

Convegno su “Diritto civile e principi costituzionali
europei e italiani”
25-26 marzo 2011, Università degli studi di Perugia

Il discorso sui diritti sociali fra Costituzione e diritto europeo

di Cesare Pinelli

1. Perché il discorso sui diritti sociali si è complicato. 2. Alle spalle dei Costituenti. 3. Il doppio successo degli Stati e della Comunità da Roma a Maastricht. 4. Le distorsioni italiane. 5. I costituzionalisti e ‘la scoperta dell’Europa’. 6. Sull’eguaglianza sostanziale. 7. Diritto europeo e diritto costituzionale: la distanza originaria. 8. Segue: una progressiva convergenza. 9. Punti fermi e problemi aperti.

1. Il discorso odierno sui diritti sociali presenta un campo di problemi più ampio e complicato rispetto a venti anni fa. Da una parte le politiche economiche, non solo dell’Italia ma di tutti gli Stati europei, tendono a restringere i livelli di prestazione in misure variabili (e variamente suscettibili di apprezzamento giurisdizionale), dall’altra la stessa nozione di diritto sociale si articola più che in passato in una pluralità di accezioni, pur se sommariamente riconducibili alla prestazione pubblica e alla dimensione intersoggettiva.

Questi mutamenti sono riconducibili in misura notevole, per comune riconoscimento, al processo di integrazione europea. E’ piuttosto la lettura che ne viene data a variare in modo decisivo, a seconda che il diritto dell’Unione venga inteso come strumento per scardinare i principi costituzionali nazionali, oppure come un quadro di regole e congegni istituzionali diversi da quelli degli Stati membri, ma volti a far valere principi tendenzialmente comuni a quelli delle loro Costituzioni. D’altra parte la stessa vicenda dei diritti sociali, che alcuni ricostruiscono come un lineare percorso di conquiste, si presta per altri a una valutazione più problematica.

Nel contributo prenderò in esame tali contrasti di vedute, ma guarderò contestualmente ai variabili intrecci delle esperienze costituzionali nazionali con quella dell’Unione. Solo così, è giusto dichiararlo subito, credo che potremo diradare la coltre di dicotomie usurate, e individuare i problemi di tenuta e di promozione dei diritti sociali nel nostro ordinamento.

2. La categoria dei diritti sociali risale alla Rivoluzione francese, allorché il suo fondamento venne individuato nel principio di eguaglianza in variabile commistione

con il principio di solidarietà. La commistione si tradusse in dilemma sul tavolo delle Assemblee Costituenti del secondo dopoguerra. I sistemi di protezione sociale, quello assicurativo risalente a Bismarck e quello universalistico appena progettato da Beveridge, potevano variamente fungere da base per riconoscere i diritti sociali come diritti a prestazione pubblica, con una netta prevalenza del momento dell'eguaglianza. Sull'altro fronte gli esponenti del filone pluralistico, da Gurvitch e Maritain, da Trentin a Olivetti, ragionavano di diritti sociali in quanto diritti riconosciuti ai singoli nelle varie forme associative nelle quali si trovavano ad agire. Qui non solo il momento della solidarietà era prevalente, ma i diritti sociali erano sganciati dalla predisposizione di servizi pubblici da parte dello Stato, anche sulla base di esplicite critiche all'idea di cittadinanza affermata dalla Rivoluzione francese¹.

Alle Assemblee Costituenti la seconda accezione perde la partita con la prima: si riconosce il pluralismo delle formazioni sociali, ma non si prevedono strumenti istituzionali per farlo valere, come dimostra la ben più recente scoperta o riscoperta del principio di sussidiarietà². E' vero che i pluralisti erano spesso una piccola pattuglia, e non avevano nemmeno le idee troppo chiare, comprese le suggestioni di camere di rappresentanza professionale. Ma la loro sconfitta non si spiega solo per questo. Alla fine della seconda guerra mondiale, in presenza di una grande povertà e di un basso livello di istruzione, il richiamo all'eguaglianza dei diritti sociali, e alla loro qualificazione in termini di diritti a prestazione pubblica, aveva una presa fortissima, e di essa si facevano interpreti i partiti di massa. Ad esempio, l'insistenza sulla socializzazione dei mezzi di produzione che troviamo nel programma della CDU del 1947 non sfigurerebbe nel programma di un partito comunista³.

Occorre aggiungere che mentre i lavori preparatori del *Grundgesetz* si svolsero sulla base di progetti e sotto la sorveglianza degli Alleati, e la *tradition républicaine* mantenne un peso ragguardevole in Francia, l'Assemblea Costituente italiana agì libera da ipoteche esterne, e priva di una tradizione costituzionale alla quale rifarsi⁴. E' difficile prescindere dal confronto ove si ricerchino le ragioni dell'inserimento nel nostro testo costituzionale dei diritti sociali, che lo distingue dalla clausola tedesca dello Stato sociale e dalla soluzione francese del Preambolo, e nei primi decenni di vita repubblicana fu vantato come un *unicum* nell'ambito del costituzionalismo europeo. Poi, la giurisprudenza delle corti costituzionali per un verso e la comune adesione alla Comunità europea per l'altro avrebbero ridimensionato "l'eccezionalismo" italiano. Su questo vale ancora la pena di riflettere.

¹ V. ad es. G.Gurvitch, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Parigi, 1933.

² Cfr. i contributi raccolti in F.Delpérée (dir.), *Justice constitutionnelle et subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

³ Cfr. H.Rittstieg, *La proprietà come problema fondamentale. Studio sull'evoluzione del diritto mercantile* (1976), ESI, Napoli, 2000, 219.

⁴ Cfr. Associazione italiana dei costituzionalisti, *La nascita delle Costituzioni europee del secondo dopoguerra*, Torino, 25-26 ottobre 1996, Padova, Cedam, 2000.

3. All'epoca del Trattato di Roma l'aspirazione alla prosperità era ancora percepita come condizione del riscatto sociale e della dignità umana⁵. Solo che, allo scopo, i Capi di Stato e di governo della "piccola Europa" forgiarono strumenti diversi da quelli prefigurati dalle Assemblee Costituenti. Diedero vita a un'organizzazione volta alla creazione di un mercato comune. Ad allontanarne anche l'ispirazione dalle Costituzioni e dalle tradizioni degli Stati membri, fu il suo stesso successo, garantito da un processo incrementale di integrazione dei mercati, che pur essendo guidato politicamente si alimentava di meccanismi spontanei di adeguamento. Nel frattempo, con l'attuazione degli enunciati costituzionali sui diritti sociali, l'insistenza sugli interventi pubblici e i tentativi di programmazione economica, cresceva all'interno degli Stati la fiducia in un progetto artificiale e nazionale di convivenza organizzata. Non a caso, in Svezia "Stato sociale" significava in origine "Patria del popolo"⁶, e dovunque l'affermazione dello Stato sociale rafforzò la dimensione nazionale del diritto costituzionale e della vita politica⁷. Fu una specie di divisione del lavoro fra Comunità e Stati membri e, fino a Maastricht, un doppio, parallelo successo. Che si può però comprendere solo considerando l'intreccio fra le due esperienze.

4. L'Italia non fece eccezione da questo punto di vista, ma da altri. Il sistema di economia mista divenne la base per interventi che da una parte proteggevano i privati con vari strumenti, e dall'altra procedevano alla redistribuzione del reddito con manovre spesso di tipo assistenzialistico. Gli stessi risultati dell'attuazione degli enunciati sui diritti sociali non sono rimasti senza controversie, sia per la selettività degli interventi, vista l'assenza di quelli diretti alla garanzia del reddito⁸, sia per il misto di crescenti esclusioni e di sperequazioni fra gli inclusi che avrebbero prodotto⁹. Queste distorsioni, dovute alla maggiore capacità di mobilitazione politica di certi gruppi sociali (lavoratori anziani, pensionati) rispetto ad altri (poveri, anziani non autosufficienti, famiglie in difficoltà)¹⁰, possono esaminarsi in termini costituzionali lungo una scala che va da attuazioni di enunciati giustificabili solo alla luce del principio di eguaglianza sostanziale fino a mancate attuazioni.

La prima ipotesi riguarda il diritto alla salute, dal momento che in base all'art. 32 Cost. la Repubblica "garantisce cure gratuite agli indigenti", mentre la legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale (l.n. 833 del 1978) le ha estese a tutti. Giuristi

⁵ J.H.H.Weiler, *Excursus I: Gli ideali dell'integrazione europea*, in B.Beutler, R.Bieber, J.Pipkorn, J.Streil e J.H.H.Weiler, *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Il Mulino, 1998, 29.

⁶ G.A.Ritter, *Storia dello Stato sociale* (1991), Laterza, 1996, 146.

⁷ C.Pinelli, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Il Mulino, 2002, 57. Sulla complementarità fra costruzione dello Stato sociale e del mercato europeo, S.Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2003, 17 ss.

⁸ S.Cassese, *L'incompletezza del Welfare State in Italia*, in R.Artoni e E.Bettinelli (a cura di), *Povertà e Stato*, Fondazione Adriano Olivetti, Roma, 1987, 53.

⁹ Fra gli studiosi di scienze sociali, v. per tutti M.Ferrera, *Le trappole del welfare. Uno stato sociale sostenibile per l'Europa del XXI secolo*, il Mulino, Bologna, 1998, specie 48 ss.

¹⁰ C.Gori e I.Madama, *Le politiche socioassistenziali*, in *La riforma del welfare. Dieci anni dopo la "Commissione Onofri"*, a cura di L.Guerzoni, Bologna, il Mulino, 2008, 430.

diversamente orientati risultano altrettanto convinti che lo scarto fra destinatari dell'obbligo costituzionale e titolari del diritto alla salute secondo la legge predetta sia colmabile in via interpretativa solo col richiamo al principio di eguaglianza sostanziale¹¹. Lo stesso vale tendenzialmente per l'istruzione superiore e universitaria¹², mentre la previdenza è informata al sistema assicurativo. Invece per l'assistenza, per la quale non varrebbe il rilievo della portata "ultracostituzionale" della universalizzazione del servizio sanitario¹³, visto il tenore dell'art. 38, primo comma¹⁴, vi sono state sempre scelte assai più restrittive. Né il capitolo delle sperequazioni si ferma qui, dovendosi considerare quelle, non meno gravi, indotte dall'attuazione amministrativa e dai meccanismi finanziari relativi alle stesse leggi istitutive di servizi improntati al modello universalistico, a partire dal servizio sanitario.

5. Non stupisce che, nella generazione di costituzionalisti formati nell'immediato secondo dopoguerra, l'eguaglianza sostanziale fosse vista di frequente come l'obiettivo finale di tutto il processo di attuazione costituzionale, sulla premessa che una "rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale" incentrata sulla redistribuzione del reddito fra capitale e lavoro avrebbe portato a una società in cui non vi fossero più diseguaglianze¹⁵.

Rimane invece da spiegare come mai le distorsioni cui ho accennato non ricevettero sufficiente attenzione nei loro discorsi. Le ragioni sono come sempre più di una.

Anzitutto, il presupposto che la sola diseguaglianza sostanziale possibile consistesse nell'articolazione della società per classi, borghesia e proletariato, mal si conciliava non solo con quanto proprio allora aveva messo in luce un celebre saggio di Sylos Labini¹⁶, ma nemmeno con ciò che si sarebbe dovuto ammettere se si fosse guardato, appunto, alle distorsioni determinate dall'attuazione degli enunciati sui diritti sociali. In secondo luogo, quell'attuazione spostò l'attenzione della dottrina dal legislatore alla giurisprudenza costituzionale, dove però gli scrutini di ragionevolezza non sono

¹¹ Mi riferisco a G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1981, 761, e a G. U. Rescigno, *La distribuzione della ricchezza socialmente prodotta*, in *Costituzionalismo.it, La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessant'anni dopo. Atti del Convegno di Ascoli Piceno*, 14-15 marzo 2008, a cura di M. Ruotolo, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, 308.

¹² G. Corso, *I diritti sociali*, cit., 761 ss.

¹³ M. S. Giannini, *Istituzioni sociali e Costituzione*, in *Povertà e Stato*, cit., 22.

¹⁴ Come osserva F. Pizzolato, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Milano, Giuffrè, 2004, 21, la lettera dei primi due commi dell'art. 38 potrebbe non offrire copertura ai cittadini che non abbiano assunto lo status di lavoratore per motivi diversi dalla inabilità fisica solo a condizione di desumere dagli artt. 4 e 35 Cost. un'azionabilità del diritto al lavoro, il che è stato sempre escluso dalla dottrina e soprattutto dalla giurisprudenza.

¹⁵ Paradigmatici, in questo senso, L. Basso, *Il Principe senza scettro* (1958), Feltrinelli, Milano, 1998, 198 ss., A. Predeieri, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, Comunità, 1963, 194 ss., e C. Lavagna, *Costituzione e socialismo*, il Mulino, Bologna, 1977, 54.

¹⁶ P. Sylos Labini, *Saggio sulle classi sociali*, Roma-Bari, Laterza, 1974.

strutturati in argomentazioni orientate alle conseguenze¹⁷, e il ricorso all'eguaglianza sostanziale è sempre risultato sporadico¹⁸.

Ma per i più affezionati alla dicotomia fra mercato e intervento pubblico, furono soprattutto l'affermazione in diritto positivo del mercato e "la scoperta dell'Europa" quale veicolo di un liberismo incompatibile con la Costituzione a rendere particolarmente inopportuno ogni esame dei limiti dell'attuazione costituzionale. Malgrado l'Italia degli anni Settanta fosse da un quarto di secolo uno Stato membro della Comunità europea, e profondamente coinvolta dal successo parallelo al quale accennavo, si immaginò una sorta di resa all'Europa, vista come potenziale veicolo di rottura costituzionale o di svuotamento delle "conquiste dello Stato sociale"¹⁹. Anzi, la scomparsa dell'eguaglianza dall'orizzonte degli studi anche giuridici verrà associata alla sua soppressione nell'agenda della politica europea, espressione del "paradigma della cultura dominante"²⁰. Una prospettiva del genere non rendeva forse scomoda ogni indagine sulle possibili sperequazioni create dalle "conquiste dello Stato sociale"?

6. La tesi dell'incompatibilità fra i principi ispiratori della Costituzione italiana e quelli del diritto dell'Unione europea si basa non solo sulla riconduzione dell'ordine giuridico europeo al modello dell'*homo oeconomicus*, ma in misura non minore sulla visione dei principi costituzionali, e in particolare del nesso fra eguaglianza sostanziale e diritti sociali, maturata nei primi decenni di vita della Repubblica. Da qui conviene partire.

Il fatto è che secondo l'art. 3, secondo comma, Cost., l'eguaglianza e la libertà fungono da presupposti del "pieno sviluppo della persona umana" e della "effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". E dire che questi siano gli obiettivi, fra le altre, di politiche redistributive non significa che essi si inscrivano in un orizzonte statico. Al contrario, anche quando siano stati in ipotesi raggiunti, la Costituzione continua a postulare una realtà destinata a continue trasformazioni, sia perché il pieno sviluppo della persona non sottintende alcuna pretesa paternalistica, sia perché "gli ostacoli di ordine economico e sociale" che spetta ai pubblici poteri "rimuovere" sono frutto del pluralismo economico e sociale, ossia di "formazioni sociali" esse stesse pienamente riconosciute e garantite dalla Costituzione. Una volta rimossi, gli ostacoli si possono

¹⁷ Per le diverse accezioni, L.Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1994, 8 ss.

¹⁸ Come confermano di recente S.Panizza-E.Stradella, *Il concetto di eguaglianza come principio costituzionale e come criterio generale di ragionevolezza delle scelte pubbliche*, in A.Di Capua (a cura di), *Quaderni sul principio di eguaglianza*, I, Cedam, Padova, 2008, 8.

¹⁹ Fra gli altri, G.Ferrara, *Costituzione e revisione costituzionale nell'età della mondializzazione*, in *Scritti on. G.Guarino*, II, Padova, Cedam, 1998, 286; M.Luciani, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol.dir.*, 1992, 589; G.Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 2000, 256.

²⁰ G.Ferrara, *Dell'eguaglianza*, in *La democrazia di fine secolo*, a cura di M.Luciani, Roma-Bari, Laterza, 1994, 29.

riformare²¹, con la conseguenza che il “compito della Repubblica” deve considerarsi permanente, non esauribile in alcun traguardo finale.

In secondo luogo, non c'è disposto costituzionale che più dell'art. 3, secondo comma, richieda attenzione alle conseguenze effettive dell'azione legislativa, e che per la portata generalissima della formulazione la richieda anche in riferimento ai settori incisi indirettamente da quell'azione. Ecco perché ricercare se l'attuazione legislativa degli enunciati sui diritti sociali (e più largamente sui diritti a prestazione pubblica) abbia effettivamente rimosso “gli ostacoli di ordine economico e sociale” e, prima ancora e necessariamente, se non abbia prodotto nuove sperequazioni in luogo di quelle che si riprometteva di eliminare, è parte integrante del lavoro dell'interprete²².

Né può dirsi, infine, che le manovre redistributive esauriscano il soddisfacimento del principio di eguaglianza sostanziale. Se gli ostacoli “di ordine economico e sociale” impediscono il “pieno sviluppo della persona umana”, saranno altrettanto necessarie politiche volte a rimuovere disparità di status. Si apre così un canale interpretativo di collegamento col diritto europeo che va al di là di quello tradizionale del mercato.

7. Tradizionalmente, il diritto europeo ha privilegiato politiche o azioni volte a superare discriminazioni di status rispetto a manovre redistributive. Già nel Trattato di Roma, il principio di pari trattamento retributivo fra uomini e donne era stato inserito su richiesta della Francia per il timore che l'apertura del mercato a Paesi dove il differenziale retributivo era molto più alto (Olanda e Italia) avrebbe danneggiato le imprese francesi²³. A lungo le politiche sociali dell'Unione si sono rivolte non ai cittadini ma ai lavoratori, al fine di combattere le discriminazioni, e al mercato del lavoro, al fine di accrescere l'occupazione. Inoltre gli ambiti di intervento erano alquanto circoscritti: lotta alle discriminazioni non in generale, ma fra uomini e donne, consultazioni con i sindacati non su tutte le politiche ma solo su alcune²⁴.

La distinzione fra politiche antidiscriminatorie e politiche redistributive si può trascrivere in termini di interpretazioni rivali del principio di eguaglianza. Mentre le sperequazioni socio-economiche sono generalmente viste come questioni di politica sociale da affrontare con legge, quelle basate su differenziazioni di status sono ricostruite in termini di diritti fondamentali suscettibili di imporre doveri di astensione in capo ai pubblici poteri. E la differenza assume un diverso significato nei modelli sociali europei. In quello liberale radicato nei Paesi anglosassoni, le politiche

²¹ F.Pizzolato, *Il minimo vitale*, cit., 23, ragiona giustamente di “clausola di aggiornamento dei compiti redistributivi della Repubblica al variare delle condizioni socio-economiche di contesto”.

²² C.Pinelli, *I rapporti economico-sociali fra Costituzione e trattati europei*, in *La costituzione economica: Italia, Europa*, a cura di C.Pinelli e T.Treu, Bologna, il Mulino, 2010, 28 ss.

²³ S.Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, il Mulino, 2003, 74 ss., con ampia ricostruzione della questione a partire dalla redazione del trattato CECA, dove si mette in evidenza come, fino all'Atto Unico Europeo del 1986 il rischio di *dumping* sociale venisse scongiurato attraverso l'armonizzazione delle legislazioni nazionali del lavoro allo standard più elevato fissato in sede comunitaria.

²⁴ C.Barnard, *EC 'Social' Policy*, in P.Craig and G.de Burca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 496.

redistributive non si basano su diritti ma su bisogni; conseguentemente, le sperequazioni economiche sono suscettibili di venire corrette solo nei confronti di coloro che non sono riusciti ad affermarsi nel mercato: e la garanzia dei mezzi di sostentamento ad essi assicurata non li risparmia, in una società orientata al primato dell'affermazione individuale, dalla stigmatizzazione e dall'esclusione sociale. Nel modello "socialdemocratico" radicato nei Paesi dell'Europa Continentale, dove al contrario le politiche redistributive sono considerate una ricompensa per gli occupati che si converte in diritti (come dimostra la scelta del metodo retributivo nel calcolo dei trattamenti previdenziali), gli esclusi dal mercato del lavoro sono assistiti soltanto o prevalentemente dalle famiglie, e sono assai più tollerate le sperequazioni di status, a cominciare da quelle basate sul sesso²⁵.

Non si può negare che, all'origine, il diritto europeo rispecchiasse fedelmente il primo modello.

8. Ciononostante, va registrata al riguardo una graduale convergenza, in sede teorica, nella giurisprudenza, infine nel diritto primario dell'Unione, con i principi delle Costituzioni degli Stati membri.

Il presupposto di una distinzione irriducibile fra eguaglianza redistributiva ed eguaglianza di status, si è osservato, impedisce di cogliere la possibile complementarità fra le due accezioni: la correzione delle disparità da status richiedono anche misure redistributive, così come i rimedi alle sperequazioni economiche comportano in parte mutamenti nelle gerarchie di riconoscimento. Diversi gruppi sociali, compresa l'intera componente femminile, percepiscono ad esempio il trattamento retributivo non solo sotto il profilo economico, ma anche come riconoscimento della qualità del loro contributo professionale. Da cui l'esigenza di ripensare profondamente la dicotomia fra le suddette accezioni di eguaglianza, puntando sulla comprensiva nozione di inclusione sociale²⁶.

Quanto poi alla tesi secondo cui le politiche antidiscriminatorie dell'Unione si esaurirebbero nell'evitare le distorsioni sul mercato del lavoro (*social dumping*) che potrebbero alterare le condizioni di libera concorrenza, essa cominciò a venire contraddetta dalla Corte di giustizia fin da quando affermò che le disposizioni del Trattato CE sul pari trattamento retributivo non avevano solo quell'obiettivo, ma miravano anche al progresso sociale in quanto tale²⁷. Né appare un caso che i richiami alla dignità operati dalla Corte di giustizia sulla scia della nozione germanica, anche in casi di prestazioni pubbliche a tutela dei diritti sociali, siano

²⁵ S.Fredman, *Discrimination Law*, Clarendon, Oxford, 2002. Per ulteriori approfondimenti si può vedere C.Pinelli, *Modello sociale europeo e costituzionalismo sociale europeo*, in *Rivista del diritto e della sicurezza sociale*, 2008, 231 ss.

²⁶ S.Fredman, *Discrimination Law*, cit.

²⁷ Corte di Giustizia delle Comunità, *Defrenne v. Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne (SABENA II)*, (Case 43/75) [1976] ECR 455.

criticati dai costituzionalisti inglesi per un approccio paternalistico difficilmente compatibile con la libertà individuale²⁸.

Inoltre, confrontando la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul principio di non discriminazione sulla base della nazionalità con quella della nostra Corte costituzionale sul principio di eguaglianza, si è rilevato un ravvicinamento che partendo dall'intento originario degli autori dei trattati e della Costituzione riterremmo quantomeno inaspettato. Nel 1957, la non discriminazione sulla base della nazionalità era vista quale condizione della libertà di circolazione nel mercato comune, ma la Corte del Lussemburgo ne ha allargato il senso fino a riferirla a diritti sociali del cittadino europeo – e, con qualche limitazione, del cittadino di Paesi terzi – in quanto residente in uno degli Stati membri dell'Unione. Di converso, il principio costituzionale di eguaglianza era ed è connesso con la “pari dignità sociale”, ma la nostra Corte, in casi di “discriminazioni a rovescio”, ossia a danno di cittadini italiani, ha di fatto impiegato il principio comunitario di non discriminazione in base alla nazionalità²⁹.

Infine, per smentire l'automatismo che collega sempre un'espansione dell'ambito di applicazione del diritto europeo a una compressione dei diritti, si è potuto far leva sulla circostanza che la responsabilità dello Stato per danni derivanti da violazione di obblighi comunitari, affermata dalla sentenza *Francovich*, sia sorta sul terreno di un diritto sociale, quale il diritto alla riscossione dei crediti da retribuzione nei confronti del datore di lavoro indipendente³⁰.

Quanto al diritto primario dell'Unione, appare significativo che gli artt. 9 e 10 del TFUE non costituiscano la mera trascrizione di disposizioni del TCE. Recitano rispettivamente: “Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione *tiene conto delle esigenze* connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana” (art. 9); “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” (art. 10).

Fra il “tener conto delle esigenze” e il “mirare a combattere” vi è una indiscutibile differenza. Eppure la tradizionale esclusiva attenzione dell'Unione alle politiche antidiscriminatorie risulta ora affiancata da una “clausola sociale orizzontale”³¹, che incorpora istanze ricorrenti nel costituzionalismo del secondo dopoguerra.

Ma a portare la dimensione sociale al centro della sfera pubblica europea è soprattutto la Carta dei diritti fondamentali ora allegata al Trattato di Lisbona, riconoscendo

²⁸ D.Feldman, *Human Dignity as a Legal Value – Part I*, in *Public Law*, 1999; J.Jones, “*Common Constitutional Traditions*”: *Can the Meaning of Human Dignity under German Law Guide the European Court of Justice?*, *ivi*, 2004.

²⁹ Su questo duplice percorso, S.Spinaci, *Libertà di circolazione, cittadinanza europea, principio di eguaglianza*, Napoli, Jovene, 2011.

³⁰ D.Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010, 780.

³¹ C.Degryse e P.Pochet, *Quanto diritto sociale “produce” l'Europa?*, in *Diritto di welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, a cura di M.Campedelli, P.Carrozza e L.Pepino, Bologna, il Mulino, 2010, 187.

diritti sociali in modo da poterli configurare come un'indispensabile bussola di orientamento delle relative politiche.

La Carta non si limita a riconoscere classici diritti sociali quali il diritto all'istruzione, alla assistenza e alla salute, ma afferma altresì che l'Unione si fonda sui valori indivisibili della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà, valori che corrispondono ad altrettanti Titoli in cui si articola la Carta e ai quali fanno capo i diritti fondamentali che vi vengono riconosciuti. La prospettiva dell'indivisibilità dei valori bandisce ogni gerarchia fissa, che impedirebbe di comporli dinamicamente nel corso del tempo, ed esprime l'istanza di un duplice superamento: da una parte la classica distinzione del costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra fra diritti individuali di libertà e diritti sociali³², dall'altra, col pieno riconoscimento dei diritti sociali e con la riduzione della portata ascritta alle libertà economiche, l'originaria ispirazione liberistica del sistema comunitario. Ma non per questo è stato scelto il modello socialdemocratico, che avrebbe richiesto strumenti e istituti necessari a far valere i diritti fondamentali, e con essi nuove competenze per l'Unione incompatibili col mandato della Convenzione. La Carta ha piuttosto assorbito l'uno e l'altro modello come acquisizioni storiche del patrimonio costituzionale europeo, in particolare del concetto di persona.

Peraltro, il fatto che alcuni diritti sociali affermati dalla Carta vadano visti più come obiettivi delle politiche statali che come diritti immediatamente esigibili non sarebbe un elemento di debolezza ma di forza di un diritto sovranazionale in formazione. In particolare il diritto al collocamento gratuito, che in alcune tradizioni nazionali comporta una forte presenza dello Stato quale gestore dei meccanismi di incontro fra domanda e offerta di lavoro, legittimerebbe in sede europea leggi nazionali poste a tutela dei soggetti deboli, diversamente travolte dal principio di libera concorrenza³³. La necessaria integrazione con gli ordinamenti nazionali trova corrispondenza, per quanto ci riguarda, in una Costituzione che, riconosciuto il diritto al lavoro, prevede che la Repubblica "promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto", così presupponendo un mercato del lavoro e politiche pubbliche mirate alla massima occupazione compatibile con un mercato del lavoro, e inscrivibili nella "rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale" come prima prospettata.

9. E' difficile negare che il percorso accenato abbia condotto ad assimilare i principi del diritto dell'Unione a quelli delle Costituzioni nazionali, compresa la nostra.

La Corte di giustizia sta mostrando di adeguarvisi. E' vero che la sua giurisprudenza, a partire dai noti casi *Viking* e *Laval*, pur riconoscendo il diritto fondamentale a

³² G.Braibant, *De la Convention européenne des droits de l'homme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 292-293. V. anche C.Pinelli, *L'indivisibilità dei diritti fondamentali*, in *L'essenza della democrazia. I diritti umani e il ruolo dell'avvocatura*, a cura del Consiglio Nazionale Forense, Roma, Carocci, 2010, 153 ss.

³³ S.Sciarra, *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, 404, e O.De Schutter, *La garanzia dei diritti e principi nella Carta dei diritti fondamentali*, in G.Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Laterza, 2003.

condurre un'azione sindacale per proteggere i lavoratori dal *dumping* sociale, ne ha ristretto l'esercizio tramite il ricorso al principio di proporzionalità. Come è vero che nell'ultimo decennio, a differenza delle Corti nazionali e dello stesso Tribunale di primo grado, essa aveva distillato con estrema parsimonia i richiami alla Carta dei diritti fondamentali, la quale era stata proclamata a Nizza senza essere ancora entrata in vigore.

Ma la sua cautela poteva derivare dal fatto che la ragione di fondo della Carta, la protezione dei diritti dei cittadini europei nei confronti degli atti dell'Unione, mette a repentaglio l'esigenza di mantenere il ruolo di garante dell'equilibrio istituzionale dell'Unione che la Corte ha sempre custodito gelosamente: essa avrebbe dovuto fare i conti con Carta solo se fosse entrata in vigore³⁴. Così è stato. La decisione del 1° marzo 2011 resa nel caso *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL c. Consiglio dei ministri* (C-236/09) ha per la prima volta annullato una direttiva europea per violazione della Carta dei diritti. E si tratta degli artt. 21 e 23, sul divieto di discriminazioni, nella specie in base al sesso, e sulla parità di trattamento tra uomini e donne sul mercato del lavoro. La sentenza, è appena necessario osservarlo, non inaugura un semplice indirizzo, ma l'intero lavoro della Corte di giustizia in quanto giudice costituzionale.

Diversamente deve dirsi delle più recenti evoluzioni del diritto derivato, e soprattutto del processo decisionale che si svolge in seno all'Unione sul tema della promozione dei diritti sociali. Si pensi, in particolare, al fallimento della Strategia lanciata a Lisbona nel 2000, o alla scarsa credibilità dell'Agenda sociale europea adottata dalla Commissione nel 2008³⁵.

Ora, il nesso protezione-promozione dei diritti sociali, pur funzionando diversamente a seconda che si tratti di diritto del lavoro e dei diritti a prestazione pubblica, e pur corrispondendo come abbiamo visto a una diversa distribuzione di attribuzioni fra Stati membri e Unione, è comunque strettissimo. Si impone però al riguardo una duplice considerazione. La prima è che la paralisi del processo decisionale dell'Unione sui temi che ci interessano non deriva da cattiva volontà politica delle istituzioni europee in quanto tali, ma dagli intrecci, talora perversi, con gli interessi e più di recente con i rigurgiti protezionistici delle autorità nazionali, che il Trattato di Lisbona ha solo in parte saputo dipanare³⁶: l'assetto istituzionale dell'Unione è ancora troppo comodo per gli Stati membri, malgrado la nave vada sempre più assomigliando al Titanic.

In secondo luogo, e soprattutto, è sufficiente paragonare l'attitudine delle Corti europee e nazionali a quella dei legislatori di Bruxelles e (della gran parte) delle capitali degli Stati membri, per accorgersi come la linea discriminante nella tutela dei diritti sociali passa ormai lungo questo crinale, non più sul versante della distinzione fra Unione e Stati membri.

³⁴ C.Pinelli, *I diritti fondamentali in Europa fra politica e giurisprudenza*, in *Politica del diritto*, 2008, 62.

³⁵ Fra i molti, C.Degryse e P.Pochet, *Quanto diritto sociale "produce" l'Europa?*, cit., 188 ss.

³⁶ L.Carbone, L.Cozzolino, L.Gianniti e C.Pinelli, *Le istituzioni europee*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, a cura di F.Bassanini e G.Tiberi, Bologna, il Mulino, 2010, 239 ss.

Ad un quadro di princìpi, e quindi di un dover essere, di cui si è dimostrata la progressiva reciproca assimilazione, corrispondono la scarsa reattività, la perdita di iniziativa se non la paralisi della politica, che è risorsa indispensabile, pur se tutt'altro che esclusiva, per ogni risposta alle questioni di attuazione ed effettivo esercizio dei diritti sociali. Questo mi pare il principale problema col quale dovremo confrontarci nel prossimo futuro.

Cesare Pinelli
