

**I DIRITTI SOCIALI DI FRONTE ALLA CRISI  
(NECESSITÀ DI UN NUOVO “MODELLO SOCIALE EUROPEO”: PIÙ SOBRIO, SOLIDALE E  
SOSTENIBILE) (\*)**

**Indice-sommario:** 1. Una questione meramente terminologica e definitoria?- 2. L'espansione, pur lenta e parziale, dei diritti sociali anche nell'ordinamento comunitario ....- 3. (segue): e i suoi naturali effetti: “tutti” i diritti fondamentali sono anche *inviolabili* [immediatamente applicabili], *inclusivi* [riguardano anche i non cittadini] e *sociali* [a ben vedere, costano].- 4. Diretta proporzionalità tra *espansione* e *in-attuazione* dei diritti.- 5. La ferrea legge della realtà: l'insostenibilità *economica* comporta l'esclusione *politica*. La condizione di inferiorità dei “non cittadini” (nazionali e dell'UE).- 6. Sostenibilità, fattibilità, esigibilità e giustiziabilità.- 7. *Sostenibilità* economica e *ragionevolezza* giuridica dei diritti, a maggior ragione se “sociali”: due facce inscindibili di una stessa medaglia.- 8. Lo Stato *sussidiario* nazionale come risposta solo parziale alla crisi dello Stato *sociale* europeo. L'austerità come via obbligata: dai finti diritti (*desideri*) ai veri diritti (*bisogni*).- 9. Qualche proposta. Necessità di: a) una *recezione* della “Carta sociale europea” nel Trattato UE; b) una determinazione legislativa dei LEP in sede europea e, comunque, una “sistematizzazione” dei diritti sociali in atto esistenti anche per creazione giurisprudenziale; c) un modello sociale europeo comune e solidale, caratterizzato da sobrietà, rigore fiscale, equità sociale, equilibrio di bilancio.- 10. “Nucleo duro” costituzionale e teoria dei “controlimiti”. Tatticismo miope ed egoistico degli Stati nazionali e ruolo strategico-ideale delle Corti nazionali ed europee.- 11. Conclusioni.

**1. Una questione meramente terminologica e definitoria?**

La crisi economica e finanziaria che, soprattutto dal 2008, attanaglia l'Europa e buona parte del mondo occidentale molto probabilmente non è, marxianamente, “ciclica”, ma sembra proprio “sistemica”: come tale, espressione di una decadenza apparentemente irreversibile del capitalismo per come l'abbiamo fin qui conosciuto<sup>1</sup>.

Naturalmente non si può ancora sapere se quest'accenno di analisi sia fondato, ma paradossalmente non v'è momento migliore di questo per interrogarsi sui *diritti sociali*, che *sembravano* una conquista certa delle migliori energie intellettuali e politiche del secolo scorso del Vecchio continente (basti pensare alle lotte sindacali, al pensiero democratico-socialista, alla migliore dottrina sociale della Chiesa, ecc.). Provo qui a riflettere, in questo contesto, su quel che è successo e, forse, accadrà.

Per la verità, l'espressione *diritti sociali* – ora esplicitamente presente negli artt.117, Il c., lett. m, e 120, Il c., Cost. – non è particolarmente felice, esattamente al pari, del resto, di quella di Stato *sociale*: si tratta di formule linguistiche ricche di fascino storico ma formalmente tautologiche, che rischiano di restare vuote. Infatti, come l'idea di uno Stato “non sociale” non avrebbe senso, così anche l'idea di diritti – individuali o collettivi che siano – che non abbiano un'inevitabile e diretta incidenza “sociale”, e dunque che non siano

(\*) Relazione al convegno su *I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano, Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema*, Reggio Calabria, 5 novembre 2011.

<sup>1</sup> La letteratura in materia comincia ad essere rilevante. Fra i tanti, ci piace segnalare: J. ATTALI, *La crisi e poi?*, Roma 2009; L. NAPOLEONI, *Il Contagio. Perché la crisi economica rivoluzionerà le nostre democrazie*, Milano 2011; T. PERNA, *Eventi estremi. Come salvare il pianeta e noi stessi dalle tempeste climatiche e finanziarie*, Milano 2011.

sociali, in fondo è un non senso. Il diritto non è tutto, anzi è ben poco, ma Stati e diritti “non” sociali sarebbero termini, e dunque concetti, non propriamente giuridici<sup>2</sup>.

Per questo si capisce perché alcuni preferiscano piuttosto parlare rispettivamente di *Welfare State* e, non esclusivamente ma almeno prevalentemente, di *diritti di prestazione*: termini forse tradizionali, ma tecnicamente più determinati e meno equivoci<sup>3</sup>. Del resto, per convenzione linguistica diffusa, essenzialmente è proprio a tali diritti che si pensa.

Ma purtroppo, come subito si dirà, il problema non è legato semplicemente all’incertezza delle convenzioni linguistiche in materia: la questione non è più, da tempo, solo terminologica.

## 2. L’espansione, pur lenta e parziale, dei diritti sociali anche nell’ordinamento comunitario...

Il fatto è che, nonostante la ricordata originaria “specificità” dei diritti sociali, molta acqua è scorsa sotto i ponti da quando se ne parla: il tempo ha largamente smussato le differenze e ridotto le distanze fra i diversi tipi di diritti, fin quasi a farle sparire. Come spesso sono saltate le categorie linguistiche e concettuali fra diritto pubblico e privato, così ormai – nell’unica categoria dei diritti sociali – oggi sono ricompresi, accanto ai diritti di prestazione tipici (che mirano a realizzare il principio di uguaglianza sostanziale), anche i diritti di libertà e partecipazione classici (che si limitano a realizzare il principio di uguaglianza formale). L’espansione riguarda non solo l’oggetto del diritto, ma gli stessi soggetti beneficiari: infatti, ormai i diritti sociali riguardano non solo i soggetti più deboli o svantaggiati, ma tutti i consociati<sup>4</sup>.

Credo possa dirsi che l’accennato fenomeno dell’espansione dei diritti sociali – in senso oggettivo (campo coperto da tali situazioni giuridiche attive) e soggettivo (ampliamento dei titolari delle situazioni stesse) – se non in tutto in gran parte abbia coinciso, in fondo, con l’espansione dei diritti fondamentali *tout court*. Ciò perché la storia dei diritti sociali è intrecciata indissolubilmente con la storia costituzionale<sup>5</sup>.

Un pezzo recente di questa storia è quella europea del diritto comunitario. Com’è noto, in questo ordinamento tali diritti sono stati prima ignorati – quando, all’inizio (1951-1957), esistevano solo le quattro classiche libertà economiche (libera circolazione dei capitali, delle merci, delle persone e dei servizi) – e, poi, riconosciuti molto lentamente e solo per gradi: dall’Atto Unico europeo del 1986, al Trattato di Maastricht del 1992 (cittadinanza dell’Unione), al Trattato di Amsterdam del 1997, fino alla Carta di Nizza del 2001 (con la sua importante parte “sociale”) e adesso al Trattato di Lisbona del 2007, che recepisce la dichiarazione di Nizza, la cui giuridicità è finalmente indubbia<sup>6</sup>, e rinvia anche alla CEDU, ma che – salvo un cenno (art. 151 TFUE) – ignora completamente la Carta Sociale Europea.

In realtà, i diritti sociali sono la vera e propria “cartina di tornasole” dell’imperfezione di questo così lungo processo di integrazione europea. Infatti, se l’Unione è stata in grado di operare un’ampia redistribuzione “territoriale” di aiuti finanziari (c.d. politiche di coesione sociale), più o meno bene gestiti da Stati e Regioni, essa non è ancora riuscita a costruire un vero sistema di attribuzione “individuale” di diritti sociali. In particolare “due” sono le prove eloquenti della ricordata imperfezione e, quindi, della natura solo parzialmente compiuta e solidale di tale ordinamento: 1) l’adozione di una moneta unica senza una vera politica economico-finanziaria e fiscale comune (cosa che ha riverberi drammatici sulla “sostenibilità” per tutti proprio dei diritti sociali) e 2) il riconoscimento limitato dei diritti sociali stessi, per la presa di distanza – c.d. clausola di *opting out* – di alcuni Paesi: Regno Unito, Polonia, Repubblica Ceca (cfr. anche artt. 8, 9, 10, 11 e 12 Trattato UE e il Protocollo n. 30). Ciò ha portato spesso a una contrapposizione pericolosa e semplicistica fra due modelli entrambi inesistenti nella loro purezza: un’Europa *dei mercanti* e un’Europa

<sup>2</sup> Cfr., ovviamente, E. FORSTHOFF, *Concetto e natura dello Stato sociale di diritto*, in Id., *Stato di diritto in trasformazione*, Milano 1973, 70 ss. e M.S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. I, Milano 1977, 143 ss. Ma, in particolare sulla vaghezza e tautologia della formula “Stato sociale” e di altre analoghe, v. anche le acute considerazioni di D. FARIAS, *Idealità e indeterminazione dei principi costituzionali*, Milano 1981, 381 ss., ma v. *passim* e Id., *Stato (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, Milano 1990, vol. XLIII, 693 ss.

<sup>3</sup> Per esempio, T. MARTINES (*Diritto costituzionale*, Milano 2010, a cura di G. Silvestri, 586 ss.) e L. ELIA (per il quale cfr. M. LOSANA, *Leopoldo Elia e i diritti sociali*, in AA.VV., *La lezione di Leopoldo Elia*, a cura di M. Dogliani, Napoli 2011, 211 ss.).

<sup>4</sup> Così, per tutti, A. GIORGIS, *Diritti sociali*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. III, Milano 2006, 1905.

<sup>5</sup> Come può facilmente arguirsi dalla lettura dell’ampio e felice saggio di A. D’ALOIA, *Storie costituzionali dei diritti sociali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, vol. II, Napoli 2008, 689 ss. Per la ricchezza degli spunti offerti, tale lavoro, fra l’altro, costituisce una vera e propria miniera di utili riferimenti bibliografici.

<sup>6</sup> Giuridicità che, in prospettiva costituzionalistica, poteva essere facilmente preconizzata: cfr. il mio *Sulla “giuridicità” della Carta europea dei diritti: c’è, ma (per molti) non si vede*, in AA.VV., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, a cura di G. F. Ferrari, Milano 2001, 257 ss.

*sociale*, col rischio che l'intero progetto politico dell'Unione Europea – imperfetto e gradualistico, ma unico ed esemplare nel quadro degli ordinamenti contemporanei – venga messo in crisi.

Più in generale potrebbe dirsi che “oggi” il complessivo *Bill of Rights* del Vecchio continente in materia di diritti sociali sia dato dalla CEDU (1950), dalla Carta Sociale Europea (1961-1996) e, in particolare, dalla Carta di Nizza siccome recepita dal trattato di Lisbona (2007).

Ad ogni modo, nei singoli ordinamenti costituzionali compreso il nostro, non v'era dubbio che fossero *sociali* i diritti al lavoro<sup>7</sup>, anche minorile e femminile, alla previdenza, all'assistenza, alle ferie, all'attività sindacale, ecc.; ma ormai sono riconosciuti sicuramente come tali anche i diritti di istruzione, educazione, formazione professionale, salute nel suo complesso, partecipazione politica, azione e difesa in giudizio, ecc. A questo punto, però, vista la rilevanza costituzionale delle formazioni sociali e l'obiettivo generale di realizzazione della dignità umana, non si capirebbe perché non far rientrare fra i diritti *sociali* anche quelli dei consumatori, degli immigrati, all'identità sessuale, all'identità genetica, alle pari opportunità, al credito (microcredito), all'ambiente salubre, all'autodeterminazione dei popoli, all'uso senza censure della rete (internet e i *social network*: c.d. diritto di accesso universale alla rete) che così rilevante è stato per la c.d. rivoluzione dei gelsomini nel Maghreb, ecc.

Insomma, la distinzione fra le diverse “generazioni” dei diritti (3 o 4 a seconda delle classificazioni) sembra avere oggi valore semplicemente ai fini della ricostruzione storica, per stratificazioni, della più generale e ampia categoria dei diritti fondamentali, i cui tratti unitari appaiono però prevalenti. Non a caso si insiste sul fatto che «“tutti” i diritti fondamentali sono *insieme* intergenerazionali, universali, indivisibili e interdipendenti»<sup>8</sup>.

### **3. (segue): e i suoi naturali effetti: “tutti” i diritti fondamentali sono anche *inviolabili* [immediatamente applicabili], *inclusivi* [riguardano anche i non cittadini] e *sociali* [a ben vedere, costano]**

Siamo arrivati al punto che, forse, è la categoria specifica *in sé* dei diritti sociali – come diritti “speciali” – che, oltre a presentare aspetti talora contraddittori<sup>9</sup>, “non tiene” più. Per almeno due motivi.

Innanzitutto, vista l'angustia e marginalità di una vetero-concezione meramente *individualistica* dei diritti fondamentali, a ben vedere “tutti” i diritti inviolabili sono *sociali*, per il riverbero intrinsecamente pluralista e naturalmente relazionale che invece li deve caratterizzare.

In secondo luogo, un'analisi appena meno superficiale del tema obbliga a constatare non solo l'esistenza di diritti sociali che *non* sempre e necessariamente esigono interventi prestazionali (riposo, pari opportunità, non discriminazione, dei consumatori, dei piccoli risparmiatori, ecc.), ma, esattamente in modo speculare, anche l'esistenza di diritti fondamentali classici (“non sociali”) che invece richiedono una prestazione<sup>10</sup>. In questo senso la distinzione fra diritti “di libertà” *incondizionati* e “diritti sociali” *condizionati*

<sup>7</sup> Che, se non può essere considerato il “primo” o la “precondizione” di tutti i diritti sociali (si pensi anche alla salute e all'istruzione), certo è tra i più importanti. Sul punto, per tutti: C. SALAZAR, *Alcune riflessioni su un tema demodé: il diritto al lavoro*, in *Pol. dir.*, 1995, 3 ss. e A. CANTARO, *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella Costituzione europea*, Torino 2007.

<sup>8</sup> Così, per esempio, A. SPADARO, *Dai diritti “individuali” ai doveri “globali”. La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli (CZ) 2005, 98, dove pure si propone una ricostruzione storica fondata su quattro generazioni dei diritti fondamentali (28 ss.). Ma v., ora, spec. il Preambolo al Protocollo opzionale al PIDESC (Patto Internazionale sui Diritti Economico Sociali e Culturali), adottato con risoluzione 63/117 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 2008, che enuncia «l'universalità, l'indivisibilità, l'interdipendenza e l'interconnessione di tutti i diritti umani e le libertà fondamentali».

<sup>9</sup> Basti pensare all'esistenza apparentemente contraddittoria di un diritto alla protezione rigida del lavoro per i *già occupati* con il coevo ma astratto (viste le ridotte *chances* di inclusione nella “cittadella degli occupati”) diritto al lavoro da parte degli *inoccupati*. Cfr., in merito, P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, Milano, 2000, p. 12 e S. GIUBBONI (*Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” .INT – 46/2006, 19), il quale richiama la necessità di concepire i diritti sociali in termini non oppositivi rispetto alle logiche del mercato.

<sup>10</sup> Cfr., per es., R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000/14, 19 ss. e C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino 2000, 13 ss. Di quest'ultima A., v. pure anche: *I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: un «viaggio al termine della notte»?*, in AA.VV., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, cit., 245 ss.; *Un catalogo di diritti sociali fondamentali per il Vecchio Mondo: dalla Carta di Nizza alla Costituzione europea?*, in AA.VV., *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, a cura di F.F. Segado, Madrid, 2003, 339 ss.; *Brevi note sulla giustiziabilità dei diritti sociali nel giudizio incidentale (ed una prima conclusione: l'apparenza inganna)*, in AA.VV., *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino 2005, 94 ss.; *Il “principio lavorista” nel terzo millennio: il futuro ha un cuore antico?*, in AA.VV., *Lavoro lavori eguaglianza*, a cura di A. D'Aloia, Parma, 2006, 1 ss. In particolare su alcuni dei “nuovi diritti”

sembra superata. Infatti, “tutti” i diritti *possono* “costare”, pure quelli che, per la loro presunta auto-applicatività, sembrerebbero esaurirsi nel riconoscimento al singolo di una mera *facultas agendi*. Per esempio, la libertà di domicilio a ben vedere costa, in quanto serve a poco senza il diritto alla casa; ma anche celebrare un *referendum* – diritto di partecipazione – “costa”; parimenti la libertà di manifestazione del pensiero, se e quando esercitata attraverso i mezzi di comunicazione di massa tradizionali, comporta un minimo di costo e comunque resta vuota senza il diritto all’istruzione e all’informazione<sup>11</sup>. E potrebbe continuarsi con gli esempi.

Anche per queste ragioni non v’è più alcun dubbio – salvo le resistenze di una dottrina minoritaria – che anche i tradizionali diritti *sociali a prestazioni positive* siano diritti *inviolabili fondamentali* esattamente come gli altri. Ciò significa che anche i diritti sociali:

- a) talora possono essere *immediatamente applicabili* e comunque sono sempre azionabili “giudiziarmente” (di fronte ai giudici comuni e alle Corti costituzionali), indipendentemente dalla sempre auspicabile, ma non sempre presente, *interpositio legislatoris*. L’immediata applicabilità di tali diritti comporta, ove occorre, il ricorso a sentenze, di solito costituzionali, di natura “additiva” che colmano le lacune legislative. Se la cosa non apparisse semplicistica, potrebbe anzi dirsi (e più volte lo ricorderemo in questo lavoro) che gran parte dei diritti sociali – ma forse sarebbe meglio dire dei diritti *tout court* – sono diritti di formazione/creazione giurisprudenziale;
- b) sono *inclusivi*, nel senso almeno in teoria che spettano a tutti gli esseri umani e non tollerano quindi discriminazioni fra cittadini e non cittadini (v., per esempio, Corte cost. nn.: 120/1967, 104/1969, 144/1970, 244/1974, 62/1994, 432/2005, 40/2011, 61/2011, ecc.). Come fra poco si dirà meglio, un diritto teoricamente inviolabile che praticamente sia violabile a svantaggio di qualcuno – che dunque non sia inclusivo – non è più tale<sup>12</sup>.

#### **4. Diretta proporzionalità tra espansione e in-attuazione dei diritti.**

Si assiste così a un fenomeno paradossale: da un lato l’allargamento/espansione, forse indiscriminata (cfr., fra poco, il § 8), dell’idea dei diritti sociali e, dall’altro, l’opposta e inevitabile mancata attuazione degli stessi. Si può parlare, anzi, di una diretta proporzionalità tra processo di espansione e inattuazione pratica dei diritti. Infatti, poiché, come ricordavamo, tutti i diritti sociali sono fondamentali, ossia inviolabili, e parimenti tutti i diritti fondamentali sono sociali, ossia bene o male (direttamente o indirettamente) costano, allora l’ineluttabile espansione dei diritti sociali ne comporta in qualche modo anche una sorta di “svalutazione”, almeno in senso strettamente pratico-giuridico.

La ragione è relativamente semplice: *mentre l’elenco dei diritti inviolabili cresce ed essi sembrano infiniti (perché – si badi – giustamente infinite sono le istanze umane), le risorse naturali ed economiche sono tutt’altro che infinite.*

Si noti bene: il postulato accennato ha rilevanza globale, ossia riguarda tutti i diritti, tutte le comunità sociali e tutti i Paesi del mondo, compresi quelli della vecchia e benestante Europa, la quale comincia a scoprire di non essere l’oasi felice, solidale e opulenta che credeva.

---

segnalati nel testo cfr. spec. F. PIZZOLATO, *Autorità e consumo. Diritti dei consumatori e regolazione del consumo*, Milano 2009 e AA. VV., *Diritti dell’individuo e diritti del consumatore*, a cura di G. Cocco, Milano 2010.

<sup>11</sup> La questione accennata rinvia più in generale al fatto che esistono sempre, insomma, due “facce” (*libertà ed uguaglianza*) di una stessa “medaglia” *costituzionale*, visto che – fatto salvo il diritto alla diversità/disuguaglianza – siamo uguali solo se siamo liberi e siamo liberi solo se siamo uguali. Sul punto, per tutti, cfr. G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009, *passim*.

<sup>12</sup> Sull’immediata applicabilità e sulla inviolabilità dei diritti sociali, al pari degli altri diritti fondamentali, cfr. ancora A. GIORGIS, *op. cit.*, 1909 s. e A. D’ALLOIA, *op. cit.*, 717. Sull’enorme rilevanza della giurisprudenza costituzionale nella concreta determinazione dei diritti sociali, al di là dei casi specifici già indicati, cfr. per tutte le sentenze cost. nn. 290/1974, in tema di sciopero politico, e di 215/1987, sul diritto all’istruzione. Ma per approfondimenti, cfr. spec. C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova 1996.

Del resto, i dati parlano da soli, almeno per l'UE: l'allargamento a 27 Paesi ha visto aumentare la superficie dell'Unione del 25%, la popolazione del 20%, ma la ricchezza solo del 5%<sup>13</sup>. In un quadro già così disomogeneo e squilibrato, come subito si vedrà, ancor più incerta e precaria è divenuta la condizione dei "non europei", dei c.d. cittadini degli Stati terzi.

### **5. La ferrea legge della realtà: l'insostenibilità economica comporta l'esclusione politica. La condizione di inferiorità dei "non cittadini" (nazionali e dell'UE)**

Come sempre accade quando si capisce che tirando la coperta da un lato il letto si scopre dall'altro, ossia come sempre accade quando si comprende che le risorse sono limitate, gli ultimi (ossia i cittadini appartenenti alle fasce sociali più deboli) – e specialmente gli ultimi arrivati: gli extra-comunitari e/o gli apolidi – spesso finiscono con l'essere esclusi dal beneficio dei diritti, sociali o meno che siano.

Gli effetti della crisi economica e finanziaria mondiale, infatti, sono ovviamente percepiti molto di più dai già poveri, destinati a peggiorare il loro stato, che dai ricchi, appena scalfiti dagli svantaggi, viste le grandi risorse di cui comunque già disponevano. V'è addirittura la probabilità, ripugnante dal punto di vista del costituzionalismo (almeno nella sua tradizione personalista e solidarista), che i poveri diventino più poveri e i ricchi più ricchi. Né può ignorarsi che il numero dei poveri cresce in ogni caso, per il noto e diffuso impoverimento delle classi medie in atto.

Ma gli ultimi per definizione sono, come si accennava, gli "ultimi arrivati", ossia gli extra-comunitari e/o gli apolidi, la cui semplice esistenza – col trattamento giuridico scriminante che essa comporta nelle legislazioni nazionali (e, in parte e purtroppo, nella stessa normativa comunitaria) – mette a dura prova la categoria dei "diritti umani" *tout court*. Più precisamente, se i "non cittadini" sono scriminati in quanto "non italiani", fra i non italiani ancor più scriminati sono i "non europei" (com'è noto, infatti, i cittadini di uno Stato membro dell'UE godono del c.d. *status* di cittadini europei), fino a giungere alla massima discriminazione possibile, che riguarda coloro che sono totalmente privi di qualsivoglia forma di cittadinanza: gli *apolidi*, definibili un po' i "paria" del nostro tempo<sup>14</sup>.

Ad ogni modo, per comprendere la situazione di inferiorità giuridico-politica in cui si trovano tutti i "non cittadini" – non cittadini *italiani*, non cittadini *europei* e non cittadini semplicemente, ossia *apolidi* – può pur rapidamente pensarsi, per esempio, all'istituto del *trattenimento* (concetto giuridicamente incerto, ma molto vicino alla segregazione razziale) nei CIE, Campi di Identificazione ed Espulsione. Senza arrivare a dire che questi ultimi sono dei *lager*, non v'è dubbio che comunque siano luoghi di detenzione – come dire? non amabili... – per gli extracomunitari: persone che, nella peggiore delle ipotesi, sono accusabili semplicemente di essere clandestini scappati alla fame e alla guerra. Bene: tale stato di *detenzione*, dunque di privazione della libertà personale, ormai può arrivare a ben... 18 mesi di segregazione, in attesa di essere espulsi (D.L. n. 89/2011 e direttiva 2008/115/CE del Parlamento e del Consiglio dell'Unione europea del 16 dicembre 2008), in barba ai principi costituzionali di libertà personale e dignità umana! Da ciò i frequenti fenomeni di intolleranza e violenza nei CIE. Il bilanciamento, costituzionalmente discutibile, operato *a priori* dalla legge interna (nazionale) ed esterna (comunitaria) tra i valori del controllo dei flussi migratori e dell'ordine pubblico, da una parte, e quello della libertà personale dello straniero irregolare, dall'altra, vede quest'ultimo chiaramente come valore recessivo, se non soccombente. Sembra incredibile che una cosa del genere possa accadere nel secondo decennio del XXI secolo. Ma la libertà personale è un elementare diritto umano, *di tutti*, o no?

E, se può verificarsi un'inverosimile limitazione di un diritto di libertà classica, figuriamoci a quali e quante limitazioni possono essere esposti i diritti sociali, talvolta negati ufficiosamente ma dolorosamente

<sup>13</sup> Cfr. E. BALBONI, *Coesione sociale e livelli essenziali delle prestazioni: due paradigmi paralleli della tutela multilivello dei diritti sociali*, in AA.VV., *La tutela multilivello dei diritti sociali*, a cura di E. Balboni, vol. I, Napoli 2008, 7 ss. Ma v. pure F. PIZZOLATO, *Il sistema di protezione sociale nel processo di integrazione europea*, Milano 2002.

<sup>14</sup> Anche a voler tacere del fatto che spesso gli immigrati provenienti da Paesi poveri distruggono i propri documenti di riconoscimento, diventando automaticamente "apolidi", gli ultimi dati Onu confermano il numero altissimo, e crescente, di apolidi originari: almeno ben 12 milioni di persone, che – nonostante l'esistenza di una Convenzione sullo *status* degli apolidi e una Convenzione per la riduzione dell'apolidia del 30.08.1961 (ratificata da solo 38 Stati, fra i quali non è l'Italia, su 193 ONU) – vivono in una sorta di limbo, essendo considerati "non soggetti", come se fossero inesistenti, non potendo registrare una nascita, una morte, un matrimonio, aprire un conto in banca, comprare una casa, ecc.

agli stessi “cittadini”. L’elenco della giurisprudenza della Corte Lussemburgo che accetta condizioni di *minorità dei cittadini extracomunitari*, proprio in materia di “diritti sociali”, purtroppo è lungo<sup>15</sup>.

Invero è stato fatto qualche passo in avanti a favore degli extracomunitari, soprattutto in relazione allo *status* di “clandestinità”, sia dalla Corte costituzionale italiana in una sua importante decisione (sent. n. 359/2010), sia dalla Corte di Giustizia CGCE (sent. C-61/11 PPU, 28 aprile 2011, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*)<sup>16</sup>. Ma si tratta solo di alcune prime pronunce e non sappiamo ancora che succederà più avanti: insomma, *una rondine non fa primavera*.

Al di là di queste eccezioni, bisogna prendere atto che purtroppo buona parte dei diritti fondamentali vengono realmente “riservati” ai soli consociati in ambito meso-sociale (in quanto cittadini dello Stato) e macro-sociale (in quanto cittadini dell’Unione Europea).

Il concetto di “diritti umani” sembra, a questo punto, non dimenticato, ma – come dire? – censurato, messo a tacere, col rischio di essere svuotato di senso giuridico-pratico, perché (come ogni manifestazione di *soft law*) confinato alla riflessione delle “anime belle” dei filosofi del diritto o della politica e all’ostinazione di qualche costituzionalista o internazionalista, considerato eccentrico e ingenuo.

In effetti, seppure non si possa trascurare la ricordata giurisprudenza costituzionale favorevole ai diritti dei “non cittadini”, non si può sottacere l’esistenza di altre decisioni di Corti supreme che sembrano andare in senso opposto<sup>17</sup> e il sostanziale stato di *inferiorità* nella fruizione dei diritti in cui si trovano i, per così dire, “cittadini non europei” presenti nei 27 Paesi membri dell’Unione.

<sup>15</sup> Se, per esempio, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee (CGCE) ha riconosciuto il diritto di soggiorno ai familiari conviventi, irregolari o clandestini, che accompagnano un cittadino comunitario in uno Stato diverso da quello di origine (CGCE, sent. C-127/08, 25 luglio 2008, *Metock*), lo stesso non vale per gli extracomunitari. Così il cittadino di uno Stato terzo (extracomunitario) non ha il diritto di accedere ad un lavoro subordinato in uno Stato membro dell’UE *diverso* da quello in cui il suo coniuge, cittadino comunitario, svolge l’attività lavorativa (CGCE, sent. C-10/05, 30 marzo 2006, *Mattern e Cikotic*). La Corte del Lussemburgo ha pure affermato che la posizione di un cittadino extracomunitario, che ha lavorato in un Paese dell’UE e ritorna al proprio Paese d’origine per perdita del permesso di soggiorno, non è paragonabile a quella del cittadino comunitario, che solo ha il diritto di libera circolazione e soggiorno (CGCE, sent. C-325/05, 18 luglio 2007, *Derin*). Inoltre per la Corte, il familiare dell’extracomunitario (lavoratore migrante) non è paragonabile a quello del familiare del cittadino comunitario: in particolare, nel caso di condanna penale di un familiare di un cittadino extracomunitario, pur non essendovi un automatica conseguenza di espulsione, la cosa è rimessa alla valutazione di singoli Stati membri in relazione al «rischio concreto di nuove gravi perturbazioni dell’ordine pubblico» (CGCE, sent. C-303/08, 22 dicembre 2010, *Bozkurt*). Ancora: sempre per la Corte del Lussemburgo, non è configurabile un obbligo dello Stato membro in cui risiede un cittadino di uno Stato terzo (extracomunitario) di applicare a tale lavoratore il regime previsto per i lavoratori subordinati che si spostano negli Stati membri e per i loro familiari, essendo a tal fine irrilevante, per altro, che i figli di tale lavoratore siano cittadini dell’Unione (CGCE, sent. C-247/09, 18 novembre 2010, *Alketa Xhymshiti*). Per questi, come per altri dati giurisprudenziali, è utile la sintesi presente in P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino 2011<sup>3</sup>, 549 ss. (ma spec. 558). Più in generale, sulla tutela dei diritti sociali nell’UE, cfr. F.A. CANCELLA, *Servizi del welfare e diritti sociali nella prospettiva dell’integrazione europea*, Milano, 2009.

<sup>16</sup> Le due decisioni meriterebbero un più ampio commento, qui impossibile. Mi limito a riportare i due dispositivi, sufficientemente eloquenti. La Corte costituzionale: «dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 14, comma 5-*quater*, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), come modificato dall’art. 1, comma 22, lettera m), della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), nella parte in cui non dispone che l’inottemperanza all’ordine di allontanamento, secondo quanto già previsto per la condotta di cui al precedente comma 5-*ter*, sia punita nel solo caso che abbia luogo “senza giustificato motivo”». A sua volta, la Corte di Giustizia sostiene: «La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 2008, 2008/115/CE, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in particolare i suoi artt. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l’irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo».

<sup>17</sup> Si pensi, per es., alla notissima sentenza del *BundesVerfassungsgericht* tedesco del 30 giugno 2009, la quale addirittura sembra leggere in chiave solo nazionalistica e non del tutto solidale l’idea dello Stato sociale e dei diritti sociali rispetto agli *altri* cittadini dei Paesi dell’Unione Europea (decisione non casualmente molto contestata da buona parte della dottrina giuridica del Vecchio continente). Sul punto, fra i molti e in prospettive diverse, cfr.: C. PINELLI, *Forzature e silenzi del Tribunale Costituzionale tedesco sul Trattato di Lisbona*, e L. PATRUNO, *La Costituzione dice Io a se stessa: l’istanza difensiva di autopoiesi del diritto nel Lissabon Urteil*, entrambi in *Giur. cost.* fasc. 6/2009, rispettz. 5153 ss. e 5157 ss.; G.L. TOSATO, *L’integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito della recente “Lissabon Urteil”*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 21 sett. 2009. Tale sentenza avrebbe potuto avere un riverbero, e quindi un riflesso concreto immediato, oggi, per legittimare le resistenze tedesche al sostegno finanziario dei Paesi più deboli dell’UE (Grecia). Ma, per fortuna, un più recente orientamento espresso dalla Corte tedesca (7 settembre 2011) – che pure insiste sul ruolo costituzionalmente insostituibile della Commissione bilancio del *Bundestag* per ogni intervento a favore di un altro Paese europeo indebitato – va in direzione opposta, riconoscendo la legittimità costituzionale della solidarietà fra Stati. Sul punto cfr. R. BIFULCO, *Il custode della democrazia parlamentare. Nota a prima lettura della sentenza del Tribunale Federale Tedesco del 7 settembre 2011 sui meccanismi europei di stabilità finanziaria*, in *Forum online di Quad. cost.*, settembre 2011. La decisione ricordata non comporta, tuttavia, che (almeno per ora) la RFT abbia accettato la creazione di *eurobond*, ossia si sia dichiarata disponibile a farsi carico parzialmente, ma solidalmente, del debito pubblico europeo fra tutti i Paesi dell’UE che adottano l’euro come moneta unica. Sul punto, v. le lucide osservazioni di U. BECK, *Uscire dalla crisi grazie ad Hegel*, in *La Repubblica*, 20 agosto 2011, 1. Cfr. pure M. MUCCHETTI, *Il peccato*

Risulta, quindi, almeno parzialmente fondata la tesi pessimistica, e purtroppo realistica, formulata prima da H. Arendt e poi G. Agamben sul tradimento dei “diritti umani”, destinati in gran parte a restare lettera morta non solo di fronte al *moloch* egotistico dello Stato nazionale, ma anche di fronte alle intrinseche carenze del diritto internazionale. In realtà, come s’è visto, ahimè, la questione si ripropone pure in un sistema para-federale, sovra- e trans-nazionale, come quello dell’UE, proprio per lo stato giuridico reale in cui versano gli extracomunitari e gli apolide anche nella civile e avanzata Unione Europea<sup>18</sup>.

Per converso, i diritti sociali non sono – almeno non dovrebbero essere – in una posizione “ancillare” rispetto ai diritti di libertà classici. Sono invece *diritti umani* a tutti gli effetti<sup>19</sup>.

Insomma – ben al di là del campo dei diritti sociali *stricto sensu* intesi, per i quali l’intrinseco problema della sostenibilità economica si traduce *immediatamente* in esclusione politica, soprattutto fra diversi livelli territoriali<sup>20</sup> – troppo spesso e più in generale sembrano coesistere diritti (universali) di serie A con... cittadini (extracomunitari) di serie B, rimettendosi così in discussione il carattere naturalmente inclusivo che dovrebbe caratterizzare *tutti* i diritti umani.

Ne discende che la concreta attuazione dei diritti umani *tout court*, e dei diritti *sociali* in ispecie, è inversamente proporzionale al livello di diffusione/riconoscimento/espansione degli stessi, in ragione del vincolo di *sostenibilità economica* (e persino politica) di tali diritti. La crisi dello Stato sociale e la povertà delle risorse finanziarie aggrava in modo determinante la situazione.

Ribadiamo: al di là del valore declamatorio ed inclusivo delle dichiarazioni dei diritti, l’insostenibilità *economica* comporta l’esclusione *politica*, soprattutto per i diritti sociali (ammesso, si ribadisce, che esista tale categoria e non quella generale dei diritti fondamentali).

## 6. Sostenibilità, fattibilità, esigibilità e giustiziabilità.

Il concetto di *sostenibilità* economica è correlato a quello di *fattibilità* pratica; a sua volta quello di *fattibilità* rende non astratta l’istanza del cittadino di *esigibilità*, la quale infine è la premessa della vera giuridicità di tali diritti, ossia della loro *giustiziabilità*.

In pratica, se non basta la mera declamazione dei diritti sociali, nemmeno è sufficiente supporre di avere all’inizio e in astratto la disponibilità economica per soddisfarli (*sostenibilità*); occorre che i legislatori, nazionali e comunitari, svolgano precise indagini e ricerche sugli effetti “nel tempo” delle normative che intendono adottare – c.d. analisi dell’impatto economico del diritto – senza le quali non v’è una reale *fattibilità* pratica. Dalla soddisfazione di tale complesso requisito (*fattibilità ex ante* ed *ex post*) e da un buon *drafting* legislativo – ossia dalla chiarezza delle procedure con cui il cittadino può far valere la propria situazione giuridica attiva – dipende l’*esigibilità* e, quindi, la *giustiziabilità*, dei diritti sociali, oggi in Europa<sup>21</sup>.

Il nesso stretto fra *sostenibilità-fattibilità-esigibilità-giustiziabilità* non riguarda il singolo Paese, perché con ogni evidenza il rispetto dei diritti sociali comporta quasi sempre un aggravio di spese, per la P.A. e per le imprese, che paradossalmente rischia di sfavorire gli ordinamenti socialmente più avanzati e protettivi del diritto del lavoro e dei lavoratori. Ne consegue, proprio per evitare paradossali e ingiuste disuguaglianze fra Stati (e fra cittadini-lavoratori), la necessità di una *concertazione internazionale* e una *tutela internazionale uniforme* dei diritti sociali.

Quando si parla di *giustiziabilità multilivello* dei diritti sociali nel Vecchio Continente bisogna tener conto di questo aspetto, che rafforza l’indivisibilità e universalità di tali diritti, la cui protezione dovrebbe essere

---

tedesco sul debito, in *Corriere della Sera*, 7 settembre 2011, 1 e 58. Ma v. pure già F. PEDRINI, *La costituzionalizzazione tedesca del Patto europeo di stabilità: il Grundgesetz preso sul serio*, in *Quad. cost.*, n. 2/2001, 391 ss.

<sup>18</sup> Cfr. H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Milano, 1989, 386 ss. e 400 ss., ma v. l’intero Cap. IX (su “Il tramonto dello Stato nazionale e la fine dei diritti umani”) e G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino 2005, 139 ss., ma v. *passim*, che sottolinea l’abisso venutosi a creare fra il cittadino e il semplice “uomo” (apolide, rifugiato, ecc.), soprattutto nei campi d’internamento. La dolorosa, drammatica e emblematica “analogia” fra i *campi d’internamento* per stranieri, ebrei, zingari, ecc., di cui parla Agamben, e gli attuali *CIE* (Centri per l’Identificazione e l’Espulsione) per gli extracomunitari, viene sottolineata da Bruno Brancati, allievo della Scuola normale di Pisa, alla cui tesi di laurea in Giurisprudenza su “Il trattenimento degli stranieri” devo questi utili spunti. Rilevo, infine, che non a torto Q. CAMERLENGO (*Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano 2007) assume la posizione del non cittadino come punto di partenza per la ricerca del *common core* costituzionale globale.

<sup>19</sup> Osserva con lapidaria semplicità L. JIMENA QUESADA (*La sostenibilidad de los derechos sociales*, relazione al convegno su *I Diritti sociali e regionalismo in Spagna ed in Italia*, Milano 31 marzo - 1 aprile 2011, testo dattiloscritto) che bisogna guardare a: «los derechos sociales como atributos fundamentales del ser humano o, en otro términos, como elemento inherentes a la dignidad de la persona».

<sup>20</sup> Cfr. AA.VV., *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, a cura di F. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Torino 2006.

<sup>21</sup> Insiste sulla necessità di accertare la *fattibilità ex ante* ed *ex post* L. JIMENA QUESADA, *op. cit.*, 8 s.

interesse di tutti e non solo di qualcuno, pena la marginalizzazione strisciante dei diritti sociali, percepibile oggi, per esempio, sotto forma di diffusa *precarizzazione* dei rapporti di lavoro e, quindi, di ritorno all'idea di lavoro come semplice *merce* di scambio.

### **7. Sostenibilità economica e ragionevolezza giuridica dei diritti, a maggior ragione se “sociali”: due facce inscindibili di una stessa medaglia**

I termini e i concetti usati nel precedente § sono strettamente connessi, sul piano giuridico-costituzionale, al concetto di *ragionevolezza*. In particolare – nella prospettiva specifica dei diritti sociali (soprattutto nel caso dei diritti sociali classici: di prestazione) – potrebbe dirsi in estrema sintesi che l'idea di *sostenibilità* costituisce l'aspetto “economico” del concetto di *ragionevolezza* in campo “giuridico”.

Da tempo sostengo che, proprio per evitare gli eccessi derivanti da una mera declamazione dei diritti fondamentali, o peggio di *presunti* diritti fondamentali, innanzitutto bisogna immaginarli “insieme”, dunque *relazionalmente*, senza che si ponga l'accento sul carattere “assoluto” di nessuno dei valori ad essi sottesi, sempre che si sia fatto tesoro della dura lezione schmittiana sulla “tirannia dei valori”. Infatti, quando un (presunto) diritto *soggettivo* ha pretese di “illimitatezza” vuol dire che non rispetta il (vero) diritto *oggettivo*, almeno il diritto costituzionale, che è invece un complesso “sistema di limiti”: dunque è illegittimo. Paradossalmente cessa di essere, o probabilmente non è mai stato, un vero diritto. Ciò significa che qualunque diritto, foss'anche quello che appare (al diretto interessato) il più sacrosanto, se non è *bilanciabile* – e comunque se non è concretamente *bilanciato* – non può essere considerato meritevole di tutela, perché appunto non rientra nel gioco continuo e incessante di *affievolimento* ed *espansione* reciproca che, almeno nello Stato costituzionale, lega fra loro “tutte” le situazioni giuridiche attive.

Si è anche detto che – nel caso dei diritti sociali – il *bilanciamento* si presenta *inequale*, perché il fine (i diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l'efficienza economica)<sup>22</sup>. In effetti, l'efficienza economica probabilmente serve quale strumento di risoluzione del bilanciamento fra due fini entrambi costituzionalmente rilevanti (diritti sociali ed equilibrio finanziario). *Oggi* sembra richiedersi di più: in molti Paesi UE – Italia compresa – si è alle prese con l'ipotesi di una riforma costituzionale ispirata al principio di “parità di bilancio”, ben al di là di quanto *già* prevede l'attuale art. 81 Cost.

In breve: un diritto che fosse chiaramente in contrasto con altri diritti, o comunque con altri valori di pari grado costituzionalmente protetti, cessa di essere tale, nel senso che non è più, o forse non è mai stato, *ragionevole*. Occorre dunque passare dall'approccio ideologico dell'“assolutezza” astratta alla dimensione realistica della “negoziabilità” storica: in questo senso, *sono giuridicamente qualificabili come fondamentali solo diritti ragionevoli, ossia moderati, relazionali e bilanciabili*.

Dal mio punto di vista, concludendo su questo punto altrove meglio argomentato, una *teoria dei diritti* fondamentali, soprattutto dei c.d. diritti sociali, è buona solo se è accompagnata da un'adeguata *teoria dei doveri*, capace di combinarsi con la prima dando vita a una coerente e unitaria *teoria della giustizia*, e segnatamente della giustizia distributiva (o re-distributiva) fra ricchi e poveri del mondo intero.

In questo più ampio contesto (diritti individuali + doveri individuali e globali = giustizia globale), è forse ancor più facile percepire che i diritti sociali sono *diritti umani*, per quanto, come si vedrà, si cerchi giustamente di “graduarne” la portata attraverso i c.d. LEP (cfr. § 9, lett. b). Mi sembra, dunque, piuttosto angusta la prospettiva del cittadino italiano o tedesco, o europeo in genere, chino per esempio sul suo diritto alle ferie retribuite, in un'apparente inconsapevolezza e/o indifferenza dei diritti sociali (alla mera sopravvivenza fisica), per esempio, di un cittadino etiope o ruandese o, forse peggio, di un “non cittadino” (apolide)<sup>23</sup>.

### **8. Lo Stato sussidiario nazionale come risposta solo parziale alla crisi dello Stato sociale europeo. L'austerità come via obbligata: dai finti diritti (*desideri*) ai veri diritti (*bisogni*).**

<sup>22</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in AA.VV., *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, I, Padova 1995, 97 ss. Sul punto v. pure G. FONTANA, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Torino 2008, spec. 203 ss.

<sup>23</sup> Per gli approfondimenti necessari su tutte le problematiche affrontate in questo § mi permetto di rinviare ai miei: *Dai diritti “individuali” ai doveri “globali”. La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, op. et loc. cit.; voce *Bilanciamento*, in *Enciclopedia filosofica*, vol. II, Milano 2006, 1261 s.; *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.*, 1/2006, 167 ss. e in AA.VV., *Il traffico dei diritti insaziabili*, a cura di L. Antonini, Soveria Mannelli (CZ) 2007, 129 ss.

Dopo l'inevitabile crollo, in Oriente, dei miti collettivistici e del modello comunistico della proprietà pubblica dei mezzi di produzione (1989), in Occidente si è gradualmente diffusa la consapevolezza che anche il selvaggio capitalismo americano non funzionasse bene, pure quando addomesticato nella sua versione "compassionevole"<sup>24</sup>. Ma persino il modello europeo non sembra essere una risposta: la crisi dei modelli classici di Stato "sociale" – da quello svedese a quello tedesco, fino ad arrivare a quello italiano (che meglio sarebbe definire, purtroppo, Stato "assistenziale") – sembra comportare la fine di un sogno, a lungo ingenuamente coltivato: quello di uno "sviluppo senza fine" del mercato e del capitalismo.

Per cercare di rispondere alle drammatiche sollecitazioni che ne conseguono, accelerate dal processo di globalizzazione (che non va né demonizzato né mitizzato), bisogna riflettere sulla soluzione ora emergente del c.d. Stato "snello" e "sussidiario" (*État subsidiaire*, *Subsidiarität Staat*), il quale, pur di ridurre il peso dell'apparato statale (e del relativo "debito" pubblico), dà "più" spazio al *privato* e al *locale*, rispettivamente secondo i principi di sussidiarietà orizzontale e verticale. Anche l'introduzione, ormai frequente nei documenti UE (a cominciare dall'art. 37 della Carta di Nizza), di formule come quella di "sviluppo sostenibile" mira allo stesso scopo: fare i conti con la finitezza delle risorse naturali di fronte all'apparente infinitezza delle istanze di diritto.

Spero di sbagliarmi, ma credo che si tratti di formule, concetti e approcci senz'altro intelligenti e saggi, ma volti a "indorare la pillola" amara di *una riduzione quasi obbligata, starei per dire programmata e graduale, dei diritti sociali*. Forse i concetti di "Stato sussidiario" e "sviluppo sostenibile" potevano essere risposte sufficienti mezzo secolo fa, quando invece non erano di moda e ancora le risorse naturali non erano state del tutto sperperate e l'eco-sistema sembrava reggere. Oggi, però, forse rischiano di essere solo rimedi tardivi – come un semplice purgante dopo una brutta indigestione – che mirano a nascondere, o rinviare, scelte sociali ed economiche che probabilmente si riveleranno ben più radicali, coinvolgendo l'intero stile di vita occidentale, destinato a diventare più sobrio, se non addirittura austero.

In questo quadro, probabilmente non è male anche "ripensare" in profondità i diritti fondamentali, per cercare di conservare quelli di essi che sono veramente indispensabili.

Senza poter qui indugiare su temi che si è cercato di approfondire meglio altrove, credo che "non" sempre l'*espansione* incontrollata dei diritti fondamentali, cui si accennava all'inizio di questo lavoro – essendo spesso dovuta a pulsioni iper-soggettivistiche e narcisistiche – abbia aiutato il loro riconoscimento e la loro attuazione.

In molti casi, a modesto avviso di chi scrive, si è piuttosto confuso il semplice diritto *soggettivo* con il diritto *soggettivo fondamentale* o *costituzionalmente* protetto, che costituisce invece un ben altro tipo di situazione giuridica attiva. L'espansione, in questi casi diventa... esasperazione, talora delirante (si pensi ai presunti diritti di: drogarsi, auto-mutilarsi, avere relazioni incestuose e/o pedofile, all'oblio, a non nascere con relativa problematica di richiesta di risarcimento, ecc...)<sup>25</sup>.

Purtroppo tale espansione/esasperazione talvolta non ha risparmiato gli stessi diritti sociali. Siamo passati dai *sozialrechte* originati dalla Costituzione di Weimar del 1919 (pensione, salario minimo, sciopero, ecc.), a nuovi diritti impensabili qualche decennio fa: si pensi alle delicate problematiche, che qui ovviamente non si possono approfondire – ma che certo hanno un rilevante *costo* "sociale ed economico" – relative al diritto all'identità sessuale, e quindi al mutamento di sesso, che si può considerare un diritto sociale (seppur connesso alla libertà personale), oppure al diritto alla procreazione assistita (c.d. fecondazione artificiale), che può considerarsi un aspetto connesso al diritto sociale alla salute. Si badi: non neghiamo l'esistenza di tali situazioni giuridiche attive, ma la loro qualificazione ed effettiva priorità e totale e diffusa sostenibilità. Accanto a questi diritti "costosi" – ma forse *meno impellenti* di altri; sicuramente meno impellenti del diritto a una semplice, dignitosa, assistenza ospedaliera (pure oggi così difficile in gran parte dell'Italia) – si sono negli anni scorsi aggiunti tanti altri *presunti* diritti: alla pensione facile (ma a che età e con che reddito?); alla chirurgia plastica (per ragioni estetiche); alle terme pagate (in passato fenomeno diffuso); ad allungare la vita

<sup>24</sup> Com'è noto, si è parlato di "capitalismo compassionevole" per esempio durante l'era dei Presidenti USA R. Reagan e G. Bush Senior. Per comprendere, in parte, tale formula – e, a mio avviso, i suoi limiti e contraddizioni intrinseci e insuperabili – può leggersi utilmente l'opera, che riecheggia un noto saggio di M. Weber, di un consigliere/inspiratore di R. Reagan: M. NOVAK, *The Catholic Ethic and the Spirit of Capitalism* (1993), trad. it. di M. Lunari, Milano 1994.

<sup>25</sup> Di seguito, per esempio, le perplessità del cardinale E. SCOLA, *Sinfonia dei diritti se sono sostenibili*, in *Il Sole 24 ore*, del 5 sett. 2010, 28: «Oltre alla nuova fisionomia dei diritti, va considerata la loro sostenibilità [...] Non è realistico separare il tema dei diritti e dei doveri da quello delle esigenze sociali ed economiche, se non al prezzo di creare diritti non concretamente esercitabili o persino distruttivi per il futuro della società [...] L'opposizione tra esigenze della tutela della persona ed esigenze economiche, che talvolta può senz'altro esistere nella pratica, non si dà sempre necessariamente [...] Quando l'ipertrofia dei diritti soffoca la vita economica, rivela per ciò stesso dei difetti radicali e intrinseci».

biologica (a che prezzo, naturale ed economico?); non all'abitazione, ma alla proprietà privata immobiliare *tout court* (senza, o quasi, limiti?), ecc.

Si tratta di superare quella che a ragione è stata chiamata «la retorica dei diritti», con le patologie che essa inevitabilmente determina: si pensi, nell'ambito sociosanitario, alla vistosa crescita delle cause nei confronti del personale sanitario e al connesso aumento della c.d. "medicina difensiva" (prescrizioni inutili, quando va bene, per timori di contenziosi legali)<sup>26</sup>.

Naturalmente tutti i casi accennati andrebbero approfonditi e specificati, ma il senso delle provocazioni offerte è solo quello di indurre alla riflessione sul fatto che oggi le diseguaglianze non diminuiscono, ma crescono. Accanto a pensioni da fame, ci sono pensioni baby e pensioni milionarie; accanto a persone in attesa da mesi per un semplice e vitale accertamento diagnostico, ci sono persone che invocano il diritto alla chirurgia estetica. Dunque, di che "diritti sociali" stiamo parlando? Senza una teoria della *giustizia* (diritti e doveri "per tutti", in modo che ciascuno abbia quanto gli "spetta": *unicuique suum*) la formula "diritti sociali" rischia di svuotarsi.

Come dicevamo, non sempre ciò che appare una situazione giuridicamente tollerata, o al massimo un diritto, è un vero e proprio diritto fondamentale costituzionale.

Chi scrive ha tentato di affrontare la questione in radice, legando i veri diritti fondamentali al concetto di *bisogni* (se non oggettivi, quantomeno intersoggettivi, e tendenzialmente stabili nel tempo e universali nello spazio) e riservando invece ai semplici diritti il concetto di mero *desiderio* (contingente, particolare, soggettivo)<sup>27</sup>. Naturalmente la distinzione proposta non può risolvere tutti i problemi, ma soprattutto oggi forse può costituire un criterio utile per la delimitazione dei veri "diritti sociali", grazie anche al concetto di LEP, cui fra poco si accennerà.

Infatti, solo una delimitazione intelligente dei diritti sociali consentirà il passaggio dal «welfare incrementale all'universalismo selettivo», ossia da una crescita inarrestabile del *welfare* (costruita sul meccanismo: incremento del reddito - prelievo fiscale - indebitamento pubblico) alla capacità di «selezionare i bisogni e stabilire le priorità di intervento»<sup>28</sup>.

Insomma, probabilmente nel futuro le società europee faranno sempre più esperienza di forme di *austerità* economico-finanziarie che limiteranno fortemente il numero e la portata dei c.d. "diritti sociali". Ma per non "inflazionare" il concetto, fino addirittura a svuotarlo di senso (cfr. §§ 1 e 2), evidentemente occorre che esso venga meglio definito e delimitato.

**9. Qualche proposta. Necessità di: a) una *recezione* della "Carta sociale europea" nel Trattato UE; b) una determinazione legislativa dei LEP in sede europea e, comunque, una "sistematizzazione" dei diritti sociali in atto esistenti anche per creazione giurisprudenziale; c) un modello sociale europeo comune e solidale, caratterizzato da sobrietà, rigore fiscale, equità sociale, equilibrio di bilancio.**

Sulla base di quanto fin qui detto, è possibile indicare qualche strada utile da percorrere, almeno a mio avviso, nel prossimo futuro.

Intanto, può servire una valutazione complessiva – di contesto – sul ruolo svolto dalle Corti costituzionali nazionali e dalle Corti sovranazionali europee (di Strasburgo e del Lussemburgo) in materia di diritti sociali. Nonostante alcune più recenti e controverse sentenze, tale valutazione non può essere che sostanzialmente positiva, al punto che ribadiamo ancora che l'esistenza dei diritti, non solo di quelli sociali, ormai sia largamente frutto di un lavoro di *creazione giurisprudenziale*<sup>29</sup>. Checché ne pensi qualche studioso, ancora

<sup>26</sup> Cfr. M. CAMPEDELLI, *Conclusioni. Nella crisi, un diritto «di» Welfare? Tra evidenze, diritti e sperimentabilità*, in AA.VV., *Diritto di Welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Bologna 2010, a cura di M. Campedelli, P. Carrozza e L. Pepino, Bologna 2010, 594 s.

<sup>27</sup> Cfr. ancora il mio *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, cit., spec. 35 ss. ma v. *passim*.

<sup>28</sup> Così P. CARROZZA, *Riforme istituzionali e sistemi di welfare*, in AA.VV., *Diritto di Welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, cit., 215 ss.

<sup>29</sup> B. CARUSO (*I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 81/2010, 4) parla di un «effetto di *cross fertilization* costituzionale per quanto riguarda il riconoscimento e l'affermazione» in via giurisprudenziale di tali diritti. Anche un autorevolissimo costituzionalista, nonché giudice costituzionale, italiano può dire efficacemente che ormai «il legislatore, nell'epoca contemporanea, è costretto a inseguire la giurisprudenza che, per la sua fluidità, registra con più immediatezza le esigenze di tutela che provengono dalla società, le conforma in schemi giuridici sempre più definiti e le pone come basi per una successiva razionalizzazione normativa»: così G. SILVESTRI, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti*

attaccato a superati modelli positivistic (formalismo giuridico) e vecchi miti (sovranità politica), almeno in Europa lo Stato costituzionale contemporaneo è, e resta, eminentemente uno Stato giurisdizionale profondamente "intriso" di diritto sovranazionale europeo.

Le forme di tutela sono però singolari: da un lato la CEDU è di facile accesso diretto da parte del cittadino a Strasburgo, ma fornisce scarse indicazioni, tranne un caso (diritto all'istruzione), sui diritti sociali, i quali sono praticamente tutti di creazione pretoria<sup>30</sup>; dall'altro, la Carta di Nizza non prevede un facile accesso alla Corte del Lussemburgo da parte del singolo<sup>31</sup>, ma predispone un ricco catalogo di diritti sociali<sup>32</sup>, a sua volta accompagnato da ampi sviluppi giurisprudenziali.

In questo senso – seppure può sottolinearsi che la Corte di Giustizia dell'UE ha fatto un uso *diretto* piuttosto limitato della Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona – a mio avviso si azzarda troppo quando si profetizza che «non c'è da aspettarsi che la Corte propugni visioni particolarmente audaci dei diritti, men che mai di quelli sociali»<sup>33</sup>. Può essere, ma non è detto affatto<sup>34</sup>. Basti pensare alla giurisprudenza della CGCE sulla previdenza e assistenza (casi *Martinez Sala* e *Zambrano*), ispirata ad autentica solidarietà sociale<sup>35</sup>. Per altro, è evidente la «disonia» fra l'attuale, positiva costituzionalizzazione comunitaria, nella Carta di Nizza, dei diritti sociali e la contestuale «arcigna applicazione» delle tradizionali libertà economiche nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>36</sup>, ma forse è troppo presto per considerare chiusa la partita. Al contrario, come sempre in materia di diritti sociali, l'effetto del riconoscimento è un processo lento e, a maggior ragione in un momento di crisi come quello presente, gradualistico. La Corte del Lussemburgo dovrà quindi tener conto con ocularità del requisito tecnico di *sostenibilità*, come *retro* indicato (cfr. § 6), ma certo nei prossimi anni non potrà svuotare di senso pratico le disposizioni del Trattato di Lisbona in materia, pena il crollo del progetto sociale europeo.

Senza dunque negare le difficoltà presenti, ma senza neanche farsi sopraffare dalle stesse, si può in ogni caso riconoscere l'esistenza di una *koinè* di linguaggio (un'influenza reciproca) fra Corti costituzionali nazionali, Corte di Strasburgo e Corte di Lussemburgo<sup>37</sup>. Di più: in questo quadro, non è male ricordare che

*fondamentali*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Napoli 2011, 3408. Ma v. pure S. RODOTÀ, *Nel silenzio della politica i giudici fanno l'Europa*, in AA.VV., *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, a cura di G. Bronzini e V. Piccone, Taranto, 2007, 23 ss. Il fenomeno accennato – più generale di etero-normazione giudiziale, piuttosto che auto-normazione parlamentare – in qualche caso, è apparso esemplare, da manuale: se si vuole, può vedersi il mio *Di una Corte che non si limita ad "annullare" le leggi, ma "corregge" il legislatore e, dunque, "scrive" –... o "riscrive" per intero – le leggi. (Il caso emblematico della giurisprudenza normativa sulle adozioni)*, in AA.VV., *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, a cura di A. Ruggeri e G. Silvestri, Milano 2000, 337 ss.

<sup>30</sup> Cfr. F. SUDRE, *La «perméabilité» de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux*, in AA.VV., *Mélanges J. Mourgeon*, Bruylant, Bruxelles, 1998, 467 ss.

<sup>31</sup> Benché sia pure vero quanto ricorda G. TESAURO (*Il Trattato di Lisbona e le prospettive dell'Europa*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, Roma 2010, 25) quando rileva che: «La Corte di Giustizia, dopo aver affermato la sua competenza a verificare il rispetto dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni comunitarie e da parte degli Stati membri quanto agli atti di recepimento o comunque collegati con il diritto comunitario, ha utilizzato in particolare un diritto fondamentale del singolo, quello al giudice e alla tutela giurisdizionale effettiva, per elevare il tasso di tutela nel sistema comunitario e insieme negli Stati membri. Si pensi alla tutela cautelare nel Regno Unito, alla responsabilità patrimoniale dello Stato legislatore e giudice in Italia e in altri Paesi; si pensi altresì al diritto all'eguaglianza, che ha finito per diventare il perno per la tutela dei diritti soprattutto sociali, con una espansione straordinaria della portata delle poche norme poste a presidio dell'eguaglianza nel rapporto di lavoro (accesso, condizioni, risoluzione)».

<sup>32</sup> Basti pensare, nel Trattato di Lisbona, all'attribuzione all'Unione nel suo insieme – e non solo ad un suo organo specifico (la Commissione) – del compito di promuovere, nella diversità dei sistemi nazionali e nel rispetto del principio di sussidiarietà, la concertazione fra le parti sociali "al suo livello", sino alla negoziazione legislativa, facilitando un livello autonomo di dialogo sociale (art. 154 TFUE), anche trilaterale con il vertice sociale per la crescita e l'occupazione (art. 152 TFUE). In merito, cfr. spec. G. FONTANA, *Libertà di organizzazione sindacale e diritto alla negoziazione collettiva*, in *Rass. Dir. pubbl. eur.*, 2009, 2.

<sup>33</sup> Così: P. BIANCHI, *I diritti sociali dopo Lisbona: prime risposte dalla Corte di Giustizia*, in AA.VV., *Diritto di Welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, cit., 137.

<sup>34</sup> Per una puntuale e approfondita disamina della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, cfr. spec. AA.VV., *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo*, a cura di A. Andreoni e B. Veneziani, Roma 2009 (con saggi di U. Romagnoli, V. Angiolini, B. Caruso, S. Giubboni, E. Gragnoli, L. Zoppoli, e altri).

<sup>35</sup> Sul punto cfr. spec. S. GIUBBONI, *I diritti sociali nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi ed opportunità*, in [http://principi-ue.unipg.it/Documenti/Giubboni\\_relazione\\_perugina.pdf](http://principi-ue.unipg.it/Documenti/Giubboni_relazione_perugina.pdf), 11.

<sup>36</sup> Cfr. S. GIUBBONI, *I diritti sociali nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi ed opportunità*, cit., 6. Ma v. pure, fra gli altri, V. ANGIOLINI, *Laval, Viking, Ruffert e lo spettro di Le Chapelier*, in AA.VV., *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea*, cit., 51 ss.

<sup>37</sup> Possono essere utili, per cogliere il peso che attualmente gioca la "comparazione" nella produzione giurisprudenziale, le ricerche di: V. SCIARABBA, *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova 2008; G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009; G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza*

il costituzionalismo multilivello, e la tutela multilivello dei diritti, funzionano perché il riconoscimento dell'adeguamento alla "norma più favorevole" (*favor libertatis*) è esplicito ed unanime, cosa davvero singolare, felice e per nulla scontata<sup>38</sup>. È vero che la questione delicata non è quella (apparentemente astratta) della norma "più favorevole", quanto quella (molto concreta) del "bilanciamento ragionevole", caso per caso, dei diritti. Ma nemmeno si può sottovalutare la felice convergenza sul ricordato principio *favor libertatis* e quindi l'uso, per dir così, potenzialmente *sussidiario* delle fonti e della giurisprudenza, secondo "la convenienza", ossia di volta in volta a vantaggio della maggiore tutela del diritto, "ovunque" essa sia riconosciuta. Insomma, quel che *per ora* sembra negato dalla Corte del Lussemburgo potrà essere riconosciuto ...da un'altra Corte, nazionale o sovranazionale.

Basta confrontare l'art. 53 della CEDU, l'art. H (ex 32) della Carta Sociale Europea riveduta, nel 1996 e l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che per comodità riportiamo:

**Art. 53 . Salvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti [CEDU, Roma 1950]**

Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i Diritti dell'Uomo e le Libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte Contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi.

**Carta sociale europea [Strasburgo 1961, riv. 1996]**

**Art. H - Relazioni tra la Carta ed il diritto interno o gli accordi internazionali**

Le disposizioni della presente Carta non pregiudicano le norme di diritto interno e dei trattati, convenzioni o accordi bilaterali o multilaterali che sono o che entreranno in vigore e che potrebbero esser più favorevoli per le persone tutelate.

**Carta dei diritti fondamentali dell'UE [Nizza 2000, recepita dal TUE Lisbona 2007]**

**Art. 53 Livello di protezione**

Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle Costituzioni degli Stati membri.<sup>39</sup>

L'interpretazione *in bonam partem*, dunque armonica, di queste "tre" fonti (di solito se ne menzionano due, dimenticandosi dell'art. H della CSE) determina un intreccio virtuoso che aiuta molto. Insomma, *quando è possibile*, l'applicazione giudiziale della clausola "più favorevole" sembra risolvere ogni problema, o quasi.

Infatti:

---

sovranazionale, Napoli 2011; A.M. LECIS COCCO ORTU, *La comparaison en tant que methode de determination du standard de protection des droits dans le systeme CEDH*, in rivista *online* dell'AIC, n. 4/2011 (25-10-2011).

<sup>38</sup> In questa direzione va la nota dichiarazione congiunta (17 gennaio 2011) dei Presidenti della Corte di Giustizia (o del Lussemburgo), V. Skouris, e della Corte EDU (o di Strasburgo), J.P.Costa, che invitano a interpretazioni "parallele" della Carta di Nizza. Sul punto, v. M.E. GENNUSA-S. NINATTI, *Il comunicato congiunto dei Presidenti Costa e Skouris. La difficile rotta verso una tutela integrata dei diritti*, in *Quad. cost.*, n. 2/2011, 469 ss.

<sup>39</sup> Il testo dell'art. 53 va letto insieme all'art. 54, che a ben vedere non ne attenua la portata: «Art. 54. *Divieto dell'abuso di diritto*. Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta». Non solo, va letto soprattutto alla luce dell'art.52, n. 3, che fissa l'importante clausola appunto della *protezione più estesa*: «Art. 52. *Portata e interpretazione dei diritti e dei principi* [...] 3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono eguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

- se la norma “più favorevole” a un diritto sociale è contenuta in una fonte primaria dell’ordinamento nazionale i giudici possono applicarla subito, senza alcun ostacolo legato agli altri ordinamenti esterni;
- se la norma “più favorevole” è contenuta in una disposizione di principio costituzionale, ammesso che non possa essere *subito e direttamente* applicata, come sempre più spesso accade<sup>40</sup>, sarà comunque applicata “quasi subito”, attraverso lo strumento del ricorso incidentale alla Corte costituzionale, la quale espungerà dall’ordinamento la norma interna *in peius*, illegittima perché contrastante con la Carta<sup>41</sup>;
- se la “norma più favorevole” è fissata in disposizioni dell’UE (regolamenti o direttive *self-executing*), si può pure applicare subito, fatta salva una eventuale delibazione di contrasto con i c.d. controlimiti nazionali, ipotesi che però è solo astrattamente possibile e semmai appare largamente improbabile, come più volte ho cercato di argomentare<sup>42</sup>;
- infine, se la “norma più favorevole” è fissata in disposizioni della CEDU (o, meglio, in una decisione della Corte di Strasburgo), l’applicazione giudiziale è possibile, seppure in questo caso essa è subordinata al preventivo filtro “generale” del sindacato della Corte costituzionale in relazione a “tutta” la Carta del 1948, almeno a partire dalle c.d. sentenze gemelle della Corte costituzionale italiana (nn. 348 e 349 del 2007)<sup>43</sup>.

Resta, dunque, scoperto solo il caso di applicazione del trattamento “più favorevole” quando è espresso nella Carta Sociale Europea (CSE), che pure può considerarsi “integrativa” di diverse *lacune* presenti invece nella Carta di Nizza<sup>44</sup>. Purtroppo stranamente viene sottovalutata l’importanza, non teorica ma pratica, di tale

<sup>40</sup> Sull’applicabilità diretta in via ermeneutica – o *auto-applicatività* – delle norme costituzionali e in genere sull’uso diretto della Costituzione, anche per bibliografia risalente, sia consentito rinviare, fra gli altri, ad A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli 1990, spec. 199 ss.; più recentemente, v. poi A. GUAZZAROTTI, *L’autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Napoli 2011. È appena il caso di sottolineare che la questione accennata è strettamente connessa a quella dei c.d. *elementi diffusi* presenti anche nel sindacato costituzionale incidentale, su cui per tutti cfr. AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e al sua diffusione*, a cura di E. Malfatti, R. Romboli ed E. Rossi, Torino 2002.

<sup>41</sup> Naturalmente, se si tratta di normativa su stretti diritti di *prestazione*, è possibile che un semplice annullamento operato dalla Corte non sia sufficiente all’esercizio integrale ed immediato del diritto, soprattutto se la diretta applicazione della norma più favorevole viene “frenata” con formule legate alla “gradualità” delle prestazioni, in ragione del sincronico rispetto del vincolo costituzionale dell’equilibrio di bilancio.

<sup>42</sup> Sull’assurdità palmare – o inimmaginabilità – di un contrasto fra una “norma UE più favorevole” e il c.d. “nucleo duro” costituzionale nazionale, almeno per gli ordinamenti costituzionali degli attuali 27 Paesi UE, cfr. A. SPADARO, *La Carta europea dei diritti tra identità e diversità e fra tradizione e secolarizzazione*, in AA.VV., *La Carta europea dei diritti*, a cura di P. Costanzo, Genova 2002, estratto dal volume XXXI degli *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova (2001-2002)*, 28 ss. e in *Dir. pubbl. comp. ed europ.*, II/2001, 621 ss.; ID., *Verso la Costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti*, in AA.VV., *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, a cura di A. Pizzorusso - R. Romboli A. Ruggeri - A. Saitta - G. Silvestri, Milano 2003, 111 ss., nonché in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, I/2003, 338 ss.; ID., *Il caso esemplare della Costituzione Europea come “insieme di atti” (puntuali nel tempo) e “insieme di processi” (storici): dalle C.E.E. (Comunità Economiche Europee), alla C.E. (Comunità Europea), all’U.E. (Unione Europea), agli U.S.E. (Stati Uniti d’Europa)*, in AA.VV., *Verso una Costituzione europea*, a cura di L. Leuzzi e C. Mirabelli, Roma 2003, 621 ss.; ID., *Una (sola) Corte per l’Europa*, in AA.VV., *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, a cura di P. Falzea, A. Spadaro e L. Ventura, Torino 2003, 555 ss.

<sup>43</sup> Cfr. A. SPADARO, *Breve introduzione al “circolo costituzionale: prima la storia fa le “Corti costituzionali” e poi le Corti fanno la “storia costituzionale”...*, in AA.VV., *Riflessioni sulle sentenze n. 348-349/2007 della Corte costituzionale*, a cura di C. Salazar e A. Spadaro, Milano 2009, 1-13. Ma v. pure gli altri saggi ivi riportati. Si può parlare di “sostanziale continuità” sul punto nelle successive sentt. cost. nn. 311-317/2009 (su cui v. C. PANZERA, *Un passo alla volta. A proposito della più recente giurisprudenza costituzionale sulla CEDU*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale. Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro*, Torino 2011, spec. 303 ss.) e, ora, nella più recente sentt. cost. n. 80/2011, dove, in breve, la Corte ribadisce che la “comunitarizzazione” della CEDU nel Trattato di Lisbona non ne rimette in discussione la chiara natura di “norma interposta”. Solo l’ancor più recente sentt. cost. n. 113/2011 induce taluno, forse affrettatamente, a ipotizzare un qualche cambiamento giurisprudenziale volto ad accrescere il peso gerarchico della CEDU: cfr. M. CAIANIELLO, *La riapertura del processo per dare attuazione alle sentenze della Corte europea dei diritti: verso l’affermarsi di un nuovo modello*, in *Quad. cost.*, n. 3/2011, 668 ss. (ma v. A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la Cedu direttamente applicabile nell’ordinamento italiano?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)). In realtà, a giudizio di chi scrive, la Corte non muta orientamento sulla posizione gerarchica della CEDU, limitandosi correttamente a ribadire piuttosto e soltanto la primazia della ricordata e nota clausola del *maximum standard* in materia di diritti fondamentali.

<sup>44</sup> Sulle quali v. G. GUIGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in *Forum online di Quad. cost.*, 2010, 3.

fonte internazionale opportunamente revisionata nel 1996, forse per una maggiore esposizione pubblica delle fonti comunitarie. In particolare, resta scoperta l'applicazione del trattamento più favorevole quando è espresso attraverso le decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali (CEDS), che della Carta Sociale Europea è l'organo di controllo/garanzia. Si tratta di decisioni spesso molto avanzate, al punto che si parla, anzi, di una vera e propria "giurisprudenza CEDS"<sup>45</sup>.

Naturalmente sappiamo bene che il CEDS può solo riferire al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, il quale a sua volta può adottare raccomandazioni solo a maggioranza dei due terzi. E sappiamo bene, di conseguenza, che la giustiziabilità davanti alle Corti nazionali della Carta sociale europea – salvo in qualche Paese (per esempio in Finlandia, dove vincola anche i rapporti interprivati) – è solo indiretta: insomma, il riferimento alla CSE e alle decisioni del CEDS è solo *ad abundantiam*, ossia "integrativo" del diritto interno o di altri obblighi internazionali<sup>46</sup>, né il richiamo all'interpretazione conforme (costituzionalmente adeguata) sembra aiutare i giudici.

Ma proprio tale atteggiamento reticente del giudice italiano, e in genere del giurista medio europeo – ultra-prudente, conservatore e formalista – va combattuto sullo stesso terreno "positivista" in cui si colloca. Da ciò discende la prima proposta.

Le considerazioni testé formulate – e in particolare l'oggettiva prevalenza, nel diritto europeo, del diritto comunitario – inducono ad accogliere la tesi secondo cui ormai è urgente e improcrastinabile la *positivizzazione comunitaria della CSE*, ossia la ricezione della Carta Sociale Europea nei Trattati UE, esattamente allo stesso livello dell'adesione fatta nel Trattato di Lisbona per la CEDU<sup>47</sup>. Non si tratta di un'adesione per ragioni di completezza meramente "estetica", e dunque di rilievo solo marginale, per l'incidenza che la CSE e il CEDS hanno proprio in materia di diritti sociali. Senza questa ricezione della CSE nei Trattati UE, un'importante parte delle decisioni in materia di diritti sociali prese dal CEDS rischiano di non trovare applicazione, con l'effetto di determinare più di una battuta di arresto nel riconoscimento effettivo dei diritti sociali stessi. Tutti i giuristi, e i giudici, degli ordinamenti nazionali, a questo punto, non potrebbero più ignorare l'efficacia vincolante della Carta Sociale Europea, anche nelle sue applicazioni pratiche di dettaglio.

Soltanto in tal modo sarebbe completo il triplice quadro dell'armonia ermeneutica nell'applicazione giudiziale della clausola "più favorevole", chiudendosi il cerchio delle relazioni inter-ordinamentali e l'intreccio virtuoso fra Carte dei diritti e relative Corti. Si tratta, insomma, di un'importante tessera nel mosaico del costituzionalismo multilivello europeo, che manca e va invece al più presto inserita, con vantaggio di tutti.

Ma probabilmente anche una simile, indispensabile riforma, non basterebbe. E vengo così alla seconda proposta.

Occorre pure, a giudizio di chi scrive, immaginare un "sistema a cascata" dei diritti sociali connessi ai c.d. LEP, i Livelli Essenziali delle Prestazioni (in Italia: art. 117, c.2, lett. *m* e art. 120, Il c., Cost)<sup>48</sup>. Naturalmente esistono molti problemi ermeneutici legati a tale *formulazione* linguistica e non sempre le Corti costituzionali dispongono dei mezzi conoscitivi adeguati per decidere sulla loro determinazione. Tuttavia, poiché diritti sociali e Livelli Essenziali delle Prestazioni sono due facce di una stessa medaglia, logica vorrebbe che – fermo restando il ricordato principio del *favor libertatis* – si individuino al più alto livello

<sup>45</sup> Cfr. L. JIMENA QUESADA, *op. et loc. cit.*

<sup>46</sup> Cfr., per es., Corte di Cass. nn.: 2778/1990; 2245/2006; 16017/2007. V., sul punto, le interessanti ipotesi di *giustiziabilità normativa* di G. GUIGLIA, *op. cit.*, 21 ss.

<sup>47</sup> Così ancora L. JIMENA QUESADA, *op. cit.*, 8: «la solución ideal a escala europea pasa inexorablemente por la ratificación de la CSE por parte del la UE, al mismo nivel que se impone en el Tratado de Lisboa la adhesión de la Unión alla CEDU». Il costituzionalista spagnolo parla a ragion veduta, rivestendo attualmente anche la carica di Presidente del CEDS. Sostanzialmente conforme già G. GUIGLIA, *op. cit.*, 4 s., il quale però propone – *pro tempore* – il ricorso a tecniche e procedure che consentano un'applicazione della CSE e delle decisioni del CEDS. Cfr. pure O. DE SCHUTTER, *L'adhesion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne révisée*, in <http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/2826/1/law04-11.pdf>.

<sup>48</sup> Sul punto, davvero esiziale oggi, cfr., fra gli altri, anche per ulteriori riferimenti dottrinali e soprattutto giurisprudenziali: M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione*, in *Pol. dir.*, n. 3/2002, 350 ss.; E. BALBONI, *Il nome e la cosa. Livelli essenziali dei diritti e principio di eguaglianza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, vol. I, Jovene, Napoli 2005, 295 ss.; G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza e dell'evoluzione interpretativa*, Padova 2007; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bup, Bologna 2008; F. PIZZOLATO, *La procedura per la determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociale*, in AA.VV., *La tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., 309 ss.; V. CAMPIONE-A. POGGI, *Sovranità decentramento regole. I livelli essenziali delle prestazioni e l'autonomia delle istituzioni scolastiche*, Il Mulino, Bologna 2009; C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza amministrativa*, in *Fed. fisc.*, 2/2009, 133 ss.; ID., *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione*, in *Le Regioni*, 4/2010, 851 ss. e in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); ID., *I livelli essenziali delle prestazioni "secondo" i giudici comuni*, in corso di stampa in *Giur. cost.*; G. DELLEDONNE, *Federalismo, livelli essenziali, diritti*, in AA.VV., *Diritto di Welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, cit., 251 ss.

(europeo: Ue e CEDU) almeno i LEP assolutamente indispensabili a cui nessun Paese del vecchio continente può derogare, se vuole connotare il proprio ordinamento non semplicemente come “di mercato”, ma piuttosto come “*sociale* di mercato” (cfr. art. 3, c. 3, del Trattato UE). In questa delicata funzione possono alternarsi, e di fatto si alternano vicendevolmente, sia gli organi che fanno riferimento alla CEDU, sia quelli dell’UE.

L’individuazione dei LEP europei – potremmo dire dei diritti sociali minimi<sup>49</sup> – può avvenire in due modi:

a) in modo diretto ed esplicito, per via legislativa (nazionale e comunitaria): si tratterebbe di una *razionalizzazione normativa*, ipotesi astrattamente forse preferibile, ma realisticamente improbabile, almeno in dettaglio; oppure, più plausibilmente

b) in modo indiretto ed implicito, per via giurisprudenziale e, si badi, anche dottrinale. In assenza, infatti, di elenchi o cataloghi puntuali dei diritti sociali fondamentali (derivanti da normativa di dettaglio attuativa della CEDU, della Carta dei diritti UE e della Carta Sociale Europea), come s’è detto saranno sussidiariamente i giudici, le singole Corti costituzionali nazionali e le due Corti sovranazionali (CEDU ed UE) – così in fondo è sempre stato – a “creare” in concreto i diritti sociali assolutamente indispensabili (in questo senso, e per questo verso, legati ai LEP)<sup>50</sup>.

Tuttavia va riconosciuto a chiare lettere che anche la sempre più ricca e diversificata giurisprudenza non è di facile reperimento organico, per il suo carattere minuzioso, frammentato e dispersivo. In questo senso, come si accennava, un ruolo davvero rilevante potrebbe svolgere anche la dottrina. Gli studiosi e i ricercatori più attenti, infatti, sono chiamati con pazienza certissima a un compito delicato: quando occorre, colmare la pochezza di fonti legislative (nazionali e comunitarie) in materia attraverso la *sistematizzazione* organica della ricca e dispersiva giurisprudenza (nazionale – non solo della Corte costituzionale, ma anche dei giudici comuni – e sovranazionale) sui diritti sociali.

Si tratta di un lavoro enorme – ma credo di poter dire utilissimo – perché la *sistematizzazione organica* del modesto materiale *normativo* disponibile e dell’ampio materiale *giurisprudenziale* esistente sui diritti sociali, consentirebbe di individuare con accortezza i casi di diritti sociali veramente inviolabili, perché appunto legati ai LEP<sup>51</sup>. Parliamo di *sistematizzazione* e non di *razionalizzazione*, benché i termini e i concetti siano in sostanza sovrapponibili, perché la seconda operazione, per convenzione linguistica, di solito è attribuita ai legislatori e non ai giuristi.

Il “sistema” che ne deriverebbe è quello di un quadro sinottico, mai definitivo e quindi sempre da aggiornare, da cui dovrebbero emergere almeno quattro “livelli” di diritti sociali in relazione ai LEP:

1) il livello sovranazionale globale (diritti sociali *universalis*, o dell’uomo, in attuazione a un minimo indispensabile di LEP valido per tutti, ovunque);

2) il livello sovranazionale europeo (diritti sociali legati ai *bisogni essenziali* di coloro che risiedono nel territorio dei Paesi membri dell’UE, area dove le differenze fra Carta sociale europea, Cedu e Carta di Nizza sarebbero ammortizzate dalla ricordata clausola *favor libertatis*);

3) il livello nazionale (*ulteriori* diritti sociali, con tutele ancora maggiori o più dettagliate, legate alle diverse concezioni “nazionali” dei LEP);

4) il livello infra-nazionale (diritti sociali deboli o solo *possibili*, non necessariamente legati ai LEP, ma decisi dalle Regioni, *Länder*, Contee, ecc.).

In tale sistema – fermo restando il diritto di tutti, cittadini o no, ad accedere ad un “minimo indispensabile” di prestazioni – la determinazione puntuale dei LEP e dei diritti sociali lascerebbe sempre ai singoli Stati, o talora anche i singoli enti infra-statali (Regioni, *Länder*, ecc.), la possibilità di determinare un trattamento “migliore”, sempre *favor libertatis*<sup>52</sup>. Solo tale processo di sistematizzazione, del resto, può dar vita a un vero *ius commune* europeo dei diritti fondamentali, *in primis* dei diritti sociali.

Ora – ammesso che la CSE sia *recepita nei trattati Ue*, con tutto ciò che la cosa comporta (prima proposta) e che la dottrina compia l’auspicata complessa opera di *sistematizzazione dei LEP*, che il

<sup>49</sup> La questione è strettamente connessa ad altre contigue (reddito minimo garantito, salute essenziale, ecc.). Sul punto, per tutti, cfr. F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Milano 2004.

<sup>50</sup> Più precisamente – secondo V. ONIDA, *I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu) (20/05/2011), 7 – «lo standard di protezione dei diritti fondamentali che discende dalla CEDU diventerà a pieno titolo lo standard minimo europeo, destinato ad essere rispettato sia dai legislatori nazionali degli Stati membri sia dal legislatore comunitario».

<sup>51</sup> Qualcosa del genere è stata fatta, ma ancora in via sperimentale e molto parziale, da C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, op et loc. cit.

<sup>52</sup> A. ragione P. HÄBERLE (*Per una dottrina della costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1/1999, 15) ricorda che occorre al più presto «una teoria dei diritti fondamentali a livello comunitario» che sia sufficientemente «elastica nel cogliere le differenze tra le dogmatiche nazionali».

legislatore europeo “non sembra volere” e la giurisprudenza europea “non può” svolgere (seconda proposta) – occorre qualcos’altro perché gli sforzi accennati non siano vani. E vengo alla terza, forse banale e ingenua ma necessaria, proposta.

Occorre una politica finanziaria ed economica unitaria dei 27 Stati UE, e segnatamente – fra questi – dei 17 Stati che condividono la moneta unica<sup>53</sup>. È fin troppo evidente, almeno a mio avviso, che la crisi attuale sia conseguenza, non solo più in generale del modello capitalista come l’abbiamo finora conosciuto, ma anche della paradossale e schizofrenica “coesistenza” di una moneta *unica* sovranazionale e di finanze nazionali... *separate*. Non occorre essere premi Nobel per l’economia – basta avere qualche nozione basilica di Diritto costituzionale – per capire che la scissione fra potere (reale) e responsabilità (formale) non può che portare a disastri, anche (anzi, ancora di più) nel delicatissimo campo dell’economia e della finanza. S’intende, poi, che tale processo *federale* – ché di questo si sta concretamente parlando se non si vuole eludere la problematica affrontata – per durare nel tempo dovrebbe essere ispirato a un modello di mercato fortemente “limitato”, ossia a un modello sociale europeo comune e solidale, caratterizzato da sobrietà, rigore fiscale, equità sociale, equilibrio di bilancio.

Le tre proposte qui accennate sono, a mio avviso, le “pre-condizioni” giuridiche e politiche perché la questione della *sostenibilità* dei diritti sociali in Europa non si trasformi in un *flatus vocis* o se si preferisce in un’esercitazione puramente accademica.

#### **10. “Nucleo duro” costituzionale e teoria dei “controlimiti”. Tatticismo miope ed egoistico degli Stati nazionali e ruolo strategico-ideale delle Corti nazionali ed europee.**

A differenza degli USA, dove marginalità e disparità sociali sono sempre state più forti e il mercato del lavoro molto più flessibile, buona parte dell’Europa scopre oggi gravi carenze nei servizi sociali e una precarietà crescente del lavoro. Emerge lo spettro di una povertà mai sparita del tutto, ma largamente dimenticata.

Secondo l’UE nei 27 Paesi membri c’erano, nel 2010, ben 114 milioni di persone a rischio di povertà ed esclusione sociale. In Europa circa un giovane su quattro è in cerca di occupazione. In Italia le persone a rischio povertà/esclusione sociale sono ormai 15 milioni, una su quattro (il 24,7 %), poco più della media europea (23,1 %). Secondo i dati ISTAT (15 luglio 2011) l’11% delle famiglie italiane è relativamente povero e il 4,6 % lo è in termini assoluti (sono considerate relativamente povere le famiglie con un reddito inferiore al 60 % di quello medio). Delle famiglie povere, la maggior parte risiede nell’Italia meridionale. Di più: praticamente un giovane su tre è senza lavoro (Istat, fine ottobre 2011) Ma forse il dato più impressionante sulla crisi di tutto l’Occidente è che, nei 34 Paesi OCSE, oggi ci sono ufficialmente 44 milioni di disoccupati. Per converso, i Paesi del BRIC (Brasile, Russia, India, Cina) crescono in reddito e occupati.

Inutile snocciolare il rosario doloroso di altre informazioni.

In questo quadro, l’Europa sembra un vaso di coccio: come si ricordava, le diverse varianti nazionali del modello sociale europeo sono in crisi profonda. Inoltre, sembrano prevalere gli egoismi nazionali e persino – all’interno alcuni Stati (Italia per prima) – gli egoismi locali.

È evidente che serve uno scatto di reni, una diversa e innovativa capacità di comprendere la complessità, ampiezza e mondialità dei problemi attuali. In questo senso non basta l’interdisciplinarietà fra giuristi – costituzionalisti e giuslavoristi e, aggiungerei, internazionalisti e comunitaristi – ma occorre un’interdisciplinarietà che va ben oltre i contributi dei giuristi. Occorre uno sforzo congiunto dei politologi, degli economisti, ecc. Probabilmente urge *anche* un modo nuovo di “approcciarsi” al concetto stesso di lavoro, tale da valorizzare – più che il lavoro-fatica in sé – l’idea meravigliosamente espressa nell’art. 4, Il c., della Costituzione italiana, secondo cui *tutti*, nessuno escluso, devono svolgere «secondo le proprie possibilità o la propria scelta, un’attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società»<sup>54</sup>.

Naturalmente in maniera intelligente, non demagogica, servirebbe – come abbiamo detto – un modello sociale europeo comune e solidale, caratterizzato da *unità* finanziaria (non solo monetaria), sobrietà, rigore

<sup>53</sup> In realtà i Paesi sono 23, perché – oltre che nei 17 Stati UE ([Austria](#), [Belgio](#), [Cipro](#), [Estonia](#), [Finlandia](#), [Francia](#), [Germania](#), [Grecia](#), [Irlanda](#), [Italia](#), [Lussemburgo](#), [Malta](#), Olanda, [Portogallo](#), [Slovacchia](#), [Slovenia](#) e [Spagna](#)) – l’unione monetaria è stata concordata anche con tre micro-Stati (Città del Vaticano, Principato di Monaco, San Marino) e unilateralmente adottata da Andorra, Montenegro e Kosovo.

<sup>54</sup> La questione, molto delicata, può essere qui solo accennata. Sia consentito rinviare ad A. SPADARO - C.S. VIGILANTI, *Brevi riflessioni sul lavoro, fra otium e negotium*, in *Coscienza*, 2011.(?)

fiscale, equità sociale, equilibrio di bilancio: tutte cose che oggi sono, nei fatti, “quasi” carta straccia perché considerate difficilmente praticabili, se non utopie.

Ma proprio in questo contesto – di (speriamo solo temporanea) prevalenza del tatticismo di corto respiro degli egoismi favoriti dai governi nazionali, di miopia verso i diritti sociali e verso le aspettative “umane” (e non solo nazionali) delle generazioni future – dovrebbe emergere il ruolo decisivo, razionale e strategico-ideale, delle Corti nazionali e sovranazionali, la cui giurisprudenza dovrebbe supplire, “orientando” questa, probabilmente lunghissima, transizione sistemica (non solo europea, ma mondiale) i cui esiti sono ignoti a tutti.

Ciò detto, confesso che, per quante speranze riponga in una giurisprudenza illuminata, di indirizzo comune transnazionale, coraggiosa e solidarista, non riesco a non scorgere anche il rischio d’involuzioni o arretramenti giurisprudenziali. Sarà ovvio, ma non è male ricordare che le Corti sono fatte da uomini e gli uomini possono sbagliare<sup>55</sup>.

In particolare temo che alcune conquiste – che mi piace considerare ormai del costituzionalismo contemporaneo *tout court*, senza aggettivi (personalista, solidarista, ecc.) – nei prossimi anni possano essere, seppure con le più buone intenzioni, rimesse in discussione. Accenno qui solo a un punto, che riguarda i possibili sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana.

Mentre comprendo che le Corti nazionali e sovranazionali, compreso Palazzo della Consulta – per cercare di contemperare/bilanciare esigenze contrapposte comunque meritevoli di tutela – ricorreranno sempre di più, nei prossimi anni, a formule come il “rinvio alla discrezionalità del legislatore”, la “riserva di possibilità/sostenibilità economica” e la “gradualità” nell’accesso alle prestazioni relative ai diritti sociali<sup>56</sup>, ho invece forti perplessità su eventuali ripensamenti in materia di teoria dei *contro-limiti* e concetto di *nucleo duro costituzionale*.

È stato autorevolmente sostenuto che «ci troviamo di fronte al problema, che si potrà risolvere solo quando si dovesse presentare nella pratica (si spera mai), di quali siano i principi e i diritti costituzionalmente sanciti da potersi classificare come “non fondamentali” e quindi fuori dal “nucleo essenziale” della Costituzione. Potrebbe anche darsi che l’estrema difficoltà di individuare, all’interno della Carta costituzionale, principi e diritti “cedevoli” induca giurisprudenza e dottrina a rivedere la stessa distinzione, per ritornare al solido ancoraggio della rigidità costituzionale presidiata dal procedimento aggravato di cui all’art. 138 Cost. Suscita perplessità pertanto l’accostamento dei “controlimiti” alle limitazioni della sovranità ex art. 11 Cost. ed ai principi costituzionali essenziali, sottratti allo stesso procedimento di revisione, secondo il *dictum* della sentenza n. 1146 del 1988 della Corte costituzionale. Tali ultimi limiti sono necessariamente il “nucleo duro” della Costituzione, perché si parla di limite alle modificazioni introdotte con il procedimento appositamente previsto dalla Carta per le sue stesse modifiche. Ben diverso è il problema se le limitazioni di sovranità ex art. 11 Cost. possano portare all’equiparazione delle norme comunitarie, quanto agli effetti ed ai limiti, alle leggi di revisione costituzionale»<sup>57</sup>.

Ho letto e riletto più volte questo passo, per certi aspetti sorprendente e che induce non solo a molte riflessioni, ma forse anche a revisioni di quanto, fin qui, molti di noi avevano creduto di capire.

Sappiamo bene che, con il termine *nucleo duro costituzionale*, si fa riferimento ai «principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana» o, come la Corte (più vagamente e forse meno felicemente) ha detto in qualche altro caso, ai c.d. «principi supremi» o «valori supremi» dell’ordinamento. Tale costruzione, nonostante fortunatamente la mancata applicazione pratica, finora è stata legata – si badi: dalla stessa Corte<sup>58</sup> – anche alla teoria dei *controlimiti*, teoria rilevante in

<sup>55</sup> Evidenzia quest’aspetto G. AZZARITI, *La garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia dell’Unione Europea*, intervento al convegno di Perugia del 25-26 marzo 2011 su “Diritti fondamentali e libertà economiche: principi europei e tradizioni giuridiche nazionali”, 11 s. del datt.: «bisogna confidare sulla saggezza del giudice per garantire i diritti in Europa? [...] le evocate recenti pronunce – Laval, Viking, Ruffert, Commissione vs Lussemburgo, Commissione vs Germania – [...] sono, probabilmente, “sentenze sbagliate” [...] Perché ai giudici una così impropria responsabilità?». Sulla stessa lunghezza d’onda G. FONTANA, *Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT – 78/2010, 65 ss. (in corso di stampa in *Riv. Dir. pubbl. eur.*).

<sup>56</sup> In questo contesto, si pongono anche le richieste degli Stati membri dell’UE di “limitare nel tempo” gli effetti delle sentenze comunitarie che comportano conseguenze finanziarie. Sul punto, per tutti, F. SALMONI, *Diritti sociali e Unione Europea. Dall’ordinamento comunitario allo Stato sociale europeo*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, Torino 2005, 567 ss.

<sup>57</sup> Così G. SILVESTRI, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, cit., 3421. In merito v. pure v. pure M. CARTABIA - M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino 2009, 11.

<sup>58</sup> Forse conviene riportare, *per memoria*, un pezzo della notissima sent. cost. n. 1146/1988: «La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti

tutt'Europa, ma specialmente nella giurisprudenza italiana e tedesca, quest'ultima con esempi recenti richiamati anche in questo lavoro.

Ora, se non ho frainteso, nonostante una iniziale perplessità, legata alle difficoltà di individuare i "principi e diritti cedevoli", la teoria del "nucleo duro" costituzionale (all'interno) sembra tenere. Non c'è dubbio che sia difficile, e certo molto rischioso, individuare "principi e diritti cedevoli" all'interno di una Carta, anche se – a ben vedere – si tratta semmai di "riconoscere" principi e diritti inviolabili (l'argomento può sembrare capzioso, ma forse non lo è: i giudici costituzionali, insomma, non hanno l'onere di scoprire possibili *cedevolezza*, ma di riconoscere eventuali *intangibilità*). In ogni caso chi, se non le Corti costituzionali, può farlo? In realtà, nel caso dei "diritti sociali" (come dei diritti in genere) nemmeno si tratta di individuarli, alla lettera, "all'interno di una Carta", per la natura spesso implicita e mai definitiva delle situazioni giuridiche attive inviolabili. Né è chiesto alle Corti, come organi giudiziari di chiusura, di fare cataloghi preventivi e completi di diritti. Semplicemente – anche grazie all'uso del concetto di LEP – le Corti dovrebbero, anzi devono, di volta in volta (alla luce, quindi, del particolare contesto storico), dire se la "pretesa" di un diritto sociale specifico meriti la qualifica di "effettivo" diritto sociale *costituzionalmente meritevole di tutela*. Altri invece, come prima si diceva, produrrà cataloghi, sempre imperfetti e mai esaustivi: il legislatore o, più probabilmente, la dottrina, sempre che ne abbia la capacità e la voglia.

Ad ogni modo, mettendo da parte questo tipo di perplessità, come si diceva sembra che la teoria del "nucleo duro" costituzionale (all'interno) venga riconosciuta, e con essa l'idea di un limite sostanziale al procedimento formale di revisione costituzionale. Ciò perché, immagino, fortunatamente si avverte che essa è una necessità *logica*, non ideologica, dello Stato costituzionale contemporaneo, in tutto il mondo. In assenza di tale teoria, infatti, il procedimento di revisione sarebbe inarrestabile e la stessa rigidità costituzionale sarebbe solo una pavida e fragile "barriera" alla volontà sovrana "rafforzata" del legislatore. Se prevalesse quest'orientamento, avrebbe vinto il peggior Kelsen: quello secondo cui tutti i vizi della legge sarebbero solo vizi formali, sicché al potere politico "di turno" basterebbe avere la maggioranza parlamentare richiesta (procedura aggravata) per fare quel che gli pare. Ma, per evidenti ragioni logico-giuridiche altrove meglio argomentate, un vero sistema costituzionale non tollera, non può tollerare, che tutto e sempre possa essere rimesso in discussione, addirittura *infra-sistemicamente*, attraverso l'uso di una procedura "particolare" (ma pur sempre prevista). No. Non è così: la violazione di alcuni principi (il *nucleo duro*, per l'appunto) comporta una violazione *extra-sistemica*, dunque intrinsecamente eversiva, dell'ordinamento. Ragionando diversamente, del resto, non avrebbero senso tutte le diverse forme di giustizia costituzionale esistenti<sup>59</sup>. Ma, come si diceva, questo rischio non si corre, anche se solo il doverne parlare è emblematico.

Quel che invece si sostiene – sempre che io abbia capito bene – è che potrebbe essere rimessa in discussione non una semplice tesi dottrinale, bensì l'orientamento giurisprudenziale consolidato, a tutt'oggi costante e dunque vivente – insomma l'attuale diritto positivo – in ordine ai "limiti" che finora hanno incontrato, e incontrano, le norme comunitarie auto-applicative (regolamenti e direttive *self-executing*). Quali sono questi "limiti"? Appunto, com'è a tutti noto per la costante giurisprudenza costituzionale in merito, si tratta dei «principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana».

---

assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana. Questa Corte, del resto, ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale, sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare 'copertura costituzionale' fornita dall'art. 7, comma secondo, Cost., non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai 'principi supremi dell'ordinamento costituzionale' (v. sentt. nn. 30 del 1971, 12 del 1972, 175 del 1973, 1 del 1977, [18 del 1982](#)), sia quando ha affermato che la legge di esecuzione del Trattato della CEE può essere assoggettata al sindacato di questa Corte 'in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana' (v. sentt. nn. 183 del 1973, [170 del 1984](#))» (n. 2.1 del cos. in dir.).

<sup>59</sup> Cfr. A. SPADARO, "Due" custodi della Costituzione rumena? Una Carta sospesa fra "sovranità" parlamentare e "supremazia" costituzionale, in *Quad. cost.*, n. 3/1994, 451 ss. e soprattutto A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2009<sup>4</sup>, spec. 6 ss., 31 ss. ma v. *passim*. Può essere utile ricordare ancora un decisivo passaggio della sent. cost. n. 1146/1988: «Non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Se così non fosse, del resto, si perverrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore» (n. 2.1 del cons. in dir.).

Ora, per usare le parole dell'autorevole dottrina prima richiamata, il dubbio che «le limitazioni di sovranità ex art. 11 Cost. possano portare all'equiparazione delle norme comunitarie, quanto agli effetti ed ai limiti, alle leggi di revisione costituzionale» lascia sorpresi, almeno me.

In tutta sincerità ho difficoltà a immaginare che la Corte parli di cose *diverse*, facendo gli stessi riferimenti giurisprudenziali e usando gli *stessi* termini: la Corte, infatti, usa la stessa perifrasi («principi supremi» o «principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e diritti inalienabili della persona umana») sia per indicare il limite *interno* (per le leggi di revisione costituzionale), sia per individuare il limite *esterno* (per le fonti comunitarie) alla *intangibilità* del testo costituzionale. Quanto meno *sembra* che la Corte parli dello *stesso* “nucleo duro”.

Ma, naturalmente, io e la stragrande maggioranza della dottrina possiamo sbagliarci e l'ultima parola, in merito, ce l'ha la Corte. Tuttavia, se davvero – come *non* mi auguro – la Corte italiana dovesse pervenire a una conclusione diversa, si opererebbe un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale e la sentenza che lo facesse per prima, piaccia o no, questa volta meriterebbe davvero i contestati aggettivi di “storica” ed “epocale”. È pure facile prevedere che una simile decisione solleverebbe un vespaio di polemiche dottrinali. Perché? Perché molti (me compreso) non riuscirebbero a comprenderne l'utilità, mentre ne percepirebbero gli effetti negativi.

Provo ad argomentare, con una serie di passaggi, le ragioni a favore della conservazione (*ab intra*, per le leggi di revisione costituzionale, ed *ab extra*, per le norme comunitarie) di una costruzione “unitaria” della teoria del nucleo duro costituzionale.

Non è forse vero che i diritti sociali rientrano fra i *diritti fondamentali* e sono dunque *inviolabili* come tutti gli altri, come qui abbiamo sostenuto in conformità alla dottrina largamente maggioritaria e alla stessa giurisprudenza costituzionale? Bene, se ciò è vero – ed è vero – e se la Corte costituzionale, nella sua celeberrima sent. n. 1146/1988 (ma anche nelle successive nn. 366/1991, 73/2001 e altre) ha detto che la parte *intangibile* della Costituzione, ossia non revisionabile, coincide, testualmente, con i «principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona umana», allora i diritti sociali rientrano senz'altro nel c.d. nucleo duro costituzionale in quanto anch'essi sono diritti inalienabili, o inviolabili. Dunque, difendere il concetto di nucleo duro costituzionale, non solo ad uso interno (quale limite alla revisione costituzionale), ma *anche ad uso esterno*, significa difendere i diritti sociali meglio e sempre, visto che – finché tale teoria tiene ed è riconosciuta dalla giurisprudenza vivente – gli stessi ordinamenti esterni (UE, CEDU, CSE) mai potrebbero opporsi ad essa quale *controlimite*, per la ricordata clausola del *favor libertatis*.

Del resto, i “nuclei duri” o “controlimiti” nazionali sono espressamente *riconosciuti* dall'UE e sarebbe molto pericoloso sottovalutare la portata di tale riconoscimento. Infatti, l'art. 3 *bis* del Trattato di Lisbona recita: «L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro *identità nazionale* insita nella loro struttura fondamentale, politica e *costituzionale*, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali...» (nostri i c.vi). Grazie a questa norma, che trasforma l'illecito “nazionale” (o controlimite interno) in illecito “comunitario”, si può parlare di una sorta di *uropeizzazione dei controlimiti*, non escludendosi l'ipotesi di un rinvio della normativa comunitaria avversa ai controlimiti *nazionali* alla stessa Corte di giustizia *comunitaria*<sup>60</sup>.

Per converso, se la segnalata perplessità a mantenere l'“equiparazione” fra le limitazioni alle norme comunitarie auto-applicative e le limitazioni poste per le leggi di revisione costituzionale si traducesse in un mutamento giurisprudenziale, ci troveremmo, a mio avviso, di fronte a un'inutile semplificazione. Infatti – ove la Corte decidesse di cambiare, ossia di non riconoscersi nel principio *hic manebimus optime* – si possono immaginare le conseguenze cui porterebbe la strada prescelta<sup>61</sup>. Poniamo che la Corte mantenga solo *un*

<sup>60</sup> Cfr. spec. A. RUGGERI, *Le fonti del diritto europeo ed i loro rapporti con le fonti nazionali*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino 2010, 304 ss., dove giustamente si sottolinea che l'art. 3 *bis* in esame (nel testo indicato come art. 4 TUE) indichi un vincolo ben diverso da quello derivante dalle *tradizioni costituzionali comuni*, che costituiscono invece una specie di “sintesi unitaria” delle *diverse* culture costituzionali. Sul punto v. pure 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 RDSS, XI, n.2/ 2011, 348 ss.

<sup>61</sup> Tendo, infatti, ad escludere altre due possibilità: a) che la Corte costruisca *due* “nuclei duri” costituzionali *diversi*, uno come limite “interno” per le leggi di revisione costituzionale e uno come limite “esterno” per le norme comunitarie. Difficilmente si può negare che questa sarebbe un'inutile *complicazione*. La Corte, percorrendo una simile via, si caccerebbe in un mucchio di guai. In ogni caso non è certo questa la strada indicata dalla autorevole dottrina prima ricordata; b) che sia possibile una specie di *bilanciamento* fra lo stesso nucleo duro “nazionale” e le fonti “comunitarie” – come prospettato in dottrina (cfr. A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino 2009, 210 ss., ma v. *passim*, nonché ID., *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e*

nucleo duro costituzionale “interno”, eliminando quindi del tutto l’idea che tale “nucleo duro” abbia valore anche all’esterno. In tal modo, si costringerebbero le norme comunitarie a sottomettersi a “tutte” le disposizioni costituzionali della nostra Carta, in barba a decenni di *primauté communautaire* e smantellando in radice la teoria dei controlimiti. Questa strada – che a me sembra di inutile *semplificazione* – non è indolore, perché cancella uno dei pochi punti di forza del diritto comunitario come nuovo diritto costituzionale sovranazionale, fenomeno pure riconosciuto dalla dottrina prima richiamata, soprattutto in questo drammatico momento in cui covano gli egoismi nazionali.

Insomma, la cancellazione dell’astratta possibilità per le norme comunitarie auto-applicative di poter *eccezionalmente* “derogare” persino alle Costituzioni nazionali – fatto salvo, appunto, il nucleo duro delle stesse: i controlimiti<sup>62</sup> – sarebbe la fine del sogno federale europeo, almeno per l’Italia, che pure è uno dei Paesi fondatori, e “attenuerebbe” enormemente il concetto di diretta e immediata applicabilità delle fonti comunitarie. Mi sembra che la presunta soluzione ipotizzata non offra vantaggi reali e comporti invece una pericolosa involuzione nazionalistica, i cui pericoli evidentemente sfuggono. Del resto, la richiesta, che anche chi scrive ha fatto, di un’unità fiscale, finanziaria ed economica (non solo monetaria) dell’UE, almeno dei 17 Paesi dell’euro – in breve la richiesta di una vera e propria *integrazione federale* europea – non può non comportare *anche* una significativa rinuncia alla piena sovranità (costituzionale) nazionale... salvo appunto i controlimiti. In questo quadro, persino la ripartizione costituzionale di competenze territoriali infranazionali dovrebbe cedere (del resto è già accaduto) rispetto alla normativa comunitaria. Insomma, mi pare che non si potrebbe, da un lato, chiedere una “maggiore” integrazione federale – cosa che oggi pare urgente – e, dall’altro, considerare invece intangibili “tutte e per intero” le Costituzioni nazionali. Il processo federale europeo esige il mantenimento *soltanto* di una clausola di salvaguardia “estrema”, qual è appunto il riferimento (fortunatamente improbabile) ai controlimiti, ossia ai principi e diritti fondamentali.

In ogni caso, la Corte (seppure eliminasse i controlimiti esterni) dovrebbe *sempre e comunque* “individuare” il nucleo duro all’interno, quale limite al procedimento di revisione costituzionale, sicché l’onere di cui potrebbe sgravarsi all’esterno rimarrebbe comunque tutto all’interno. Inoltre, un eventuale sparizione dei controlimiti esterni si tradurrebbe in un’ulteriore *complicazione* per la Corte. Infatti, probabilmente accadrebbe che i giudici comuni, invece di applicare “subito” la norma comunitaria (regolamento o direttiva *self-executing*) in contrasto con la legge italiana attuativa della Costituzione – come finora diligentemente hanno fatto, almeno a partire dalla sent. 170/1984 – investirebbero la Corte con una valanga di q.l.c., visto che il parametro, a questo punto, sarebbe offerto da “tutta” la Costituzione.

Nella materia di diritti di libertà classici, forse appare più ampia e garantista la normativa esterna, UE e (di rinvio) CEDU – basti pensare all’esempio del diritto integrale all’uso del proprio corpo, c.d. principio di autodeterminazione, comunitariamente riconosciuto (persino in relazione alla prostituzione) – rispetto alla laconicità costituzionale, e alla connessa recente involuzione legislativa, italiana. Dunque, in questo campo, è difficile immaginare un contrasto con il nucleo duro costituzionale italiano, sicché l’applicazione del principio *favor libertatis* appare, se non sempre spesso, più agevole da parte dei giudici. Per converso, nella materia dei diritti sociali (campo in cui *forse* la Costituzione e la legislazione italiana sembrano più

“controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali, in rivista online dell’AIC, n. 1/2011, il quale tuttavia arditamente considera tale bilanciamento “endocostituzionale”) – perché per definizione i “controlimiti” non sono, non possono essere, bilanciabili, costituendo invece, a mio avviso, l’astratto limite nazionale invalicabile (*id est*: non bilanciabile) dalle fonti comunitarie. Sotto quest’aspetto, la concreta determinazione del “nucleo duro” interno è operazione che può farsi solo *ex post* e che ha natura largamente giurisprudenziale: si tratta sempre di *diritto vivente costituzionale* prodotto dalla Corte. Da ultimo, rilevo che la parte più interna, il fine ultimo dei pilastri che compongono il c.d. nucleo duro costituzionale è, a parere di chi scrive, costituito dal principio super- e meta-costituzionale, insieme interno ed esterno ad ogni ordinamento, di *dignità della persona umana*. Sul punto specifico, ove si volesse, può guardarsi A. SPADARO, *L’idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni “geometriche” dell’“albero” della Costituzione e un’unica, identica “clausola d’Ulisse”, in AA.VV., The Spanish Constitution in the European Constitutionalism context*, a cura di F. Fernández Segado, Madrid 2003, 169 ss. e in *RBDC, Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 6/2005, 119 ss., nonché ID., *Nucleo duro costituzionale e “teoria dei doveri”: prime considerazioni*, in AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Torino 2006, 779 ss.

<sup>62</sup> Per un approfondimento della problematica qui accennata e per la distinzione fra “nucleo duro particolare” (nazionale, legato per esempio alla diversità della forma di Stato: repubblicana o monarchica) e “nucleo duro universale” (comune invece a tutti gli Stati costituzionali e coincidente con il costituzionalismo cosmopolita), sia consentito rinviare ad A. SPADARO, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in AA.VV., *Il parametro nel sindacato di costituzionalità delle leggi*, a cura di G. Pitruzzella, F. Teresi e G. Verde, Torino 2000, 1 ss., ma già in *Quad. cost.*, n.3/1998, 343 ss., ma v. spec. 371 ss. Fra i tantissimi, da ultimo ribadisce l’esistenza del “nucleo duro” e/o “controlimite” costituzionale, S. GAMBINO, *I diritti fondamentali dell’Unione Europea fra «trattati» (di Lisbona) e Costituzione*, in *Riv. dir. cost.*, 2009, spec. 39 ss.

avanzate)<sup>63</sup>, solo il mantenimento del “nucleo duro” nazionale (il c.d. controlimite) potrebbe giustificare il ricorso – a questo punto *eccezionale* e non ordinario – del giudice comune alla Corte, chiamata a intervenire semplicemente quando occorre, ossia proprio quando non si può fare altrimenti.

In conclusione, soppesando vantaggi e svantaggi, la (presunta) soluzione non convince, almeno chi scrive.

La verità, come cerco di sostenere da tempo, è che l'ipotesi – di contrasto fra “nucleo duro costituzionale nazionale” e “fonti comunitarie” – è oltremodo improbabile<sup>64</sup>. Esiste solo nella mente dei giuristi, che qualche volta complicano invece di semplificare. Una volta si diceva: è un'ipotesi meramente accademica, visto che realisticamente, plausibilmente, auspicabilmente, non avrà mai vita, soprattutto per il ricordato vincolo delle fonti comunitarie alle c.d. *tradizionali costituzionali comuni* (art. 6 TUE).

In ogni caso, vale sempre quanto detto prima: anche se ci trovassimo di fronte a un effettivo e concreto contrasto fra nucleo duro costituzionale nazionale e fonte esterna, vale o non vale sempre, in materia di diritti, la ricordata clausola “più favorevole”, con tutte le varie ipotesi/declinazioni di casi prima esposte in dettaglio? Se è così, perché allora porre il problema dei “controlimiti”?

Naturalmente comprendo, o credo di capire, le nobili ragioni di una difesa *integrale* del testo costituzionale, ma probabilmente, conviene mantenere “unitariamente” questo concetto di “nucleo duro” o “controlimite” costituzionale – o, se si preferisce, i c.d. «principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona umana» – *senza alcuna distinzione all'interno e all'esterno dell'ordinamento*, non foss'altro per ragioni di armonia sistematica e continuità giurisprudenziale. Così almeno a me pare.

Le considerazioni svolte valgono, a maggior ragione, soprattutto in questo momento storico, in cui al tatticismo miope ed egoistico degli Stati nazionali, in preda all'emotivismo delle scelte politiche contingenti, dovrebbe contrapporsi un ruolo strategico-ideale delle Corti nazionali ed europee, quale fattore uniformatore di razionalità e stabilità assiologica.

## 11. Conclusioni

Provo brevemente a tirare le fila dei ragionamenti svolti e delle tesi di fondo che qui si sono sostenute:

- I. L'Occidente, e l'Europa in particolare, non solo è la patria dei *diritti umani*, in tutti i loro svolgimenti storici di espansione ma, talora, persino nelle loro involuzioni più esasperate (fino, in qualche caso, a far perdere di *senso* tali diritti). Proprio nel Vecchio continente una parte di questi diritti, in particolare proprio i c.d. diritti sociali, non sempre sono concretamente, adeguatamente ed ugualmente tutelati, riguardando essenzialmente solo i cittadini dei singoli Stati (cittadinanza nazionale) o, tutt'al più, i cittadini dei singoli Stati-membri dell'Unione Europea (cittadinanza comunitaria);
- II. occorre dunque delimitarne meglio la portata e trasformare i diritti *fondamentali* sociali europei in veri e propri diritti *umani*. Tale inserimento sotto il manto amplissimo degli *human rights*, ne consentirebbe l'implementazione, sia sotto il profilo oggettivo (incremento dei campi protetti) che soggettivo (riconoscimento della titolarità anche agli extra-comunitari);
- III. per evitare lo scarto fra mera declamazione e reale tutela dei diritti sociali, occorre un'analisi dell'impatto economico di tali diritti “nel tempo” (*ex ante* ed *ex post*) e l'adozione di idonee procedure (*drafting*), dunque un accertamento della loro sostenibilità-fattibilità-esigibilità-giustiziabilità;
- IV. occorrono altresì altre tre cose: a) una *recezione* della “Carta sociale europea” nel Trattato UE; b) una determinazione legislativa puntuale dei LEP in sede europea (UE), che – lasciando sempre i

<sup>63</sup> Sul punto cfr. spec. AA. VV., *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*, a cura di F. Facury Scaff, M. Revenga e R. Romboli, Milano 2009.

<sup>64</sup> Giustamente sottolinea quest'aspetto G. SILVESTRI, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, op. et loc. cit. (cfr. pure retro nt. 42). Fra gli altri, v. pure, ora, A.E. BASILICO, *I «controlimiti» dopo Lisbona: irrinunciabili in teoria, estremo rimedio in pratica*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale. Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro*, cit., 213 ss.

singoli Stati, o ai singoli enti infra-statali (Regioni, *Länder*, ecc.), la possibilità di un trattamento “migliore” *favor libertatis* – comunque consenta a tutti di accedere a un minimo indispensabile di diritti sociali; c) un modello sociale europeo comune e solidale, il quale presupporrebbe un vero processo di unità/integrazione fiscale e politica.

Resta il dilemma della volontà *politica* di arrivare a tale risultato, legato essenzialmente alla situazione *economico-finanziaria* europea e mondiale. Se la *ragionevolezza* è la faccia “giuridica” della *sostenibilità* “economica” di tali diritti, la volontà *politica* è la pre-condizione “fattuale” senza la quale niente è possibile: il vero problema dei problemi. Purtroppo, nel momento in cui scrivo non è chiaro il progetto politico-strategico dell’UE: se essa intenda costruire una società indubbiamente più austera e sobria, ma realmente solidale al suo interno e verso i più deboli che in essa vivono, o se invece l’Unione *decida di non decidere*, ossia di perpetuare, in nome dell’idolatria del mercato, il fallimento di una politica neo-liberista, lasciando andare in ordine sparso ed egoistico i suoi membri e rinunciando ad un maggiore integrazione *ab intra* e a una solidarietà più forte sia *ab intra* che *ab extra*.

Questa seconda, irresponsabile opzione, può coesistere con una parimenti irresponsabile opzione di tipo tutto nazionale: mantenere, o peggio incrementare, il debito pubblico statale. Ciò che equivale a dire: continuare a trasferire nel futuro prossimo un fardello, iniquo e insopportabile, sui propri figli e sui figli dei propri figli, in pratica sulle generazioni future. Tuttavia – come la *mancata condivisione* europea dei problemi nazionali rischia di determinare, alla fine, una contaminazione continentale dei problemi stessi – così *rinviare/scaricare* nel futuro i problemi nazionali non ha mai significato risolverli, ma solo porvi un rimedio meramente estetico, finto, dunque peggiore del male che pretenderebbe di riparare. La semplice possibilità di queste due risposte irrazionali alla crisi attuale (a) ognuno faccia per sé; b) continuiamo a sbagliare, *forse* i guai verranno dopo], è indice della confusione che regna.

In particolare, smarrito e in preda a tentazioni demagogiche, o di corto respiro, nel momento in cui scriviamo sembra il proprio legislatore italiano, che usa il semplice richiamo, quasi magico, alla formula linguistica del *federalismo fiscale* quale presunto “rimedio” per tutti i gravi mali nazionali<sup>65</sup>.

Servono, dunque, regole più cogenti. Una rigorosa applicazione del principio di *stabilità* o *equilibrio* di bilancio (art. 119, c. 6, Cost.) – forse non l’inseguimento del rigido mito del “pareggio” (cfr. sent. cost. nn.1/1966, 22/1968 e 12/1987) – e l’uso corretto, quindi *progressivo*, dello strumento *fiscale* (art. 53 Cost. e sent. cost. n. 111/1997) dovrebbero essere obiettivi costituzionali e comunitari (coesione sociale), indisponibili al potere politico di turno<sup>66</sup>. Ma dovrebbero pure cambiare molte regole internazionali: basti pensare, per esempio, al paradosso secondo cui, al di là delle indicazioni dell’OMS, il diritto sociale alla salute viene oggi “protetto” da decisioni del WTO, che è invece l’organo volto alla liberalizzazione del commercio<sup>67</sup>.

La situazione attuale senza troppa fatica potrebbe essere definita, quindi, di *carezza di regole* e *assenza di leadership* mondiale, europea ed italiana e, quindi, anche di assenza di adeguate e coraggiose scelte politico-legislative a ciascuno di questi tre livelli: globale, continentale-europeo e nazionale.

In questo contesto e almeno in Europa, va ribadita la funzione di *supplenza sussidiaria* svolta dalla giurisprudenza, ossia dalla magistratura: soprattutto delle supreme Corti sovranazionali e nazionali (Strasburgo, Lussemburgo, Corti costituzionali), anche attraverso il criterio di ragionevolezza accompagnato dai corollari della proporzionalità, adeguatezza e necessità. Se tale giurisprudenza manterrà, come si

<sup>65</sup> Così P. CARROZZA (*Riforme istituzionali e sistemi di welfare*, cit, 249): «Procedere solo a suon di federalismo fiscale e di decentramento delle responsabilità verso il sistema delle autonomie comporta il forte rischio che il futuro del welfare sia governato esclusivamente dalle risorse fiscali aggiuntive disponibili in ciascun territorio e, francamente, non è questa la “rivoluzione promessa”, non è questo il disegno costituzionale [..esso invece..] promette, infatti, un universalismo che si può certamente razionalizzare, nella spesa, mediante l’inserimento di opportune dosi di selettività dell’accesso a talune prestazioni, ma che deve essere con forza ribadito come elemento essenziale della solidarietà democratica [..v’è..] un’esigenza di giustizia ed equità sociale alla quale nessun legislatore statale o regionale, quale che sia il suo colore politico, dovrebbe sottrarsi».

<sup>66</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Costituzione, Stato, Econonia*, relazione al convegno annuale AIC del 27-28 ottobre 2011, in corso di stampa; A. PIROZZOLI, *Il vincolo costituzionale del pareggio di bilancio*, in rivista online dell’AIC (n. 4/ 2011); C. BUZZACCHI, *La solidarietà tributaria. Funzione fiscale e principi costituzionali*, Milano 2011, *passim*. Ma indicazioni già in AA.VV., *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte costituzionale*, a cura di P. Bianchi, Pisa 2006, *passim* e A. D’ALeia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova 2002, 23 ss.

<sup>67</sup> Cfr. D. BIFULCO, *I diritti sociali nella prospettiva della mondializzazione*, in *Dem. dir.*, n. 4/2005, 209, della quale v. già *L’inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli 2003, *passim*.

diceva, i punti fermi che finora l'hanno caratterizzata (coincidenza fra *nucleo duro* e *contro-limiti*), si rivelerà decisiva per il riconoscimento e la concreta applicazione dei diritti, soprattutto sociali<sup>68</sup>.

Infine, che possiamo fare noi: intendo dire gli studiosi, i giuristi? A mio avviso, in questo contesto di diffusa carenze di *regole* e di *leadership* e quindi di disegni strategici di ampio respiro, il ruolo della dottrina, dei c.d. giuristi – e degli intellettuali in genere – non può essere semplicemente quello tradizionale di passiva e comoda annotazione della giurisprudenza vigente. Diceva qualcuno (forse Hegel) che “criticare è facile, capire difficile”. Io aggiungo: “trovare soluzioni è di pochi”. Bene. Forse è venuto il momento di trovare soluzioni e quindi di fare proposte. Occorre che la dottrina ricominci a svolgere la sua primigenia funzione di “orientamento” delle scelte del legislatore e dei giudici, con tutta la capacità *persuasiva* di cui è capace. In questo senso, come si era proposto, credo che – nel quadro del *multilevel constitutionalism* – sia ormai ineludibile la sistematizzazione dottrinale di un “sistema a grappolo”, o a cascata, di LEP, quanto meno per i 27 Paesi UE (grazie al materiale normativo e giurisprudenziale disponibile). È solo relativamente importante se poi seguirà una recezione *formale* di tale sistema di LEP e diritti sociali nel Trattato UE o nella Carta sociale europea.

Non ho, allo stato, altre *ricette*. E quelle già indicate non sono di poco momento.

Certo non si possono condividere le tendenze egoistico-nazionalistiche in atto fondate sulla crescente mancanza di risorse, né l'ipocrisia con cui la civile Europa declama i diritti umani, dimenticando poi che riguardano tutti gli uomini, extracomunitari compresi. In questo senso, l'attuale crisi può essere occasione per un rilancio e un riscatto coraggioso del sogno e del modello comunitario o si rivelerà l'infelice inizio della fine del progetto federale europeo.

---

<sup>68</sup> Sul ruolo delle Corti costituzionali nella determinazione della c.d. Costituzione economica, cfr. spec. L. D'ANDREA, *Diritto costituzionale e sistema economico: il ruolo della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale. Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro*, cit., 79 ss.