



Rivista N°: 4/2020
DATA PUBBLICAZIONE: 08/10/2020

AUTORE: Adriana Apostoli*

LA GIUSTIZIABILITÀ DEI DIRITTI **

Sommario: 1. La Carta di Nizza nel sistema costituzionale europeo. - 2. Le progressive tutele delle posizioni individuali nello spazio giuridico sovranazionale. - 3. La fragilità dei principi costituzionali nell'ordinamento europeo. - 4. I limiti (anche) della "politica" europea nella protezione dei diritti fondamentali.

1. La Carta di Nizza nel sistema costituzionale europeo.

Lo Stato costituzionale contemporaneo, democratico e pluralista, si fonda sui principi della libertà, dell'uguaglianza, della solidarietà, della centralità e dignità della persona umana. Sebbene l'importanza di questi valori fosse evidente già a partire dal XVIII secolo, è stata tuttavia la drammatica esperienza della Seconda guerra mondiale a convincere della necessità di esplicitare quei principi, oltre che in ambito internazionale, anche all'interno delle Costituzioni nazionali.

Conseguentemente, le Carte costituzionali degli Stati occidentali si sono caratterizzate, a partire dalle rivoluzioni di fine Settecento, per la presenza, accanto alla disciplina dell'articolazione dei poteri, di "Dichiarazioni di diritti e di libertà" che, pur non rappresentando un elemento indefettibile, riconoscono e tutelano la posizione del singolo nei confronti dello Stato.

Accanto a tali tendenze "interne" agli ordinamenti statali, nel Secolo scorso, si è assistito a un fenomeno di progressiva individuazione di sedi internazionali o sovranazionali per la tutela dei diritti¹ – con proprie *Déclaration* (non tutte, per verità, dotate di forza giuridica

* Ordinaria Diritto Costituzionale nell'Università di Brescia.

** Intervento al seminario "La Carta di Nizza vent'anni dopo", organizzato dall'Associazione Italiana dei Costituzionalisti e svoltosi via web il 2 luglio 2020.

¹ La solenne affermazione dei diritti dell'uomo nelle Costituzioni del Secondo dopoguerra e negli atti costitutivi nel nuovo ordine internazionale deriva, infatti, «dalla presa di coscienza diffusa del fatto che le guerre che avevano sconvolto il Novecento erano state rese possibili dal modo con cui gli Stati europei (compresi quelli che erano

vincolante e, solo in alcuni casi, assistite da organi giurisdizionali o para-giurisdizionali per la loro protezione) – con una decisa espansione delle teorie dei diritti dell'uomo fondate sull'internazionalizzazione della loro tutela².

Il moltiplicarsi delle sedi – nazionali e internazionali – di riconoscimento dei diritti è in qualche modo la conseguenza di fenomeni riconducibili, oltre che alle forti correnti migratorie, ai processi d'integrazione globale dei mercati, delle realtà produttive e delle comunicazioni. E le conseguenti domande, sempre nuove, che provengono dalla società, le numerose crisi da cui essa è attraversata, hanno fatto emergere forti dubbi circa la capacità di tenuta dei principi su cui si sono fondate le democrazie pluraliste.

Guardando all'Europa, questi scenari hanno assunto caratteri di particolare originalità.

Il contesto giuridico europeo si è difatti arricchito nel tempo di documenti espressione tipica di istituzioni sovranazionali: dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (promossa dal Consiglio d'Europa nel 1950 e sottoscritta a Roma), alla Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori europei del 1989 passando dalla Carta sociale europea (approvata dal Consiglio d'Europa di Torino nel 1951).

A questo articolato insieme di sedi di tutela delle libertà si deve aggiungere il peculiare percorso – non ancora di fatto concluso – che ha visto le Comunità europee – nate nell'ambito del diritto internazionale – progredire verso un'organizzazione dalle caratteristiche molto simile a quelle tradizionalmente proprie degli Stati nazionali, con conseguente progressiva “annessione” in essa dei principi dello stato di diritto (di cui è ampiamente intriso il diritto degli Stati membri) secondo idee di libertà, uguaglianza e solidarietà.

Come è noto, ancora prima della redazione di una Carta dei diritti dell'Unione europea, vale a dire del primo ambizioso tentativo di “costituzionalizzazione” dell'ordinamento comunitario, la Corte di giustizia aveva in effetti supplito, in via pretoria, alla tiepida evoluzio-

usciti vincitori dal conflitto) avevano affrontato, a partire, per lo meno, dagli ultimi decenni dell'Ottocento, il problema della loro legittimazione». I traumi provocati dal secondo conflitto mondiale avevano fatto risultare insufficiente e intollerabile la posizione che fondava la legittimazione degli Stati «su una qualsiasi delle ideologie qua e là dominanti» tanto da far emergere chiara la consapevolezza che, senza fissare un parametro di giustizia comune, gli Stati avrebbero continuato ad essere sottoposti solo alla legge della forza. «Si diffuse e si rafforzò così la pretesa di legittimare gli Stati e il diritto internazionale sulla base dei principi etico-giuridici universali: e questi principi furono individuati appunto nei diritti dell'uomo» (M. DOGLIANI, *I diritti dell'uomo: principi universali o ideologia?*, in M. DOGLIANI, S. SICARDI (a cura di), *Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, Torino, 1999, p. 43).

² Basti ricordare, a titolo meramente esemplificativo, la Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 1948 e la Corte internazionale dell'Aja, a cui hanno fatto seguito un complesso di atti internazionali in questa materia: i «patti internazionali» sui diritti economici, sociali e culturali e sui diritti civili e politici adottati dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966; e una serie di Documenti riguardanti la lotta alla schiavitù; il genocidio; la discriminazione razziale; l'intolleranza religiosa; la protezione dei lavoratori, dei profughi, degli apolidi, delle donne, dei fanciulli (cfr. A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1994).

Tuttavia, il tema del riconoscimento ma, più in particolare, della tutela dei diritti umani a livello internazionale, è una questione tutt'altro che definita (come dimostrano le vicende politiche che hanno portato ai conflitti degli ultimi decenni). Occorre, infatti, rilevare che a talune di queste dichiarazioni riguardanti la protezione dei diritti umani va riconosciuto unicamente il carattere di documento politico di mero indirizzo, senza alcuna forza giuridica vincolante.

ne dei Trattati nella direzione del riconoscimento di situazioni giuridiche soggettive – al di là delle quattro libertà fondamentali “di partenza” –, plasmando, attraverso il riferimento «alle tradizioni costituzionali comuni» agli Stati membri, alcuni diritti fondamentali cui era assicurata protezione anche in ambito comunitario³.

Ciononostante, apparsa evidente la debolezza della tutela prestata dalla Corte di Strasburgo, da un lato, e diventando sempre più sottile il residuo di sovranità degli Stati membri nei confronti dell’Unione, dall’altro lato, si è giunti all’adozione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, sottoscritta – non senza qualche “compromesso” di troppo – dai Paesi dell’Unione a Nizza nel 2000 e successivamente riconosciuta, con il Trattato di Lisbona, come fonte primaria del diritto dell’UE.

La Carta contiene un elenco di diritti fondamentali assai ampio, «riconosce i nuovi diritti (alcuni dei quali non inclusi neppure nelle costituzioni nazionali del dopoguerra)», si fonda sui valori essenziali legati alla persona, non più intesa come soggetto astratto, bensì posta «al centro» «dell’azione» dell’intera Unione, come si legge nel Preambolo della Carta («L’Unione pone la persona al centro della sua azione»)»⁴. Esplicito è anche il riconoscimento dei valori che danno sostanza ai diritti della personalità (dalla libertà all’uguaglianza, dalla solidarietà alla cittadinanza e alla giustizia) attribuendo, in particolare, alla dignità umana («inviolabile») una centralità mai così diffusamente espressa (tanto che l’intero Capo primo della Carta è dedicato alla «Dignità»).

Peraltro, la circostanza che il Trattato di Lisbona abbia riconosciuto alla Carta, pur in un momento successivo a quello della sua approvazione, «lo stesso valore giuridico dei Trattati» (art. 6 del TUE), ha sciolto ogni dubbio circa il suo *status* legale. Questa scelta – epocale – non poteva non produrre conseguenze, oltre che sull’intero assetto istituzionale dell’ordinamento unionale, anche sul ruolo delle Corti costituzionali, organi preposti al bilanciamento tra diritti e interessi negli ordinamenti interni.

Per quanto riguarda quello italiano, un punto fermo è stato posto, dopo qualche titubanza iniziale, con l’introduzione di un limite al sindacato diffuso di non applicazione della normativa interna incompatibile con quella comunitaria. La Corte costituzionale ha infatti precisato che qualora un atto normativo violi sia la Costituzione, sia la Carta di Nizza, il giudice comune *deve* sollevare questione di legittimità costituzionale e – eventualmente – operare il rinvio pregiudiziale. Infatti, preso atto «delle trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell’Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona», il giudice costituzionale si è dichiarato vincolato ai parametri normativi sia interni sia europei, «anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata

³ Viene fatta risalire alla nota sentenza *Stauder* la prima dichiarazione dell’organo giurisdizionale europeo che ha sancito che la «tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di Giustizia garantisce l’osservanza», la cui effettività, «pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, deve essere garantita entro l’ambito della struttura e delle finalità della comunità» (CGUE del 12 novembre 1969, Causa C-29/69). Allo stesso modo, con successiva decisione *Internationale Handelsgesellschaft*, la Corte ha fatto ricorso alla nozione di «tradizioni costituzionali comuni» per determinare il contenuto dei principi generali del diritto comunitario e riconoscere che fra questi vi rientra la tutela dei diritti fondamentali (CGUE del 17 dicembre 1970, Causa C-11/70).

⁴ G. AZZARITI, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, in *Politica del diritto*, n. 1-2, 2013, p. 6 ss.

Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito» (sentenza n. 269 del 2017)⁵.

2. Le progressive tutele delle posizioni individuali nello spazio giuridico sovranazionale.

Nello spazio giuridico europeo, e con riferimento ad un ambito materiale assai complesso come quello riguardante le libertà, non possono sfuggire, in primo luogo, le «incidenze costituzionali» di fenomeni che mostrano una progressiva «attenuazione del rapporto costitutivo tra Costituzione e diritti»⁶ nonché, conseguentemente, quello relativo alle garanzie della loro giustiziabilità.

Un sistema di tutele in grado di oltrepassare i confini nazionali, pur rappresentando una risposta adeguata a più articolate esigenze garantiste, altera e incrina il principio del monopolio statale nella difesa delle libertà e, oltre a complicare notevolmente l'individuazione del «giudice naturale» (ovvero l'autorità giurisdizionale davanti alla quale far valere le proprie pretese), ci interroga sulla «tenuta complessiva di un sistema a più livelli che, rispetto al versante delle istituzioni e delle politiche, presenta una più immediata ricaduta sui cittadini ed un tipo di integrazione differente perché affidato, in ultima istanza, agli attori giurisdizionali»⁷.

Sebbene dunque la tutela delle libertà oltre la dimensione statale non sia per nulla estranea alla cultura giuridica europea, i primi 20 anni del *Bill of Rights* di Nizza offrono l'occasione per tentare di individuare le linee di sviluppo più significative in termini di effettività dei diritti nello spazio giuridico comunitario, anche indipendentemente dal se siano stati o meno compiuti passi in avanti⁸. Infatti, anche ove fosse vero che i diritti sono solo dei «ninno-li vistosi» che il potere politico ed economico ci fa balenare davanti agli occhi, «resterebbe pur sempre aperta la possibilità dell'eterogenesi dei fini, delle conseguenze inintenzionali degli atti intenzionali: i diritti fondamentali, come ogni norma giuridica, sono infatti destinati ad «oggettivizzarsi» nell'interpretazione giuridica; una volta che essi entrano nel gioco

⁵ Decisione quest'ultima a cui hanno fatto seguito le sentenze nn. 20, 63 e 112 del 2019, nonché l'ordinanza n. 117 del medesimo anno, e ora le decisioni n. 11 e n. 44 del 2020.

⁶ A. D'ATENA, *Costituzionalismo moderno e tutela dei diritti fondamentali*, in A. D'ATENA, P. GROSSI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004, p. 32.

⁷ G. REPETTO, *I rapporti tra le Corti europee e le prospettive dell'adesione dell'Unione europea alla Cedu*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 289.

⁸ Come è noto, infatti, al di là e ben oltre gli obiettivi politici che lo hanno originato, la costituzionalizzazione di un complesso di diritti europei ha generato molti dubbi e perplessità circa la sua reale valenza di strumento volto a «rafforzare la tutela dei diritti fondamentali alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici». Così radicalizzando per lungo tempo il dibattito circa il ruolo, i rapporti tra Corti europee e Corti costituzionali nazionali e, dunque, la razionalizzazione dei rispettivi mezzi di tutela, tra enunciazioni di regole e principi «(a volte anche estremamente late e generiche) e guarentigie di diretta azionabilità o comunque di possibilità di accesso ai livelli di tutela diversi da quelli più propriamente statali» (E. DE MARCO, *Percorsi del «nuovo costituzionalismo»*, Milano, 2008, p. 109).

dell'interpretazione e del ragionamento giuridico, si autonomizzano dalle intenzioni contingenti dei loro autori [...] e vivono di vita propria»⁹.

Se da un lato l'entrata in vigore della Carta di Nizza ha reso sempre più sottile il residuo di sovranità degli Stati membri a favore del processo di integrazione sovranazionale – anche in tema di giustiziabilità –, dall'altro lato ha consentito di proteggere, come numerosi casi confermano, diritti non garantiti negli ordinamenti nazionali, creando «attraverso la prerogativa di interpretazione del diritto comunitario e di accertamento di validità dello stesso [...] un processo di unità/uniformità che si muove [...] attorno ad un duplice trapianto di elementi: di questo nei sistemi nazionali e di elementi dei sistemi nazionali nel diritto comunitario»¹⁰.

La giustiziabilità dei diritti nel sistema comunitario dopo Nizza ha trovato un primo sicuro ancoraggio nel principio di dignità umana, «fondamento dei diritti fondamentali»¹¹, il quale concorre all'affermazione dei principi costituzionali comuni agli Stati membri¹². Peraltro, l'introduzione di un evoluto principio europeo dedicato alla dignità, ha fatto sì non soltanto che la Corte di giustizia fosse inserita in un circuito privilegiato di interpretazione sovranazionale del valore dignitario, sorpassando su questo terreno la già roduta Corte di Strasburgo, ma, più ancora, che essa potesse in qualche modo contendere alle Corti costituzionali nazionali il ruolo di garante dei controllimiti¹³.

In particolare, la nuova veste sovranazionale della dignità umana, intesa come concetto del tutto indipendente rispetto agli altri valori supremi, quali la libertà e l'eguaglianza, ed elevata a principio fondante del diritto costituzionale europeo, conferma e rafforza – nel dialogo tra le Corti e sotto la spinta delle tradizioni costituzionali comuni europee – la sua vocazione sociale e comunitaria. Da un lato, dunque, l'apertura della CDFUE con il riconoscimento del principio dignitario sembrerebbe rappresentare la «premessa a tutte le successive enunciazioni»¹⁴, dall'altro lato, più concretamente, il Capo I ha riguardo a diritti variamente individuati (divieto della pena di morte, proibizione della schiavitù e del divieto forzato) che specificano gli ambiti nei quali la dignità – anche nella sua dimensione sociale – va declinata.

⁹ G. PINO, *Crisi dell'età dei diritti?*, in *Etica & Politica*, XV, 2013, p. 89.

¹⁰ G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, in AA.VV., *La Costituzione europea*, Padova, 2000, p. 429.

¹¹ A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo il diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2011, p. 3.

¹² La posizione preminente del valore attribuito alla dignità trova conferma nel *Praesidium* della Convenzione ove è stato affermato che «la dignità della persona umana non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti [...] Ne consegue, in particolare, che nessuno dei diritti sanciti nella presente Carta può essere usato per recare pregiudizio alla dignità altrui e che la dignità della persona fa parte della sostanza stessa dei diritti sanciti dalla Carta. Essa non può pertanto subire pregiudizio, neanche in caso di limitazione di un diritto» (Nota *Praesidium*, Carta di Nizza, 11 ottobre 2000).

¹³ Non è possibile peraltro dimenticare che la Carta di Nizza afferma diritti e principi ben noti ai singoli ordinamenti nazionali e facilmente riconducibili alle «tradizioni costituzionali comuni» (art. 6 par. 3 TUE). Sul tema v. in generale R. BIFULCO, *Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rass. parl.*, 2005, p. 63 ss.; F. SACCO, *Note sulla dignità umana nel "diritto costituzionale europeo"*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 596 ss.; G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2016, p. 247 ss.

¹⁴ V. FERRANTE, *Dignità dell'uomo e diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 1, 2011, p. 202.

Alla prova dei fatti, tuttavia, l'utilizzo "autonomo" del principio dignitario è rintracciabile solo in pochi casi giurisprudenziali, più frequente solo quale ("semplice") parametro per affermare la contrarietà di una normativa nazionale al diritto europeo. Un *fil rouge* tra i vari ordinamenti europei in grado di realizzare «una raccolta che riunisc[e] i frutti della comune tradizione costituzionale»¹⁵, ma che non è stato evidentemente sufficiente né per sostenere un vero e proprio processo costituente europeo né, tantomeno, per affermare un principio di solidarietà fra Stati e fra popoli.

Come è noto, è a partire dalla sentenza Omega – anche se non va dimenticato, nel mezzo, il noto caso *Jany*¹⁶ – che la Corte sancisce che «l'ordinamento giuridico comunitario è diretto innegabilmente ad assicurare il rispetto della dignità umana quale principio generale del diritto» anche qualora – pur ottemperando alla proporzionalità – dovesse comportare una restrizione alle libertà economiche fondamentali¹⁷.

La dignità, nelle pronunce che espressamente la accolgono, ha assunto un ruolo decisivo in particolare con riguardo alla disciplina sull'immigrazione. Nel risolvere il caso *Hasen El Dridi c. Saudi Karim*¹⁸, la Corte di Lussemburgo, rammentando il sollecito fatto nel 2004 dal Consiglio europeo agli Stati membri, ha stabilito che l'adozione di efficaci politiche di allontanamento e di rimpatrio degli immigrati irregolari devono essere ispirate a «norme comuni affinché le persone interessate siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro *dignità*» (par. 31). Di tale principio vi è cenno anche nei casi *Aranyosi e Căldăraru* (con riferimento al mandato d'arresto europeo), per mezzo dei quali la CGUE ha ribadito agli Stati membri che il divieto sancito dall'art. 4 della Carta di dar vita a trattamenti inumani e degradanti «ha carattere assoluto in quanto è strettamente connesso al rispetto della dignità umana, di cui all'articolo 1 della Carta» (par. 85)¹⁹. Inoltre, la dignità è stata richiamata dai giudici di Lussemburgo nella più recente pronuncia *Haqbin*, che mette in chiara luce l'importanza dell'art. 1 della Carta dei diritti dell'Ue²⁰. In essa vi è l'affermazione che uno Stato membro, qualora un richiedente violi le regole dei centri di accoglienza, non può revocare, nemmeno temporaneamente, le condizioni minime ed es-

¹⁵ *Ivi*, p. 206.

¹⁶ CGUE del 20 novembre 2001, Causa C-268-99. La controversia ha avuto ad oggetto il rifiuto del permesso di soggiorno richiesto da alcune donne polacche e della Repubblica Ceca che volevano stabilirsi in Olanda per esercitare l'attività della prostituzione. La Corte, dopo aver affermato che la prostituzione è una prestazione di servizi retribuita - e perciò un'attività economica - lecita nei Paesi Bassi, ha deciso che lo Stato non poteva rifiutare l'applicazione di accordi in materia di stabilimento tra la Comunità, da un lato, e Polonia e Repubblica Ceca, dall'altro lato, per motivi di moralità o di ordine pubblico (omettendo qualsiasi riferimento al principio dignitario).

¹⁷ L'aspetto innovativo di questa pronuncia consiste nel fatto che la CGUE non fa riferimento alla dignità in quanto figura soggettiva autonoma che trova ancoraggio nella Carta di Nizza, quanto piuttosto quale principio generale del diritto che l'ordinamento comunitario deve garantire (CGUE del 14 ottobre 2004, Causa C-36/02, par. 34).

¹⁸ CGUE del 28 aprile 2011, Causa C-61/11.

¹⁹ CGUE del 3 marzo 2016, Cause C-404/15 e C-659/15. Principio che la Corte richiamerà in più occasioni ribadendo che «il divieto di pene o di trattamenti inumani o degradanti, di cui all'articolo 4 della Carta, è, al riguardo, di importanza fondamentale, poiché ha carattere assoluto in quanto è strettamente connesso al rispetto della dignità umana, di cui all'articolo 1 della Carta» (caso *C.K., H.F., A.S. c. Repubblica slovena* del 16 febbraio 2017, Causa C-578/16, par. 59).

²⁰ CGUE del 12 novembre 2019, Causa C-233/18.

senziali di accoglienza (alloggio, vitto o al vestiario), atteso che la previsione di eventuali sanzioni deve sempre rispettare il principio di proporzionalità e di *dignità* della persona umana²¹.

Con l'entrata in vigore della Carta di Nizza e con l'uso sempre più frequente del rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia ha via via utilizzato i diritti fondamentali come parametro di giudizio degli atti normativi dell'Ue e non solo di quelli degli Stati membri (v. caso *Digital Rights*²²). Inoltre, nella decisione del caso *Test-Achats*, la Corte europea ha riconosciuto alla Carta di Nizza effetti diretti orizzontali (benché ciò non si possa realizzare nel caso di specie)²³, oltre ad aver ammesso l'applicabilità diretta delle norme della Carta tra privati e, in particolare, tra soggetti che versano in uno stato di alterità (predominanza-soggezione come nel caso di datore di lavoro vs. lavoratore)²⁴.

Ancora, sempre grazie al *Bill of Rights* europeo, il giudice di Lussemburgo ha mosso importanti passi in avanti nel rapporto fra ordinamenti. Dopo aver ribadito l'obbligo dei giudici nazionali di interpretare il diritto interno in maniera conforme alle direttive europee, la Corte sancisce che «il divieto di ogni discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali riveste carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell'Unione» tanto da essere «di per sé sufficiente a conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale nell'ambito di una controversia che li vede opposti in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione»²⁵ (caso *Egenberg*): le disposizioni della Carta possono dunque trovare diretta applicazione senza necessità di *interpositio legislatoris*²⁶.

²¹ Al punto 46 la citata sentenza afferma «per quanto concerne più specificamente il requisito relativo alla salvaguardia della *dignità* del tenore di vita, dal considerando 35 della direttiva 2013/33 risulta che quest'ultima mira a garantire il pieno rispetto della *dignità* umana nonché a promuovere l'applicazione, in particolare, dell'articolo 1 della Carta dei diritti fondamentali e deve essere attuata di conseguenza. A detto riguardo, il rispetto della *dignità* umana, ai sensi dell'articolo in parola, richiede che l'interessato non si trovi in una situazione di estrema deprivazione materiale che non gli consenta di far fronte ai suoi bisogni più elementari, quali nutrirsi, lavarsi e disporre di un alloggio, e che pregiudichi quindi la sua salute fisica o psichica o che lo ponga in uno stato di degrado incompatibile con tale dignità». Conformemente, CGUE del 19 marzo 2019, Causa C-163/17, spec. parr. 78 e 92.

²² La Corte di giustizia, a seguito del rinvio pregiudiziale presentato dalla Corte costituzionale austriaca e della Corte suprema irlandese, ha dichiarato invalida la Direttiva 2006/24/CE sulla conservazione dei dati, con riferimento ai diritti fondamentali del rispetto della vita privata e della protezione dei dati personali sanciti entrambi dalla Carta dei diritti dell'Unione europea (artt. 7, 8 e 52). Il legislatore europeo, a giudizio della Corte, ha superato i limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità: benché la conservazione dei dati, così come delineata dalla direttiva in questione potesse essere considerata appropriata per la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla stessa, «l'ampia e particolarmente grave interferenza della direttiva con il diritto fondamentale alla privacy non si è dimostrata sufficientemente circoscritta per garantire che tale intervento fosse effettivamente limitato a quanto strettamente necessario» (CGUE del 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12).

²³ CGUE del 15 gennaio 2014, Causa C-176/12.

²⁴ La Corte di Lussemburgo, richiamando espressamente gli articoli 21 e 23 della Carta di Nizza (relativi a "Non discriminazione" e "Parità tra uomini e donne"), afferma che una disposizione nazionale che consente di mantenere per un periodo di tempo indefinito una deroga alla regola dei premi e delle prestazioni *unisex*, è contraria all'obiettivo del perseguimento della parità di trattamento tra donne e uomini ai sensi della Direttiva 2004/113 ed è perciò incompatibile con le disposizioni della Carta. Similmente nella decisione C-441/14 (*Dansk Industri*), relativa al divieto di discriminazione, anche da parte del privato, sulla base della età.

Per un'analisi approfondita si rimanda a F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia orizzontale della Carta di Nizza*, in *federalismi*, 10/2019, p. 5 ss.

²⁵ CGUE del 17 aprile 2018, Causa C-414/16. *Vera Egenberger*, esperta in materia di lotta alle discriminazioni, pur non riconoscendosi in alcuna confessione religiosa, presenta la propria candidatura in risposta a un'offerta di lavoro a tempo determinato della *Evangelisches Werk* (associazione della Chiesa Evangelica tedesca), dalla

E nonostante non manchino importanti pronunce nelle quali la Corte di Lussemburgo ha fatto un uso “servente” dei diritti in favore dei principi del diritto europeo (quello di non discriminazione, in particolare), possono individuarsi altre nelle quali le disposizioni della Carta sono l'unico parametro utilizzato per assicurare tutela ai diritti fondamentali nell'ordinamento sovranazionale.

È innegabile dunque che molte decisioni giurisdizionali richiamino espressamente le disposizioni della Carta dei diritti, così come non può negarsi che in numerosi casi, avendo i giudici a disposizione uno strumento “aggiuntivo” per l'esercizio della funzione giurisdizionale, sia stato possibile estendere le garanzie a tutela dei singoli.

Solo qualche ulteriore esempio. Facendo proprio il principio che non vi può essere ordinamento democratico senza libertà di manifestazione del pensiero, con la sentenza *Funke Medien*, la Corte opera un bilanciamento tra la tutela del diritto d'autore e la libertà di informazione (entrambi riconosciuti nella Carta di Nizza), stabilendo il principio, caro anche ai giudici nazionali, che, se una notizia è particolarmente rilevante nel dibattito politico o comunque copre una materia di interesse generale, deve prevalere il diritto ad essere informati, posto che l'art. 11 della Carta prevede che nel godimento di tale libertà non può esservi «ingerenza da parte delle autorità pubbliche» e che la garanzia apprestata è «senza limiti di frontiera»²⁷.

Nelle pronunce *Korwin-Mikke*²⁸, il Tribunale europeo riconosce il carattere fondamentale della libertà di espressione, garantita sia dal diritto nazionale sia da quello europeo, ancorché non in termini di prerogativa assoluta, ma di un diritto il cui esercizio – in talune situazioni – può essere limitato²⁹. Nel caso specifico, il ruolo fondamentale esercitato dai membri del Parlamento europeo assicura loro una tutela rafforzata nell'esercizio della libertà di

quale non riceve alcuna convocazione per il colloquio. Dopo l'assegnazione del lavoro a un candidato che nel curriculum aveva dichiarato di essere «un cristiano protestante appartenente alla Chiesa regionale di Berlino», la donna si rivolge al giudice del lavoro per chiedere il risarcimento del danno derivante dalla discriminazione subita per motivi religiosi.

²⁶ Benché la Corte continui a muoversi all'interno del “triangolo” Carta-principio-direttiva, con questa decisione l'obbligo di disapplicazione viene ancorato non al contrasto fra normativa nazionale e principio generale di non discriminazione, né a quello fra normativa nazionale e direttiva che disciplina il principio, bensì alla contrapposizione fra norma interna e Carta dei diritti.

²⁷ CGUE del 29 luglio 2019, Causa C-469/17. Il governo tedesco, a seguito della pubblicazione non autorizzata di un rapporto militare riservato ad alcuni parlamentari relativo alle operazioni condotte dalle forze armate tedesche in Afghanistan tra il 2005 e il 2012, adiva il giudice nazionale chiedendo che venisse dichiarata l'illegittimità della diffusione a mezzo stampa di tale rapporto sostenendo, tra l'altro, che la divulgazione delle informazioni era lesiva del diritto d'autore. *Funke Medien* impugnava l'inibitoria concessa dal giudice di primo grado e, soccombeno anche in appello, proponeva ricorso alla Corte suprema tedesca che operava rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla Corte di giustizia.

²⁸ Tribunale europeo del 31 maggio 2018, Cause T-770/16 e T-352/17. L'europarlamentare polacco *Janusz Korwin-Mikke*, in occasione di due sedute parlamentari, aveva pronunciato dichiarazioni dal contenuto razzista, in un caso, e sessista, nell'altro caso, che avevano portato il Presidente dell'europarlamento ad infliggere al deputato alcune sanzioni. *Korwin-Mikke* impugnava tali decisioni dinanzi al Tribunale, lamentando, in particolare, che tali provvedimenti erano illegittimi perché lesivi del suo diritto alla libertà di espressione.

²⁹ Come è noto, per intervenire restrittivamente sulla libertà di espressione è necessario che sussistano tre condizioni, ovvero che siano previste dalla legge, che riguardino un obiettivo di interesse generale e che non siano eccessive.

espressione che può incontrare il solo limite della tutela dell'ordine delle attività parlamentari, nonché dei diritti degli altri parlamentari (insindacabilità delle opinioni espresse)³⁰.

Nonostante la limitata rassegna giurisprudenziale che qui ho potuto evidenziare, vi è da parte mia l'assoluta convinzione che "la stagione dei diritti" rappresenti, anche per l'ordinamento europeo, un processo essenziale ai fini dell'integrazione comunitaria. D'altro canto, come è stato efficacemente sostenuto, è innegabile che «laddove il paradigma dell'età dei diritti è stato messo in atto, pur con tutti i suoi limiti e difficoltà, esso ha accompagnato una vicenda effettiva di pace, benessere e protezione di (almeno alcuni) beni vitali delle persone». Nonostante sia «doveroso ricordare che l'insieme degli accorgimenti istituzionali che caratterizzano l'età dei diritti sono uno strumento: ci sono cari nella misura in cui riescono a realizzare i valori che ci sono cari (l'eguaglianza, la libertà, la dignità umana), nelle condizioni sociali e politiche date»³¹.

3. La fragile affermazione dei principi costituzionali nell'ordinamento europeo.

Se, come è stato recentemente sostenuto, l'Europa, in virtù della Carta di Nizza, è anche l'Europa delle libertà, mi pare, viceversa, che più fattori inducano alla cautela circa la possibilità di considerare la «politicizzazione dell'Europa» come un «dato ormai definitivamente assunto»³².

Mi riferisco in particolare alla circostanza che l'interpretazione di molti principi ad opera dal giudice comunitario sembra evidenziare alcuni effetti "disonici" rispetto a quegli stessi valori di ordine costituzionale di cui sono la trasposizione, per come si sono evoluti – e in qualche modo consolidati – nel tempo negli ordinamenti statali europei.

L'implementazione, su impulso della legislazione europea, di una serie di nozioni e fattispecie di dettaglio dei principi costituzionali, anche dopo la Carta di Nizza, sembrerebbe arrivare a "contaminare" persino il principio di uguaglianza (sia nella sua dimensione formale, sia in quella sostanziale), espressione di un "diritto" in senso stretto, fondamento politico e giuridico dello stato di diritto.

Per cercare di comprendere queste "alterazioni", è sufficiente guardare alle sembianze che l'eguaglianza ha assunto nell'ordinamento comunitario, partendo – nei limiti del possibile – dalla funzione cui il principio in oggetto assolve nell'ordinamento comunitario.

Come è noto, in tema di uguaglianza, in particolare "senza distinzione di sesso", gli Stati membri – Italia *in primis* – sono fortemente debitori nei confronti del giudice europeo, il quale, fin dalle origini del processo d'integrazione (e, a ben vedere, molto prima del suo rico-

³⁰ Di fatto il Tribunale fissa la prevalenza del diritto alla libertà di espressione dei rappresentanti in seno al Parlamento europeo, nell'esercizio del proprio mandato, *indipendentemente* dal contenuto e dal tenore delle dichiarazioni rese.

³¹ G. PINO, *Crisi dell'età dei diritti?*, cit., p. 90. Nello stesso senso mi è parso A. RUGGERI, *La Carta di Nizza-Strasburgo nel sistema costituzionale europeo*, in questa Rivista, 3/2020.

³² B. CARAVITA, *I valori europei all'epoca del Coronavirus*, in *federalismi.it*, 17 giugno 2020, p. 432.

noscimento formale³³), ha tutelato la parità tra uomo e donna nell'alveo dell'ampio – ancorché indistinto – diritto antidiscriminatorio³⁴ (solo a titolo di esempio, basterebbe ricordare, il divieto di discriminazione rispettivamente dei casi *X*³⁵ e *Napoli*³⁶; ovvero, per tutti, il caso *K.B.* a proposito dei diritti dei transessuali che, quantunque abbia avuto ad oggetto una tematica che solo trasversalmente interseca le competenze dell'Unione, è stato comunque risolto dalla Corte in virtù del principio di non discriminazione in base al sesso³⁷).

³³ Il diritto antidiscriminatorio eurocomunitario, in materia di genere e poi anche nel campo della lotta “a tutte le nuove discriminazioni”, è consacrato oggi nell'art. 157 n. 1 TFUE (“*Ciascuno Stato membro deve assicurare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile per uno stesso lavoro o lavoro di pari valore*”); nell'art. 19 n. 1 TFUE (“*Il Consiglio, previa approvazione del Parlamento, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere tutte le discriminazioni fondate sul sesso, sulla razza, sull'origine etnica, sulla religione, sulle convinzioni personali, sulla disabilità, l'età o l'orientamento sessuale*”); nell'art. 3.3. comma 2 TUE (*L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociale, la parità tra uomini e donne, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore*); nell'art. 8 TFUE (*L'Unione, nelle sue azioni, mira a esaminare le disuguaglianze, nonché a promuovere la parità tra donne e uomini*); negli art. 21 e 23 della Carta Europea dei diritti fondamentali (“*è vietata qualunque discriminazione fondata sul sesso; la parità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti i campi*”).

³⁴ Come è noto, il modo in cui l'Unione europea concepisce le politiche di antidiscriminazione e di pari opportunità è, caratteristicamente, funzionale, e non oppositivo, alle esigenze del mercato e dell'economia. In altri termini, l'idea di fondo che presiede a queste politiche è quella di farne *non* strumenti per contrastare tendenze egoistiche o abusive che si manifestano nei luoghi di lavoro, ma di farne strumenti che cooperano a un migliore sviluppo dell'economia, e che procedono in accordo con le sue esigenze, sulla base della convinzione che un mercato del lavoro non discriminatorio è, al tempo stesso, opportunità per gli individui di ottenere benessere, e opportunità per il sistema economico di svilupparsi. In sintesi, le politiche europee non si servono dei divieti di discriminazione per promuovere il ruolo, la dignità, gli interessi del lavoratore come tale, per trasformare i rapporti di forza nel lavoro, ma intendono far sì che certe condizioni personali non diventino *ostacolo* all'inserimento nel mondo produttivo.

³⁵ La CGUE afferma che in virtù del principio di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di sicurezza sociale, non è legittima una normativa che, ai fini del calcolo di una prestazione previdenziale versata per un infortunio sul lavoro, preveda l'applicazione del calcolo della diversa speranza di vita tra gli uni e le altre laddove si stabilisca che il risarcimento versato *una tantum* risulti inferiore, quando concesso ad un uomo, rispetto a quello che percepirebbe una donna di pari età che si trovi in situazione analoga perché, statisticamente, le donne hanno un'aspettativa di vita maggiore (CGUE del 3 settembre 2014, Causa C-318/13).

³⁶ La Corte di Lussemburgo, riferendosi alla discriminazione nei confronti di una donna gravida, conferma la propria precedente giurisprudenza affermando che un trattamento meno favorevole riservato a una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità costituisce una discriminazione basata sul sesso. Nel dettaglio, una lavoratrice in congedo obbligatorio di maternità non può essere esclusa da un corso di formazione in virtù dell'obbligatorietà dello stesso, se non realizzando un trattamento contrario ai principi fondamentali del diritto dell'Unione. Invero, l'esclusione automatica di una lavoratrice da un corso di formazione a causa della fruizione di detto congedo viola il diritto dell'Unione perché la lavoratrice non potrebbe beneficiare, al pari dei suoi colleghi, di un miglioramento delle condizioni lavorative (CGUE del 6 marzo 2014, Causa C-595/12).

³⁷ CGUE del 7 gennaio 2004, Causa C-117/01. Il massimo organo giurisdizionale ha stabilito che, fermo restando il principio dell'insindacabilità della legislazione inglese, la “competenza” della Corte di giustizia si radica perché la vicenda ha ad oggetto una delle condizioni per il godimento dei diritti tutelati, al tempo stesso, anche dall'Unione europea. La Corte afferma dunque che una legge nazionale che non permette di contrarre matrimonio alla persona che intraprende un percorso di mutamento di sesso, ma non di identità anagrafica, è presupposto per la nascita di una discriminazione che, a partire dalle tutele previste contro le discriminazioni in base al genere, si estende anche nei confronti dell'identità di genere, principio tutelato dall'Unione europea.

Impostazione confermata nella decisione del 2013 nella quale la Corte stabilisce che «dato che i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, non possono quindi esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione. L'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta» (CGUE del 26 febbraio 2013, Causa C-617/10).

Pur non potendo in questa sede dar conto dell'evoluzione che il principio di non discriminazione ha avuto nel diritto comunitario, è tuttavia sufficiente rammentare che, fin dalle sue primissime decisioni, la Corte lo ha "utilizzato" come un equivalente del principio di eguaglianza (che i Trattati istitutivi come tale non prevedevano), affermando che «i diritti fondamentali della persona umana fanno parte dei principi generali del diritto comunitario che è compito della Corte fare osservare» e che «la eliminazione della discriminazione per sesso fa parte di quei diritti fondamentali»³⁸.

Come è noto, il modo in cui l'Unione europea ha concepito le politiche di antidiscriminazione e di pari opportunità è, «caratteristicamente, funzionale e non oppositivo, alle esigenze del mercato e dell'economia»³⁹. Facendo uso delle nozioni di discriminazione diretta, indiretta e di giustificazioni oggettive, la Corte di giustizia europea ha interpretato il principio di non discriminazione/parità tra i sessi ritenendo potenzialmente ingiustificate tutte quelle forme di tutela a favore delle donne che, negli ordinamenti nazionali, erano nate dall'idea di rimuovere gli ostacoli – culturali e sociali – che di fatto hanno incontrato (e ancora incontrano) nel loro percorso verso l'uguaglianza i diritti delle donne⁴⁰.

Ciò ha portato la Corte di giustizia, in nome del principio di parità e di non discriminazione, a smantellare le legislazioni nazionali "protettive" a favore delle donne, arrivando finanche a mettere in discussione la *ratio* – oltre al tipo di patto sociale sotteso – fatta propria dalle legislazioni nazionali con il riconoscimento di tali strumenti promozionali⁴¹.

Subordinando l'ammissibilità delle azioni positive al fine specifico di ridurre le disparità esistenti, all'assenza di automatismi, alla proporzionalità delle misure rispetto allo scopo

³⁸ Corte di giustizia, *Defrenne III*, causa C-149/77, sentenza del 15 giugno 1978.

³⁹ In altri termini, «l'idea di fondo che presiede a queste politiche è quella di farne *non* strumenti per contrastare tendenze egoistiche o abusive che si manifestano nei luoghi di lavoro, ma di farne strumenti che cooperano a un migliore sviluppo dell'economia, e che procedono in accordo con le sue esigenze, sulla base della convinzione che un mercato del lavoro non discriminatorio è, al tempo stesso, opportunità per gli individui di ottenere benessere, e opportunità per il sistema economico di svilupparsi. In sintesi, le politiche europee non si servono dei divieti di discriminazione per promuovere il ruolo, la dignità, gli interessi del lavoratore come tale, per trasformare i rapporti di forza nel lavoro, ma intendono far sì che certe condizioni personali non diventino *ostacolo* all'inserimento nel mondo produttivo» (S. NICCOLAI, *L'esperienza antidiscriminatoria europea*, in ID., *Diritto delle pari opportunità e non discriminazione*, 2013-2014, p. 69).

⁴⁰ V. sul punto A. LORENZETTI, *Il diritto antidiscriminatorio europeo: genesi ed evoluzione*, in B. PEZZINI (a cura di), *La costruzione del genere*, Bergamo, 2012, p. 104 ss.

⁴¹ Dalla condanna del 1988 di *Commission vs France* – che ha colpito la Francia sia per aver adottato una politica legislativa discriminatoria laddove garantiva alle donne mezza giornata di permesso il primo giorno di scuola dei figli, sia in occasione dell'otto marzo – alla condanna dell'Italia per non aver abolito il divieto di lavoro notturno per le donne. E ancora, il caso di *Tania Kreil* con cui la Corte di giustizia ha condannato la Germania perché una norma derivante dalla Legge fondamentale tedesca impediva alle donne di svolgere mestieri implicanti l'uso delle armi, ritenendo tale divieto discriminatorio e non proporzionato. In tutti questi casi la CGUE ha affermato e consolidato un principio fondamentale per il diritto costituzionale europeo, ovvero che le tutele sancite dalle legislazioni nazionali che non rinvengono fondamento diretto nel fattore medico-biologico della gravidanza o del parto determinano una visione distorta e stereotipata della donna. Invero, non avendo a fondamento motivazioni ragionevoli sono, per ciò stesso, discriminatorie (*Dekker*, Causa C-177/1988, 1990). E, come è stato sostenuto, sono discriminatorie perché «perpetuano visioni stereotipate e traluzie del ruolo femminile che si traducono in altrettanti ostacoli a un loro pieno ingresso su un piede di parità nel mercato del lavoro» (S. NICCOLAI, *L'esperienza antidiscriminatoria europea*, cit., p. 78).

(nel senso di preferire lo strumento meno invasivo)⁴², il riferimento al sesso sottorappresentato si è evoluto progressivamente nei termini di una neutralizzazione dei destinatari (in relazione proprio al genere)⁴³.

In particolare, la copertura antidiscriminatoria europea riesce ad assicurare «una tutela *negativa* contro le discriminazioni» dal momento che ha la forza di rimuovere quelle che effettivamente vengono realizzate, benché non sia «uno strumento pensato per operare in positivo nella direzione di compensare svantaggi di cui una categoria [h]a sofferto»⁴⁴. Tanto è vero che gli interventi che potrebbero potenzialmente essere realizzati per controbilanciare la posizione di svantaggio astrattamente patita da una categoria o da un gruppo sociale vengono classificati come «azioni positive» o come misure idonee a garantire la «parità di opportunità».

In estrema sintesi, gli atti comunitari – le direttive – che avrebbero dovuto, dopo l’approvazione della Carta di Nizza, «fissare un principio di parità di trattamento in ragione del genere» (sia chiaro, anche al di là del contesto giuslavoristico), sono apparsi sin da subito «deludenti e di limitato impatto quanto all’obiettivo di invertire lo *status quo*»⁴⁵ e cioè limitare il divario esistente e riabilitare l’uguaglianza. «Innestandosi lungo i binari – classicamente ma criticamente – riconducibili alla normazione tipica del diritto antidiscriminatorio», questi atti hanno seguito la strada della «neutralità e neutralizzazione delle differenze in ragione del genere»⁴⁶, rendendo difficile l’attivazione di strumenti preferenziali, ovvero le azioni positive che, com’è noto, solo raramente vengono adoperate dagli Stati membri (che, peraltro, hanno sostanzialmente evitato di recepirle⁴⁷.

Per quanto, a livello teorico, le direttive si ponessero come innovative, «la formulazione del divieto in termini “bidirezionali” – dunque valevole anche a tutela delle discriminazioni contro gli uomini – e la sua limitata applicazione [...] hanno certamente contribuito, oltre che a indebolirne il potenziale»⁴⁸, a cambiarne radicalmente la natura.

⁴² V. Corte di giustizia, *Kalanke*, causa C-450/93, sentenza del 7 ottobre 1995; *Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalia*, causa C-409/95, sentenza del 11 novembre 1997; *Badeck*, causa C-158/97, sentenza del 28 marzo 2000; *Abrahamsson*, causa C-407/98, sentenza del 6 giugno 2000; *Briheche*, causa C-319/03, del 30 settembre 2004.

⁴³ Nell’universo comunitario, è stato efficacemente sostenuto, «le donne sono entrate come parte di una forza lavoro, oggi risorsa umana, che non ha sesso (e volendo, per il mercato, nemmeno età) e che non dispone di alcuna collocazione simbolica, di alcun alimento di senso che non provenga dal fatto di essere parte del mercato» (S. NICCOLAI, *L’esperienza antidiscriminatoria europea*, cit., p. 89).

⁴⁴ S. NICCOLAI, *L’esperienza antidiscriminatoria europea*, cit., p. 90.

⁴⁵ A. LORENZETTI, *L’accesso ai beni e servizi sanitari come prisma dell’uguaglianza, fra non discriminazione, parità, diritto alla differenza: verso la formulazione di un principio di antisubordinazione di genere*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull’impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, 2019, p. 248.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Come è noto, le azioni positive hanno trovato poca fortuna negli atti di recepimento e laddove attuate hanno incontrato il blocco della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo (cfr. Corte di giustizia, *Kalanke*, causa C-450/93, sentenza 7 ottobre 1995; *Marschall*, causa C-409/95, sentenza 11 novembre 1997; *Badeck*, causa C-158/97, sentenza 28 marzo 2000; *Abrahamsson*, causa C-407/98, sentenza 6 giugno 2000; *Briheche*, causa C-319/03, sentenza 30 settembre 2004).

⁴⁸ A. LORENZETTI, *L’accesso ai beni e servizi sanitari come prisma dell’uguaglianza, fra non discriminazione, parità, diritto alla differenza: verso la formulazione di un principio di antisubordinazione di genere*, cit., p. 248.

È dunque confermata l'impressione che il diritto antidiscriminatorio abbia inteso «il sesso come *una* delle condizioni sulla base delle quali vietare le discriminazioni»⁴⁹, allo stesso modo di “razza” e origine etnica, disabilità, età, orientamento sessuale, religione e convinzioni personali⁵⁰, senza tuttavia tenere conto del fatto che «solo rispetto alle discriminazioni fondate sul genere» è previsto «un fondamento nel diritto primario, delineandosi così una chiara gerarchia di protezione»⁵¹.

Pertanto, l'avvenuta acquisizione nelle politiche antidiscriminatorie europee della centralità del lavoro femminile al *solo* fine di assicurare l'efficienza dei mercati europei rischia di tradurre il tema della parità unicamente in un mero strumento di efficienza economica.

È del tutto evidente che, in termini più generali, questo tipo di approccio contiene qualcosa di più insidioso e di più profondo di quanto appaia «limitandosi a coglierne la funzionalizzazione dei diritti al mercato». Come è stato efficacemente messo in evidenza, «un approccio utilitarista ai diritti contiene» – sia pure implicitamente – «l'affermazione che i diritti da riconoscere sono quelli che di periodo in periodo sono utili» per l'interesse generale. E siccome l'interesse alla base dell'integrazione sovranazionale è, oggi più di ieri, quello relativo allo sviluppo di un'economia fortemente concorrenziale, tutti i diritti che non si accordano con questa finalità sono destinati a cedere il passo⁵².

Quel peculiare dialogo «sulla discriminazione e sull'eguaglianza che si è sviluppato tra Corte di giustizia, giudici nazionali, legislatore comunitario e legislatori nazionali, e che tanto ha contribuito non solo allo sviluppo di un sistema di tutela comunitario contro le discriminazioni ma allo sviluppo del sistema comunitario *tout court*, dovrà, di necessità, modifi-

⁴⁹ *Ivi*, p. 249.

⁵⁰ Questo pare essere la posizione della dottrina maggioritaria: v. M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007; M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2020; M. BELL, *Anti-discrimination law and the European Union*, Oxford, 2002; E. ELLIS, *EU Anti-discrimination law*, Oxford, 2005.

⁵¹ A. LORENZETTI, *L'accesso ai beni e servizi sanitari come prisma dell'uguaglianza, fra non discriminazione, parità, diritto alla differenza: verso la formulazione di un principio di antisubordinazione di genere*, cit., p. 249.

Infatti, per le condizioni diverse dal genere, le tutele sono apprestate soltanto a livello di diritto derivato, né l'art. 19 TFUE (ex art. 13 TCE) impone un'azione di contrasto, soltanto riconoscendo al Consiglio europeo la facoltà di prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la “razza” o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale, con delibera all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione. L'art. 119 TCE, poi 141 TCE, ora art. 157 TFUE, specifica invece come a ogni Stato membro compete il dovere di assicurare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore. Inoltre, demanda al Parlamento europeo e al Consiglio, l'adozione di misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale. Ammette poi misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali.

⁵² S. NICCOLAI, *L'esperienza antidiscriminatoria europea*, cit., p. 126.

carsi»⁵³. Così come evidentemente dovrà modificarsi il contenuto del dialogo e, dunque, la fisionomia dei diritti di eguaglianza e non discriminazione.

Sarebbe viceversa maturo il tempo affinché la Corte di giustizia fornisca una interpretazione adeguatrice del diritto europeo più rispondente alle “novità” in tema di uguaglianza introdotte con il Trattato di Lisbona (in ragione della Carta di Nizza), che ha voluto in qualche modo incidere sull’originaria natura dell’Unione, cercando di avvicinare quest’ultima ad un ordinamento meno settoriale nel quale la persona possa arricchire il proprio bagaglio di libertà.

Peraltro, l’ottimismo prospettico circa l’effettività dei diritti, dopo l’entrata in vigore della Carta europea, arretra anche sul fronte del principio di uguaglianza sostanziale, con forte e conseguente compromissione altresì di quello di solidarietà. Qualche ulteriore riflessione deve, infatti, essere aggiunta all’analisi fino ad ora proposta in ragione della giustiziabilità, in concreto, che è possibile apprestare ai diritti sociali.

Pur dopo la copertura “costituzionale” e le garanzie effettivamente approntate dalla Carta di Nizza, perdurano le difficoltà dell’ambiente giuridico europeo di fare proprie quelle istanze (certamente fragili anche rispetto alle tutele apprestate dagli ordinamenti nazionali) che comunemente associamo al concetto di uguaglianza sostanziale e di solidarietà e, dunque, a molti dei classici diritti sociali.

La *questione* dei diritti sociali dovrebbe vivere anche una dimensione europea perché essi, «oltre ad essere irrinunciabili, inalienabili, indisponibili, intrasmissibili», mirano «ad asorgere al rango di diritti inviolabili»⁵⁴ tali per cui, se l’istituzione deputata alla loro positivizzazione non interviene, non è la loro esistenza ad essere compromessa, bensì le loro «*modalità di garanzia*»⁵⁵.

In via preliminare, peraltro, va rilevato che la scarsa capacità dimostrata dagli Stati nell’assicurare effettività ai diritti sociali non ha reso più facile riaffermarne lo statuto all’interno di un ordinamento come quello dell’Unione europea ancora del tutto originale rispetto alla sua forma istituzionale. D’altro canto, i principali nodi teorico-politici – solo in parte risolti – rinvenibili negli assetti costituzionali dei singoli ordinamenti europei si riflettono inevitabilmente sul concetto e sulla formazione dei diritti sociali in una prospettiva europea. A ciò va aggiunto che il rapporto, forse non sufficientemente indagato, di stretta contiguità che andrebbe mantenuto tra diritti politici e diritti sociali – secondo l’impostazione dello stato costituzionale – sfugge in qualche misura nell’ordinamento sovranazionale a causa delle modalità di governo dell’Unione (mi riferisco a ciò che viene identificato come asimmetria tra integrazione “negativa” e “positiva”).

Per non compromettere il connubio tra democrazia, mercato e *welfare* sono indispensabili politiche d’integrazione molto complesse e, in particolare, sarebbe necessario che le

⁵³ Così M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza*, cit., p. 420, nel commento alle direttive di nuova generazione, cui si è più volte fatto riferimento.

⁵⁴ P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017, p. 504.

⁵⁵ C. COLAPIETRO, *I diritti sociali oltre lo Stato. Il caso dell’assistenza sanitaria transfrontaliera*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2018, p. 47.

misure correttive del mercato in grado di attenuare le conseguenze negative sul piano sociale non fossero assunte da organi che non sono direttamente collegati con i titolari dei diritti politici (nonostante i rappresentanti del popolo europeo siedano in un organo sempre più coinvolto nelle decisioni di governo).

È chiaro quindi che, con buona pace di quella parte della dottrina che come me, subito dopo l'approvazione della Carta di Nizza, aveva ritenuto possibile realizzare in Europa «un nuovo equilibrio tra l'economico e il politico, tra lo Stato e il mercato, tra la responsabilità individuale e la solidarietà collettiva, tra liberismo e civismo»⁵⁶, la realtà dei fatti è ancora molto lontana da un risultato anche solo parzialmente apprezzabile.

Il Trattato costituzionale europeo avrebbe potuto avere il suo punto di forza proprio nella “parte” dei principi potenzialmente in grado di far “saltare” la natura economicista dell'ordinamento comunitario, ma, in realtà, ad un'attenta analisi, esso ripropone inalterate le peculiarità dei precedenti Trattati in ambito sociale, rappresentando ancora debolmente sia il fondamento di una politica di difesa e di affermazione di diritti economico-sociali, sia un'effettiva incisività delle norme dal contenuto sociale.

Per verità, il riconoscimento e la garanzia dei diritti sociali – analogamente a quanto avvenuto in generale rispetto alla tutela dei diritti – erano in parte già stati acquisiti, in via pretoria, grazie all'utilizzo del parametro dei principi generali del diritto⁵⁷; il giudice comunitario ha senza dubbio «concorso al consolidamento e alla “positivizzazione” di una serie di diritti sociali che già costituivano il substrato assiologico comune e condiviso a livello europeo»⁵⁸. Tuttavia, l'opera meritoria della Corte di giustizia – che si misura in tutta la sua difficoltà se si considerano le diversità, tuttora esistenti, nelle tradizioni nazionali in tema di diritti sociali e nella assoluta indisponibilità dell'organo giurisdizionale di regole sulla fiscalità comunitaria – ha mostrato «quei limiti di visibilità, di certezza e quindi anche di organicità e di incisività», ampiamente denunciati dagli studiosi, i quali sono stati chiamati a più riprese dalle

⁵⁶ M. SARCINELLI, *Per un capitalismo umanistico*, in *Micromega*, 1996, p. 26.

L'Europa, è stato tuttavia rilevato, «può rappresentare il terreno decisivo per avviare... e definire un nuovo modello di sviluppo [...] solidale adeguato ad una società più avanzata» (G. BORGNA, *Un modello sociale per l'Europa e per il mondo*, in ID. (a cura di), *Il modello sociale europeo*, Bologna, 2004, p. 31), in quanto possiede risorse economiche, culturali, politiche e sociali per «ereditare» il modello sociale che ha caratterizzato, pur con indicative differenziazioni, i Paesi europei, così da implementarlo e svilupparlo ulteriormente. Il modello dell'Europa sociale, con «l'aspirazione a una uniformità delle garanzie per i destinatari degli effetti socialmente negativi della modernizzazione tecnologica», potrebbe rappresentare, da un lato, «l'espressione di una comune cultura faticosamente maturata che combatte l'esclusione sociale e le disuguaglianze, la povertà e la marginalizzazione» (B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. lav.*, 1, 2001, p. 781); e, dall'altro lato, il grimaldello attraverso il quale intercettare un fattore costitutivo decisivo e largamente condiviso della sua identità intorno al quale ripensare gli assetti istituzionali delle stesse Comunità europee.

⁵⁷ Sebbene la Corte abbia sempre dichiarato la natura non vincolante delle sue decisioni, l'impatto delle stesse sia sul diritto nazionale, sia su quello comunitario, ha profondamente influenzato le politiche di integrazione sovranazionali, nonché il rispetto dei suoi orientamenti in quanto massima “*bouche de la loi*” del diritto europeo (e non solo per ciò che concerne i diritti fondamentali). Cfr. CGUE del 20 settembre 2016, Cause riunite da C-105/15 P a C-109/15 P. Per un approfondimento si rimanda a N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Limiti di applicazione*, Milano, 2018, spec. p. 115 ss.

⁵⁸ F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, «*Costituzione europea*» e *diritti sociali fondamentali*, in *Lav. dir.*, 2000, p. 292.

istituzioni europee a fare proposte ufficiali per pervenire ad un assetto costituzionale più soddisfacente⁵⁹.

Quel che può dirsi, almeno sino ad ora, è che l'Europa dei mercanti e del mercato non ha trovato un solido argine nei giudici comunitari e nazionali⁶⁰. Anzi, realisticamente, bisogna ammettere che le oscillazioni della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia (penso a quella in materia di lavoro in particolare), anche quando tiene in conto la Carta dei diritti, non lasciano ben sperare: ciò è ben rappresentato dal noto caso Melloni⁶¹ – con cui il Tribunale costituzionale spagnolo ha messo in evidenza importanti dubbi circa l'effettività della tutela multilivello garantita all'imputato in applicazione del criterio dello *standard* più elevato di tutela (art. 53 CDFUE⁶²) – e da quelle tristemente famose decisioni dei casi *Laval*, *Rüffert*, *Viking*⁶³, ovvero del caso *Pringle* che ha escluso l'applicabilità della Carta dei diritti alle materie disciplinate dal Meccanismo europeo di Stabilità⁶⁴, anche se con la decisione sul caso *Ledra* la Corte è tornata sui propri passi e ha riconosciuto che le istituzioni europee, anche nell'ambito del Mes, sono tenute a rispettare il diritto europeo (quindi della Carta) (C-8-10/15, par. 67).

La fragilità delle tutele apprestate dall'ordinamento comunitario ai diritti sociali è denunciata anche da tutte quelle decisioni – *Brey* (C-140/12), *Alimanovic* (C-67/14), *Dano* (C-333/13), *Garcia Nieto* (C-299/14) – che limitano la possibilità di accedere alle prestazioni di

⁵⁹ T. TREU, *Diritti sociali europei: dove siamo?*, in LD, 2000, p. 434.

⁶⁰ Pressoché testualmente G. AZZARITI, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, cit., p. 10 ss.

⁶¹ Primo caso nel quale una Corte costituzionale nazionale ha sottoposto alla Corte di giustizia dell'UE una questione che concerne direttamente la potestà degli Stati membri di far valere "controlimiti", in materia di tutela dei diritti fondamentali, rispetto agli obblighi di adeguamento dell'ordinamento nazionale al diritto UE. Come è noto, la risposta dei giudici di Lussemburgo è stata *tranchante*: nella misura in cui il diritto UE rispetta i diritti fondamentali tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali, lo Stato membro non può rifiutare di adempiere gli obblighi che ne derivano, nemmeno nell'ipotesi in cui tali obblighi risultino in contrasto con i diritti fondamentali garantiti dal proprio ordinamento costituzionale (CGUE del 26 febbraio 2013, Causa CC-399/11).

⁶² Peralto, a seguito della Dichiarazione n. 17 annessa al Trattato di Lisbona relativa al primato del diritto dell'Unione europea, si afferma una tutela alla sovranità nazionale e alle garanzie a proposito dei diritti fondamentali perché la persona trova riconoscimento dei diritti di cui è titolare all'interno di una logica multilivello. Secondo questa impostazione le istituzioni europee e, in particolare, la Corte di giustizia, hanno il compito di assicurare la più alta garanzia dei diritti ivi sanciti, insieme al vincolo relativo all'interpretazione nel senso più favorevole dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali proprio ai sensi dell'art. 53 della Carta dei diritti dell'Unione europea.

⁶³ In queste pronunce la Corte di giustizia riconosce allo sciopero la natura di diritto fondamentale che, dunque, è assicurato dal diritto europeo, tuttavia le libertà economiche sono poste in primo piano e sono meglio tutelate in virtù del più ampio spazio dedicato alla regolazione del mercato in luogo a quella di tutela dei diritti. Com'è noto, con la sentenza *Viking* la CGUE non si limita a sancire le disposizioni di principio ma si occupa della materia del contendere; pronunciandosi sulle strategie relative alla lotta sindacale, ha portato alcuni commentatori ad affermare che il tipo di bilanciamento adottato fra le libertà economiche europee e i diritti sociali nazionali, finisce col non considerare i diritti sociali come diritti dell'uomo, determinando un grave errore interpretativo e una pesante retrocessione nella tutela dei diritti a livello europeo (v. B. CARUSO, G. FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, 2015).

⁶⁴ Con riferimento alla compatibilità con il principio di tutela giurisdizionale effettiva, come enunciato, in particolare, dall'art. 47 della Carta di Nizza, la Corte ha «rilevato che gli Stati membri non attuano il diritto dell'Unione, ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, allorché instaurano un meccanismo di stabilità come il MES per l'istituzione del quale, come risulta dal punto 105 della presente sentenza, i Trattati UE e FUE non attribuiscono alcuna competenza specifica all'Unione». Con riferimento all'ipotesi in esame, la Corte ha escluso che un ostacolo alla conclusione del Trattato MES si possa far discendere dall'art. 47 della Carta (CGUE del 26 gennaio 2013, Causa C-370/12).

assistenza sociale per i cittadini economicamente inattivi che provengono da Stati membri, escludendo ad essi l'applicabilità del principio – riconosciuto nella Carta – del divieto di discriminazione in ragione della nazionalità.

Basterebbe probabilmente già questa breve rassegna per testimoniare la lontananza dell'UE dai diritti che essa stessa ha riconosciuto e iscritto in un testo di valore costituzionale. Anche in tempi più recenti, le leggi dell'economia continuano a imporsi su ogni altra direzione politica, con buona pace per principi e diritti, sociali in particolare, «ormai abbandonati, sacrificati sull'altare dello sviluppo economico e della crescita senza umanità»⁶⁵.

Dunque, la Carta di Nizza, se da un lato avrebbe potuto garantire lo sviluppo di un processo costituente europeo (anche grazie all'art. 53⁶⁶), dall'altro lato ha nel tempo, in particolare sotto la lente della giustiziabilità dei diritti, contribuito a rendere ancora più evidenti i limiti strutturali di un'Europa molto attenta alla dimensione economicistica e molto poco sensibile a quella politico-sociale.

Lo “pratica” più pericolosa è quella, ormai molto diffusa, che bilancia i diritti (in particolare quelli sociali) con il perseguimento dell'equilibrio finanziario. Per cercare di risolvere il problema le istituzioni hanno virato sugli interessi e le libertà economiche, invece che sui principi affermati nella Carta dei diritti fondamentali. E così i diritti sociali, già scarsamente tutelati dalle istituzioni europee, sono assurti a capro espiatorio della difficile situazione economica in cui versa(va)no la maggior parte degli Stati dell'eurozona, tanto da essere definiti «il corpo vivo su cui chirurgicamente opera il tentativo di riassetto (dei bilanci pubblici e non solo) imposto ai paesi europei»⁶⁷, in netto contrasto con i principi fondamentali del diritto sovranazionale.

La grande fragilità dell'Europa sociale è stata in qualche modo sancita anche dall'approvazione del Pilastro europeo dei diritti sociali, nel quale vengono contrapposte le politiche economiche neoliberali e l'intensificazione del progetto di “costituzionalizzazione” dei diritti fondamentali. La circostanza che il Pilastro sia stato adottato mediante misure di *soft law* è indicativo del fatto che esso non si propone di intervenire «sui diritti e i principi già contenuti in disposizioni vincolanti del diritto dell'Unione», piuttosto intende «riun[ire] diritti e principi fissati in momenti diversi, in modi diversi e in forme diverse» al fine di «renderli più visibili, più comprensibili e più espliciti per i cittadini e per gli attori a tutti i livelli»⁶⁸.

Affinché tale obiettivo non resti una dichiarazione di principio, sembra necessaria un'integrazione con le politiche di *governance* relative ai principi del costituzionalismo democratico-sociale, in modo da insistere sulla rilevanza degli obiettivi sociali nel semestre euro-

⁶⁵ G. AZZARITI, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, cit., p. 7.

⁶⁶ Rubricato “Livello di protezione”, sancisce che «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».

⁶⁷ G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 27 novembre 2013, pp. 2-3.

⁶⁸ Comunicazione della Commissione, *Avvio di una consultazione sul Pilastro europeo dei diritti sociali*, COM(2016) del 8 marzo 2016, p. 6.

peo, per poter valutare l'impatto sociale delle politiche economiche monetarie adottate nell'ambito della stessa *governance*.

I contenuti del Pilastro, tuttavia, pur cercando di fare ordine tra i numerosi cataloghi di diritti sanciti dall'Unione europea, risultano deboli non solo perché non innovativi rispetto a quanto già sancito dalla Carta dei diritti dell'Unione, ma soprattutto perché il ricorso a strumenti non vincolanti fa perdere vigore ad ipotesi di costituzionalizzazione dei diritti sociali che, sia pure timidamente, era stata conquistata con Nizza prima, e con Lisbona poi. Il Pilastro concorre paradossalmente a indebolire gli strumenti di protezione dei diritti sociali perché rafforza l'idea che essi trovano spazio nell'ordinamento europeo *solo* se il diritto nazionale interviene, con la propria legislazione, a garantirli nell'ordinamento.

Lo strumento adottato nel 2017, pensato forse anche per rinvigorire la (sbadita) effettività della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue⁶⁹, non interviene sui problemi rilevanti della c.d. questione sociale europea, né tantomeno sulle asimmetrie connaturate alle politiche dell'eurozona. Il Pilastro, lungi dal segnare un passo in avanti nell'effettività (e giustiziabilità) dei diritti sociali, acuisce le difficoltà del bilanciamento tra diritti sociali e politiche economiche⁷⁰.

Difficile mi pare dunque, alla luce delle molte (troppe) fragilità evidenziate nell'assicurare tutela ai principi del costituzionalismo democratico, giungere a riconoscere reali passi in avanti all'effettività dei diritti nell'ordinamento comunitario.

Peraltro, credo che solo parzialmente queste problematiche possano essere ricondotte a "debolezze" della Carta di Nizza. Infatti, se il tema dei diritti non può più essere rappresentato con esclusivo riferimento al potere dei singoli Stati ma vada riferito ad un ambito inordinamentale⁷¹, allora l'idea delle libertà «che accompagnano le persone in ogni luogo del mondo rappresenta la nuova dimensione entro cui può svilupparsi la democrazia delle nostre società post-nazionali»⁷². Pertanto, il "problema" dei diritti fondamentali e della loro tutela interessa, inevitabilmente, tanto i profili inerenti alla costruzione dell'ordinamento giuridico, quanto il livello giuridico-istituzionale dello stesso e, dunque, a maggior ragione, quello politico; la questione dei diritti fondamentali interseca quella delle loro garanzie, chiamando certamente in causa il ruolo del giudice, ma la loro sostanziale resistenza non può non toccare i problemi legati alla dimensione politica oltre che quella culturale.

⁶⁹ Si noti a tal fine che il catalogo dei diritti contenuto nella Raccomandazione 2017/761 poco si discosta dal ribadire i principi che già costituiscono il sostrato costituzionale dell'Unione, seguendo altresì l'impostazione già nota della Carta di Nizza, tanto è vero che essa è articolata in tre Capi relativi a: pari opportunità e accesso al mercato del lavoro, condizioni di lavoro eque, protezione sociale e inclusione.

⁷⁰ «Ma con aggiustamenti al margine l'Unione è prima o poi destinata all'implosione (o comunque alla frantumazione), come tutte le forme storiche che non hanno saputo (voluto o potuto) autoriformarsi in tempo, intervenendo sui fattori di "ingiustizia strutturale" che ne minano il funzionamento» (S. GIUBBONI, *L'insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Politica del diritto*, 4, 2018, p. 569. V. anche ID., *Stato sociale, integrazione europea: una rivisitazione teorica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 46, 2017, pp. 553-586).

⁷¹ A ciò si accompagna, peraltro, una profonda innovazione riguardante il diritto internazionale, da diritto degli Stati, «in un diritto cosmopolitico, come diritto di individui e non più soltanto di cittadini dei loro rispettivi stati» (G.P. ORSELLO, *Diritti umani e libertà fondamentali*, Milano, 2005, p. 18).

⁷² G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, 2016, p. 137.

Per troppo tempo si è pensato che la via giudiziaria – dentro i confini nazionali e non solo – fosse da sola sufficiente ad assicurare l'effettività dei diritti. Viceversa, i diritti fondamentali non possono essere assicurati solo dagli organi giurisdizionali⁷³, ma hanno bisogno della politica quale mezzo di realizzazione dei fini dati dai Trattati. L'indirizzo politico, a sua volta, è «oggetto di limiti posti dal diritto»⁷⁴, che si determinano sull'idea che le garanzie costituzionali – costruite anche attraverso la categoria dei diritti inviolabili – costituiscono una cornice ineliminabile entro cui stabilire le tappe per mantenere un ordinamento plurale, libero ed equo.

Peraltro il requisito minimo essenziale - rappresentato dal rispetto dei principi fondamentali dell'Unione europea - per superare il “vaglio di ammissibilità” nell'Unione di nuovi Stati ovvero per continuare a farne parte per uno Stato già membro mi pare chiami in causa la responsabilità *in primis* dell'organizzazione politica. In altre parole, negli stati costituzionali contemporanei l'amministrazione dei diritti è un affare complesso che ha come propri protagonisti non solo i giudici, sia costituzionali sia comuni, ma anche gli attori propriamente politici (legislazione ed amministrazione) Al costituzionalista spetta dunque riaffermare, a mio avviso, che compete alla politica governare la salvaguardia dei diritti, garantire loro una tutela stabile, impedire regressioni nelle loro garanzie, sia a livello nazionale, sia, a maggior ragione, in quello europeo.

4. I limiti (anche) della “politica” europea nella protezione dei diritti fondamentali.

Dal complicato intreccio tra dimensione strettamente giuridica e dimensione politica, nascono a mio avviso le maggiori difficoltà di razionalizzare, in termini d'effettività, una mappa di situazioni giuridiche soggettive, «sintesi della disciplina dei singoli diritti nella dimensione europea». Nel processo di definizione «di un vero e proprio *sistema* europeo dei diritti fondamentali» si sovrappongono «analisi aperte all'assimilazione anche dei dati politico-istituzionali deducibili dal contesto materiale di evoluzione e sviluppo delle fattispecie normative e giurisprudenziali ricognitive di tali diritti con approcci di carattere *multilevel*, come dire condizionate dalla necessaria influenza che la concorrenza tra sistemi costituzionali esercita di fatto sulla struttura delle regole e sulla stessa resa dei sistemi di garanzia costituzionale dei diritti nel continuo confronto tra i diversi livelli di governo composti secondo lo schema tipico della *rete*»⁷⁵.

Le potenzialità che possono essere ricondotte al concetto di «Costituzione dei diritti dell'uomo» e dei «corrispondenti principi organizzativi volti a realizzare i conseguenti diritti di partecipazione politica» non si esauriscono infatti nel “semplice” contesto del limite alla tra-

⁷³ Riferisco qui, in particolare, i dubbi avanzati da parte della dottrina che, tra i vari populismi di cui può essere vittima la Costituzione, ne individua anche uno di matrice giudiziaria. La giurisdizione rimarrebbe l'unico potere dello Stato che possa essere considerato «“vettore” della Costituzione; le garanzie dei diritti non sono né quelle legislative né quelle sociali e politiche», ma solo quelle giurisdizionali» (M. DOGLIANI, *Che ne è stato della Costituzione?*, in M. VOLPI (a cura di), *Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio*, Bologna, 2015).

⁷⁴ M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985, p. 247.

⁷⁵ F. BILANCIA, *I diritti fondamentali e la loro effettività*, in *Rivista AIC*, 2006.

sformazione che il Testo costituzionale può subire nel tempo presente. È possibile individuare un'area, ben più ampia, «di questioni e una dimensione, un possibile modo di esercizio del potere [...] che nessuno deve pretendere di poter occupare o di esercitare *a suo nome*, perché se un soggetto politico (una “parte” politica) occupa quell'area ed esercita quel potere, vengono necessariamente meno le premesse universalistiche (i diritti dell'uomo) su cui si fonda l'organizzazione sociale»⁷⁶.

Rimane sempre vero, in merito, che «solo nell'ambito di una democrazia i diritti dell'uomo possono fiorire e se la grande maggioranza abdica ai valori democratici non è configurabile un regime che li coltivi fondandosi sul consenso di esigue minoranze. Il solo terribile apparato di forze che queste minoranze dovrebbero tenere in opera per mantenere le redini del regime costituirebbe una violazione flagrante dei diritti inviolabili. Siamo in sostanza ad un punto che registra un “paradosso”, il paradosso della libera democrazia. E dai paradossi non si esce con argomenti meramente logici (perché in questo caso sono sempre reversibili) ma con argomenti storici, sociali, psicologici»⁷⁷.

Infatti, affrontare la questione dei diritti oltre i confini nazionali non può essere relegata soltanto alla compilazione di «un loro elenco, magari il più largo possibile, e di consegnarlo ad una qualche dichiarazione. Si tratta di vedere quali siano gli strumenti da mettere nelle mani dei cittadini [...]: le concrete “istituzioni delle libertà” diventano altrettanto importanti della proclamazione formale dei diritti»⁷⁸.

Nell'analisi sul diritto costituzionale europeo l'attenzione è assorbita più da quel che manca che da quel che c'è. Assenti, a fianco del principio di solidarietà inteso come adempimento dei doveri inderogabili⁷⁹, sono i diritti politici. Ma non è alla loro assenza che devono essere imputati i *deficit* dell'Unione, atteso che essi si pongono a valle di un processo più articolato che vede come causa principale l'organizzazione delle istituzioni europee alla quale sono estranei – in termini di effettività – i concetti di Stato, sovranità, popolo, cittadinanza. Il vizio della Carta di Nizza consiste nel riportare le conquiste già ottenute con il Trattato CE, senza implementarle con ulteriori garanzie che viceversa trovano spazio in altri diritti sanciti dalla stessa⁸⁰.

⁷⁶ M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in Id. (a cura di), *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Bologna, 2015, p. 30. In presenza di cataloghi di diritti stabiliti in Costituzioni rigide, cioè protette contro l'abuso del legislatore, è possibile teorizzare «un doppio lato dell'esperienza giuridica: quello della legge, che esprime gli interessi, gli intenti, i programmi dei gruppi politici maggioritari e quello dei diritti inviolabili, attribuiti direttamente dalla Costituzione, come “dotazione giuridica” propria dei loro titolari, “indipendentemente dalla legge”» (G. ZAGREBELSKJ, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 63).

⁷⁷ A CERRI, *Le fonti del diritto. Problemi generali*, Trieste, 1990, p. 37.

⁷⁸ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bari, 1992, p. 68.

⁷⁹ È noto che il Capo IV della Carta è intitolato alla Solidarietà, tuttavia non ha riguardo alla stessa in quanto principio che permea il diritto positivo vigente.

⁸⁰ L'effettività dei diritti politici non è infatti semplicemente garantita dall'elencazione del diritto all'elettorato attivo e passivo, dalla libertà di associazione politica, dal diritto ad essere rappresentati ecc., quanto piuttosto dal fatto che l'elettore, esercitando il proprio diritto di voto, partecipa direttamente alla formazione dell'organo rappresentativo (con)titolare del potere politico, che alle cariche elettive cui possono accedere i cittadini sia realmente riservato l'esercizio del potere politico, che i partiti politici abbiano una dimensione europea che non sia un mero riflesso di quella nazionale e che possano fare da tramite tra le istanze dei cittadini e le sedi della politica ecc.

La debolezza di questo sistema di “giustiziabilità” dei diritti è nella costruzione «di un’unione monetaria senza le necessarie capacità politiche di controllo a livello europeo»⁸¹ dato che, in assenza di legittimazione politica e sociale, i diritti non riescono a ingenerare il valore dell’appartenenza ad un ordinamento. Si comprende allora per quali ragioni persiste il «debole ed incerto senso di appartenenza dei cittadini all’ordinamento europeo»⁸² che con la cittadinanza introdotta con Maastricht – e richiamata dalla Carta di Nizza – si era cercato di superare. A tale *vulnus* ha cercato di sopperire la Corte di giustizia che, utilizzando quale parametro i Trattati e la CDFUE, determina, ancora in via pretoria, la “costituzionalizzazione” dei diritti fondamentali europei. Cionondimeno, e come già rilevato nel momento in cui si è deciso di scrivere un *Bill of Rights* europeo, la forza propulsiva della Corte fatica a sanare il *deficit* sociale sovranazionale perché la tutela degli interessi sociali è frenata dal perseguimento degli obiettivi finanziari⁸³. A ciò si aggiunga che «il governo federale tedesco si è trasformato nell’acceleratore di una mancanza di solidarietà»⁸⁴ che si estende a tutti i Paesi europei; basti qui ricordare l’attribuzione dei “pieni poteri” al Presidente Orbán per gestire la recentissima emergenza sanitaria e, da ultimo, ai “tiri alla fune” tra gli Stati dell’eurozona per provare ad adottare una politica economica comune per fronteggiare l’avanzata della crisi prodotta dalla pandemia in corso⁸⁵.

Il timore – che a vent’anni dall’approvazione della Carta di Nizza e a poco più di dieci anni dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona continua a farsi strada – è che l’Unione europea, non perseguendo l’obiettivo politico di una comunità solidale, non è in grado di rendere effettive le garanzie dei diritti. Infatti, il fallimento della costruzione politica europea deve essere addebitato alla radicale trasformazione degli obiettivi primari dell’Unione, ovvero alla traslazione dalle politiche economiche keynesiane al paradigma neoliberale che ha progressivamente eroso le risorse destinate ai diritti sociali, respingendo gli slanci solidaristi che talvolta si sono presentati⁸⁶.

⁸¹ J. HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, Roma-Bari, 2012, p. 35.

⁸² S. COTELLESA, *Mutuo riconoscimento e credibilità delle politiche: il ruolo della reputazione nell’impianto comunitario europeo*, in V.E. PARSÌ (a cura di), *Cittadinanza e identità costituzionale europea*, Bologna, 2001, p. 240.

⁸³ In altri termini, se a livello costituzionale nazionale «i diritti sociali son concepiti come il presupposto e l’obiettivo dei pubblici poteri» e dunque la tutela costituzionale «è rivolta immediatamente ai diritti mentre l’interesse sociale viene raggiunto indirettamente, grazie al soddisfacimento dei primi», a livello europeo gli interessi sociali sono «presentati in forma di obiettivi» e sono direttamente tutelati dal Trattato, mentre «i diritti restano sullo sfondo e l’opportunità del loro soddisfacimento è collegata alla necessità di realizzazione degli obiettivi sociali» (M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, 3, 2000, p. 379).

⁸⁴ J. HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, cit., p. 35.

⁸⁵ Com’è stato affermato, «finché gli Europei continueranno a essere considerati nei documenti ufficiali come appartenenti ai “popoli europei” [...] anziché come membri effettivi di un’unica “comunità di diritti e di doveri”, finché all’astratta promessa di partecipazione evocata dall’idea della cittadinanza comune non faranno seguito atti concreti che consentono ai cittadini di partecipare effettivamente, non solo attraverso il momento individuale del voto ma attraverso la costruzione di reti di comunicazione, ad una “sfera pubblica integrata” e soprattutto ad un sistema di partiti su scala europea, sarà difficile che maturi, all’interno di ciascun popolo d’Europa, un sentimento di autonoma fedeltà e *solidarietà* nei confronti di istituzioni diverse da quelle nazionali» (E. GROSSO, *I cittadini europei e i diritti di partecipazione nella Carta di Nizza: un’occasione perduta?*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2003, pp. 64-65. Corsivo mio).

⁸⁶ Non si vuole certo negare l’importanza dell’approccio economico europeo nelle relazioni fra Stati e fra Stati e Ue, tuttavia tale approccio è andato via via rinsaldandosi manifestando una «pretesa di esclusività» che ha

Onde evitare la “calcificazione” di questa tendenza, ora più che mai è necessario porre al centro dell’azione europea l’effettività del principio d’uguaglianza, la cui garanzia può realizzarsi anche grazie all’ausilio dei doveri di solidarietà sul piano economico (capacità impositiva fiscale) e su quello strettamente sociale. Per evitare che gli Stati continuino a confrontarsi con un’organizzazione intrinsecamente debole⁸⁷, dunque inadatta a coadiuvarli nell’esercizio delle politiche sociali ed economiche⁸⁸, è necessario implementare tra i pilastri europei la solidarietà sociale.

Un’organizzazione sovranazionale che dichiara di ispirarsi ai principi del costituzionalismo moderno-democratico ha il dovere di operare una sintesi tra la solidarietà nazionale e quella sovrastatale affinché si crei una volontà politica condivisa che legittimi l’esercizio del potere e che riesca ad assicurare la garanzia (ovvero, in caso negativo, la giustiziabilità) dei diritti sociali. L’Europa ha tutte le caratteristiche per essere considerata il “luogo” ordinamentale più idoneo per raggiungere questi obiettivi, forse anche in virtù delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Da un lato, gli Stati dovrebbero subordinarsi al diritto positivizzato a livello sovranazionale mediante la cessione di ulteriori quote di sovranità; dall’altro lato, l’Unione dovrebbe (con)dividere il potere costituente con gli “Stati costituenti” che la compongono, sì da interiorizzare il super-principio della coesione sociale⁸⁹.

Se invece l’Europa volesse continuare a essere «uno stantio luogo di intesa politica e normativa fra élites, poteri economico-finanziari e governi statali»⁹⁰, il timore è che le fondamenta dell’Unione possano dimostrare tutta la loro fragilità qualora tali vicende non venissero colte come un’importante opportunità per implementare il principio della coesione sociale, ovvero della solidarietà, nella tensostruttura europea. Per evitare che l’Unione europea venga trascinata negli abissi dello Stato liberale, è necessario provare quantomeno a cambiare prospettiva, superando definitivamente il problema deficitario che contraddistingue la costruzione europea, smettendo di considerare la questione democratica come un ostacolo di sistema, una conseguenza prodotta dall’integrazione liberista europea o un intoppo nel processo della costruzione parlamentare. È piuttosto essenziale comprendere che il *deficit* è

spostato il baricentro dell’azione europea «verso un ideologismo economicista» di natura neoclassica (S. STAIANO, *Diritti e confini nell’Europa della crisi*, in *federalismi*, 22, 2015, p. 2).

⁸⁷ È stata anche definita come una «netta divaricazione tra il momento normativo, solidissimo, e il momento politico, assai più fragile» da M. CARTABIA, *La scrittura di una Costituzione europea e i poteri dei giudici*, in *Astrid online*, 2004.

⁸⁸ Difficile, infatti, ascrivere all’Unione europea il compito e l’obiettivo di costruzione di una dimensione sociale europea e la conseguente tutela dei diritti sociali fondamentali. V. su tale aspetto U. ALLEGRETTI, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, 2002; D. GRIMM, *Diritti sociali fondamentali per l’Europa*, in *Sfera pubblica e Costituzione europea*, Roma, 2002. Va ricordato, in particolare, che la Carta di Nizza, per ciò che riguarda il riconoscimento dei diritti sociali, utilizza formule linguistiche vaghe ed è stato fatto notare che l’Unione «invece di *garantire e tutelare* i diritti sociali fondamentali, si limita a *riconoscerli e rispettarli*» (F. SALMONI, *Diritti sociali e Unione Europea. Dall’ordinamento comunitario allo Stato sociale europeo*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Torino, 2005, p. 556). Inoltre, in materia economico-sociale (diritto di proprietà, protezione della salute, libertà d’impresa, tutela in caso di licenziamento ingiustificato) la tutela dei diritti passa attraverso forme di positivizzazione che rinviano «al diritto dell’Unione e alla legislazione e prassi nazionale» (su tali aspetti cfr., G. AZZARITI, *Il futuro dei diritti fondamentali nell’era della globalizzazione*, in *Politica del diritto*, 3, 2003, p. 337).

⁸⁹ Cfr. J. HABERMAS, cit., p. 42 ss.

⁹⁰ C. DE FIORES, *Il fallimento della Costituzione europea. Note a margine del Trattato di Lisbona*, in *Costituzionalismo*, 1, 2008.

strutturale perché «l'Unione europea non fu fondata come un'organizzazione democratica»⁹¹ in quanto erano altre le finalità cui doveva assolvere.

Tanto è vero che solo «se l'Europa è (o diventa o rinasce come) versione ampliata dello Stato sociale, essa ha l'opportunità di acquisire un peso sufficientemente grande» perché «la sua natura *sociale*» riuscirebbe ad attribuirle «quel grado di coesione che un tempo rese gli Stati-nazione delle macchine da combattimento tanto efficaci e coerenti»⁹².

Ma tutto ciò può restare una vuota ripetizione di esigenze da troppo tempo evidenziate se non si affrontano alcuni presupposti. Il primo dei quali è senz'altro rappresentato dalla necessità di un cambio radicale di cultura politica e di assetto istituzionale, senza il quale anche la migliore Carta dei diritti è destinata a naufragare.

⁹¹ E. HOSBAWM, *Intervista sul nuovo secolo*, Roma-Bari, 1999, p. 45.

⁹² Z. BAUMAN, *L'Europa è un'avventura*, Roma-Bari, 2006, p. 81. Viceversa, con Lisbona, è stata affermata l'Europa che fa leva sul dominio del mercato e del *dumping* sociale, l'Europa della direttiva *Bolkestein* e della moneta, quella che riverbera il peso della crisi non sulle istituzioni, ma sui salari e sullo Stato sociale.