

GLOBALIZZAZIONE E DIRITTI FONDAMENTALI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I diritti fondamentali nella dimensione internazionale. – 3. I diritti fondamentali nella dimensione sovranazionale. – 4. I diritti sociali come oggetto di tutela “ancora” prevalente degli Stati nazionali. – 5. I riflessi dell’espansione sul piano internazionale e sopranazionale della tutela dei diritti sul ruolo del legislatore e del giudice.

1. *Premessa*

Affrontare il tema della tutela dei diritti fondamentali di fronte al processo di globalizzazione, richiederebbe di chiarire, preliminarmente, quale sia l’esatto significato di questo termine, per poi capire se, e con quali conseguenze, esso si rifletta sul piano della tutela dei diritti. Ebbene, se guardiamo, anche superficialmente, alla sterminata letteratura, italiana e straniera, al riguardo, non è difficile accorgersi che, sul punto, non vi sono affatto posizioni univoche. Il che non stupisce, posto che a seconda degli approcci (filosofico, sociologico, politologico, giuridico) ciascuno è naturalmente portato a cogliere o valorizzare certi profili del fenomeno in atto e a sottovalutarne altri.

Una prova di questa incertezza definitoria si può cogliere, ad esempio, nelle pagine iniziali di un notissimo saggio di Maria Rosaria Ferrarese¹, nelle quali l’Autrice riassume le diverse proposte definitorie della

* Relazione presentata al Convegno annuale dell’Associazione Italiana Costituzionalisti “Costituzionalismo e globalizzazione”, Salerno, 22-24 novembre 2012.

¹ Mi riferisco a *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna 2000, soprattutto 11 e ss., là dove l’Autrice pone il dilemma tra un’interpretazione della globalizzazione come evoluzione o come rivoluzione e sintetizza i contributi dottrinari sull’uno e sull’altro versante. Il tema è ripreso dalla stessa Autrice anche nell’altro suo saggio, ormai divenuto

globalizzazione e anticipa, quale scopo del suo saggio, quello di motivare la sua posizione critica rispetto ad una interpretazione sostanzialmente “continuista” del fenomeno – la quale fa capo a Giddens² e a molti altri – e favorevole, invece, ad un’interpretazione “rivoluzionaria”. Da una parte, cioè, sta l’idea che l’essenza del fenomeno stia nel venir meno delle barriere temporali e spaziali che tradizionalmente non consentivano la immediata percezione di eventi politici, economici e sociali che si verificano nelle diverse parti del globo (con le relative conseguenze sui comportamenti dei soggetti sociali e istituzionali), ma in un contesto generale nel quale l’assetto complessivo della struttura e del ruolo degli Stati e delle altre istituzioni pubbliche conserva il suo ruolo centrale, dall’altra l’idea che, viceversa, la globalizzazione comporti una netta cesura rispetto al passato, ridisegnando i rapporti tra Stato (potere pubblico) ed economia (mercati), con riflessi profondi sia sul piano delle singole costituzioni economiche nazionali, sia, più in generale, sul piano di un necessario ripensamento delle categorie giuridiche che una lunga tradizione ha associato allo Stato-nazione. Non mancano, tuttavia, tesi intermedie, come, ad esempio, quella di Teubner³, che insieme colgono nel fenomeno della globalizzazione tanto profili di continuità, quanto profili di rottura rispetto all’esperienza costituzionale che abbiamo alle spalle e, in particolare, a quella del secondo dopoguerra.

Questa diversificazione dei modi di intendere il fenomeno in esame si riflette, poi, sull’analisi delle conseguenze che esso produce e sulle contromisure che dovrebbero essere prese per contrastarne gli effetti ritenuti negativi: per quello che più direttamente riguarda la sfera giuridica, si va dall’auspicio di un “costituzionalismo” (se non di una costituzione)

una sorta di classico nelle analisi del tema *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna 2002.

² Il riferimento è a A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità*, Bologna 1994, spec. 91 e ss., il quale, pur cogliendo nei fenomeni in atto forti elementi di novità, tende ad interpretarli come un portato della modernità che avanza, che non tollera più limiti spaziali e temporali e che non altera più di tanto il ruolo tradizionale degli Stati-nazione. Sul punto, la critica della Ferrarese è netta: sulla scorta anche di quanto scritto da S. STRANGE, *Cbi governa l’economia mondiale?*, Bologna 1998 (ma anche da altri), i riflessi della globalizzazione sarebbero assai più rilevanti sia sul terreno dell’economia, che soprattutto su quello delle istituzioni politiche, in via di profondo mutamento, queste ultime, a causa dei processi evolutivi che si vanno determinando nelle dinamiche dell’economia mondializzata.

³ Cfr. G. TEUBNER, *Il costituzionalismo della società mondiale: cinque tesi sulle costituzioni degli spazi sociali transnazionali*, in G. BARCELLONA, R. DI MARIA (a cura di), *Costituzione e globalizzazione*, Enna 2012, 65 e ss.

mondiale, di una costituzionalizzazione del diritto internazionale⁴ a partire da un rafforzamento delle organizzazioni internazionali che più hanno a che fare con i mercati, come il WTO (World Trade Organization), a posizioni che, invece, mostrano un forte scetticismo verso soluzioni tutte ancorate alla tradizione statual-positivistica che sin qui ha caratterizzato l'ambiente giuridico occidentale e si muovono in una prospettiva nella quale sono le diverse "costituzioni parziali", che si vanno formando prevalentemente sul terreno sociale (ma non solo), a dover essere valorizzate, in un quadro che ne assicuri una ragionevole convivenza⁵.

In un panorama così articolato e differenziato, esistono tuttavia alcuni elementi comuni, primo fra tutti quello relativo alla considerazione, generalmente condivisa (sia pure con accentuazioni più o meno marcate), che la globalizzazione, quale ne sia l'esatto significato, ha comportato e comporta una sottrazione di aspetti significativi della sovranità degli Stati nazionali, senza che ciò sia stato (ancora o ancora sufficientemente) compensato da qualcosa che consenta di governare dinamiche che appaiono collocarsi in una sorta di zona intermedia tra diritto nazionale e diritto internazionale, guidate da regole non poste dall'alto ma direttamente riconducibili ai comportamenti di nuovi soggetti (dalle grandi agenzie di rating, alle società multinazionali, ai grandi investitori finanziari, alle organizzazioni non governative e così via).

Se le cose stanno così, se il processo di globalizzazione va (o quanto meno può essere) inteso (lo dico in modo semplificato) come una "perdita non compensata", c'è da chiedersi se esso debba necessariamente e sempre risolversi in un arretramento della tutela dei diritti fondamentali. Al riguardo, si può convenire con Allegretti⁶, quando, nel sot-

⁴ Cfr., ad esempio, J. HABERMAS, *Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?*, in J. HABERMAS (a cura di), *Der gespaltene Westen*, Frankfurt 2004, 113 e ss.

⁵ Di costituzioni parziali (Teilbereichsverfassungen) parla G. TEUBNER, *ult. cit.*, 71, per sostenere che esse, sia che si siano sviluppate a livello sub nazionale che a livello sovranazionale (il riferimento, in questo caso, è, tra l'altro, al processo di integrazione europea) rappresentano già un nucleo significativo di un nuovo costituzionalismo mondiale, che dunque non va costruito *ex novo*, ma semmai perfezionato in quegli aspetti che ne costituiscono i limiti più gravi, a partire dall'assenza di efficaci meccanismi di garanzia contro processi autodistruttivi che mettano a rischio non solo i diritti dei singoli, ma la stessa sopravvivenza del sistema nel suo complesso. "Il nuovo ordine costituzionale globale", conclude Teubner sul punto, "ha inventato finora solo le regole costitutive che hanno liberato le diverse razionalità di sistema all'interno del quadro globale. Ciò che, però, manca ampiamente a questo ordine costituzionale, sono delle regole limitative, che impediscano l'autodistruzione del sistema ed arginino i danni ai suoi ambienti sociali, umani e naturali" (*ivi*, 72).

⁶ Cfr. U. ALLEGRETTI, *Diritto e Stato nella mondializzazione*, Enna 2002, 133.

to lineare che nel mondo globalizzato è destinata ad acuirsi, forse mai come in passato, la tensione tra libertà economiche e diritti della persona, afferma che “molti diritti”, in specie quelli sociali, “sono vittime designate della sovranità dell’economia, della dominazione della finanza mondializzata, della soggezione a una universalità di potenza, dello stesso senso di unità del mondo”. Ed è evidente che, se è vero che la contrazione della tutela dei diritti sociali si riflette inevitabilmente sull’effettività della tutela dei diritti civili, sia pure indirettamente, la globalizzazione può essere letta anche su questo piano come una “perdita non compensata o ancora in cerca di adeguata compensazione”. E tuttavia, se rivolgiamo l’attenzione ad altri fenomeni quali quello rappresentato dalla internazionalizzazione (nella sua versione più significativa che si è realizzata in Europa) della tutela dei diritti e quello rappresentato dal processo di integrazione europeo, io credo che queste conseguenze negative non siano sempre inevitabili, ma che anzi, dal punto di vista dei diritti (il discorso vale però, soprattutto, come vedremo, per i diritti civili), si possa pensare all’innestarsi di tendenze di segno inverso: non quello di una “perdita”, ma quello di un’espansione dei meccanismi di tutela dei medesimi oltre i confini dei singoli Stati, secondo un itinerario del tutto originale e impensabile solo qualche decennio fa e, soprattutto, attraverso non la smentita o il ridimensionamento del patrimonio di principi ed istituti acquisiti nell’esperienza costituzionale nazionale, ma, al contrario, attraverso una loro ulteriore valorizzazione.

Mi rendo perfettamente conto che associare il termine globalizzazione a fenomeni come quelli dianzi richiamati possa sembrare del tutto improprio, quasi improponibile, dal momento che si mette in relazione un fenomeno di scala mondiale con fenomeni che interessano solo una specifica area territoriale. Ma, se ci si pensa bene, è difficile non cogliere alcune analogie di fondo: dalla cessione di sovranità da parte degli Stati alla caduta dei limiti territoriali, dal ridimensionamento del ruolo della legge nazionale al condizionamento e interdipendenza sempre più intensi delle scelte di politica economica. La tesi che vorrei cercare di dimostrare in questo mio intervento è che internazionalizzazione della tutela dei diritti, da una parte, e processo di integrazione europeo dall’altra (una sorta di “globalizzazione” *ante litteram*, che per l’appunto ha interessato inizialmente essenzialmente la sfera dei rapporti tra Stato ed economia) non si sono affatto tradotti, sul piano dei diritti e delle relative garanzie, in una “perdita non compensata”.

2. I diritti fondamentali nella dimensione internazionale

Se guardiamo, infatti, agli sviluppi della tutela dei diritti nell'ambito della regione europea, lo scenario che ci si presenta è quello caratterizzato dalla coesistenza di tre diversi sistemi di tutela: quelli nazionali, ancorati alle Costituzioni degli Stati membri, quello, più risalente, definito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e quello che oggi opera a livello di Unione europea.

Partendo dal sistema CEDU, è noto che esso opera in via sussidiaria rispetto ai livelli di tutela nazionali⁷: esso si fonda su una convenzione internazionale (e sui Protocolli sottoscritti successivamente) ed affida il rispetto dei diritti dalla medesima sanciti ad un giudice speciale, la Corte europea dei diritti dell'uomo, dinanzi alla quale (cosa del tutto inusitata) ogni cittadino degli Stati firmatari può citare il proprio Stato di appartenenza, nell'intento di veder riconosciute le proprie ragioni ed arrivare ad una condanna dello Stato stesso⁸. Per misurare tutto il carattere di novità di questo sistema è sufficiente riandare con la memoria all'atteggiamento che il diritto internazionale ha mantenuto fermo fino ai primi anni del secondo dopoguerra; un atteggiamento di pressoché assoluta non interferenza in una materia riconosciuta di esclusiva competenza degli Stati⁹. Per molti anni (in realtà decenni) non si è avuta una piena percezione di questo carattere di straordinaria novità e delle conseguenze che questo nuovo sistema avrebbe comportato sul piano dei livelli nazionali di tutela dei diritti. Ciò vale soprattutto per l'esperienza italiana: i giudici comuni hanno continuato ad operare come se la Convenzione quasi non esistesse (pochissime sono le questioni decise sulla base di un riferimento, per lo più indiretto, alle disposizioni della Convenzione) e lo stesso giudice costituzionale, nelle occasioni nelle quali si è riferito a quest'ultima, lo ha

⁷ E ciò per effetto della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni, sulla cui portata precettiva nel diritto internazionale generale cfr., per tutti, il classico lavoro di G. GAJA, *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milano 1967, 37 e ss.

⁸ Sui profili processuali che contraddistinguono questo sistema di tutela dopo la novella operata dal Protocollo n. 11, nonché la tutela accordabile a fronte del ricorso del privato, è sufficiente in questa sede un rinvio, tra gli altri, a M. DE SALVIA, *La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo tra continuità e riforma*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1999, 704 e ss.; A. BULTRINI, *Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, I, Torino 2000, 148 e ss.; A. GARDINO CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo: profili processuali*, Milano 2005.

⁹ Sul c.d. "dominio riservato" cfr., per tutti, G. ARANGIO-RUIZ, *Le domain réservé*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1990, n. VI, 1.

fatto per integrare e rafforzare la motivazione di decisioni in realtà già saldamente e direttamente fondate nel dettato costituzionale¹⁰. Né atteggiamento diverso ha tenuto il legislatore nazionale, alimentando così un consistente contenzioso, spesso risolto con una condanna dell'Italia davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Le cose sono radicalmente cambiate in seguito alle due notissime sentenze “gemelle” della Corte costituzionale (le nn. 348 e 349 del 2007, seguite poi da altre pronunce)¹¹. Non è certo qui il caso di ripercorrere l'itinerario argomentativo di queste due sentenze. Basterà richiamarne i punti di arrivo. Sulla base del rinnovato testo dell'art.117, c.1, Cost., che impone anche alla legge dello Stato di rispettare gli obblighi internazionali, la Corte ha stabilito che i casi di antinomia tra legge interna e norme internazionali pattizie, in particolare quelle contenute nella CEDU, *così come interpretate dal suo giudice*, ove non possano essere risolti dal giudice comune attraverso la c.d. interpretazione conforme, obbligano il giudice a sollevare una questione di legittimità costituzionale che la Corte deciderà, previa verifica della conformità della norma pattizia rispetto alla Costituzione, così come interpretata dal suo giudice, ossia dalla Corte stessa (anche sulla base del margine di apprezzamento che nei singoli casi la Corte europea riconosce ai legislatori nazionali: v. sent. 317 del 2009) e, in seconda battuta, sulla *misura* della tutela (si tratta di diritti) assicurata dalla norma pattizia rispetto a quella garantita dalla Costituzione nazionale; una *misura* che deve essere almeno equivalente e mai inferiore. Il diritto convenzionale diviene così, a quelle condizioni, norma interposta del giudizio di costituzionalità, dando corpo al nuovo limite (rispetto degli obblighi internazionali) disposto dall'art. 117, c.1., di per sé neutro.

La conseguenza di questa impostazione, fatta propria dalla nostra Corte costituzionale, è che oggi i due sistemi di tutela, quello nazionale e

¹⁰ Sullo sfondo delle rispettive giurisprudenze, la tradizionale ricostruzione dottrinale per cui le norme internazionali sui diritti possono al più essere considerate strumenti interpretativi per le sole corti supreme, su cui si veda P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, p. 54.

¹¹ Su cui cfr., *ex multis*, M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 e ss.; S. BARTOLE, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in *Dir. umani e dir. intern.*, 2008, 291 e ss.; P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, ivi, 311 e ss.; L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, ivi, 301 ss.; F. SORRENTINO, *Apologia delle “sentenze gemelle”*, in *Dir. soc.*, 2009, 213 e ss.

quello disciplinato dalla CEDU, risultano compiutamente integrati: le norme convenzionali hanno trovato la loro collocazione nell'ambito del nostro sistema delle fonti (ad un gradino intermedio tra Costituzione e legge ordinaria) e si sono definiti puntualmente i ruoli, rispettivamente, dei giudici comuni e del giudice costituzionale, in relazione a quello riconosciuto al giudice sovranazionale. Da questo punto di vista, non appare forse più del tutto corretta la definizione che in genere si dà del rapporto tra i due sistemi di tutela in termini di tutela "multilivello": a parte la diversa dislocazione geografica dei soggetti che vi sono coinvolti, si tratta ormai dello stesso livello di tutela che si articola e si integra alla luce di un comune principio guida, di carattere sostanziale, ossia quello di assicurare ai diritti a tutela più ampia che, in via d'interpretazione, si possa ricavare dalla loro formulazione testuale¹².

3. *I diritti fondamentali nella dimensione sopranazionale*

Lo stesso, ancora, non può invece sostenersi per l'assetto dei rapporti tra il sistema di tutela nazionale e quello che nel tempo si è sviluppato nell'ambito dell'Unione europea. Quest'ultimo, come è ben noto, è passato attraverso due distinte fasi, negli anni che ci stanno alle spalle, e si appresta ora a viverne una terza, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

La prima fase, che possiamo collocare temporalmente tra l'inizio del processo di integrazione e la seconda metà degli anni '60, è stata caratterizzata da un atteggiamento di distacco, direi di estraneità, delle istituzioni comunitarie rispetto al tema dei diritti, sostanzialmente prive di competenze in materia (se non per quei pochi diritti codificati dai trattati e strettamente funzionali all'avvio della costruzione di un mercato unico) e altrettanto priva di una specifica competenza al riguardo la Corte di giustizia. Il che non deve stupire più di tanto, posto che, come ho accennato, le finalità generali delle prime comunità erano di tutt'altra natura (strettamente economica) e intanto l'attività delle istituzioni comunitarie poteva farsi carico dei diritti in quanto questi fossero legati alla costru-

¹² Emblematico in questa prospettiva il caso della tutela della libertà d'espressione, in relazione alla quale la tutela accordata dal giudice convenzionale si atteggia ormai alla stregua di un quarto grado di giudizio. Sul punto cfr. A. CARDONE, *L'incidenza della libertà d'espressione garantita dall'art. 10 C.e.d.u. nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3/2012, 3 e ss.

zione di un mercato unico. In questa logica, i vari divieti di discriminazione previsti dai Trattati originari, la libertà di circolazione di lavoratori, merci e capitali, la libertà di stabilimento e prestazione di servizi non potevano che avere questo significato e così essere interpretati¹³.

A questa prima fase, ne segue una seconda che arriva fino al Trattato di Lisbona e che risente, da un lato, della progressiva espansione del diritto comunitario derivato, dall'altro, delle reazioni delle Corti costituzionali nazionali, da subito impegnate a dare un assetto stabile ai rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, alla luce della diretta applicabilità (sia pure a determinate condizioni) del primo nell'ambito degli ordinamenti nazionali. Una prima soluzione a questo problema, adottata dalla nostra Corte costituzionale¹⁴ (ma non solo), è stata, come è noto, quella di collocare anche il diritto comunitario derivato al di sotto della Costituzione e di chiamare il giudice comune a sollevare una questione di costituzionalità nelle ipotesi di antinomia tra norma nazionale e norma comunitaria, facendo riferimento, in questo caso, al parametro rappresentato dall'art. 11 Cost. Di fronte alle resistenze opposte dalla Corte di giustizia, che lamentava gli indebiti ostacoli che questa soluzione comportava per l'esercizio della funzione alla medesima riservata di assicurare la piena, tempestiva ed uniforme applicazione del diritto comunitario, si è fatta strada una seconda soluzione (quella che per noi viene per la prima volta "codificata" nella sentenza n. 170 del 1984), sulla base della quale, in caso di antinomie, non risolvibili alla luce di un'interpretazione conforme della norma interna rispetto a quella comunitaria, così come interpretata dalla Corte di giustizia in sede di risposta ad un rinvio pregiudiziale, il giudice comune è chiamato a decidere direttamente la singola questione, disapplicando, se del caso, la norma interna ed applicando quella comunitaria. Tutto questo con un'unica eccezione, rappresentata dall'ipotesi in cui la norma comunitaria appaia in contrasto con uno dei "principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale", tra i quali rientrano i diritti fondamentali (la c.d. teoria dei contro limiti, sent. n.183 del 1973); ipotesi, questa, che invece abilita il giudice comune (ma solo alle condizioni di cui ora si dirà) a sollevare la questione di legittimità costituzionale (accenno appena qui all'altra eccezione, legata alle

¹³ P.L. LINDSETH, *Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: the Example of the European Community*, in *Columbia Law Review*, 1999, 628 e ss.; R. BIN, P. CARETTI, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Torino 2008, 145 e ss.

¹⁴ La cui evoluzione giurisprudenziale fu, come noto, efficacemente definita da Paolo Barile, *Il cammino comunitario della Corte* (in *Giur. cost.*, 1973, 2406 e ss.).

questioni che si pongano nell'ambito dei procedimenti in via principale, sulla quale tornerò più avanti).

È anche in ragione di questa posizione, assunta dalle Corti costituzionali, che muta l'atteggiamento della Corte di giustizia in relazione alle questioni che sempre più spesso le vengono proposte in tema di tutela dei diritti fondamentali. A partire dalla nota sentenza *Stauder* del 1969, la Corte comincia, infatti, a sviluppare una consistente giurisprudenza che la porta ad assumere come parametro di giudizio anche quei diritti non formalmente codificati dai trattati, in quanto considerati "principi generali" del diritto comunitario¹⁵. Nasce così un sistema di tutela dei diritti tutto costruito in via pretoria, che vede la Corte di giustizia operare con amplissimi margini di discrezionalità, potendo essa stabilire quali diritti tutelare (sulla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e di quanto disposto dalla CEDU, nell'interpretazione del suo giudice), nonché la misura della relativa tutela. Con la conseguenza di depotenziare di fatto quella clausola di salvaguardia che i giudici costituzionali avevano cercato di stabilire a tutela dei diritti fondamentali, a fronte della supremazia del diritto comunitario; clausola che infatti non è stata mai messa in opera. Il giudice comunitario ha così assunto il ruolo di giurisdizione delle libertà¹⁶; un ruolo via via riconosciuto dai trattati (a partire dall' art. 6, c.2 del tratto di Maastricht) e che oggi trova il suo punto di riferimento nell'adozione di una Carta dei diritti dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), cui il Trattato di Lisbona riconosce lo stesso valore giuridico delle norme dei trattati. Una novità quest'ultima che ha da poco (2009) dato il via ad una terza fase, caratterizzata dal consolidamento dell'esperienza maturata in precedenza esclusivamente in via giurisdizionale, e dalla nascita di un sistema di tutela assimilabile a quelli operanti nell'ambito degli ordinamenti costituzionali nazionali. Con l'ulteriore conseguenza che anche alle norme contenute nella Carta dovrà essere riconosciuto l'effetto di prevalere sulle norme interne difformi.

Nonostante questi relevantissimi sviluppi che si sono ora richiamati, l'assetto dei rapporti tra diritto comunitario (oggi dell'Unione), diritto

¹⁵ A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 521 e ss.

¹⁶ In termini più generali, una visione d'insieme delle funzioni della Corte di giustizia (quindi, non solo di quelle legate alla tutela dei diritti fondamentali) che la rendono assimilabile ad un giudice costituzionale dell'Unione è stata fornita da A. PIZZORUSSO, *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in *Enc. dir.*, Annali, I, 2007, 713 e ss.

interno (costituzionale e legislativo) e il ruolo che giudici comuni e giudice costituzionale sono chiamati a svolgere in relazione alle ipotesi di antinomia tra i “due diritti”, non è mutato. E non è difficile notare quale significativa differenza esso presenti rispetto all’assetto, compiutamente integrato, che invece presenta il sistema di tutela dei diritti nazionale e quello definito dalla CEDU. Una differenza che è rappresentata, appunto, da una significativa insufficienza del grado di integrazione, realizzato solo nella relazione tra giudici comuni nazionali (ormai anche giudici comunitari) e Corte di Giustizia, ma che relega il giudice costituzionale ad un ruolo del tutto marginale. Un *deficit* di integrazione particolarmente grave se teniamo conto del sempre più intenso intreccio tra diritto dell’Unione e tutela dei diritti e che è andato nel tempo aggravandosi: basti pensare alla posizione assunta dalla nostra Corte in relazione ai casi di c.d. “doppia pregiudizialità”, secondo la quale la pregiudizialità comunitaria deve precedere logicamente quella costituzionale, utilizzabile in prima battuta solo qualora sia in gioco l’eventuale violazione dei principi supremi dell’ordinamento costituzionale (sent. n. 456 del 2006); indicazione, quest’ultima, che appare peraltro più una clausola di stile e che di fatto non è mai stata utilizzata.

Sono note le ragioni che hanno sin qui impedito una piena integrazione dei due sistemi¹⁷: dalla difficoltà a rimettere in discussione soluzioni ormai da tempo consolidate, al timore del nostro giudice costituzionale di una perdita di ruolo nei confronti del giudice comunitario, alla resistenza del medesimo a ritenersi, in quanto giudice di ultima istanza, assimilabile, da questo punto di vista, al giudice comune e quindi ad assumere il diritto dell’Unione come parametro interposto e se del caso (quando cioè il significato di quest’ultimo presenti dei problemi interpretativi) a ricorrere al rinvio pregiudiziale. Una resistenza che è venuta meno solo per l’ipotesi in cui le questioni di possibile contrasto tra diritto interno e diritto comunitario attengono ai conflitti tra Stato e Regioni ed approdino direttamente davanti alla Corte, valicando il livello della giurisdizione comune.

Quelle ora indicate sono le ragioni di ordine sostanziale che si oppongono all’assunzione di soluzioni diverse, ma che trovano motivazioni strettamente giuridiche nelle pronunce della Corte al riguardo; pronunce sulle quali non ha prodotto alcun effetto (come pure forse avrebbe po-

¹⁷ Sul punto, volendo, si può vedere il mio *Corte e rinvio pregiudiziale*, in *Diritto comunitario e diritto interno* (Atti del Seminario, Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007), Milano 2008, 143 e ss.

tuto) il novellato testo del richiamato art. 117, c.1 Cost., che allude al necessario rispetto non solo degli obblighi internazionali, ma anche dei vincoli derivanti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea. Eppure, non mancano argomenti per ritenere che, quanto meno in relazione alla tutela dei diritti fondamentali (perché questo è il tema di cui ci occupiamo), la Corte dovrebbe rivedere la sua attuale posizione, senza in fondo necessariamente ribaltare i punti essenziali della sua precedente giurisprudenza, ma perfezionandola, ponendo così fine a quella sorta di autoisolamento nel quale si è chiusa. Si tratterebbe di abbandonare l'idea che nei casi di doppia pregiudizialità (che coinvolgano la tutela dei diritti) sia quella costituzionale a dover cedere il passo a quella comunitaria e che, in ossequio alla teoria dei controlimiti, la Corte riassuma il ruolo di giurisdizione ultima dei diritti che è propria di ogni giurisprudenza costituzionale. Non c'è nessuna ragione convincente, alla luce dei più recenti sviluppi del diritto dell'Unione, per non ritenere, quest'ultimo come parametro interposto da interpretare (direttamente o in seguito ad un rinvio pregiudiziale) alla luce dei "principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale" nazionale e, a fronte del dettato costituzionale, secondo il medesimo principio che la stessa Corte ha adottato nel caso delle norme di origine convenzionale, ossia quello della tutela più ampia da accordare al singolo diritto che venga in questione.

Del resto è questo il principio che ispira il carattere, anch'esso sussidiario (in termini di misura della tutela), che è stato adottato dalla Carta dei diritti dell'Unione europea, oggi avente lo stesso valore delle norme dei trattati, quando, all'art. 54, c.4, dispone che "laddove la presente Carta riconosca diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con quelle tradizioni" o quando, all'art. 53 afferma, che "nessuna disposizione di questa Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione dalle Costituzioni nazionali". Si tratta di affermazioni che, mentre escludono ogni forma di gerarchia tra le diverse Carte o tra le diverse giurisdizioni che sono chiamate ad assicurarne il rispetto, si muovono soprattutto sul piano della loro interpretazione, che in ogni caso deve tendere ad assicurare, alla fine, il grado di tutela maggiore ai diritti in esse enumerati. Anche qui, ciò che conta non sono tanto le enunciazioni formali, ma la diversa misura della tutela accordata, che può desumersi solo dall'interpretazione del dato testuale. In questa logica, non si vede perché il giudice costituzionale nazionale debba abdicare al compito di contribuire con la sua voce a definire questa "misura" della tutela,

inserendosi a pieno titolo in un circuito di relazioni che, anziché smi-
nuirne, ne valorizzerebbero il ruolo.

È vero che a ciò sembrerebbe opporsi quanto formalmente stabilito dalla Carta, la quale impone agli Stati membri l'obbligo di rispettarne le disposizioni *solo in esecuzione del diritto dell'Unione*, rimanendo le Corti costituzionali nazionali competenti a sindacare tutta la restante parte del diritto nazionale, adottato nell'esercizio delle c.d. competenze residue o autonome degli Stati membri. Così come solo al diritto nazionale adottato in esecuzione del diritto dell'Unione (oltre che a quest'ultimo ovviamente) si estenderebbe la funzione della Corte di giustizia in sede di controllo della sua conformità rispetto alla Carta. Tuttavia, a parte ogni considerazione sulle ragioni, come dire, "rassicuratorie" di queste disposizioni, è quanto meno lecito dubitare della loro effettiva tenuta. Si pensi, in primo luogo, alla difficoltà sempre crescente che si incontra nel tracciare una sicura linea di demarcazione tra competenze esclusive dell'Unione, competenze concorrenti e competenze residuali degli Stati membri. Questa linea di demarcazione, incerta in passato, quando la c.d. "teoria dei poteri impliciti", avallata dalla Corte di giustizia, ha consentito un allargamento significativo delle competenze della Comunità (indipendentemente da modifiche dei trattati) e divenuta ancora più incerta con l'introduzione del principio di sussidiarietà (che, ispirato all'intento di salvaguardare le competenze degli Stati membri, si è in realtà trasformato in un ulteriore strumento di espansione dell'area degli interventi dell'Unione, tanto da determinare l'affidamento ai Parlamenti nazionali di una funzione di controllo preventivo sulla sua corretta applicazione), non è certo divenuta più chiara a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. È un primo elemento che denuncia tutta la fragilità, e in una qualche misura l'anacronismo, di una netta distinzione tra diritto nazionale "*tout court*" e diritto nazionale adottato in esecuzione del diritto dell'Unione¹⁸. Ma si pensi, soprattutto, agli sviluppi della giurisprudenza della Corte di giustizia in ordine agli atti normativi nazionali sottoponibili al suo controllo, soprattutto dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, quando sia in gioco la tutela di un diritto tutelato dall'Unione (come è noto è soprattutto sugli atti nazionali che questo controllo si esercita e non tanto sugli atti normativi dell'Unione: solo di recente la Corte ha sindacato il contenuto di un atto europeo ri-

¹⁸ Sul punto si vedano anche le considerazioni di A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano 2011, 354 e ss., ora in ID., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano 2012, 45 e ss.

spetto alla Carta: vedi C-236/2009, 1 marzo 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL c. Belgio*, in tema di diritti dei consumatori). Già prima dell'entrata in vigore dell'ultimo trattato, la giurisprudenza della Corte aveva messo in luce la tendenza ad estendere l'area del suo controllo al di là degli atti nazionali adottati espressamente in attuazione del diritto dell'Unione, ricomprendendovi non solo quelli adottati grazie alle deroghe previste dai trattati o per affermate esigenze inderogabili, ma anche quelli che comunque presentino un qualche collegamento con una materia attribuita alla competenza dell'Unione, e nella quale siano stati adottati atti normativi derivati (v. sent. 19 gennaio 2010, *Küçükdeveci*, in C-555/07). Ancora, sempre la Corte, ha affermato la possibilità di sindacare (sempre in punto di rispetto dei diritti fondamentali tutelati dall'Unione) anche atti nazionali, che pur adottati nell'esercizio di competenze autonome, residuali, disciplino singole fattispecie concrete (dunque non la materia in sé) che rientrino nell'ambito del diritto dell'Unione. Questa tendenza si è ulteriormente accentuata dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e l'attribuzione alla Carta europea dei diritti dello stesso valore normativo delle norme del trattato. Assai significativa a questo riguardo è la recente pronuncia adottata nella causa *McB* (C-400/10, 5 ottobre 2010)¹⁹. Oggetto della questione è la legge irlandese sul riconoscimento del diritto di affidamento dei minori: riconoscimento *ex lege* per la madre, riconoscimento solo in via giurisdizionale per il padre naturale. Nel rinvio pregiudiziale si chiede alla Corte di giustizia di verificare la compatibilità della legge irlandese con il reg. n. 2201 del 2003 (adottato dall'Unione in materia di affidamento di minori) in relazione agli artt. 7 (tutela della vita privata e familiare) e 24 (diritti del fanciullo) della Carta di Nizza. Non interessa qui ripercorre l'intero *iter* argomentativo seguito dalla Corte per arrivare alla decisione del caso specifico, quanto piuttosto sottolineare come pur in presenza di una materia (o sub materia) quale quella della individuazione del soggetto titolare del diritto di affidamento di un minore debba ritenersi appartenere (così riconosce la stessa Corte) alle competenze residuali degli Stati membri, la Corte stessa non abbia affatto declinato la sua competenza a conoscere del caso, affermando che anche in queste ipotesi va accertato se dal diritto nazionale non possano derivare conseguenze che interferiscono con gli effetti giuridici di un atto normativo dell'Unione (in questo

¹⁹ Sul punto, vedi, da ultimo, N. LAZZERINI, *Il controllo della compatibilità del diritto nazionale con la Carta dei diritti fondamentali secondo la sentenza McB*, in *Riv. Dir. int.*, 2012, 136 e ss.

caso il richiamato regolamento del 2003), letto alla luce delle disposizioni della Carta.

Siamo, dunque, in presenza di un secondo elemento che, soprattutto in prospettiva, finisce per rendere estremamente labile la pur codificata distinzione tra diritto nazionale adottato in esecuzione del diritto dell'Unione e diritto nazionale "altro", con la conseguenza di attrarre in misura sempre più consistente questioni di conformità del diritto nazionale rispetto alla tutela di diritti ora codificati nella Carta verso la Corte di giustizia. È immaginabile o auspicabile che questo processo avvenga nell'ambito del solo rapporto tra giudici comuni nazionali e giudice dell'Unione? Io credo di no. Credo invece che questo rapporto possa continuare a valere per tutti i casi di antinomia tra diritto interno e diritto dell'Unione, diversi da quelli che interessano un settore così delicato come quello della tutela dei diritti, ma non per i casi di antinomia che lo coinvolgono. In relazione a queste ipotesi di antinomia, credo, la posizione della Corte dovrebbe essere rimessa in asse con gli sviluppi che il diritto dell'Unione ha avuto nei circa vent'anni che ci stanno alla spalle e con quelli che già si preannunciano dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

4. *I diritti sociali come oggetto di tutela "ancora" prevalente da parte degli Stati nazionali*

Se si tengono conto le considerazioni svolte nei paragrafi precedenti è possibile arrivare ad alcune conclusioni. La prima è che, pur nel quadro di un'esperienza limitata all'area europea, a fronte di un processo di perdita di sovranità da parte degli Stati nazionali, al venir meno dei confini territoriali e ordinamentali, non si sia verificata, in tema di tutela dei diritti, quella che ho chiamato una "perdita non compensata". Al rischio che l'attenzione portata soprattutto sulle libertà economiche (e, più in particolare, sulla libertà d'impresa) facesse riscontro la ridefinizione in termini di residualità e subalternità dei diritti della persona ha fatto da contrappeso la proliferazione dei sistemi di tutela dei medesimi che sono andati progressivamente integrandosi sia pure con i limiti che si sono sottolineati. Certo, si tratta di una compensazione ancora non del tutto soddisfacente e che presenta molti aspetti critici, primo fra tutti lo stato di sostanziale minorità in cui versa la categoria dei diritti sociali.

Anche se non mancano elementi per intravedere l'avvio di una maggiore integrazione anche su questo versante, va, tuttavia, rilevato che si

tratta di elementi episodici e tuttora largamente deficitari. Si pensi, innanzitutto, agli sviluppi interessanti, ma molto parziali, della giurisprudenza delle due Corti europee a questo riguardo.

Per quanto riguarda la CEDU, è noto che la Convenzione non si occupa espressamente di diritti sociali, salvo il riferimento al diritto all'istruzione (art. 2 del Protocollo di Parigi del 1952). E tuttavia, grazie ad un'interpretazione estensiva di alcune norme convenzionali (in particolare l'art. 2, che tutela la vita familiare, l'art. 3 che impone il divieto di tortura e l'art. 8 che tutela la vita familiare) o al sempre più frequente ricorso al principio di eguaglianza e ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, si è arrivati all'affermazione di alcuni diritti riconducibili all'area dei diritti sociali (il diritto alla riservatezza, il diritto alla salvaguardia delle condizioni di salute, il diritto di sciopero, il diritto ad un ambiente salubre), così come si è arrivati a legittimare l'adozione di "azioni positive" al fine di rimuovere un'accertata esistenza di diseguaglianze di fatto²⁰.

²⁰ In tema di diritti sociali deve essere, infatti, messo in evidenza che la tutela convenzionale non si esaurisce affatto nella disciplina della Carta perché la Corte di Strasburgo con la sua giurisprudenza ha ampliato notevolmente l'ambito della tutela, in parte ricavando alcuni diritti sociali da norme della Convenzione che disciplinano diritti di libertà, in parte riconoscendo altri diritti sociali direttamente in via pretoria.

Alla prima categoria appartiene, ad esempio, il diritto di sciopero. L'art. 11, § 1, della C.e.d.u., disciplinando la libertà di riunione e di associazione, riconosce il diritto di costituire sindacati e di aderirvi per la difesa dei propri interessi (12 novembre 2008, *Demir e Baykara c. Turchia*, in merito al pubblico impiego). La norma permette, però, secondo la Corte europea, di riconoscere la più ampia categoria dei diritti sociali del lavoratore, tra cui si può annoverare il diritto di sciopero, che la giurisprudenza di Strasburgo considera come diritto fondamentale dell'uomo-lavoratore (21 aprile 2009, *Enerji c. Turchia*). Analogamente, la giurisprudenza ha ricavato la tutela dell'ambiente dal diritto al rispetto della vita privata, enunciato dall'art. 8 della Convenzione. La Corte di Strasburgo, infatti, ha affermato al riguardo che la protezione ambientale non può essere sacrificata per motivi economici e che anche l'impatto, che possono avere le misure che uno Stato adotta per regolare attività aventi ripercussioni sull'ambiente, deve essere oggetto di un'analisi preventiva (2 ottobre 2001, *Hatton e altri c. Regno Unito*). Più specificamente, la Corte ha individuato degli obblighi positivi in capo allo Stato, chiarendo che l'inerzia delle autorità competenti nell'adozione di misure tese ad impedire o a limitare effetti dannosi all'ambiente e alla salute delle persone confligge con il diritto al rispetto della vita privata (30 marzo 2010, *Bacila c. Romania*). Il filo conduttore di questa giurisprudenza risiede nel collegamento che la Corte istituisce nelle sue pronunce tra la tutela dell'ambiente e la tutela della salute attraverso la figura pretoria del diritto ad un ambiente salubre. Secondo la Corte europea, infatti, le autorità devono disciplinare le modalità di autorizzazione, i requisiti operativi, i presidi di sicurezza e i controlli sulle attività che possono recare danno all'ambiente e alla salute e devono garantire la possibilità di contestare le decisioni pubbliche (27 gennaio 2009, *Tatar c. Romania*). Il valore della salute è cen-

E, sulla stessa linea, si è mossa anche la Corte di giustizia, che ha svolto negli anni passati un'azione certamente meritoria sviluppando, ad esempio, un'interpretazione dei singoli divieti di discriminazione contenuti nei trattati originari, leggendoli come espressione di un generale principio di eguaglianza, come tale applicabile, in tutte le sue diverse accezioni, a tutti i cittadini comunitari. Non solo, ma, in qualche caso, la Corte ha affrontato e risolto controversie nelle quali si lamentavano situazioni caratterizzate da disegualianze di fatto sulla base di considerazioni assai vicine a quelle che farebbe il giudice costituzionale nazionale applicando il disposto dell'art. 3, c. 2 in tema di eguaglianza sostanziale²¹.

trale, inoltre, nella giurisprudenza in materia di inquinamento acustico, secondo la quale qualunque inerzia o ritardo delle autorità nell'adozione di misure volte al contenimento dei livelli dei rumori notturni entro le soglie previste, soprattutto se idonei a recare danno alla salute della persona, si pone in contrasto con il rispetto della vita privata (20 maggio 2010, *Oluic c. Croazia*). Così come costituiscono una lesione della vita privata e del diritto ad un ambiente salubre anche tutte quelle violazioni del domicilio che producono interferenze, come i rumori, le emissioni e gli odori (2 novembre 2006, *Giacomelli c. Italia*).

Per comprendere la reale portata della tutela convenzionale dei diritti sociali non si può, infine, non tenere conto del fatto che su questo quadro normativo e giurisprudenziale influisce in maniera determinante il divieto di discriminazione, disciplinato dall'art. 14, C.e.d.u. e dall'art. 1, Protocollo n. 12. Anche se le norme non prevedono un criterio specifico di applicazione del divieto in riferimento ai diritti sociali, occorre infatti sottolineare che l'elenco dei motivi di discriminazione che esse enunciano non è tassativo e che, di conseguenza, è possibile ricavare, in funzione delle esigenze di giustizia del caso concreto, forme di discriminazione incompatibili anche con tali diritti, come ad esempio quella relativa al sesso nell'ambito lavorativo o quella relativa alla razza o alla lingua nel campo dell'istruzione (16 marzo 2010, *Orsus e altro c. Croazia*). Più specificamente, quest'ultimo caso, concernente la discriminazione e la lesione del diritto all'istruzione di bambini rom in classi separate, ben si presta a mettere in evidenza che è attraverso il divieto di discriminazione che emerge per gli Stati un obbligo positivo di tutela dei diritti sociali sanciti dalla C.e.d.u. e riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte europea nei confronti di tutti gli individui.

²¹ Ad esempio, in tema di diritto allo studio, la Corte di Lussemburgo ha sottolineato che il figlio di un lavoratore di uno Stato membro, che si sia occupato in un altro Stato membro, conserva la qualità di familiare del lavoratore, con la conseguenza che, se la famiglia ritorna nello Stato membro d'origine, il figlio mantiene il diritto a rimanere nel paese ospitante al fine di continuare i suoi studi, ad essere ammesso ai corsi d'insegnamento alle stesse condizioni dei cittadini di tale paese per tutti i livelli di istruzione (compresa l'università) e a fruire degli aiuti statali per gli studi, al fine della sua integrazione (CGCE sent. C-387/87 e 390/87, 5 marzo 1989, *G.B.C. Echtermach e A. Moritz*). La tutela del diritto allo studio si estende, per la Corte, anche al figlio del lavoratore maggiore di 21 anni che non è più a carico della famiglia, il quale mantiene il diritto di fruire degli aiuti finanziari, in quanto sarebbe una grave violazione del principio di parità e del diritto all'istruzione escludere dal beneficio gli studenti che si trovano nella fase avanzata dei loro studi (CGCE sent. C-7/94, 4 maggio 1995, *Landesamt fuer Ausbildungsfoerderung*

Oggi, dopo l'avvenuta ratifica del trattato di Lisbona, gran parte dei

Nordrhein-Westfalen). Sempre in applicazione del principio di parità di trattamento, se uno Stato membro offre sussidi per la frequenza di corsi scolastici tenuti all'estero, ha diritto di fruire di tali benefici anche il figlio di un lavoratore comunitario che decide di studiare fuori dallo Stato ospitante e più specificamente nello Stato d'origine (CGCE sent. C-308/89, 13 novembre 1990, *Carmina di Leo*). Gli Stati membri decidono autonomamente l'organizzazione del loro sistema scolastico, ma quello che esula dall'ambito dell'istruzione e rileva ai fini del principio della concorrenza non rientra in tale autonomia (CGCE sent. C-281/06, 18 dicembre 2007, *Jundt*, in cui è stata ritenuta non compatibile con il diritto comunitario la normativa nazionale che riservava il beneficio di un'esenzione fiscale ai soggetti passivi che svolgevano un'attività al servizio di università pubbliche). Vale, inoltre, la pena mettere in evidenza che, in merito all'omologazione dei titoli di studio conseguiti in Stati diversi, la giurisprudenza ha sottolineato che le autorità degli Stati membri, competenti a convalidare i diplomi conseguiti all'estero, devono esaminare se le qualificazioni attestate nel diploma acquisito corrispondono a quelle richieste dalla normativa nazionale e, se la corrispondenza è solo parziale, devono valutare se le conoscenze acquisite possono essere ritenute sufficienti a fini dell'omologazione (CGCE sent. C-234/97, 8 luglio 1999, *Teresa Fernández de Bobadilla*). La Corte di giustizia ha, altresì, affermato che non può accedere ad una professione regolamentata in uno Stato membro ospitante chi possiede un titolo rilasciato dall'autorità di un altro Stato membro che non attesti alcuna formazione prevista dal sistema d'istruzione dello Stato ospitante (CGCE sent. C-311/06, 29 gennaio 2009, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, in relazione al caso di un cittadino italiano che dopo aver conseguito la laurea triennale in ingegneria in Italia ed aver ottenuto, in Spagna, l'omologazione del titolo e l'iscrizione all'albo degli ingegneri, chiedeva l'iscrizione all'albo italiano).

Per quanto riguarda, invece, il diritto al lavoro, la Corte del Lussemburgo ha messo in evidenza che la nozione di "lavoratore" non deve essere intesa in modo restrittivo e che deve essere considerato tale ogni soggetto che svolge attività reali ed effettive, ad eccezione di quelle meramente marginali ed accessorie. Inoltre, il rapporto di lavoro è caratterizzato dal fatto che l'individuo fornisce, per un certo periodo di tempo, a favore di un altro soggetto e sotto la sua direzione, prestazioni in cambio delle quali riceve una retribuzione (*ex multis* CGCE sent. C-10/05, 30 marzo 2006, *Mattern e Cikotic*). I giudici del Lussemburgo hanno connesso il diritto al lavoro, inteso come diritto alla ricerca di un'occupazione, con la libertà di circolazione e soggiorno del lavoratore. Più specificamente, la giurisprudenza ha riconosciuto all'individuo che ha perso il lavoro in uno Stato membro diverso da quello d'origine un ragionevole lasso di tempo di permanenza per trovare un nuovo lavoro (CGCE sent. C-171/95, 23 gennaio 1997, *Recep Tetik*). Proprio l'attenzione alla tutela del lavoratore ha portato la Corte di giustizia a estendere la portata del diritto al c.d. "ricongiungimento familiare" dei parenti del lavoratore, al fine di tutelare anche la sfera personale dell'individuo e non solo quella lavorativa (CGCE sent. C-157/03, 4 aprile 2005, *Commissione c. Spagna*; CGCE sent. C-413/89, 17 settembre 2002, *Baumbast*). In particolare, giova ricordare che la Corte ha riconosciuto il diritto di soggiorno ai familiari conviventi, irregolari o clandestini, che accompagnano un cittadino comunitario in uno Stato diverso da quello d'origine (CGCE sent. C-127/08, 25 luglio 2008, *Metock*). Quest'ultimo, inoltre, non perde lo status di lavoratore per il fatto di esercitare un'attività disciplinata da uno speciale statuto di diritto internazionale e perciò è considerato lavoratore comunitario e gode di tutti i diritti previsti dal diritto europeo

diritti sociali affermati in via giurisprudenziale si trovano codificati nella

(CGCE sent. C-387/87 e 390/87, 5 marzo 1989, *G.B.C. Echternach e A. Moritz*, nello specifico in riferimento ad un lavoratore tedesco che svolgeva la sua attività in Olanda, presso l'Agenzia spaziale europea).

In tema di diritti sindacali, la Corte di Lussemburgo ha messo in luce che il diritto di negoziazione collettiva è un diritto fondamentale che può essere sottoposto a delle restrizioni, al fine di operare un bilanciamento con le altre libertà tutelate dal TFUE, come la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi (CGUE sent. C-271/08, 15 luglio 2010, *Commissione c. Germania*) o la libertà di circolazione (CGCE sent. C-341/05, 18 dicembre 2007, *Laval*, concernente il blocco di cantieri posto in essere da un'organizzazione sindacale svedese nei confronti di un'impresa lettone al fine di indurla ad avviare una trattativa per l'equiparazione della retribuzione dei lavoratori distaccati).

In materia di concertazione sindacale, nello specifico, è stato poi chiarito dalla giurisprudenza che, nel caso di un gruppo di imprese, la procedura di consultazione che il datore di lavoro deve porre in essere con i rappresentanti dei lavoratori quando intende dare luogo a licenziamenti collettivi (ai sensi dell'art. 2, n. 1, direttiva n. 98/59/CE), deve essere conclusa dalla controllata interessata dai licenziamenti, che ha la qualità di datore di lavoro, prima che essa risolva i contratti dei lavoratori (CGCE sent. C-44/08, 10 settembre 2009, *Akavan Eriytalojen Keskusliitto AEK ry e altri*). La Corte ha, inoltre, affermato, proprio in relazione all'Italia, che contravviene al diritto dell'Unione una disciplina nazionale in base alla quale, in caso di "crisi aziendale", non sono garantiti i diritti dei lavoratori interessati dal trasferimento d'azienda. I giudici del Lussemburgo hanno sottolineato, al riguardo, che i diritti e gli obblighi in capo al cedente, risultanti da un contratto collettivo in essere al momento del trasferimento, si trasmettono al cessionario per il solo fatto del trasferimento stesso (CGEC sent. C-561/07, 11 giugno 2009, *Commissione c. Italia*). Per quanto concerne, invece, le condizioni di lavoro, la Corte ha sottolineato che l'orario massimo di lavoro settimanale di 48 ore non può essere superato, se non a patto di un'accettazione libera ed esplicita da parte di ogni singolo lavoratore e che non è sufficiente che il contratto dell'interessato faccia riferimento ad un contratto collettivo che consente tale superamento (CGCE sent. da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e altri*, relativo al caso di operatori di soccorso, dipendenti della Croce Rossa tedesca). La Corte ha, inoltre, ritenuto che in caso di licenziamento senza motivo grave di un lavoratore assunto a tempo indeterminato e in regime di tempo pieno, durante un periodo in cui egli gode di un congedo parentale a tempo parziale, l'indennità dovuta al lavoratore non può essere calcolata sulla base della retribuzione ridotta che questi percepisce quando si verifica il licenziamento (CGCE sent. C-116/08, 22 ottobre 2009, *Christel Meerts*).

Importanti affermazioni giurisprudenziali sono, poi, state effettuate dalla Corte di giustizia in tema di tutela contro il licenziamento posto in essere con finalità o effetti discriminatori. Gli Stati possono prevedere forme di disparità di trattamento qualora siano "oggettivamente e ragionevolmente" giustificate da una finalità legittima, pur tuttavia resta in capo ai medesimi l'onere di dimostrare la legittimità della finalità invocata a giustificazione (CGCE sent. C-388/07, 5 marzo 2009, *Age Concern England*, concernente un caso di discriminazione in base all'età). In particolare, se la risoluzione del contratto avviene nei confronti della lavoratrice durante la gravidanza, la giurisprudenza istituisce un collegamento tra la tutela del diritto al lavoro, la tutela della lavoratrice madre e l'attuazione della parità di trattamento fra uomini e donne. Così, è stata ritenuta contrastante col diritto dell'Unione la previsione di un'unica azione a disposizione della lavoratrice in

Carta europea dei diritti: così il diritto all'istruzione (art. 14), il diritto al

caso di licenziamento, se le modalità procedurali non rispettano il principio di tutela giurisdizionale effettiva (CGCE sent. C-63/08, 29 ottobre 2009, *Pontin*). Analogamente, si è affermato che viola la parità di trattamento fra uomini e donne in materia di accesso al lavoro e alle promozioni professionali la revoca di un membro di un consiglio di amministrazione di una società di capitali quando la persona abbia la qualità di "lavoratrice gestante" e la revoca sia basata essenzialmente sullo stato di gravidanza (CGCE sent. C-232/09, 11 novembre 2010, *Dita Danosa*). Sempre nella prospettiva antidiscriminatoria ma in tema di protezione dei giovani, la Corte ha, invece, ritenuto non compatibile con la tutela del diritto al lavoro una norma che non prende in considerazione i periodi di lavoro svolti precedentemente al diciottesimo anno di età ai fini della determinazione dello "scatto" in cui vengono collocati i dipendenti del pubblico impiego di uno Stato membro (CGCE sent. C-88/08, 18 giugno 2009, *David Hütter*).

Altri rilevanti filoni giurisprudenziali sono stati elaborati in merito al diritto all'assistenza ed alla previdenza sociale, in relazione al quale è costante orientamento che il diritto dell'Unione debba rispettare la competenza degli Stati membri ad organizzare autonomamente i propri sistemi assistenziali e previdenziali, con la precisazione, però che, qualora manchi un'armonizzazione a livello comunitario, spetta a ciascuno Stato determinare le condizioni per l'iscrizione ai regimi previdenziali (CGCE sent. C-423/04, 27 aprile 2006, *Maruko*). Anche in questa materia, peraltro, emerge la sensibilità antidiscriminatoria della giurisprudenza dell'Unione. La Corte di Lussemburgo ha affermato, ad esempio, che non è imposto agli Stati membri di prevedere, durante il periodo di congedo parentale, la continuità della percezione delle prestazioni previdenziali. Cionondimeno, è stato ritenuto conforme al principio di parità di trattamento tra uomini e donne il fatto che durante il congedo parentale un lavoratore acquisisca diritti alla pensione di invalidità permanente in funzione dell'orario di lavoro effettuato e della retribuzione percepita e non come se avesse svolto un'attività a tempo pieno (CGCE sent. C-537/07, 16 luglio 2009, *Gómez-Limón Sánchez-Camacho*). Altre pronunzie riguardano, invece, alcuni profili del computo pensionistico. In particolare, ai fini del calcolo del limite che i periodi non contributivi non possono superare, si è ritenuto che la competente istituzione di ogni Stato membro deve considerare tutti i periodi di assicurazione acquisiti dal lavoratore di uno Stato terzo, compresi quelli relativi ad attività lavorativa svolta presso altri Stati membri. Per calcolare il periodo di acquisizione di diritti a prestazioni pensionistiche, inoltre, deve essere tenuto conto degli anni di servizio prestati da un lavoratore per lo stesso datore di lavoro nelle sedi di quest'ultimo, anche se poste in diversi Stati membri (CGUE sent. C379/09, 10 marzo 2011, *Maurits Casteels*). Quanto, infine, all'ampiezza della tutela della previdenza ed assistenza sociale, la Corte ha chiarito che si definiscono "prestazioni speciali" quelle che operano in sostituzione o in integrazione di una prestazione previdenziale o assistenziale e che presentano le caratteristiche di un aiuto sociale giustificato da ragioni sociali ed economiche. Più specificamente, quelle volte ad integrare le prestazioni dell'assicurazione per malattia vanno considerate "prestazioni di malattia" (CGCE sent. C-206/10, 5 maggio 2011, *Commissione c. Germania*, concernente le prestazioni erogate dai Länder tedeschi ai non vedenti, ai non udenti e ai disabili).

Quest'ultima giurisprudenza evidenzia chiaramente il rapporto tra prestazioni assistenziali e tutela della salute. Anche in relazione a questo secondo diritto sociale non mancano rilevanti affermazioni in grado di chiarire l'ampiezza di cui esso gode nel diritto dell'Unione. Così, ad esempio, i giudici di Lussemburgo hanno messo in evidenza che il

lavoro (art. 15), il diritto alla parità uomo-donna in tema di occupazione, condizioni di lavoro e retribuzione (art. 23 il quale aggiunge che, tale principio, non implica il divieto di misure che comportino vantaggi per il sesso che si trovi a subire delle discriminazioni di fatto, affermando così la legittimità di “azioni positive”), il diritto del lavoratore ad essere informato e consultato sulla gestione delle imprese, il diritto a non subire licenziamenti ingiustificati, il diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose, il diritto all’assistenza e alla previdenza sociale (art. 34), il diritto alla salute (art. 35), il diritto all’ambiente salubre (art. 37). Previsioni che potrebbero consolidare la tendenza giurisprudenziale richiamata e consentirne un ulteriore sviluppo. È noto che non sempre gli sviluppi giurisprudenziali, cui ho fatto riferimento, sono stati valutati positivamente, così come, in genere, si è data una lettura riduttiva delle novità contenute con riferimento ai diritti sociali nella Carta europea dei diritti. Così, sotto il primo profilo, si è lamentato il fatto che, in materie molto sensibili, come quella rappresentata dal diritto di sciopero e libertà

termine “prestazioni mediche” non include interventi medici diretti ad uno scopo diverso da quello della diagnosi, della cura e della possibile guarigione di malattie e problemi di salute. Più specificamente è possibile affermare che le prestazioni mediche effettuate per fini diversi non sono idonee a beneficiare dell’esenzione ai fini della riduzione della spesa sanitaria (CGCE sent. C-307/01, 20 novembre 2003, *D’Ambrumenil*, concernente prestazioni mediche di natura peritale che, in quanto non finalizzate alla cura della salute, bensì all’accertamento di condizioni di salute per l’istruzione di domande amministrative, non possono essere esenti dall’IVA). Inoltre, la Corte ha sottolineato che il principio generale della libera prestazione di servizi riguarda anche le cure mediche e ciò permette alle persone di recarsi in un altro Stato membro per ricevere tali cure. Tanto più che la prestazione medica non cessa di essere identificata come una “prestazione di servizi” per il fatto che il paziente, recatosi in un altro Stato membro per ottenere le cure, chieda il rimborso delle spese sostenute al regime previdenziale dello Stato in cui risiede (CGCE sent. C-444/05, 19 aprile 2007, *Aikaterini Stamatelaki*). Cionondimeno, la Corte ha affermato che un’istituzione competente può rifiutare di accollarsi le spese connesse ad un soggiorno in un istituto situato in un altro Stato membro per un importo uguale a quello delle prestazioni di cui il soggetto avrebbe diritto, se l’assistenza fosse erogata in un istituto situato nello Stato competente (CGCE sent. C-208/07, 16 luglio 2009, *Chamier-Glisczinski*, concernente il caso di una cittadina tedesca non autosufficiente che aveva fruito di cure in un istituto austriaco). La giurisprudenza della Corte di giustizia ha, poi, messo in evidenza che eventuali disposizioni che pongono delle restrizioni in funzione della tutela della salute possono essere applicate solo qualora tali limiti siano necessari e proporzionati (CGCE sent. C-420/01, 19 giugno 2003, *Commissione c. Italia*, in cui si è stabilito che l’Italia è venuta meno ai propri obblighi vietando la commercializzazione di bevande energetiche con un contenuto di caffeina superiore ad un certo limite, senza aver dimostrato che tale limite era necessario e proporzionato a garantire la tutela della salute).

sindacali (casi *Viking* e *Laval*), la Corte di giustizia si sia spinta ad operare bilanciamenti che rimarrebbero riservati alle competenze nazionali (legislatori e giudici costituzionali); così, sotto il secondo profilo, si è sottolineata la parzialità delle previsioni della Carta e la loro sostanziale “estraneità” rispetto ad una tradizione comune agli Stati membri. Sono critiche solo in parte condivisibili: sul primo punto, anziché rivendicare supposte “competenze esclusive”, bisognerebbe sottolineare che il vero punto critico è rappresentato dal fatto che i bilanciamenti operati dalla Corte di giustizia (inevitabili) avvengono senza il concorso dei giudici costituzionali nazionali (si torna così al punto già trattato in precedenza); sul secondo punto, mi pare che tutto si possa dire di quell’elencazione e della sistematica che gli estensori della Carta hanno seguito tranne che si sia del tutto al di fuori dalle tradizioni costituzionali comuni (non va dimenticato che si tratta di un’elencazione largamente debitrice della precedente giurisprudenza della Corte di giustizia che appunto su quelle tradizioni di è sempre basata).

In ogni caso, come già sottolineato, in tema di diritti sociali, ciò che ancora prevale è il principio di separazione e non quello di integrazione²². E ciò per alcune ragioni oggettive: da un lato, l’incompetenza dell’Unione in tema di diritti sociali; dall’altro la discrasia tra la comunitarizzazione di alcuni strumenti su cui si basano le decisioni di politica economica, come la moneta unica, ma non di altre, come la politica fiscale. Questo dato è, del resto, confermato dalla debolezza degli strumenti messi in campo dall’Unione europea sul versante delle politiche di coesione sociale e, in particolare, in tema di contrasto al fenomeno della disoccupazione (aspetto centrale del diritto al lavoro). Se, infatti, è vero che l’art. 148 del TFUE predispone una specifica procedura per l’adozione, da parte del Consiglio europeo, di “orientamenti” volti a contrastare le criticità rilevate in ordine ai livelli occupazionali, la stessa disposizione precisa che di tali orientamenti gli Stati membri debbono solo “tener conto”. Lo stesso può dirsi del successivo art. 149 che, mentre al primo comma, prevede la possibilità che, secondo la procedura legislativa ordinaria, vengano adottate “misure dirette a promuovere la cooperazione tra gli Stati membri e a sostenere i loro interventi nel settore dell’occupazione”, al secondo comma precisa che “tali misure non comportano l’armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari

²² In tema cfr., di recente, G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli 2012, 23-4.

degli Stati membri”. Nell’un caso e nell’altro, dunque, siamo in presenza di strumenti che non pongono puntuali obblighi giuridici, ma che si affidano allo spontaneo adeguamento da parte dei singoli Stati, e provano come si sia ancora ben lontani da una comunitarizzazione di un sistema sociale europeo²³.

Questo *status* di minorità dei diritti sociali si riscontra anche sul versante internazionale (sempre con riferimento all’area europea). Si pensi alla scarsa operatività della Carta sociale, promossa dal Consiglio d’Europa e sottoscritta da un numero consistente di Paesi, tra cui l’Italia. E ciò nonostante il tentativo di rafforzarla che si è compiuto con la riforma del 1996, soprattutto sul versante dei controlli, attraverso l’istituzione del Comitato europeo dei diritti sociali e la previsione della possibilità di presentare ricorso in caso di inadempienza degli Stati firmatari da parte delle organizzazioni rappresentative delle parti sociali. Ricorsi che hanno dato luogo a decisioni del Comitato che solo in pochi casi hanno avuto un seguito nelle legislazioni nazionali. Ma, soprattutto, scarsissima attenzione ha sin qui ricevuto la Carta da parte dei giudici nazionali, che le hanno riservato il ruolo pressoché insignificante che avevano riservato per decenni alla stessa Convenzione europea sui diritti dell’uomo. C’è semmai da chiedersi al riguardo se anche per la Carta sociale, in quanto trattato internazionale, non possa o debba estendersi il disposto dell’art. 117, c. 1, nell’interpretazione datane dalla Corte costituzionale a partire dalle notissime sentenze nn. 348 e 349 del 2007. Se così avvenisse (e non vedo decisivi ostacoli che vi si frappongano), anche la Carta sociale potrebbe conoscere una rivitalizzazione pari a quella che ha interessato la Convenzione europea sui diritti dell’uomo.

Ma, al di là di queste e di altre possibili considerazioni in ordine ai limiti, certo molto rilevanti, che tutt’ora presenta il processo di integrazione dei diversi sistemi di tutela dei diritti, mi pare che esse non siano tali da contraddire quanto più sopra affermato circa l’avvenuta, almeno parziale, “compensazione” a fronte di una perdita consistente di sovranità e circa il fatto che questa “compensazione” non ha affatto prodotto un abbandono o un ridimensionamento del nostro patrimonio costituzionale (del nostro come di quello degli altri Stati membri). I sistemi di tutela dei diritti che si sono andati progressivamente affermando a livello

²³ P. ADDIS, V. CASAMASSIMA, *Dall’armonizzazione al coordinamento. Le politiche europee per l’occupazione e il loro impatto in Italia*, in corso di pubblicazione in E. ROSSI, V. CASAMASSIMA (a cura di), *La politica sociale europea tra armonizzazione normativa e nuova governance. L’impatto sull’ordinamento italiano*, in corso di pubblicazione.

ultrastatuale sono ampiamente debitori di quelle che la Corte di giustizia chiama le tradizioni costituzionali comuni. E ciò vale tanto per la definizione dei diversi cataloghi di diritti, quanto per le modalità per assicurare l'effettivo rispetto: si è detto del passaggio del sistema dell'Unione da un sistema interamente pretorio ad un sistema che in larga misura si è modellato su quello dei sistemi di giustizia costituzionale nazionali. In sintesi, a me pare che si possa dire che il fenomeno cui stiamo assistendo in Europa, con il transito di una materia costituzionale così sensibile, quale certamente è la tutela dei diritti fondamentali, da un ambito esclusivamente nazionale ad un ambito più ampio, se non ci consente di parlare di una compiuta costituzione europea, rende sempre più difficile pensare alla tutela dei diritti e alle relative garanzie, innanzitutto alla giustizia costituzionale, come al prodotto dei singoli costituzionalismi nazionali, ma ormai come parte di un costituzionalismo di respiro europeo (o, per usare ancora la terminologia di Teubner, di una di quelle "costituzioni parziali", che vanno prendendo forma nel mondo globalizzato).

5. *I riflessi dell'espansione della tutela dei diritti sul piano internazionale e sovranazionale sul ruolo del legislatore e del giudice*

Ma c'è un altro fenomeno che caratterizza quanto sta avvenendo nell'area europea, sempre in tema di tutela dei diritti, che penso vada sottolineato e che rafforza quanto appena osservato. Esso è rappresentato dalla messa in discussione del rapporto tra legislatore e giudice (o se si vuole tra diritto legale e diritto giurisprudenziale) che la tradizione del costituzionalismo del XIX secolo ci consegnato. Questa tradizione, che ha trovato espressione in tutte le Costituzioni contemporanee, assegna un ruolo primario al legislatore; un ruolo di assoluto protagonista nell'implementazione dei diritti fondamentali. Rispetto al legislatore, il ruolo del giudice, per quanto rilevante, si presenta quello di un soggetto che interviene in seconda battuta e che in ogni caso, per quanto ampi siano i margini lasciati alla sua interpretazione, opera sempre su testi legislativi. Si tratta di una tradizione che ha origini risalenti nell'idea di una sostanziale coincidenza tra Stato e legge, tra Stato e parlamentarismo, tra Stato parlamentare e democrazia. Un modello sul quale si è costruito quello che è stato chiamato il "mito" della legge²⁴, ma che, a ben vedere,

²⁴ È notissima, sul punto, la posizione di Paolo Grossi, che forse è il maggiore critico

ha cominciato ad entrare in crisi nello momento stesso in cui celebra il suo massimo successo, ovvero quando viene adottato dalle Costituzioni della metà dell'800, dovendo fare i conti con alcuni elementi di contesto: dal carattere elitario della rappresentanza elettorale, al moltiplicarsi delle fonti normative, connesso alle crescenti esigenze di regolazione, al progressivo emergere della distanza tra raffigurazione formale dei modi di esercizio della sovranità popolare e le prassi messe in atto nel corso dell'esperienza dello Stato liberale²⁵. Né questa crisi si è arrestata con l'esperienza che prende avvio con le costituzioni del secondo dopoguerra. Al contrario, essa si è ulteriormente accentuata in virtù del riconoscimento costituzionale del principio del pluralismo istituzionale e sociale e dell'apertura, anch'essa sancita da apposite disposizioni costituzionali, degli ordinamenti nazionali verso l'esterno. Con la conseguenza che tutto ciò ha ulteriormente contribuito (e non poteva essere diversamente) ad un profondo ridimensionamento del modello originario tendente ad attribuire alla legge una funzione pressoché esclusiva nella produzione del diritto.

È in questo quadro che si iscrive il processo di ridefinizione dei rapporti tra diritto legale e diritto giurisprudenziale cui stiamo assistendo soprattutto in tema di diritti, caratterizzato da una forte valorizzazione dell'attività interpretativa del giudice²⁶.

La riflessione su questo tema non è certo nuova. Già nel corso del Convegno AIC del 2002, dedicato a "Teorie della Costituzione e diritto giurisprudenziale" esso era stato oggetto di approfondite riflessioni. Ricordo in particolare la relazione di Giovanni Bognetti²⁷ che, sulla base di una certa ricostruzione del significato della Costituzione, intesa come insieme di principi (e regole) che segnano un limite negativo (e non positivo) all'azione degli altri poteri (legislatore e giudici), assegnava alla giurisprudenza costituzionale il compito di individuare il nucleo essenziale minimo di quel limite, al legislatore una piena libertà di scelta nel rispetto

dell'avvenuta "mitizzazione" della legge (si veda, ad esempio, di questo Autore, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001).

²⁵ F. MODUGNO, *Legge*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1973, 72 e ss.

²⁶ Al riguardo cfr. anche G. SILVESTRI, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli 2011, 3406 e ss.

²⁷ G. BOGNETTI, *Teorie della Costituzione e diritti giurisprudenziali. Note per una trattazione metodologicamente adeguata della problematica*, in AIC ANNUARIO 2002, *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Atti del XVII Convegno Annuale (Milano, 11-12 ottobre 2002), Padova 2004, 5 e ss.

di quel limite negativo e al giudice ordinario (pur definito come “legislatore di scorta”) il compito di contribuire col legislatore alla definizione del diritto vivente, ma operando sempre e soltanto su testi legislativi, senza assumere a diretto parametro di giudizio le disposizioni costituzionali. Di qui una forte rivendicazione del ruolo della legge e un altrettanto forte ridimensionamento del ruolo del diritto giurisprudenziale.

Non voglio entrare nel merito delle cose dette allora da Bognetti. Tuttavia, se guardiamo a quanto è successo in questi 10 anni, mi pare difficile non rilevare che quelle che Bognetti segnalava allora come delle “deviazioni” (riferendosi ai casi in cui giudice costituzionale e giudici ordinari si erano più esplicitamente mossi nella direzione di un’interpretazione in positivo dei principi costituzionali) rappresentino oggi un dato costante e che è venuto mano a mano così rafforzandosi, da aver inciso molto più che in passato sugli equilibri tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale.

Un processo che non deve stupire più di tanto se si tiene conto del fatto che oggi, come ho già accennato, il problema non è tanto quello della codificazione dei diritti (i vari cataloghi europei sono in gran parte simili), quanto piuttosto quello della *misura*, della *effettività* della relativa tutela; il che chiama naturalmente in causa il legislatore, ma sempre di più, e con un rilievo del tutto diverso rispetto al passato, anche i giudici.

E, infatti, se guardiamo da vicino gli sviluppi della giurisprudenza, quella nazionale ma non solo quella, non è difficile cogliere gli indici chiari di un mutamento che si va determinando negli equilibri tra i due tipi di diritto. Sul piano nazionale, si pensi, agli apporti “creativi” offerti in questa materia dal giudice delle leggi, che ha saputo, in via interpretativa, ricavare dal dettato costituzionale una serie di “nuovi” diritti di rango costituzionale (dal diritto alla riservatezza, al diritto ad un ambiente salubre, al diritto all’informazione, al diritto all’abitazione, solo per fare qualche esempio), così come non meno significativi sono gli interventi in questa direzione dei giudici di legittimità e di merito (basti pensare, solo per richiamare i due esempi più noti, alla sentenza della Corte di Cassazione sul “caso Englaro” o alla giurisprudenza del lavoro in tema di diretta applicabilità dell’art.36 Cost.) e più ancora lo saranno in applicazione della dottrina dell’interpretazione conforme (soprattutto nella versione che ad essa ha inteso dare la nostra Corte costituzionale). Ma lo stesso discorso vale per gli analoghi contributi dati in questa direzione dalle due Corti europee, entrambe chiamate ad esercitare la loro attività in diretta applicazione-interpretazione di norme espresse per lo più in termini di principi, contenute in un caso nella Convenzione

(CEDU), nell'altro desumibili dalle tradizioni costituzionali comuni e ora dalla Carta di europea dei diritti, la quale, non a caso, adotta una particolare tecnica normativa che riassume le singole fattispecie nell'ambito della tutela di sei principi di carattere generale: dignità, libertà, eguaglianza, solidarietà e giustizia (il che mi pare autorizzi a dire che, rispetto a quei principi, i singoli diritti enumerati non rappresentano affatto un elenco esaustivo, ma destinato ad essere integrato dal giudice).

Di fronte a questo fenomeno, il primo interrogativo da porsi è se esso debba intendersi come un fenomeno transeunte, legato essenzialmente alle difficoltà che oggi incontrano un po' dovunque i meccanismi della rappresentanza politica sui quali si basa l'opera del legislatore, in una logica di provvisoria "supplenza" e, come tale, destinato progressivamente a rientrare, ovvero di un fenomeno strutturale che ha altre origini. A me pare che la risposta a questo interrogativo debba essere nel secondo senso. Credo cioè che il mutato equilibrio tra diritto legale e diritto giurisprudenziale sia soprattutto da ricondurre al pieno dispiegarsi delle potenzialità insite nel principio di sottoposizione della legge al controllo di conformità rispetto a norme di livello superiore (che siano quelle costituzionali o quelle convenzionali, contenute in un trattato, ma che presentano una sicura "natura" costituzionale). È questo principio che impone il rispetto di una nuova legalità (quella "costituzionale", appunto) e la impone, sia pure attraverso modalità diverse da ordinamento ad ordinamento e nel rispetto dei rispettivi ruoli, a tutti i giudici, anche a quelli comuni, portati sempre più spesso, direi fisiologicamente, a porsi a diretto contatto con norme di rango superiore alla legge, spesso espresse in termini di principio e che dunque non solo offrono loro margini di interpretazione molto ampi, ma mutano gli stessi criteri con cui operare sui dati testuali: una cosa è infatti interpretare una norma di legge in sé (di regola, norma sufficientemente dettagliata), ai fini della sua applicazione al caso concreto, altra cosa è interpretare la norma di legge alla luce di un principio spesso polisemantico, dal quale è necessario trarre il significato che possa essere utile alla soluzione del caso concreto.

Se il fenomeno di cui parliamo può essere descritto nei modi ora detti, allora non di supplenza si tratta ma di concorso del legislatore e dei giudici nella produzione del diritto. In questo quadro, la legge non perde certo la sua centralità, posto che difficilmente può riconoscersi alla singola sentenza del giudice quella funzione di promozione generale dei diritti che solo attraverso la legge può davvero realizzarsi. Significa, però, che oggi questa funzione si deve confrontare con un nuovo elemento di contesto che contribuisce, insieme ad altri, a ridimensionarne la conce-

zione antica o se si vuole a sfatarne il “mito”. È quanto, mi pare, possa trarsi anche da quell’affermazione, contenuta nell’ordinanza con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile il ricorso del Parlamento contro la richiamata sentenza del caso Englaro (ord. n. 334 del 2008), là dove si dice che l’atto del giudice non è atto legislativo ma giurisdizionale e, come tale, non determina alcun impedimento al potere politico ad intervenire a disciplinare (anche in senso difforme) la materia in questione (ancora priva di una regolamentazione legislativa). Dunque, si potrebbe dire non conflitto ma, appunto, concorso tra i due “diritti”²⁸.

A quest’ultimo riguardo, il secondo interrogativo che conviene porsi è se questo processo di riequilibrio nei rapporti tra legislatore e giudice non comporti dei rischi ove si traduca in un rapporto capovolto, che spinga sullo sfondo il ruolo del primo a fronte di una eccessiva valorizzazione del ruolo del secondo. È un rischio che molti hanno segnalato²⁹, auspicando che il rapporto tra diritto legale e diritto giurisprudenziale, sempre in materia di tutela di diritti, si mantenga in una sostanziale situazione di equilibrio, sviluppandosi all’insegna della reciproca integrazione e del reciproco condizionamento. Si tratta di una preoccupazione seria, ma alla quale non credo possa esserci oggi una risposta sicura, se non quella appunto di un auspicio che, come tale, appare certamente condivisibile, ma la cui realizzazione appare dipendere essenzialmente dalla dinamica che assumerà spontaneamente il rapporto tra i due “diritti”, non essendo pensabile un ritorno al passato, tanto meno se indotto da regole coercitive (ricordiamo tutti il tentativo recente di limitare per legge l’attività interpretativa del giudice sulla legge da applicare).

In conclusione, su questo punto, mi pare di poter dire che la situazione nella quale oggi viviamo confermi, almeno in parte quanto già affermato, ad esempio, da Kelsen quando sosteneva che “il parlamentarismo non è l’unica possibile forma reale in cui possa attuarsi l’idea di de-

²⁸ Una posizione molto diversa, se non opposta, a quella qui espressa è stata anche di recente sostenuta da Massimo Luciani, il quale considera l’attuale cambiamento del ruolo del giudice rispetto a quello del legislatore come una vera e propria anomalia, una seria rottura dei principi costituzionali in ordine alla divisione dei poteri (si veda M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in corso di pubblicazione su *Osservatoriosullefonti.it*, 1/2013).

²⁹ Così, ad esempio, A. RUGGERI, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento “intercostituzionale”*, in G. BARCELLONA, R. DI MARIA (a cura di), *Costituzione*, cit., 127 e ss. e G. PITRUZZELLA, *Processo di integrazione europea e teoria delle fonti; dalla sovranità della Costituzione al primato del diritto comunitario*, *ibidem*, 175 e ss.

mocrazia”³⁰ o da Schmitt, quando agli inizi degli anni '30, riflettendo su questi temi (Legalità e legittimità), scriveva che “Lo Stato legislativo (il diritto legislativo)”, “può essere considerato il veicolo tipico di un’era riformistica, corredata da programmi di partito, che cerca di realizzare il progresso sul piano legale parlamentare, per mezzo di leggi giuste, mentre lo Stato giurisprudenziale (il diritto giurisprudenziale) è caratterizzato dal fatto che, in esso, il giudice decide direttamente in nome del diritto e della giustizia”³¹ per arrivare alla stessa conclusione di Kelsen e, cioè, che “il parlamentarismo non è l’unica forma di integrazione sociale, ma solo uno dei metodi attraverso i quali tale integrazione si realizza”³². Mi pare che entrambi questi Autori cogliessero bene alcuni tratti della situazione che oggi si sta determinando; una situazione, nella quale, tramontata l’idea che solo il legislatore sia depositario in esclusiva della produzione del diritto, i rapporti tra diritto legale e diritto giurisprudenziale sembrano avviati ad assestarsi su una posizione di equilibrio bilanciato, operando ciascuno nel proprio ambito, ma concorrendo insieme a rendere effettiva (in nome della “giustizia”) la tutela dei diritti, senza alcuna relazione di tipo “gerarchico”. Se è forse eccessivo, guardando all’esperienza maturata nell’ambito del processo di integrazione europea, affermare, come peraltro qualcuno ha fatto³³ che l’integrazione per via giudiziaria (il riferimento è sempre alla tutela dei diritti fondamentali) ha ormai sopravanzato e in qualche modo sostituito quella che sono stati in grado di realizzare le istituzioni politiche, credo che sia difficile negare che, rispetto al passato, questa finalità veda oggi coinvolti una pluralità di soggetti e tra questi certamente anche i giudici. È a loro che va oggi ascritto il merito di aver “liberato” i diritti dalla cristallizzazione che hanno ricevuto nelle formulazioni che si ritrovano nelle diverse Carte, sviluppandone al massimo le potenzialità di significato, assicurandone al contempo il costante raccordo con il continuo sviluppo delle relazioni sociali (il che mi pare richiami molto da vicino quel principio di *presunzione della massima tutela delle libertà*, sul quale tanto ha insistito Barile³⁴).

Molti tendono a leggere questo fenomeno come un superamento

³⁰ H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, in *La democrazia*, trad. it. B. Fleury, Bologna 1988, 156.

³¹ C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, in *Le categorie del “politico”*, trad. it. G. Miglio, P. Schiera, Bologna 1972, 216.

³² C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano 1984, 274.

³³ Così R. CAPONI, *Democrazia, integrazione europea, circuito delle Corti costituzionali, dopo il Lissabon Urteil*, in www.astrid.eu.

³⁴ Cfr. P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, cit., 41 e ss.

(per alcuni già avvenuto) di alcuni dei principali tratti distintivi tra ordinamenti di *civil law* e ordinamenti di *common law*: alla legge si sarebbe sostituita la *rule of law*, ad un giudice che applica la legge, un giudice che ricerca e applica regole tratte dal concreto atteggiarsi dei rapporti tra soggetti sociali. A mio parere, questa interpretazione, soprattutto nelle sue versioni più assertive, non è del tutto convincente. Essa coglie certamente alcuni aspetti del fenomeno in atto, ma trascura il fatto che si tratta pur sempre di una tendenza e non di un processo già compiuto. Non solo, ma a me pare che tale fenomeno vada interpretato, senza spingersi a problematiche generalizzazioni, come l'avvio di una profonda trasformazione, di una profonda evoluzione del tradizionale sistema di tutela dei diritti, fatto proprio dallo Stato costituzionale; evoluzione che, tuttavia, si mantiene saldamente ancorata alla Costituzione (e alle altre Carte dei diritti) e alla legge. L'attività interpretativa del giudice si colloca in una sorta di intercapedine tra principi costituzionali (o di valore analogo) e legge, valorizzando le potenzialità dei primi e concorrendo con la seconda alla loro effettiva realizzazione.

Da questo punto di vista, non mi pare che si sia in presenza di un prepotente affermarsi di un *governo dei giudici* o di quella prevalenza dello Stato giurisdizionale sullo Stato legislativo, caratterizzata, per riprendere la citazione precedente, secondo Schmitt "da una *giustizia distinta dallo Stato*, intesa come *custode e garante di un diritto distinto dallo Stato, precedente e sovraordinato ad esso...*"³⁵. La tutela dei diritti mantiene, come accennato, il suo ancoraggio al diritto dello Stato, in specie a quello costituzionale nazionale non meno che a quanto di questo diritto è transitato in altri atti di livello sovranazionale. Il punto è che si tratta di un diritto diverso da quello legislativo, che aspira ad essere diritto stabile, volto alla conformazione dei comportamenti umani più attraverso l'enunciazione di principi che di regole, sì che quando dalla enunciazione formale dei diritti si passa alla loro effettiva garanzia, con il diffondersi di meccanismi di controllo sulla legge, ciò che emerge in primo piano è appunto la misura più ampia (o massima) della tutela, il che, direi fisiologicamente, apre il campo ad un modo assai più articolato e flessibile di intendere le relazioni tra legislatore e giudice.

³⁵ Nella visione di Schmitt, infatti, si accentua una sorta di contrapposizione tra Stato legislativo e Stato costituzionale, che pare alludere a due elementi in potenziale contrapposizione tra loro e destinate a prevalere l'uno sull'altro a seconda delle diverse stagioni politiche che un ordinamento attraversa (ma, per questa parte, la sua posizione non sembra corrispondere agli sviluppi attuali del rapporto tra diritto legale e diritto giurisprudenziale).

