno 2003, C-112/00. È possibile rinviare ad un altro caso recente in cui la Corte di giustizia (*Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, 22 gennaio 2013, C-283/11), di fronte alla paventata violazione dei diritti fondamentali del titolare dei diritti esclusivi di trasmissione televisiva, ha affermato che «la commercializzazione in via esclusiva di eventi di grande interesse pubblico è attualmente crescente e tale da poter considerevolmente restringere l'accesso del pubblico all'informazione a tali eventi». Alla luce di tale considerazione ha ritenuto legittimo l'art. 15, par. 6, della dir. 2010/13 che permette a qualsiasi emittente televisiva di realizzare brevi estratti di cronaca per i notiziari di carattere generale, limitando la libertà di impresa e privilegiando l'accesso del pubblico all'informazione rispetto alla libertà contrattuale.

⁸⁴ *Omega*, 14 ottobre 2004, C-36/02. Su queste due sentenze v. M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, il Mulino, Bologna, 2007, pp. 42-48.

avrebbe prodotto «una gerarchia (...) che darebbe luogo ad una piramide parzialmente capovolta rispetto agli ordinamenti nazionali e all'ordinamento italiano: al primo posto – ma non con assoluta certezza - i diritti e le libertà civili classiche, poi le libertà economiche (di fatto veri e propri diritti) e, infine, i diritti sociali di natura collettiva (quelli più marcati in funzione di “contropotere sociale”), fortemente deprivati dal contenuto di autonomia e libertà, ma condizionati dalle - e, dunque, poziori e recessivi rispetto alle - libertà economiche»⁸⁵.

Quanto ai diritti sociali previsti dalla Carta dei diritti si registra la loro utilizzazione come canone ermeneutico, prima, nelle conclusioni degli Avvocati generali e, poi, anche nelle decisioni dei giudici; tuttavia, manca, a fianco del loro riconoscimento, la loro effettiva «affermazione»⁸⁶. La Carta dei diritti non ripiana questo divario: i diritti sociali soccombono, ancora, alle libertà economiche nelle operazioni di bilanciamento, effettuate dai giudici europei. Il *punctum dolens* dei diritti sociali non sarebbe costituito dalla mancanza del loro riconoscimento ma si collocherebbe sul piano della loro affermazione⁸⁷ come dimostrano i casi *Viking*⁸⁸ e *Laval*⁸⁹. Entrambe le decisioni “riconoscono” il diritto di azione collettiva e il diritto di sciopero come diritti fondamentali⁹⁰ ma, al contempo, ne limitano la portata. Lo riconducono all'art. 28 della Carta dei diritti e precisano, a norma della disposizione, che «esso è tutelato conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali»⁹¹. In altre parole la Carta, anziché rafforzare la tutela dei diritti sociali nello spazio europeo, produce l'effetto inverso, divenendo un supporto nell'attività giudiziaria per limitare l'efficacia del diritto di azione collettiva a vantaggio della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei servizi⁹². Per di più la Corte rafforza l'efficacia del diritto comunitario in un settore, quello del diritto di sciopero, riservato alla competenza statale (art. 137, par. 5, TCE; ora art. 153, par. 5, TFUE), affermando che gli Stati membri sono tenuti al rispetto del diritto comunitario⁹³.

In tale modo i giudici di Lussemburgo si sono riservati la possibilità di decidere sulla legittimità del diritto di azione collettiva, sottoponendolo al bilanciamento con le libertà economiche e, nella specie, con la libertà prestazione di servizi (art. 49 TCE, ora art. 56 TFUE) e con la libertà di stabilimento (art. 43 TCE, ora art. 49 TFUE). Chiariscono che le libertà di circolazione esercitano un effetto diretto orizzontale e non solo verticale, vale a dire limitano sia la capacità normativa delle autorità statali sia l'autonomia dei soggetti non pubblici e, quindi, anche

⁸⁵ B. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Viking e Laval)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT. - 61/2008*, p. 24.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 27. L'Autore ritiene che la Corte di giustizia non abbia esplicitato la distinzione tra riconoscimento e affermazione dei diritti sociali.

⁸⁷ B. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale*, cit., p. 34. G. FONTANA, *op. cit.*, pp. 33, 40.

⁸⁸ *Viking*, 11 dicembre 2007, C-438/05.

⁸⁹ *Laval*, 18 dicembre 2007, C-341/05.

⁹⁰ *Viking*, par. 44; *Laval*, par. 91.

⁹¹ Sul punto v. M.V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lav. e dir.*, n. 2, 2008, p. 380; A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Viking e Laval*, in *Lav. e dir.*, n. 1, 2008, p. 93; F. ANGELINI, *La garanzia dei diritti sociali in Europa affidata alla Corte di giustizia dell'UE*, in *Governo dell'economia e diritti fondamentali*, cit., p. 160; I. INGRAVALLO, *La Corte di giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?*, in *La Com. int.*, n. 4, 2008, pp. 641-662; R. PALLADINO, *Il diritto di sciopero e di contrattazione collettiva nell'ordinamento europeo: il "cittadino lavoratore" tra logiche di mercato e tutela dei diritti sociali fondamentali*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Cacucci, Bari, 2011, pp. 257 ss.

⁹² Così U. CARABELLI, *Tutele del lavoro, diritto di sciopero e libertà di contrattazione collettiva tra identità nazionale e integrazione comunitaria*, in www.europeanrights.it, p. 28.

⁹³ *Viking*, cit., par. 40-41; *Laval*, cit., par. 86-88.

quella delle associazioni sindacali⁹⁴. Così precisano che il diritto di intraprendere un'azione collettiva, da una parte, «rappresenta un legittimo interesse che *giustifica*, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario», dall'altra, però, «non esula dall'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato» e, quindi, «deve essere conciliato con i diritti tutelati dal Trattato stesso, oltre che essere conforme al principio di *proporzionalità*»⁹⁵. In linea teorica, quindi, la promozione di un'azione collettiva e la conseguente restrizione di una delle libertà di circolazione può essere ammessa solo nel caso in cui persegua un «obiettivo legittimo compatibile» con il Trattato e «giustificata da ragioni imperative di interesse generale» purché sia adeguata a realizzare l'obiettivo e non ecceda quanto necessario per raggiungerlo. Tali argomentazioni hanno condotto la Corte di giustizia nel caso *Viking* ad osservare che la restrizione alla libertà di stabilimento non può essere giustificata laddove l'azione collettiva produca il risultato finale di impedire il suo stesso esercizio⁹⁶. Allo stesso modo la sentenza *Laval*, nonostante ammetta l'esercizio di azioni collettive rivolte ad evitare fenomeni di *dumping* sociale, offre una lettura minimalista della direttiva 96/71 sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, imponendo al datore di lavoro di rispettare il contenuto della normativa europea⁹⁷. L'interpretazione della giurisprudenza è, implicitamente, diretta ad assicurare il vantaggio competitivo della prestazione di servizi transnazionale che verrebbe compromesso laddove agli Stati membri ospitanti fosse consentita la fissazione di ulteriori condizioni di lavoro e di occupazione. Ma, in tal modo, produce paradossalmente un risultato inverso: la protezione "minima" garantita dalla direttiva diviene "massima", provocando squilibri sociali a vantaggio dei principi fondamentali di libera circolazione.

Ciò detto, il percorso intrapreso dalla Corte di giustizia è stato confermato prima dalle decisioni *Rüffert*⁹⁸ e *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*⁹⁹ e, poi, anche dopo la ratifica del Trattato di Lisbona, da quelle *Commissione c. Germania*¹⁰⁰ e *Santhos Palhota*¹⁰¹ malgrado il tentativo, operato dalla dottrina, di individuare, in questi due ultimi giudizi, nelle conclusioni degli Avvocati generali, la possibilità di nuovi spazi per i diritti sociali¹⁰².

L'equiparazione dei diritti fondamentali e delle libertà economiche non determina l'affermazione delle prime sulle seconde. L'invocata utilizzazione da parte dell'Avvocato generale Trstenjak di un meccanismo di natura bidirezionale¹⁰³ nella causa *Commissione c. Repubblica federale di Germania*¹⁰⁴ conduce, in ogni caso, all'applicazione del criterio di proporzionalità e alla

⁹⁴ *Viking*, cit., par. 33-37; *Laval*, cit., par. 97-98.

⁹⁵ *Viking*, cit., par. 45-47; *Laval*, cit., par. 93-95. Corsivi aggiunti.

⁹⁶ *Viking*, cit., par. 88.

⁹⁷ *Laval*, cit., par. 108. In senso critico si rinvia M.R. BALLESTRERO, *ult. op. cit.*, p. 387; F. ANGELINI, *op. cit.*, p. 162.

⁹⁸ *Rüffert*, 3 aprile 2008, C-346/06, in particolare par. 33-34.

⁹⁹ *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*, 19 giugno 2008, C-319/06.

¹⁰⁰ *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, 15 luglio 2010, C-271/08.

¹⁰¹ *Santhos Palhota*, 7 ottobre 2010, C-515/08. Si rinvia alle conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón, par. 51-55, che valorizza le novità in materia sociale previste nel Trattato di Lisbona: la clausola sociale orizzontale (art. 9 TFUE), la previsione di un'economia sociale di mercato che mira alla piena occupazione e al progresso sociale (art. 3, par. 3 TUE), la tutela in materia di condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose (art. 31 Carta dei diritti fondamentali).

¹⁰² B. CARUSO, *I diritti sociali dopo il Trattato di Lisbona*, cit., pp. 17-19; A. DE SALVIA, *Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali collettivi operato dalla Corte di giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, INT – 98/2012, p. 6.

¹⁰³ Si riporta il par. 204 delle conclusioni dell'Avvocato generale Verika Trstenjak: «L'indagine volta a verificare se la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi possano legittimare una restrizione del diritto fondamentale di negoziazione collettiva e dell'autonomia collettiva presenta in definitiva carattere speculare rispetto a quella mirante ad accertare se tali diritti sociali fondamentali possano giustificare una restrizione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi».

¹⁰⁴ La causa trae origine da un ricorso della Commissione che contestava alla Repubblica Federale di Germania di

soccombenza del diritto di azione collettiva a vantaggio delle libertà economiche¹⁰⁵. La decisione, infatti, pur citando l'art. 28 della Carta di Nizza insieme con l'art. 52, par. 6, che impone di tener conto della legislazione e delle prassi nazionali¹⁰⁶, ribadisce la necessità di valutare la legittimità del diritto di contrattazione collettiva alla luce del diritto comunitario, sebbene tale diritto goda della tutela costituzionale riconosciuta, in via generale, dall'art. 9.3 della Legge fondamentale, al diritto di costituire associazioni per la salvaguardia e il miglioramento delle condizioni lavorative e economiche¹⁰⁷.

6. La matrice economicistica della cittadinanza europea: il mancato riconoscimento di diritti per i cittadini «statici»

La decisione di separare la costruzione di un mercato comune europeo dalla contestuale edificazione di un unico sistema sopranazionale di *welfare* ha determinato la coesistenza di tutti i sistemi di *welfare* nazionali che, ancora oggi, comporta il mantenimento da parte delle istituzioni nazionali del controllo sui requisiti di applicazione e di accesso transnazionale ai regimi di assistenza sociale.

La difficoltà di estendere illimitatamente i diritti sociali a tutti i cittadini europei migranti ha indotto gli Stati membri – che fino ad allora attribuivano benefici sociali sulla base del criterio della nazionalità o di uno stabile collegamento con il territorio – a condizionare l'accesso *cross-border* dei diritti sociali all'esercizio di un'attività lavorativa secondo una logica di tipo commutativo basata sullo scambio tra il contributo al processo produttivo fornito dal migrante e la piena integrazione socioeconomica nello Stato membro ospitante¹⁰⁸.

aver infranto la normativa comunitaria sulle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi allorché consentiva alla amministrazioni pubbliche locali o alle loro aziende di concludere, in via diretta e senza previa indizione di una gara di appalto a livello dell'Unione europea, accordi quadro relativi ai servizi di previdenza complementare con enti previdenziali individuati preventivamente dal contratto preliminare.

¹⁰⁵ Si chiede se la tecnica dell'Avvocato generale costituisca un passo avanti rispetto alle decisioni precedenti F. VECCHIO, *Dopo Viking, Laval e Ruffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?*, in www.europeanrights.it. Cfr. anche G. ORLANDINI, *Libertà economiche e cittadinanza sociale europea*, in www.europeanrights.it; R. SANTAGATA, *Il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche dopo Lisbona: un altro controverso intervento della Corte di giustizia*, in *Dir., lav., merc.*, n. 2, 2011, pp. 304 ss..

¹⁰⁶ *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, cit., par. 38.

¹⁰⁷ *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, cit., par. 43. Richiamandosi a questa sentenza M. RAVERAIRA, *L'ordinamento dell'Unione europea, le identità costituzionali nazionali e i diritti fondamentali. Quale tutela dei diritti sociali dopo il Trattato di Lisbona?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, n. 2, 2011, p. 354, ritiene che si debba ancora ragionare di controllimiti, quanto meno nelle ipotesi in cui nel conflitto tra diritti sociali e libertà economiche la scelta si orienti a favore delle seconde. Sulla difformità del bilanciamento dei diritti sociali collettivi a livello europeo rispetto all'esperienza costituzionale italiana si rinvia alle notazioni conclusive di A. DE SALVIA, *op. cit.*, pp. 8 ss.

¹⁰⁸ La logica imposta dall'Unione europea secondo S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit., p. 148, «non contraddice la *ratio* e il fondamento mercantile della libertà di circolazione all'interno del mercato comune ma ne costituisce, anzi, a ben vedere, uno sviluppo del tutto coerente». Sull'originaria impostazione di accesso ai diritti sociali riservata al cittadino europeo lavoratore transfrontaliero v. M.A. MARTIN VIDA, *La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación des los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social*, in *ReDCE*, n. 8, 2007, pp. 95 ss.; A.J. MENÉNDEZ, *European Citezenship after Martínez Sala and Baumbast. Has European Law Become More Human but Less Social?*, in *RECON Working Paper*, n.5/2009; E. CRESPO NAVARRO, *La jurisprudencia del TJCE en material de ciudadanía de la Unión: una interpretación generosa basada en la remisión al derecho nacional y en el principio de no discriminación por razón de nacionalidad*, in *Rev. Der. Com. Eur.*, n. 28, 2007, pp. 883 ss.

In tale contesto la direzione imposta all'accesso transnazionale ai diritti sociali da parte della Corte di giustizia è stata salutata come un «cambio di paradigma»¹⁰⁹. Secondo una parte della dottrina, infatti, l'utilizzazione in combinazione del parametro del principio di parità di trattamento in base alla nazionalità (art. 18 TFUE) e della cittadinanza europea (art. 21 TFUE) avrebbe inciso su ambiti di competenza ancora gelosamente custoditi dagli Stati membri e avrebbe determinato il passaggio da un concetto di cittadinanza di tipo mercantile ad un concetto maturo e più ampio di cittadinanza sociale europea. Così la possibilità di accesso alle prestazioni sociali anche da parte dei cittadini europei economicamente «inattivi» permetterebbe di ripensare il concetto di cittadinanza secondo un modello non categoriale e funzionale al processo produttivo transnazionale ma più ampio ed inclusivo fondato sull'*homo civitatis* anziché sull'*homo oeconomicus*¹¹⁰.

Il riconoscimento di un autonomo patrimonio di diritti connessi soltanto allo *status* di cittadino avrebbe conferito alla condizione di cittadino europeo «lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi tra essi si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla nazionalità e fatte salve le eccezioni al riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico»¹¹¹, imposto da una certa «solidarietà finanziaria dei cittadini di [uno] Stato con quelli degli altri Stati membri, specie quando le difficoltà cui va incontro il beneficiario sono di carattere temporaneo»¹¹². La logica ispirata dalle decisioni della Corte di giustizia ha permesso di estendere alcuni benefici sociali ai cittadini europei inattivi che, comunque, avessero instaurato precedentemente un legame con il Paese membro di adozione indipendentemente dall'esercizio di un'attività lavorativa o che avessero a disposizione risorse economiche sufficienti per sopravvivere¹¹³.

A dire il vero, però, ciò che sembrerebbe un passo in avanti nella costruzione sociale dell'Unione europea cela i pericoli di un meccanismo che potrebbe minare le dinamiche di controllo della spesa pubblica provocando, al contempo, la denazionalizzazione e la deterritorializzazione dei sistemi di *welfare* nazionali per via della rottura di quel legame di reciprocità di diritti e di doveri che ha dato legittimità democratica alle forme di redistribuzione sociale negli Stati nazionali¹¹⁴, e dimostrando, altresì, la preferenza per modelli di inclusione sociale che si muovono nella direzione

¹⁰⁹ N. REICH, *The Constitutional Relevance of Citizenship and Free Movement in an Enlarged Union*, in *Eur. Law Jour.*, 2005, p. 678.

¹¹⁰ In tal senso si esprime A. LOLLO, *Il paradigma inclusivo della cittadinanza europea e la solidarietà transnazionale*, in www.gruppodipisa.it, p. 5. Così si sono espressi gli Avvocati generali Colomer (par. 15) e Jacobs (par. 46) rispettivamente nelle conclusioni nella causa *Petersen* (C-228/07, *Jörn Petersen c. Arbeitsmarktservice Niederösterreich*) e nella causa *Kostantinidis* (C-168/91, *Kostantinidis c. Stadt Altensteig, Standesamt e Landratsamt Calw, Ordnungsamt*).

¹¹¹ *Grzelczyk c. Centre public d'aide soc. d'Ottignies Louvain la Neuve*, 20 settembre 2001, causa C-184/99, par. 31.

¹¹² *Ibidem*, par. 44.

¹¹³ *Ex multis* si vedano le decisioni: *Martínez Sala c. Freistaat Bayer*, 12 maggio 1988, C-85/96; *Baumbast c. Secretary of State for the Home Department*, 17 settembre 2002, C-413/99; *Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, 20 settembre 2001, C-184/99; *Maire-Nathalie D'Hoop c. Office national de l'emploi*, 11 luglio 2002, C-224/98; *Brian Francis Collins c. Secretary of State for Work and Pensions*, 23 marzo 2004, C-138/02; *Michel Trojani c. Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*, 7 settembre 2004, C-456/02; *Dany Bidar c. London Borough of Ealing, Secretary of State for Education and Skills*, 15 marzo 2005, C-209/03; *Kunquian Catherine Zhu e Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*, 19 ottobre 2004, causa C-2000/02. Per una panoramica generale su queste decisioni si veda M.A. MARTIN VIDA, *op. cit.*; S. AMADEO, *Il principio di eguaglianza e la cittadinanza dell'Unione: il trattamento del cittadino europeo "inattivo"*, in *Il Dir. dell'Un. Eur.*, n. 1, 2011, pp. 59-94.

¹¹⁴ S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit., pp. 23, 229.

della solidarietà doverosa o fraterna che, volta per volta, si impongono all'attenzione della Corte di giustizia e che favoriscono i soggetti meglio attrezzati a far uso della libertà di circolazione¹¹⁵.

E, infatti, il quadro legislativo europeo non ha ricevuto ripercussioni. Si trovano conferme nella direttiva 2004/38/CE, il cui art. 7.1, lett. a) e b), subordina la libertà di circolazione transfrontaliera per un periodo superiore ai tre mesi e il conseguente accesso *cross-border* ai diritti sociali all'esercizio di un'attività lavorativa o al possesso di risorse economiche sufficienti, a meno che il cittadino europeo non abbia soggiornato legalmente in un altro Stato membro per un periodo maggiore di cinque anni. È confermata, quindi, la distinzione tra cittadini economicamente attivi e cittadini non economicamente attivi in funzione della consueta logica che favorisce le libertà economiche a dispetto della tutela dei diritti fondamentali¹¹⁶.

Ad invertire la rotta non ha contribuito nemmeno la Carta dei diritti e l'acclamata recente sentenza *Zambrano*¹¹⁷ che avrebbe riconosciuto un diritto di cittadinanza dell'Unione sganciato dall'esercizio della libera circolazione tra Stati membri. La sentenza, infatti, adombrando l'applicazione del principio di parità di trattamento sulla base della cittadinanza europea anche alle situazioni interne¹¹⁸, chiarisce che la cittadinanza di uno Stato membro conferisce lo *status* "accessorio" di cittadino europeo, previsto dall'art. 20 TFUE¹¹⁹, che, come tale, «osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro status di cittadini dell'Unione»¹²⁰ o che possano produrre indirettamente un effetto analogo attraverso il diniego del permesso di soggiorno e il rifiuto del permesso di lavoro nei confronti dei genitori del minore cittadino europeo¹²¹ e, quindi, incidere sull'unità e sulla tutela della vita familiare¹²².

Nel caso *Zambrano* lo *status* di cittadino europeo del minore diviene rilevante indipendentemente dall'esercizio della circolazione transfrontaliera, costituendo il fondamento per

¹¹⁵ A.J. MENÉNDEZ, *European Citezenship after Martínez Sala and Baumbast*, op. cit., p. 29.

¹¹⁶ M.A. MARTIN VIDA, op. cit.; J. ZILLER, *Il diritto di soggiorno e la libera circolazione nell'Unione europea, alla luce della giurisprudenza e del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2008, p. 954. Ciò ha indotto A. CELOTTO, *Quando un «diritto» non è un diritto: sulla circolazione e soggiorno dei cittadini comunitari*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2010, p. 860, a rilevare che «il «diritto» di circolazione e di soggiorno del cittadino comunitario è già così affievolito da poter non essere considerato un vero e proprio «diritto», pur continuando a fregiarsi di questa altisonante etichetta».

¹¹⁷ *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, 8 marzo 2011, C-34/09. Nel caso di specie la Corte riconosce al sig. Zambrano, cittadino colombiano e padre di due bambini nati in Belgio e titolari della cittadinanza belga ed europea, il diritto di soggiorno in Belgio sulla base della circostanza che ciò costringerebbe i suoi figli cittadini europei ad abbandonare il Paese di residenza per seguire il genitore affidatario.

¹¹⁸ La stessa qualificazione di «situazione puramente interna» è stata criticata nelle conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston, il quale rileva che, benché la concessione e la revoca della cittadinanza siano questioni che rientrano nella competenza degli Stati membri, le norme nazionali debbono comunque rispettare il diritto dell'Unione. E, infatti, analogamente al caso *Rottmann*, la Corte osserva che, nel caso in cui al sig. Zambrano non fosse rilasciato il permesso di soggiorno o il permesso di lavoro i figli dovranno lasciare il Belgio provocando il venir meno dello *status* di cittadino e dei diritti correlati. Si vedano i parr. 94-95. Sulle conclusioni dell'Avvocato generale si sofferma S. SPINACI, *La sentenza Zambrano e McCarthy e i nodi irrisolti della cittadinanza europea*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2011, pp. 2543 ss. Si veda anche X. GROUSSOT, L. PECH, G. THOR PETURSSON, op. cit., p. 21.

¹¹⁹ Più che accessorio il concetto di cittadinanza sembra acquisire una propria autonomia. Così si esprimono in relazione alla sentenza *Rottmann* S. COPPOLA, *Cittadinanza europea e prestazioni sociali: commento alla recente sentenza Rottmann*, in www.europeanrights.it; N. LAZZERINI, *Cittadinanza dell'Unione: uno status derivato...ma anche un po' autonomo. La sentenza della Corte di giustizia sul caso Rottman*, in www.osservatoriosullefonti.it, n. 2, 2010. In generale vedere le considerazioni di F. DINELLI, *Recenti tendenze in materia di cittadinanza europea: oltre il limite delle «situazioni puramente interne» all'ordinamento degli Stati membri*, in *Foro amm. – TAR*, n. 5, 2011, pp. 1781 ss.

¹²⁰ *Gerardo Ruiz Zambrano*, par. 42.

¹²¹ *Ibidem*, par. 43.

¹²² *Ibidem*, par. 44.

il riconoscimento autonomo di una serie di diritti¹²³. Tuttavia la decisione non richiama l'applicazione della Carta dei diritti: l'art. 34 prevede il diritto di ogni persona che risieda o che si sposti legalmente all'interno dell'Unione di ricevere il diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali; l'art. 7 stabilisce il diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare¹²⁴. Ricalca la precedente pronuncia *Zhu e Chen* in cui si ammetteva il diritto di soggiorno dell'ascendente cittadino di uno Stato terzo che abbia a carico il minore e disponga, a sua volta, di risorse sufficienti per sé e per i propri figli¹²⁵. Alle stesse condizioni, pertanto, sorge la domanda se la Corte avrebbe riconosciuto il diritto di soggiorno al sig. Zambrano nel caso in cui non fosse stato già integrato nella società belga e fosse stato disoccupato o non avesse versato precedentemente i contributi lavorativi¹²⁶.

In questa cornice le successive pronunce *McCarthy*¹²⁷ e *Dereci*¹²⁸ avrebbero potuto costituire la definitiva consacrazione per l'attribuzione di una valenza davvero fondamentale allo status di cittadino europeo anche per i c.d. cittadini «statici», vale a dire per quei cittadini che non avessero ancora esercitato la libertà di circolazione nel territorio dell'Unione, e per dare rilevanza anche alle situazioni interne che non avessero ricadute sul processo di integrazione dei mercati nazionali¹²⁹.

La prima decisione, originata dalla richiesta della sig.ra McCarthy e di suo marito, cittadino giamaicano, di ricevere la cittadinanza dell'Unione per poter ottenere il diritto di soggiorno nel Regno Unito, visto che la legislazione britannica in materia di immigrazione non consente questa conseguenza in virtù dello stato coniugale, circoscrive l'approccio del precedente *Zambrano* ai cittadini europei che, per la giovane età, non fossero in grado di badare a se stessi, ignorando, invece, il diritto, consacrato negli artt. 7 e 9 della Carta dei diritti¹³⁰, al rispetto della vita privata e familiare e al diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, comprensivo anche del nucleo familiare privo di prole¹³¹.

¹²³ Per tale ragione la sentenza è stata annunciata come rivoluzionaria definendo un concetto autonomo di cittadinanza. Cfr. C.M. CARTONE, *La sentenza Zambrano della CGCE: Una 'rivoluzione copernicana'?*, in www.diritticomparati.it, 13 giugno 2011; P. STASINOPOULOS, *Eu Citizenship as a Battle of the Concepts: Travailleur v Citoyen*, in *Eur. jour. of leg. st.*, n. 2, 2011, pp. 95 ss.; G. DAVIES, *The family rights of European children: expulsion of non – European parents*, in *EUI Working Papers*, n. 4, 2012; L. AZOULAI, *A comment on the Ruiz Zambrano judgment: a genuine European integration*, in <http://www.eui.eu>.

¹²⁴ D. GALLO, *La Corte di giustizia rompe il vaso di Pandora della cittadinanza europea*, in *Giorn. di dir. amm.*, n. 1, 2011, p. 48. In senso contrario si esprime C. SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?*, in www.gruppodipisa.it, p. 22, la quale ritiene che la Corte di giustizia offra indirettamente «una embrionale concretizzazione» alla Carta dei diritti, richiamando proprio gli articoli citati nel testo.

¹²⁵ *Zhu e Chen*, par. 47.

¹²⁶ D. GALLO, *op. cit.*, p. 47.

¹²⁷ *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department*, 5 maggio 2011, C-434/09.

¹²⁸ *Dereci e a. c. Bundesministerium für Inneres*, 15 novembre 2011, C-256/11.

¹²⁹ Sarebbe stata l'occasione per porre fine al fenomeno delle «discriminazioni a rovescio», la cui persistenza evidenzia la natura economicistica e non costituzionale dell'Unione europea: per il diritto europeo rilevano non tutte le discriminazioni basate sulla nazionalità, ma soltanto quelle che hanno ripercussioni sul processo di integrazione del mercato unico europeo.

¹³⁰ Emerge con chiarezza, infatti, dalla giurisprudenza *post* Lisbona che la Carta dei diritti sia impiegata tutt'al più come mero strumento di ausilio interpretativo o di rafforzamento delle motivazioni ma non è mai individuata come l'atto normativo da cui scaturisce la tutela del diritto invocato. Cfr. P. BIANCHI, *I diritti sociali dopo Lisbona: prime risposte dalla Corte di giustizia*, in M. CAMPEDELLI, P. CARROZZA, L. PEPINO (a cura di), *Diritto di Welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, il Mulino, Bologna, 2010, pp. 123 ss.

¹³¹ La Corte precisa (par. 49) che la misura nazionale non produce l'effetto di privare costei del godimento effettivo del «nucleo essenziale» dei diritti correlati allo status di cittadina dell'Unione. In senso critico si rinvia a R. CALVANO,

Allo stesso modo la decisione *Dereci*, riguardante alcuni cittadini di Stati terzi che desideravano realizzare il ricongiungimento familiare con alcuni congiunti, cittadini dell'Unione che, tuttavia, non avevano mai fatto uso della libertà di circolazione e che, peraltro, erano anche autosufficienti, corregge il tiro, precisando che l'emancipazione dei diritti di cittadinanza dal requisito della circolazione transfrontaliera possa adottarsi soltanto nei casi in cui possa essere compromesso il godimento effettivo e reale dei diritti legati alla cittadinanza dell'Unione. Statuisce, pertanto, che il diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni di quest'ultimo in materia di cittadinanza dell'Unione, non ostano a che uno Stato membro neghi il diritto di soggiorno ad un cittadino di uno Stato terzo per fini di ricongiungimento familiare con un cittadino dell'Unione purché detto provvedimento non comporti, per il cittadino dell'Unione interessato, la privazione del godimento dei diritti connessi allo *status* di cittadino¹³².

7. Osservazioni conclusive

Si è rilevato che il sistema dei diritti è stato finora «appaltato»¹³³ all'opera esclusiva dei giudici. Questi, infatti, si sono riservati il compito di stilare una sorta di gerarchia dei diritti, di ponderarne il grado di compatibilità e di deciderne la sorte attraverso il ricorso alle tecniche di bilanciamento. La Carta dei diritti, dal canto suo, si è limitata a riaffermare i diritti derivanti dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, già assimilati dall'ordinamento comunitario attraverso l'*acquis communautaire*, apprestando, per mezzo dei c.d. "rinvii mobili", per quasi tutti i diritti, una tutela meno incisiva e più debole di quella già offerta dagli ordinamenti nazionali che, per taluni versi, peraltro, appiattisce, attraverso la nuova tecnica redazionale per principi, tutti i diritti su un medesimo piano normativo e non corregge ma, anzi, alimenta il loro ruolo recessivo, specialmente dei diritti sociali, nei confronti delle libertà di circolazione, anche per mezzo della previsione del principio di eguaglianza nella sua veste esclusivamente formale.

I diritti, pertanto, sono stati sottratti al circuito rappresentativo e affidati all'attività giudiziaria, l'unica ritenuta in grado di dare impulso ai processi di integrazione sovranazionale e di favorire la costruzione di un'identità politica europea.

Il tentativo di inversione dell'edificio europeo dal mercato ai diritti, operato dalla Costituzione «abbandonata»¹³⁴ e poi dal Trattato di Lisbona, "asciugato" dai riferimenti costituzionali¹³⁵, è apparso troppo «fragile»¹³⁶ e le applicazioni giurisprudenziali ne rilevano, fin qui,

Cittadini «statici» e diritti disuguali, in *Giur. cost.*, n. 3, 2011, p. 2538; C. BERNERI, *Le pronunce Zambrano e McCarthy: gli ultimi sviluppi giurisprudenziali sulle unioni familiari tra cittadini comunitari ed extracomunitari*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2011, p. 698; S. ROSSI, *Il caso McCarthy: la cittadinanza europea e la cruna dell'ago*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, III, 2011, p. 1241.

¹³² *Dereci*, cit., par. 74. Per una disamina su tutte e tre le sentenze citate nel testo si rinvia a T. DE PASQUALE, *Problemi interpretativi della nozione giuridica di cittadinanza: un concetto «europeizzato» di diritto pubblico interno? La controversa relazione tra cittadinanza dell'Unione europea e cittadinanze nazionali degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 3/4, 2012, pp. 445 ss.; G.F. AIELLO, S. LAMONACA, *Diritto di soggiorno dei familiari del cittadino europeo: erosione del limite delle situazioni puramente interne e delimitazione del nucleo essenziale del diritto di cittadinanza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 2, 2012, pp. 321 ss.; E. PAGANO, *Ricongiungimento familiare, cittadinanza e residenza: dal caso Zambrano al caso Dereci*, in *Dir. com. sc. int.*, n. 3, 2012, pp. 467 ss..

¹³³ Il termine è utilizzato da C. DE FIORES, *op. cit.*, p. 85.

¹³⁴ F. GABRIELE, *Europa: la "Costituzione" abbandonata*, cit..

¹³⁵ F. BALAGUER CALLEJÓN, *Il Trattato di Lisbona sul lettino dell'analista. Riflessioni su statualità e dimensione costituzionale dell'Unione europea*, in *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione*

e, a mio parere, ne riveleranno, anche in futuro, il suo insuccesso¹³⁷. Le recenti decisioni sul conflitto tra libertà economiche e diritti sociali e sulla cittadinanza europea, poc'anzi descritte, rappresentano un esempio paradigmatico.

È opportuna, allora, o forse necessaria, una nuova legittimazione politica e costituzionale che, segnando una discontinuità rispetto alle opzioni normative fino ad ora prescelte, conferisca nuovo slancio all'Unione europea attraverso la predisposizione di un vero e proprio modello sociale europeo, il quale ripositioni la persona e la dignità umana al centro del dibattito politico e culturale europeo. Si deve tener conto in tale direzione, altresì, che le Costituzioni nazionali dei diversi Paesi membri dell'Unione europea non contengono previsioni omogenee relative alla garanzia dei diritti sociali e adottano sistemi differenti di protezione sociale. Occorre, pertanto, andare al di là degli atteggiamenti di chiusura ideologica di alcuni Paesi, come il Regno Unito e la Polonia, che per motivi opposti, hanno manifestato una certa riluttanza nei confronti delle tutele della Carta dei diritti¹³⁸. Potrebbe costituire un modello di riferimento, forse, verso l'armonizzazione di alcune politiche sociali o, perlomeno, per la fissazione di alcune tutele uniformi, la recente direttiva sull'attività sanitaria transfrontaliera 2011/24/UE, la quale, pur intervenendo in un campo estraneo alla competenza dell'Unione, stabilisce norme volte ad agevolare l'accesso all'assistenza sanitaria transfrontaliera, promuovendo la cooperazione tra gli Stati membri in materia di assistenza sanitaria, nel pieno rispetto delle competenze nazionali relative all'organizzazione e alla prestazione dell'assistenza sanitaria. La direttiva, infatti, fissa un generale obbligo per lo Stato membro di affiliazione, cioè per lo Stato membro nel quale il paziente è assicurato¹³⁹, di rimborsare i costi effettivi sostenuti da una persona assicurata che si è avvalsa dell'assistenza sanitaria transfrontaliera, purché tale persona abbia diritto a quel diritto di prestazione nello Stato membro di affiliazione¹⁴⁰, salvo che non si tratti di una delle ipotesi di prestazioni sanitarie sottoposte a previa autorizzazione, previste dagli artt. 8 e 9 della direttiva¹⁴¹.

La "correzione" del processo di integrazione europeo, inoltre, potrebbe trarre spunto dall'attuale crisi economico-finanziaria che, unitamente alle misure di austerità adottate per farvi fronte, impone una revisione dell'organizzazione dei rapporti istituzionali e di tutti i pubblici poteri, specie considerando la devoluzione a livello europeo della disciplina di bilancio. La crisi, per converso, anziché determinare esclusivamente l'adozione di livelli di prestazioni erogative di servizi assistenziali eccessivamente regressivi, potrebbe costituire l'occasione per un aggiornamento delle competenze europee ed una loro regolazione meno flessibile che, specialmente in materia

europea, 2010, pp. 13 ss.; P. LOGROSCINO, *L'integrazione europea tra gradualismo e dissimulazione costituzionale*, in *Studi in onore di V. Starace*, Vol. III, 2008, Editoriale scientifica, Napoli, p. 1956.

¹³⁶ Così si esprime G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2011, p. 445.

¹³⁷ Dello stesso avviso è P. BIANCHI, *op. cit.*, p. 136.

¹³⁸ Il Protocollo n. 30 della Carta dei diritti, infatti, rafforza la posizione di secondarietà di tutte le disposizioni del Titolo sulla «Solidarietà» e non soltanto di quelle richiamate nelle spiegazioni dell'art. 52, par. 5, della Carta: l'art. 1, par. 2, infatti, stabilisce che «In particolare e per evitare dubbi, nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno». Sul protocollo relativo all'applicazione della Carta a Regno Unito e Polonia v. S. AMADEO, *Il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela "asimmetrica" dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, in *Il Dir. dell'Un. Eur.*, n. 3, 2009, pp. 720-742.

¹³⁹ Art. 3, par. 1, lett. c), dir. 2011/24/UE.

¹⁴⁰ Art. 7, par. 1, dir. 2011/24/UE.

¹⁴¹ Su questa direttiva v. le brevi notazioni di S. BORELLI, *Le mobilità dei lavoratori subordinati cittadini dell'Unione europea*, in www.europeanrights.eu, 5 gennaio 2012, pp. 7 ss..

sociale, sia accompagnata da un nuovo linguaggio europeo sui diritti sociali che, nonostante le aspettative alimentate prima dalla proclamazione e, poi, dall'acquisizione "formale" di giuridica vincolatività della Carta, si riappropri della sua dimensione costituzionale e, infine, emuli il processo verificatosi in alcuni ordinamenti interni da parte dei legislatori statali attraverso la fissazione di livelli essenziali di prestazioni sociali a livello europeo¹⁴². Si tratta di una riforma obbligata che permetterebbe di cambiare "rotta" al processo di integrazione europeo e di evitare quel sovvertimento in atto dell'impianto costituzionale statale originario che, forse non troppo provocatoriamente, potrebbe determinare il passaggio da una Costituzione fondata sul lavoro ad un ordinamento fondato sul libero mercato¹⁴³.

¹⁴² Preconizzano la previsione di livelli essenziali di prestazioni sociali europee A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in www.rivistaaic.it, n. 4, 2011, p. 15; S. GAMBINO, *Stato e diritti sociali. Fra Costituzioni nazionali e Unione europea*, Liguori, Napoli, 2009, p. 125.

¹⁴³ Così si esprime M.G. GAROFALO, *È ineluttabile il passaggio da una Costituzione fondata sul lavoro ad un ordinamento fondato sul libero mercato*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

Diritti sociali ed eguaglianza nello spazio giuridico europeo
di Tommaso Nicola Poli

Sommario: – 1. Introduzione – 2. La Carta dei diritti dell'Unione europea: la "presunta" incorporazione dei diritti sociali – 3. I diritti e/o i principi sociali della Carta dei diritti – 4. La nuova matrice assiologica dei diritti sociali e la decostruzione del principio di eguaglianza sostanziale – 5. Libertà economiche e diritti sociali nella giurisprudenza europea: prima e dopo Lisbona – 6. La matrice economicistica della cittadinanza europea: il mancato riconoscimento di diritti ai cittadini «statici» – 7. Osservazioni conclusive

Abstract:

Il contributo analizza l'evoluzione dei diritti sociali e del principio di eguaglianza nell'ordinamento europeo. L'impianto originario europeo, incentrato sulla valorizzazione del mercato, si riflette nel sistema di codificazione dei diritti che, malgrado contenga i diritti civili unitamente ai diritti sociali in un unico documento, riserva una dignità normativa differente ai diritti sociali. La giurisprudenza europea, nonostante abbia fatto ampio uso del principio di non discriminazione, non è riuscita finora a colmare il divario esistente tra le due categorie di diritti, soccombendo i diritti sociali di fronte al bilanciamento con le libertà economiche.

Parole chiave: diritti sociali, eguaglianza, Unione europea, Carta dei diritti fondamentali.

Social rights and equality in the European legal space
by Tommaso Nicola Poli

Summary: - 1. Introduction – 2. The European Union Charter of Fundamental Rights: the incorporation of social rights – 3. Social rights and/or principles of the Charter of Fundamental Rights – 4. The new axiological matrix of social rights and the deconstruction of the principle of substantive equality – 5. Economic freedoms and social rights in European case law: before and after Lisbon – 6. The economic origin of the European citizenship: the lack of recognition of rights to «static» citizens - 7. Final remarks

Abstract:

The article analyzes the evolution of social rights and the principle of equality within the European legal order. The original European framework, focused on the value of the market, is reflected in the codification of rights, that, even if recognizes civil rights and social rights in the same document, reserves a different normative dignity to social rights. The European case law, despite it has used the principle of non-discrimination, it has not been able to fill the gap between civil and social rights because social rights succumb to the balance with the economic freedoms.

Key words: social rights, equality, European Union, Charter of Fundamental Rights.