

Diritto comunitario e patrimonio costituzionale europeo: cronaca di un conflitto insanabile*

di Alessandro Somma

(*Pubblicato in Diritti sociali e Servizio sociale. Dalla dimensione nazionale a quella comunitaria, Milano, 2005, pp. 79 – 118*)

SOMMARIO: 1. Il patrimonio costituzionale europeo: la solidarietà verticale e la solidarietà orizzontale. - 2. Segue: in particolare nell'esperienza tedesca. - 3. Verso la costituzione europea: dalla solidarietà al mercato. - 4. Il principio di non discriminazione e i diritti di terza generazione: le armi spuntate della solidarietà comunitaria. - 5. Giudici e legislatori nel conflitto tra diritto comunitario e patrimonio costituzionale europeo. - 6. Patrimonio costituzionale europeo e concorrenza fra ordinamenti. - 7. A mo' di conclusione: dal ridimensionamento dello stato sociale all'affossamento dello stato di diritto.

1. Il patrimonio costituzionale europeo: la solidarietà verticale e la solidarietà orizzontale

L'idea che lo stato debba predisporre meccanismi di redistribuzione della ricchezza - ed in tal senso promuovere la solidarietà fra appartenenti alla comunità statale - costituisce un punto di riferimento oramai acquisito nella riflessione sui compiti delle moderne democrazie occidentali: viene condiviso dai pensatori di formazione liberale, come da coloro i quali aderiscono ad impostazioni di altro segno. Tuttavia sui termini dell'esercizio della solidarietà il dibattito rivela la presenza di punti di vista radicalmente inconciliabili: tanto che, per molti fra i modelli di volta in volta analizzati, si rifiuta l'etichetta di solidarista e si propende per una loro attrazione entro visioni totalitarie del vivere consociato.

Una simile valutazione viene riferita da settori della cultura liberale alle costruzioni informate al principio di solidarietà orizzontale: le costruzioni che si fondano su misure ulteriori rispetto a quelle finanziate attraverso la previsione di

* Il lavoro si basa su una comunicazione dell'autore al Convegno "Diritti sociali e Servizio sociale. Dalla dimensione nazionale a quella comunitaria", tenutosi a Genova il 25 maggio 2004 nell'ambito delle iniziative della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova per "Genova capitale europea della cultura 2004".

doveri fiscali, il cui adempimento «offre la misura più sicura ed efficace della solidarietà»¹.

Le costituzioni occidentali - si osserva - contengono meccanismi assimilabili a quelli previsti dalla carta fondamentale italiana, secondo cui «tutti i cittadini» sono tenuti «a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva» (art. 53). Alcune recano inoltre norme concernenti le relazioni tra individui che devono informarsi a determinati canoni: come quelli - nuovamente ricavati dalla costituzione italiana fondata sull'idea che «a maggiori affermazioni di libertà debba necessariamente corrispondere una maggiore dose di solidarietà»² - concernenti l'«adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» (art. 2) o l'esercizio dell'iniziativa economica con modalità idonee ad indirizzarla «a fini sociali» (art. 41) o ancora di esercizio del diritto di proprietà in forme compatibili con la sua «funzione sociale» (art. 42) e con il proposito di «stabilire equi rapporti sociali» (art. 44). Ebbene, i meccanismi fiscali sono ammessi in quanto indirizzati a regolare misure - come l'erogazione di beni e servizi finalizzati a soddisfare diritti sociali - che comprimono il territorio del mercato, ma che tuttavia non pretendono di conformarlo. Mentre la previsione di massime solidariste concernenti il modo di essere dei rapporti economici tra privati - in quanto volte a plasmare i contenuti delle relazioni di mercato - realizzano propositi di politica del diritto da combattere a causa della loro matrice «totalitaria»³.

Per quanto incentrato sulla mera analisi di testi - e non anche sulle letture di volta in volta accreditate - l'orientamento possiede implicazioni notevoli, concernenti se non altro il clima culturale in cui si sviluppa il menzionato dibattito sulla solidarietà. In particolare, nel momento in cui rende il meccanismo solidaristico incompatibile con il meccanismo di mercato, l'orientamento conduce a rendere i confini in cui opera il primo una variabile dipendente dalla scelta circa l'estensione del secondo: tutta la sfera dell'azione individuale non interessata da un intervento diretto dello stato diviene dominio esclusivo del mercato.

E si tratta di una sfera decisamente in espansione per effetto della crisi che ha colpito il soggetto incaricato di dare attuazione al principio di solidarietà orizzontale: lo stato sociale, chiamato - secondo la felice espressione contenuta nell'art. 3 della costituzione italiana - a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale» che «impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese». Compito cui notoriamente fa riscontro la previsione di un sistema di diritti sociali, tra i quali si annoverano il diritto alla salute, con la garanzia di «cure gratuite

¹ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma e Bari: Laterza, 1998, p. 89.

² A. BARBERA, *Sub Art. 2*, in AA.VV., *Principi fondamentali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna e Roma: Zanichelli e Foro italiano, 1975, p. 97.

³ *Ivi*, pp. 18 ss. e 88 s.

agli indigenti» (art. 32), il diritto all'istruzione, con la previsione che ai «capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi», si assicura il raggiungimento dei «gradi più alti degli studi» (art. 34) e il diritto del cittadino inabile al lavoro e indigente «al mantenimento e all'assistenza sociale» (art. 38).

La crisi dello stato sociale viene amplificata dalle ricostruzioni di chi presenta la previsione circa l'intervento statale in funzione di riequilibrio economico e sociale come una caratteristica non diffusa nei testi costituzionali europei, i quali in molti casi lo presuppongono, omettendo tuttavia di formularlo espressamente in sede di enunciazione del principio di uguaglianza⁴.

L'orientamento prova troppo in quanto trascura la presenza in molte carte fondamentali europee di norme forse formalmente non sovrapponibili a quella contenuta nell'art. 3 della costituzione italiana e tuttavia ad essa assimilabili, in quanto volte ad enunciare un favore per lo sviluppo dei diritti sociali o a fornire un loro elenco più o meno esteso. Norme che - nei casi in cui non contemplano un esplicito obbligo di intervento pubblico - non per questo rendono meno azionabili i diritti cui si riferiscono, i quali sono pur sempre strutturalmente pensati in funzione di un comportamento positivo dello stato⁵.

Certo vi sono testi costituzionali risalenti - o modellati su documenti risalenti - in cui il tema dei diritti fondamentali viene inevitabilmente affrontato con impostazioni in linea con le massime liberali e quindi con attenzione prevalente al tema dei diritti civili: come la costituzione danese dei primi anni cinquanta, che ha mantenuto l'impianto delineato in due documenti della prima metà dell'ottocento. Eppure vi sono testi emanati prima della conclusione del secondo conflitto bellico - il quale inaugura l'epoca d'oro dei diritti sociali - e tuttavia non impermeabili rispetto al tema della solidarietà verticale.

Due di questi testi risalgono alla prima metà dell'ottocento. Sono la costituzione belga, riformata negli anni novanta per inserirvi tra l'altro la previsione del «diritto alla sicurezza sociale, alla tutela della salute e all'assistenza sociale», unitamente alla menzione del «diritto allo sviluppo culturale e sociale» (art. 23) e la costituzione olandese, emendata negli anni ottanta, in cui si affida ai «poteri pubblici» il compito di «assicurare i mezzi di sussistenza alla popolazione» e la «ripartizione della ricchezza» (art. 20) ed inoltre il compito di «garantire la salute della popolazione» e «condizioni sufficienti di abitazione» (art. 22).

Vi è poi un testo emanato nei primi decenni del novecento, in cui pure compaiono formulazioni assimilabili a quelle contenute nell'articolato italiano: la costituzione irlandese, secondo cui «lo stato si impegna a perseguire il benessere dell'intero popolo, assicurando e proteggendo effettivamente un assetto sociale nel quale la giustizia e la carità informino tutti gli istituti della vita nazionale» (art. 45).

⁴ A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna: Il Mulino, 2002, p. 69 ss.

⁵ Per tutti N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino: Einaudi, 1997, p. 68.

Ma - come anticipato con riferimento al testo italiano - è soprattutto per i prodotti del costituzionalismo del dopoguerra che il giudizio circa una residualità del sistema dei diritti sociali trova scarsi riscontri. Forse non lo si ricava in modo evidente dal preambolo della costituzione francese del 1946 - cui rinvia la costituzione attualmente in vigore - che con formula sintetica prevede la garanzia «all'individuo e alla sua famiglia» delle «condizioni necessarie per il loro sviluppo»: formula cui corrisponde fra l'altro un «dovere dello stato» di organizzare «l'insegnamento pubblico gratuito e laico in tutti i gradi» e «il diritto di ottenere dalla collettività i mezzi per un'esistenza dignitosa» a favore di «tutti gli esseri umani che a causa dell'età, dello stato fisico o mentale, della situazione economica, si trovano nell'impossibilità di lavorare»⁶.

Decisamente più esplicita è la costituzione greca che, pur essendo stata emanata negli anni sessanta, costituisce il prodotto del medesimo clima in cui hanno visto la luce le costituzioni concepite alla conclusione del secondo conflitto mondiale. Anch'essa segna il ritorno alla democrazia, succeduto alla sconfitta del cosiddetto regime dei colonnelli: una democrazia caratterizzata dalla garanzia di numerosi e dettagliati «diritti individuali sociali» (parte II). Questi ultimi discendono dalla previsione del «diritto di sviluppare la propria personalità» e «di partecipare alla vita sociale, economica e politica del paese» (art. 5), cui fanno riscontro - fra gli altri - il «diritto all'insegnamento gratuito ad ogni livello» (art. 16) e l'impegno dello stato a «creare le condizioni di piena occupazione» (art. 22) e ad assicurare «la protezione dell'ambiente naturale e culturale» (art. 24).

Lo stesso dicasi delle costituzioni portoghese e spagnola, pure esse emanate nel corso degli anni settanta, dopo il crollo delle dittature salazariana e franchista. La prima - nonostante le modifiche degli anni novanta ispirate dal proposito di informare il sistema economico alle massime di matrice liberale - continua a caratterizzarsi per il dovere statale di «aumentare il benessere sociale ed economico del popolo e in particolare degli strati sociali meno favoriti» (art. 81): dovere cui corrispondono tra l'altro un diritto di tutti «alla sicurezza sociale» (art. 63), «alla protezione della salute» (art. 64), «ad una abitazione di dimensioni adeguate in condizioni di igiene e conforto» (art. 65), «ad un ambiente di vita umano, sano ed ecologicamente equilibrato» (art. 66) e «all'educazione e alla cultura» (art. 73). Dal canto suo la costituzione spagnola definisce lo stato come «sociale e democratico di diritto» (art. 1) e gli attribuisce il compito di «eliminare gli impedimenti alla piena realizzazione» della libertà e dell'uguaglianza «dell'individuo e dei gruppi in cui esso si integra» (art. 9): compito da cui discende il riconoscimento «a tutti» di incisivi diritti sociali: ad

⁶ La valenza di simili affermazioni non viene diminuita dal loro essere collocate in un preambolo alla carta fondamentale: cfr. J. TAJADURA TEJADA, *Funzione e valori dei preamboli costituzionali*, trad. it. di S. Gerotto, in *Quad. cost.*, 2001, p. 509 ss.

esempio il «diritto all'educazione» (art. 27), il «diritto al lavoro» (art. 35) e «alla tutela della salute» (art. 43).

Risale poi agli anni settanta anche la legge fondamentale svedese «sulla forma di governo», che considera «obiettivo fondamentale dell'attività pubblica» la promozione del «benessere personale economico e culturale dell'individuo»: obiettivo da cui discende il «compito della pubblica amministrazione» di «tutelare il diritto al lavoro» e di «promuovere la cura e la sicurezza sociale e un buon ambiente di vita» (art. 2).

Formule simili sono diffuse anche tra le costituzioni recenti. La finlandese - prodotto di una riforma realizzata sul finire degli anni novanta - affianca al principio di uguaglianza formale solo la massima concernente la parità sostanziale tra i sessi che «deve essere promossa nelle attività sociali e nella vita lavorativa» (art. 6). Integrano tuttavia un più ampio principio di uguaglianza sostanziale - tra l'altro - la garanzia dell'istruzione superiore «anche in caso di mancanza di mezzi» (art. 16) ed il riconoscimento del diritto «alla sussistenza e alle cure necessarie», riconosciuto in capo a «tutti coloro che non sono in grado di procurarsi il fabbisogno richiesto per una vita dignitosa» (art. 19). Da notare anche «il diritto di ciascuno all'abitazione» (art. 19) e «ad un ambiente salubre» (art. 20).

La carta fondamentale italiana appare così in sintonia con le altre costituzioni europee che - anche se datate - non sono rimaste al riparo da interventi ispirati dal clima politico normativo affermatosi a far data dalla conclusione del secondo conflitto mondiale. E - si badi - non solo con riferimento alle massime solidaristiche concernenti il rapporto tra lo stato ed i consociati: una certa sintonia si registra anche con riferimento alle relazioni individuali che, secondo l'orientamento descritto in apertura, dovrebbero essere informate unicamente dalle massime del libero mercato: massime messe in crisi - oltre che dalle disposizioni finora ricordate: gli artt. 2 e 41 seg. - da previsioni quali il diritto del lavoratore «ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro ed in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia una esistenza libera e dignitosa» (art. 36) e «il diritto di collaborare nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi alla gestione delle aziende» (art. 46).

In tema di solidarietà orizzontale le carte fondamentali europee evitano di codificare massime generali ed astratte come quella contenuta nell'art. 2 della costituzione italiana o nel successivo art. 4: la disposizione secondo cui «ogni cittadino ha dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società» (art. 4)⁷. Massime peraltro neppure assenti, se riteniamo tali le disposizioni che dichiarano le posizioni contemplate dai diritti sociali tutelabili anche nei rapporti

⁷ Ad es. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano: Giuffrè, 1998, p. 131.

tra individui: come ad esempio nella costituzione portoghese l'affermazione che «i precetti costituzionali riguardanti i diritti, le libertà e le garanzie vincolano gli enti pubblici e privati» (art. 18) o nella costituzione greca la previsione secondo cui «i diritti dell'uomo inteso come individuo e come membro dell'insieme sociale» - quindi le massime ricavate dal «principio dello stato sociale di diritto» - interessano anche i «privati nelle specifiche forme dei loro rapporti» (art. 25). Per non dire poi delle norme capaci di sviluppare forme di solidarietà orizzontale attraverso indicazioni formulate all'indirizzo delle corti: come nella costituzione spagnola la norma per cui la «pratica giudiziale» deve informarsi ai «principi informatori della politica sociale ed economica» (art. 53).

Pertanto - si diceva - l'assenza di simili formule non prelude al proposito di trascurare il tema della solidarietà orizzontale. E ciò non si ricava solo dalle disposizioni potenzialmente relative ad entrambe le forme della solidarietà - la verticale e l'orizzontale - come le norme sul diritto al lavoro e sul diritto all'abitazione o come l'affermazione della carta irlandese che richiede di informare alla carità ed alla giustizia «tutti gli istituti della vita nazionale» (art. 45). Sono invero ricorrenti le limitazioni riferite ai diritti su cui classicamente si fonda il principio del libero mercato: le limitazioni all'esercizio dell'attività di impresa e del diritto di proprietà.

La schema trova riscontro nella costituzione portoghese, secondo cui l'iniziativa economica privata deve praticarsi «tenendo conto dell'interesse generale» (art. 61) e negli articoli greco e spagnolo, che impongono limiti all'uso della proprietà sulla base di considerazioni concernenti rispettivamente «l'interesse generale» (art. 17) o la «funzione sociale» (art. 33).

E si tratta di limitazioni che compaiono anche in testi emanati nella prima parte del novecento: come la costituzione irlandese che prescrive l'esercizio del diritto di proprietà in forme rispettose dei «principi della giustizia sociale» (art. 43) e che inoltre impone allo stato di indirizzare la sua politica affinché «la proprietà e il controllo delle risorse materiali della comunità siano distribuite tra i singoli individui e le diverse classi» e «la dinamica della libera concorrenza non sia consentita per quanto a essa consegua la concentrazione della proprietà o il controllo delle risorse primarie in mano a pochi individui» (art. 45).

2. Segue: in particolare nell'esperienza tedesca

Come si vede, il tema della solidarietà verticale ed orizzontale non costituisce una peculiarità del patrimonio costituzionale italiano e neppure delle sole «costituzioni confessionali» o delle costituzioni sorte «dal compromesso tra le

diverse forze politiche»⁸. Ciò si ricava - oltre che dalle formule appena elencate - dalla prassi applicativa esercitata su testi in cui compaiono espressioni differenti da quelle scelte dal costituente italiano.

Tra essi spicca la carta fondamentale tedesca, in cui si omette un esplicito riferimento alla tutela dei diritti sociali e non si riproducono massime concernenti il tema della solidarietà orizzontale: almeno se si prescinde per un verso dalla qualificazione dello stato tedesco come «stato federale democratico e sociale» (art. 20)⁹ e per un altro dalla disposizione secondo cui «la proprietà impone degli obblighi» ed «il suo uso deve al tempo stesso servire al bene della collettività» (art. 15).

Il costituente tedesco decise di non elaborare un articolato sistema di diritti sociali al fine di non prendere posizione - in un testo destinato oltretutto ad essere riformato in seguito alla riunificazione - su un tema oggetto di vivaci dispute. Ciò non ha tuttavia determinato lo sviluppo di una cultura costituzionale lontana da quella finora codificata nei testi analizzati¹⁰.

Dopo il crollo della dittatura nazionalsocialista due orientamenti contrapposti monopolizzarono il dibattito sui caratteri della costituzione economica. Due modelli che preludono a soluzioni differenti circa il peso da attribuire alle massime solidaristiche in senso verticale come in senso orizzontale: da un lato quello della «democrazia sociale» - fondato su una forma di pianificazione economica e sull'intervento diretto statale in determinati settori produttivi - e dall'altro quello della «democrazia neoliberale», in cui l'intervento in discorso si esaurisce nella definizione del quadro normativo necessario e sufficiente ad assicurare il confronto tra le forze del mercato¹¹.

Inizialmente il primo modello - di marca socialdemocratica - riscosse consensi superiori rispetto a quelli raccolti dal secondo di impronta ordoliberal: ha trovato riscontro presso alcune elaborazioni di matrice cristiano democratica e in alcune costituzioni regionali emanate prima della legge fondamentale¹². Così - a titolo esemplificativo - la Costituzione assiana affida al legislatore regionale il compito di «predisporre le misure necessarie ad indirizzare la produzione e la distribuzione», onde assicurare che il sistema economico si faccia carico «del benessere dell'intero popolo e della soddisfazione dei suoi bisogni» (art. 38). Similmente gli articolati

⁸ G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma e Bari: Laterza, 1996, p. 92.

⁹ V. anche l'art. 28 GG concernente l'ordinamento dei *Länder*.

¹⁰ Per tutti D. GRIMM, *Diritti sociali fondamentali per l'Europa*, in *Annali Fondazione Basso*, 2001, p. 7 ss.

¹¹ V. rispettivamente A. ARNDT, *Planwirtschaft*, in *SJZ*, 1946, p. 169 ss. e F. BÖHM, *Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung*, *ivi*, p. 141 ss.

¹² G. BRÜGGEMEIER, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus. Materialien zum Wirtschaftsrecht*, Bd. 2 (*Vom Faschismus bis zur Gegenwart*), Frankfurt am Main: Syndikat, 1979, p. 334 ss.

bavarese e bremiano recano un esplicito riferimento - rispettivamente - alla «ordinata produzione e distribuzione dei beni economici necessari a coprire il fabbisogno vitale» (art. 152) o ad assicurare «a ciascuno un'equa partecipazione ai risultati del lavoro» (art. 39)¹³.

Questo orientamento non incontrò il favore delle forze di occupazione statunitensi - intenzionate ad imporre modelli economici in cui fosse marcato il rifiuto di impostazioni stataliste - le quali impedirono tra l'altro una sua formalizzazione nella costituzione bavarese¹⁴.

I partiti politici impegnati nella redazione della legge fondamentale decisero così di non includervi riferimenti ad un suo particolare assetto. I cristiano-democratici - incalzati dai liberali - si accontentarono del menzionato riferimento allo stato tedesco come «stato federale democratico e sociale»: soluzione che i socialdemocratici - convinti di poter affermare la loro visione una volta conquistata la guida del paese - finirono per condividere¹⁵.

Peraltro le elezioni non premiarono la socialdemocrazia tedesca, che divenne opposizione in un parlamento dominato dai cristiano democratici, i quali - su pressione statunitense - rimisero la definizione delle linee di politica economica ad un noto fautore dell'economia sociale di mercato: locuzione che indica la situazione in cui i principi del libero mercato - in particolare la proprietà privata e la libera concorrenza - sono affiancati da un intervento statale volto a realizzare forme blande di perequazione sociale¹⁶.

Che una simile massima sia capace di descrivere il modo di essere dello stato sociale, viene anche recentemente sostenuto dal legislatore tedesco, che vi ha fatto riferimento in un accordo stipulato tra la Repubblica federale tedesca e la Repubblica democratica tedesca a pochi mesi dalla riunificazione¹⁷. E tuttavia una simile opzione viene da subito rifiutata dalla prassi applicativa, che ottiene nel merito il vaglio della giurisprudenza costituzionale. Con buona pace di chi - almeno implicitamente rifiutando l'esistenza di una terza via tra libero mercato ed economia pianificata - ritenne il principio dello stato sociale un massima incompatibile con il

¹³ Al proposito A. ARNDT, *Das Problem der Wirtschaftsdemokratie in den Verfassungsentwürfen*, in SJZ, 1946, p. 137 ss.

¹⁴ G. BRÜGGEMEIER, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, cit., p. 269 ss.

¹⁵ M. KITTNER, *Sozialstaatsprinzip*, in BGB - Alternativkommentar, 2. Aufl, Bd. 2, Neuwied etc.: Luchterhandt, 1989, p. 1402 s.

¹⁶ Il noto fautore dell'economia sociale di mercato - per l'esattezza colui che ha coniato il termine - è A. MÜLLER-ARMACK. Tra le sue opere v. *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik. Studien und Konzepte zur Sozialen Marktwirtschaft und zur europäischen Integration*, Freiburg: Rombach, 1966.

¹⁷ V. il Preambolo e l'art. 3 *Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik und der ehemaligen Deutschen Demokratische Republik* del 18 maggio 1990 - le prime disposizioni in cui compare l'espressione «economia sociale di mercato» - su cui ad es. H. J.- THIEME, *Soziale Marktwirtschaft und Wirtschaftspolitische Gestaltung*, 2. Aufl., München: Beck, 1994, p. 122 ss.

principio dello stato di diritto¹⁸ o tutt'al più da attuarsi entro i limiti indicati dal modello neoliberale dell'economia sociale di mercato¹⁹.

Invero nel corso degli anni cinquanta il giudice delle leggi ha affermato la piena compatibilità dei principii dello stato di diritto e dello stato sociale e precisato che il secondo comporta la promozione delle massime solidariste, a livello verticale come a livello orizzontale. Il principio dello stato sociale conduce infatti a considerare incostituzionale il comportamento tra privati capace di tradursi in sfruttamento del più forte sul più debole: conclusione formulata inizialmente con riferimento alla materia lavorativa²⁰ e dopo poco in ordine a tutte le materie informate al principio di libertà contrattuale, che deve essere inteso tenendo conto dei doveri dell'individuo verso la collettività²¹.

Alla luce di simili rilievi possiamo osservare come la retorica sulla crisi dello stato sociale costituisca la tappa necessaria di un percorso che mira al sovvertimento di tutto il complesso sistema dei valori di cui la formula costituisce espressione. La retorica alimenta il recupero dei modelli riassunti nella formula secondo cui occorre assicurare l'esclusiva attribuzione del dominio ai privati - ovvero il libero accesso alla proprietà dei beni - e dell'impero al sovrano²². Formula da cui discende il mito della separazione tra il diritto e la politica - sponsorizzato dalla retorica sulla tradizione giuridica occidentale - utilizzato per riproporre la contrapposizione tra società civile e potere politico²³: la quale - mentre genera una sorta di senso di colpa in capo al destinatario di prestazioni sociali²⁴ - produce forme di ipertutela dell'individuo²⁵ i cui costi potrebbero non essere inferiori al prezzo delle prestazioni in discorso.

Altrimenti detto la pretesa di mettere il mercato al riparo dall'intervento statale incide sul modo di essere del meccanismo solidaristico in senso orizzontale come in senso verticale. Invero - nel momento in cui viene filtrato dalla contrapposizione tra diritto e politica - il secondo finisce per esaurirsi in azioni volte esclusivamente alla promozione dei diritti civili e politici e per inibire invece lo sviluppo dei diritti sociali: i

¹⁸ E. FORSTHOFF, *Begriff und Wesen des Sozialrechtsstaates*, in *VVDStL*, Bd. 12 (1953), p. 8 ss.

¹⁹ H. C. NIPPERDEY, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, 3. Aufl., Köln etc.: Heymann, 1965, p. 21 ss.

²⁰ BVerfG, 17 agosto 1956, in *BVerfGE*, Bd. 5 (1956), p. 85 ss.

²¹ BVerfG, 12 novembre 1958, *ivi*, Bd. 8 (1959), p. 274 ss.

²² Formula utilizzata in sede di redazione del codice civile francese: cfr. *l'Exposé des motifs de la loi relative à la propriété par le conseiller d'état Portalis*, in *Code civil des français*, Vol. 4, Paris, 1804, p. 31.

²³ A. SOMMA, *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*, in *Ars interpretandi*, 2003, p. 341 ss.

²⁴ D. BRUNELLE, *Droit et exclusion. Critique de l'ordre libérale*, Montréal e Paris: L'Harmattan, 1997, pp. 13 s. e 202

²⁵ V. S. MAZZAMUTO, *Interessi pubblici e diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 582.

quali si realizzano attraverso comportamenti statali che preludono alla temuta commistione tra dominio ed impero.

Non solo: la contrapposizione tra diritto e politica alimenta una visione del primo come mera tecnica dell'amministrazione²⁶. Una tecnica chiamata - in un mondo oramai orfano del mito dello stato - a plasmare le forme di esercizio della democrazia, al fine di ridurle «a spazio circoscritto e funzionale al mantenimento dell'autonomia dell'economico e del primato della *ratio* produttiva»²⁷.

Assistiamo in tal modo alla riproposizione dell'«ordine razionale che la rappresentanza politica non può sovvertire» - l'ordine dei sovrani illuminati - la cui affermazione presuppone il blocco della «ovvia tendenza dei regimi democratici ad allargare le prestazioni pubbliche legate ai diritti»²⁸; situazione - un tempo garantita dal suffragio censitario unitamente alla certezza che il sovrano avrebbe emanato norme «solidali con il rinnovamento politico liberale borghese»²⁹ - ora assicurata dalla erezione delle scelte operate dalle istituzioni economiche internazionali a metro delle decisioni assunte dalle istituzioni statali³⁰.

Il tutto alimentato da un equivoco di fondo: che il non interventismo statale - incarnato dalla definizione di norme comportamentali meramente procedurali - sia capace di incentivare lo sviluppo di modelli di convivenza liberamente ispirati alle massime solidariste. Invero i modelli in discorso - le cosiddette forme del privato sociale - possono svilupparsi a fianco dello stato e del mercato solo a patto che l'ordinamento crei le condizioni per uno sviluppo in tal senso. Condizioni che non possono esaurirsi nell'emanazione di misure quali la previsione di un incentivo fiscale alle azioni altruiste: la costruzione del privato sociale diverrebbe altrimenti l'alibi per accelerare il «rafforzamento senza alternative del criterio del calcolo economico» e «della riduzione dell'uomo a soggetto di bisogni economici»³¹. Con il ch  il privato sociale cesserebbe di rappresentare un'alternativa allo stato ed al mercato e diverrebbe uno strumento attraverso cui ridurre il primo ai minimi termini ed espandere oltre misura il secondo: con buona pace di coloro che da un lato considerano la soluzione un modo per incentivare meccanismi solidaristici ma che dall'altro sottolineano come i secondi debbano restare estranei ai meccanismi di mercato.

²⁶ S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma e Bari: Laterza, 2002, p. 14 ss.

²⁷ P. BARCELLONA, *Dallo Stato sociale allo Stato immaginario. Critica della «ragione funzionalista»*, Torino: Bollati Boringhieri, 1994, p. 234 ss.

²⁸ Così R. BIN, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Dirfrall.htm>, p. 16 ss.

²⁹ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna: Il Mulino, 1976, p. 37 ss.

³⁰ R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, loc. cit.

³¹ P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli: Jovene 1996, p. 473.

3. Verso la costituzione europea: dalla solidarietà al mercato

Lo schema descritto - compressione della solidarietà tra individui e della solidarietà statale connessa allo svuotamento del meccanismo democratico - viene riprodotto a livello comunitario nella recente proposta di costituzione europea³². Come è noto l'articolato contiene - con le modifiche cui faremo tra breve riferimento - la Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza sul finire del 2000: testo la cui elaborazione ha tratto spunto da indicazioni non entusiasmanti circa il ruolo da riservare alle massime solidariste³³.

Certo - come sottolineato da più parti - la redazione di una costituzione europea rappresenta un indubbio passo avanti nella costruzione di un ordinamento finalmente attento ad aspetti ulteriori rispetto a quelli economici³⁴. E tuttavia ciò non può ritenersi sufficiente ed anzi dovrebbe alimentare preoccupazioni se si dimostrasse che l'interessamento per i temi sociali fosse l'alibi per snaturare il modo tradizionale di affrontarli ed imporre in sua vece soluzioni di fatto incompatibili con il patrimonio costituzionale europeo: ovvero con il complesso dei valori solidaristici illustrati e con i relativi principi democratici.

E proprio questa è l'impressione che si ricava da una lettura dell'articolato volta ad evitare eccessive forzature ermeneutiche - che certo possono legittimamente proporsi - e quindi teso a tenere conto del contesto culturale in cui il testo ha preso forma e non certo a favorire «interpretazioni di destra», costruite al solo fine di costruire «critiche di sinistra»³⁵.

Un richiamo alla solidarietà - come vicenda eventualmente relativa alle relazioni tra individui e tra essi e lo stato - compare nel preambolo all'intero articolato, nell'inciso secondo cui l'Europa «desidera operare a favore della pace, della giustizia e della solidarietà nel mondo». Poco dopo la solidarietà viene invece annoverata tra i fondamenti comuni agli stati membri, tuttavia come valore da iscrivere entro i confini dello stato di diritto e da coordinare con il principio di non discriminazione (art. I-2). Si allude poi alla «solidarietà tra le generazioni» (art. I-3) e, nella parte concernente la carta dei diritti fondamentali, si richiamano invece i «valori

³² *Progetto di Trattato che istituisce una costituzione per l'Europa*, CONV 850/03.

³³ Per tutti M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 384 ss.

³⁴ Per tutti S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI e S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna: Il Mulino, 2001, p. 57 ss. e S. GIUBBONI, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, in *Dir. Unione Europea*, 2003, p. 339 ss.

³⁵ Come sembra temere per tutti E. PACIOTTI, *La Carta: i contenuti e gli autori*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI e S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, cit., p. 9 ss.

indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà» (Preambolo Parte II).

E' evidente che almeno l'ultima disposizione è idonea a fornire letture in cui il discorso sulla solidarietà include una sua promozione oltre i limiti cui fa riferimento la cultura liberale. Specialmente se essa viene letta alla luce della disposizione concernente il riconoscimento e il rispetto - non tuttavia la promozione, magari attraverso istituzioni pubbliche³⁶ - del «diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa, volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti» (art. II-34): disposizione capace di concorrere alla «fondazione di un substrato assiologico della sicurezza sociale»³⁷ e più in generale di alimentare l'aspettativa di una «rivisitazione del nesso tra i principi ordinatori di solidarietà e concorrenza»³⁸.

E tuttavia simili letture sembrano efficacemente contrastate dal tenore di altre norme contenute nell'articolato e soprattutto dalla distinzione tra diritti e principi - operata entro le posizioni considerate dalla carta dei diritti fondamentali - che devono essere rispettivamente «rispettati» e solamente «osservati» (art. II-51). Ebbene, dai lavori preparatori si ricava che i secondi - in quanto sono «different from subjective rights in that they may call for implementation through legislative or executive acts»³⁹ - comprendono i diritti sociali i quali sono in tal modo degradati a norme programmatiche o, peggio, a posizioni la cui garanzia viene fatta dipendere dalle disponibilità economiche contingenti⁴⁰. Con ciò determinando un arretramento - oltre che rispetto alle tradizioni costituzionali degli stati - anche nei confronti della Carta di Nizza⁴¹. E realizzando una palese violazione di quanto - sulla scia di un orientamento consolidato⁴² - solennemente dichiarato nei documenti ufficiali delle

³⁶ R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, p. 343.

³⁷ D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli: Novene, 2003, p. 281 ss.

³⁸ S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: «conflitto» o «concorso»?*, in *Merc. conc. reg.*, 2004, p. 75 ss.

³⁹ *Working group II "Incorporation of the Charter / accession to the ECHR" - Working document 23* del 4 ottobre 2002, <http://european-convention.eu.int/docs/wd2/3420.pdf>

⁴⁰ Al proposito A. BERRAMDANE, *Les droits fondamentaux dans la Constitution européenne. La constitutionnalisation des droits fondamentaux*, in *Rev. dr. Union Européenne*, 2003, p. 613 ss. e C. PINELLI, *Il Preambolo, i valori, gli obiettivi*, in F. BASSANINI e G. TIBERI (a cura di), *Una costituzione per l'Europa. Dalla Convenzione europea alla Conferenza intergovernativa*, Bologna: Il Mulino, 2003, p. 39.

⁴¹ Così G. AZZARITI, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 335.

⁴² Da ultimo per tutti L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Id.*, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma e Bari: Laterza, 2002, p. 5 ss. e B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Torino: Giappichelli, 2003, p. 47 ss.

Nazioni unite con riferimento al rifiuto di una distinzione tra i diritti fondamentali, incompatibile con la loro qualificazione come «interdipendenti e interconnessi»⁴³.

Ma - come si diceva - è il contenuto complessivo dell'articolato a farci ritenere che esso induca scenari non in linea con il patrimonio costituzionale europeo. La conclusione trae conferma analizzando le disposizioni esplicitamente intitolate alla «solidarietà» (artt. II-27 segg.): esse alludono a situazioni che per un verso non esauriscono il tema - in quanto costituiscono in massima parte il «frutto di una semplificazione logica che ha assimilato i temi lavoristici alle politiche di *welfare*» - e per un altro preludono a politiche del diritto ispirate a modelli liberali⁴⁴ o quanto meno volte ad alimentare una «solidarietà pallida»⁴⁵ o ancora a preservare la tendenziale «frigidità sociale della costruzione comunitaria»⁴⁶.

E difatti una norma sancisce - oltretutto senza menzionare il ricorso allo strumento sindacale⁴⁷ - il diritto alla contrattazione collettiva, che tuttavia i fautori dell'economia di mercato non contestano, ma semplicemente intendono radicare a livello di singola unità produttiva (art. II-28). Gli stessi fautori non sono poi certo contrariati dalla disposizione che stabilisce un diritto alla tutela in caso di licenziamento ingiustificato, in quanto essa ben può esaurirsi in una monetizzazione della misura contestata (art. II-30). Ambigua ci sembra anche la disposizione in tema di diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione, che prelude all'affossamento delle esperienze cogestionali di origine tedesca⁴⁸ ed alla valorizzazione di strumenti di protezione modellati sui dogmi propagandati dall'analisi economica del diritto (art. II-27): dogmi pensati in funzione di un immaginario individuo razionale⁴⁹, che non a caso - come vedremo - costituisce il tipo umano di riferimento per la costruzione del sistema liberale di tutela dei consumatori.

La medesima commistione tra temi solidaristici e soluzioni liberali si rinviene nella disposizione concernente «il diritto di accedere alla prestazione sanitaria e di ottenere cure mediche» (art. II-35), che non viene affiancata da precisazioni - come quelle contenute in molte costituzioni nazionali - secondo cui agli indigenti le cure in

⁴³ Parte I-5 Dichiarazione e programma di azione deciso alla Conferenza Mondiale delle Nazioni Unite sui Diritti Umani (Vienna, 1993).

⁴⁴ P. F. LOTITO, *Sub Art. 27*, in R. BIFULCO et al. (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna: Il Mulino, 2001, p. 210.

⁴⁵ F.D. BUSNELLI, *Importanza e limiti dei valori fondamentali della carta europea*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova: Cedam, 2002, p. 137.

⁴⁶ Così M. ROCCELLA, *La Carta dei diritti fondamentali: un passo avanti verso l'Unione politica*, in *Lav. e dir.*, 2001, p. 332 - evocando la celebre immagine di Federico Mancini - che pure valuta positivamente le novità introdotte dalla Carta di Nizza.

⁴⁷ Al proposito R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali*, cit., p. 342.

⁴⁸ E. RIEDEL, *Sub Art. 27*, in J. MEYER (Hrsg.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 339.

⁴⁹ P. BAERT, *La teoria sociale contemporanea* (1998), trad. it. di R. Falcioni, Bologna: Il Mulino 2002, p. 207 ss.

discorso devono essere fornite in forma almeno tendenzialmente gratuita. E neppure si fa riferimento esplicito all'impegno diretto dei pubblici poteri, menzionato invece in altre fonti comunitarie (art. 152 Trattato CE), i quali possono in tal modo assolvere ai loro compiti senza predisporre - come precisa ad esempio la carta fondamentale spagnola - le «prestazioni e» i «servizi necessari» (art. 43).

E la lacuna non viene colmata dal riconoscimento dell'«accesso ai servizi d'interesse economico generale», finalizzato a «promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione» (art. II-36). La formula non intacca i principii comunitari in tema di esercizio delle attività economiche, i quali includono l'estensione delle massime sulla concorrenza ai servizi in discorso - perseguita oltretutto in modo tale da amplificarne la valenza liberale - comprese evidentemente quelle concernenti le limitazioni alla concessione di aiuti di stato⁵⁰.

Infine la commistione di temi solidaristici e soluzioni liberali traspare dalle disposizioni in tema di tutela dell'ambiente (art. II-37) e dei consumatori (art. II-38), che - nel momento in cui evitano accuratamente di ricorrere all'espressione «diritto» - non offrono spunti per un loro bilanciamento con il riconoscimento della libertà d'impresa (art. II-16)⁵¹: circostanza esemplificativa del proposito di risolvere la commistione in discorso - più che nella ricerca di una soluzione di compromesso - nella tendenziale progressiva compressione delle massime solidaristiche a favore di modelli ispirati al libero mercato.

La circostanza risulta particolarmente evidente se riferita al diritto dei consumatori. E' in effetti noto come, in un primo tempo, il relativo sistema di tutela sia stato ricavato dall'idea - mutuata dalla sociologia - che i comportamenti economici dei consociati sono condizionati da un sistema di incentivi e sanzioni sociali e che pertanto la loro tutela si ottiene esclusivamente attraverso forme di incisivo controllo sulle relazioni di mercato. Altrettanto note sono le attuali opposte tendenze - influenzate dalle scienze economiche - a vedere nel consumatore un individuo capace di operare scelte razionali e consapevoli: assunto da cui discende il proposito di esaurire la tutela nella mera garanzia di un elevato livello di informazioni sui termini dell'operazione di mercato. Il tutto al fine di alimentare un sistema di norme di carattere meramente procedurale in quanto tali inidonee a «livellare il campo di gioco»⁵², ma non anche ad istituire efficaci forme di controllo sui contenuti dei comportamenti economicamente rilevanti⁵³.

Lo stesso dicasi per la norma comunitaria in tema di tutela dell'ambiente che affronta il tema del controllo eteronomo sui comportamenti di mercato subordinando

⁵⁰ A. LUCARELLI, *Sub Art. 36*, in R. BIFULCO et al. (a cura di), *L'Europa dei diritti*, cit., p. 251 ss.

⁵¹ G. FURIGUELE, *Valori e limiti della carta dei diritti fondamentali*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, cit., p. 225.

⁵² S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma e Bari: Laterza, 1995, p. 48.

⁵³ A. SOMMA, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Torino: Giappichelli, 2003, p. 35 ss.

la tutela in discorso al principio - di sapore produttiviste - dello «sviluppo sostenibile»⁵⁴. Con ciò innovando rispetto a quanto stabilito dall'art. 6 Trattato CE - in cui la tutela ambientale viene eretta a limite della crescita economica - e soprattutto legittimando scenari ben diversi da quelli riconducibili ad una interpretazione dell'art. 2 della costituzione italiana capace di fondare «doveri di solidarietà ambientale» e per tale via di «confortare la prospettiva di una rilevanza giuridica unitaria della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema»⁵⁵.

Il rifiuto di concepire la disciplina dei diritti fondamentali in linea con il costituzionalismo europeo si coordina con una formulazione del principio di uguaglianza come valore concernente la formale - e «insincera»⁵⁶ - parità «davanti alla legge» (art. II-20). Principio epurato dai riferimenti a vicende di ordine sostanziale, che in tal modo determina una regressione del costituzionalismo europeo⁵⁷: ovvero un ritorno alla tradizione dello stato di diritto, interessato a realizzare forme di tutela della proprietà e della libertà d'impresa non mediate dalle riletture in chiave solidaristica tipiche dello stato sociale (artt. II-16 e II-17)⁵⁸. E a nulla serve invocare - in ordine all'esercizio del diritto di proprietà - il riferimento all'«interesse generale» come correttivo all'assolutezza del diritto⁵⁹. Invero la formula - utilizzata oltretutto per circoscrivere l'intervento statale e non l'esercizio del diritto - allude a vicende non sufficientemente connotate e si presta così a costituire il fondamento di politiche del diritto ispirate esclusivamente da logiche produttiviste: come del resto si evince dalle decisioni della Corte di giustizia delle Comunità europee dedicate a simili temi⁶⁰. E come sottolineato dall'esplicito rifiuto di codificare un riferimento alla «funzione sociale» come metro per le limitazioni al diritto di proprietà motivate dal perseguimento dell'«interesse generale»⁶¹.

⁵⁴ A. LUCARELLI, *Sub Art. 37*, in R. BIFULCO et al. (a cura di), *L'Europa dei diritti*, cit., p. 262. V. però G. GRASSO, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Progetto di costituzione europea*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 593 secondo cui «la nozione di sviluppo sostenibile contiene comunque in sé la tutela ambientale».

⁵⁵ F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. economia*, 2002, p. 231.

⁵⁶ U. ROMAGNOLI, *Sub Art. 3 c. 2*, in AA.VV., *Principi fondamentali*, cit., p. 164.

⁵⁷ Y. SALESSE, *Manifeste pour une autre Europe*, Paris: Editions du Félin, 2004, p. 71.

⁵⁸ U. ALLEGRETTI, *Diritti e Stato nella globalizzazione*, Troina: Città aperta, 2002, p. 142.

⁵⁹ G. VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati*, in ID. (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, cit., p. 65 ss.

⁶⁰ Ad es. sentt. *Nold* del 14 maggio 1974 (causa 4/73) e *Hauer* del 13 dicembre 1979 (causa 44/79), su cui A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano: Giuffrè, 2001, p. 218 ss..

⁶¹ Al proposito M. COMBA, *I diritti civili. Verso una nuova funzione della proprietà privata*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma e Bari: Laterza, 2003, p. 162 s.

4. Il principio di non discriminazione e i diritti di terza generazione: le armi spuntate della solidarietà comunitaria

A nulla serve inoltre l'enfasi con cui si proclama un omnicomprensivo divieto di discriminazione (art. II-21), rafforzato dall'affermazione della parità tra uomini e donne (art. II-23). Invero il divieto non consente di fondare diritti, ma semplicemente incide sull'attuazione di quelli previamente riconosciuti da altre fonti⁶²: risulta essere una formula destinata ad esaurire la propria funzione entro un impianto normativo che in ambito comunitario si mostra refrattario al riconoscimento dei diritti sociali. Una formula che avrebbe ben altra valenza solo ove fosse affiancata - come in molte costituzioni nazionali - da disposizioni attente alla promozione delle massime solidaristiche in senso verticale, in forme non caratterizzate dalla menzionata commistione con soluzioni di matrice liberale. Ché altrimenti si finisce per edificare un sistema volto a tutelare «la libertà della concorrenza e del mercato» ma non anche ad «assicurare l'eguaglianza in generale»⁶³.

Privo di un coordinamento con le massime solidaristiche, il divieto di discriminazione non consente neppure di incidere sul modo di essere delle relazioni interindividuali. In vicende quali la conclusione di un contratto tra parti dotate di una forza economica e sociale strutturalmente diseguale, il rispetto di quel divieto avviene alle condizioni decise dal mercato: ovvero consente esclusivamente di incidere sulla individuazione del contraente, ma non anche sulla determinazione dei termini dell'affare. In altre parole: i comportamenti indotti dal divieto di discriminazione - oltre a collocarsi fuori dall'orizzonte dei meccanismi solidaristici concernenti i rapporti tra lo stato ed i consociati - non sono il risultato di interventi eteronomi idonei ad incidere in modo sostanziale sull'autonomia privata.

La situazione muta solo in parte considerando le posizioni menzionate dall'articolato in connessione con il divieto di discriminazione e qualificate in termini di «diritti»: dei bambini «alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere» (art. II-24) , degli anziani «di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale» (art. II-25) e dei disabili «di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità» (art. II-26). Sono questi i cosiddetti diritti di terza generazione - dopo quelle dei diritti politici e civili e dei diritti sociali - modellati sulle caratteristiche che differenziano l'individuo dal punto di vista delle «maniere di essere nella società come infante, come vecchio, come malato, ecc.» ⁶⁴ .

⁶² A. CELOTTO, *Sub Art. 21*, in R. BIFULCO et al. (a cura di), *L'Europa dei diritti*, cit., p. 175.

⁶³ F. SORRENTINO, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 179 ss.

⁶⁴ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 67.

Caratteristiche che è opportuno mettere in risalto se non altro per ridimensionare l'idea - per certi aspetti fatta propria dalla carta fondamentale italiana - che la condizione di lavoratore sia lo strumento privilegiato «di identificazione dell'area debole e meritevole della società»⁶⁵.

Certo le posizioni cui alludono le norme richiamate sono qualificabili in termini di diritti sociali, i quali si riferiscono tuttavia ad aspetti della vita incapaci di incidere in modo diretto sui meccanismi di mercato. Il malato e il bambino sono individui non produttivi, che ricevono protezione da un ordinamento scarsamente interessato ai comportamenti dei consociati in età e nelle condizioni di assumere un ruolo attivo entro il sistema di produzione di beni e servizi.

E' parzialmente diverso il discorso ove riferito ai disabili - a favore dei quali ci si era inizialmente limitati a prevedere un divieto di discriminazione⁶⁶ - e in particolare al diritto all'inserimento professionale menzionato dall'articolo. Quest'ultimo si configura infatti come un vero e proprio diritto di prestazione capace di incidere sui meccanismi di mercato e di consentire in tale ambito l'attuazione di massime solidariste. Ma - come sappiamo - i diritti di prestazione sono considerati principi che in quanto tali devono essere semplicemente osservati e non anche rispettati.

Nel complesso la proposta di carta fondamentale europea costituisce così un testo incentrato su una visione solo politicamente corretta dei meccanismi di mercato: si mostra attenta al lessico sviluppato dalla cultura postmoderna ma in buona sostanza refrattaria a concepire interventi solidaristici volti a ridistribuire ricchezza attraverso strumenti ulteriori rispetto a quelli fiscali. Contribuendo in tal modo allo smantellamento dello stato sociale e con esso dei meccanismi di funzionamento del sistema democratico che - come il circuito della rappresentanza - tendono inevitabilmente ad alimentarlo o quanto meno a rallentare il ridimensionamento.

E non potrebbe essere altrimenti se non altro per l'azione di due tendenze caratterizzanti il processo di costruzione dell'unità europea. Da una lato la tendenza a dissolvere il nesso tra costituzione e stato⁶⁷ che determina un sostanziale disinteresse per i diritti fondamentali scarsamente rilevanti per coloro i quali condizionano il processo decisionale comunitario e quindi un'attenzione per le posizioni connesse con lo sviluppo del libero mercato: i diritti civili. Dall'altro la tendenza a concepire la sanzione a livello comunitario dei diritti sociali come fonte di scenari normativi incompatibili con il principio di sussidiarietà⁶⁸.

⁶⁵ G.G. BALANDI, *Parole chiave per un dibattito: lavoro, diritto*, in *Lav. e dir.*, 1997, p. 159.

⁶⁶ Al proposito M. OLIVETTI, *Sub Art. 24*, in R. BIFULCO et al. (a cura di), *L'Europa dei diritti*, cit., p. 202.

⁶⁷ M. FIORAVANTI, *Costituzione e politica: bilancio di fine secolo*, in L. ORNAGHI (a cura di), *La nuova età delle costituzioni*, Bologna: Il Mulino, 2000, p. 63 ss.

⁶⁸ T. TREU, *L'Europa sociale: problemi e prospettive*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, p. 329.

Sul punto torneremo nelle conclusioni. Prima ci sembra utile approfondire i termini del conflitto tra diritto comunitario e patrimonio costituzionale europeo, analizzando gli effetti di esso sull'assetto dei diritti interni ed il ruolo assunto nel merito dai diversi operatori nazionali.

5. Giudici e legislatori nel conflitto tra diritto comunitario e patrimonio costituzionale europeo

Gli ordinamenti nazionali - e non solo con riferimento alle norme direttamente emanate in virtù di un impulso proveniente dall'esterno - non sono evidentemente al riparo dal conflitto tra diritto comunitario e patrimonio costituzionale europeo e dalle evoluzioni in termini di valori da esso provocate.

Ciò riguarda in prima istanza la produzione legislativa, che nel passato ha talvolta rappresentato - anche nelle ipotesi in cui veniva ispirata dal proposito di accogliere le tradizionali istanze solidaristiche - il tentativo di circoscrivere le tensioni interventiste mostrate dalle corti e che nel presente mostra persino di ritenere eccessivamente penetranti i blandi modelli comunitari di tutela dei deboli.

Conferme di simili tentativi si ricavano dalla lettura della disciplina sulla contrattazione standard contenuta nel *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* del 1976. Il provvedimento codifica orientamenti consolidati della prassi applicativa con formule che tuttavia attenuano i poteri di intervento eteronomo sull'equilibrio del contratto esercitati dalle corti fin dagli anni cinquanta. Formule che - sia detto per inciso - sono amplificate dalla disciplina comunitaria sui medesimi aspetti la quale si fonda sull'articolato tedesco e costituisce pertanto una ulteriore tappa nel percorso verso l'affossamento dei discorsi solidaristici sviluppati in sede di risoluzione delle controversie⁶⁹.

Recentemente l'intento del legislatore di avversare il solidarismo nei discorsi sul mercato si ricava dal dibattito originato dalla proposta di integrare la carta fondamentale tedesca con la disposizione - da inserire significativamente dopo la norma sui diritti di libertà di cui all'art. 2 - secondo cui «ciascuno è esortato al sostegno del prossimo e al senso civico»⁷⁰. La proposta traeva spunto dalla considerazione che un simile invito avrebbe sviluppato la precisazione - contenuta nell'art. 14 della carta fondamentale - che «la proprietà contiene degli obblighi» e che «il suo uso deve al tempo stesso servire al bene della collettività». Considerazione che ha condotto alla bocciatura dell'iniziativa in quanto la

⁶⁹ Sul punto A. SOMMA, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, cit., p. 66 ss.

⁷⁰ Sul punto E. DENNINGER, *Verfassungsrecht und Solidarität*, in K. BAYERTZ (a cura di), *Solidarität. Begriff und Problem*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1998, p. 319 ss.

costituzione tedesca avrebbe altrimenti perso la caratteristica di documento volto a principalmente promuovere «la distribuzione e il controllo del potere statale» e «la definizione di diritti azionabili»⁷¹.

L'esperienza tedesca fornisce riscontri anche della tendenza ad alimentare modelli di impronta liberale anche oltre le intenzioni del livello comunitario. Lo ricaviamo con riferimento alla discussione suscitata dal recente disegno di legge sulla «prevenzione della discriminazione nel diritto privato» - occasionato dal proposito di dare attuazione alla direttiva 2000/43/CE in tema di «parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica»⁷²- in cui si prevede fra l'altro di inserire nel codice civile una norma secondo cui, nelle offerte contrattuali formulate pubblicamente e nei contratti concernenti un'occupazione, un trattamento medico o la formazione, nessuno può essere discriminato «per via del sesso, della razza, della provenienza etnica, della religione o della visione della vita, di un handicap, dell'età o dell'identità sessuale» (par. 319a).

Nella relazione di accompagnamento al provvedimento si presenta la proposta come il completamento del principio di uguaglianza sostanziale, che nella costituzione tedesca viene assicurato esclusivamente con riferimento alla parità di fatto tra uomini e donne (art. 3): completamento finora assicurato in modo non soddisfacente da un'applicazione mediata dei principi di livello superprimario, attraverso l'interpretazione delle clausole generali - specialmente quella della buona fede e del buon costume - contenute nel codice civile⁷³.

Ebbene, il disegno di legge in discussione - attaccato da più parti addirittura come articolato di sapore totalitario⁷⁴ - non viene ora difeso neppure dalle politiche che lo hanno concepito: socialdemocratici e verdi. Queste ultime reputano ora che esso rappresenti un'ingerenza paternalistica nella vita dei consociati e che abbia inoltre un valore solo simbolico «con il quale non si può realizzare nulla di concreto»⁷⁵.

Anche nel contesto italiano si registra una ritrosia del legislatore a definire strumenti di controllo eteronomo sull'attività privata, unitamente ad una sua disponibilità a ritoccare al ribasso i sistemi di solidarietà verticale anche a livello superprimario: come testimoniato dalla riforma del sistema della competenze statali e regionali che - includendo tra le prime «la determinazione dei livelli essenziali delle

⁷¹ BT-Drucks. 12/6000, p. 82 s.

⁷² Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht del 10 dicembre 2001, http://www.inpact-rlp.de/_themen/dos_antidis/entwurf_bmj_dez01.pdf.

⁷³ *Ivi*, p. 17.

⁷⁴ Citazioni in E. Picker, *L'antidiscriminazione come programma per il diritto privato*, trad. it. di A. Putignani, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 687 ss.

⁷⁵ Così una dichiarazione del Ministro federale della giustizia Brigitte Zypries del 6 luglio 2003, <http://www.bmj.bund.de/enid/fc.html>.

prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117) - si ritiene possa condurre a valorizzare il criterio del calcolo economico nella valutazione circa la rispondenza al dettato costituzionale delle normative concernenti la determinazione in discorso⁷⁶. Esito da cui scaturirebbe uno scardinamento dell'idea che la tutela dei diritti sociali - il cui costo non è necessariamente superiore rispetto a quello dei diritti civili⁷⁷ - debba essere qualitativamente non inferiore alla tutela dei diritti civili⁷⁸.

E anche nel contesto italiano ad una simile situazione si contrappone una prassi applicativa decisamente sensibile alla promuovere modelli di stampo solidarista. Sono invero consolidate - e confermate anche recentemente - affermazioni concernenti la «costituzionalizzazione dei rapporti di diritto privato», che impone fra l'altro di bilanciare «il valore costituzionale della iniziativa economica privata» con il «concorrente dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi»⁷⁹.

E lo stesso può essere affermato con riferimento all'attuazione delle massime solidaristiche in senso verticale e in particolare rispetto alla tendenza manifestata dalle corti a realizzare una espansione delle prestazioni pubbliche direttamente proporzionale ad una restrizione legislativa di quelle prestazioni⁸⁰.

Quanto riferito non autorizza a ritenere le decisioni delle corti espressione di politiche del diritto non più in linea con i tempi: tanto che persino il risicato spazio assicurato alle massime solidariste dal progetto di costituzione europea sarebbe «an inaccurate representation of a common concern»⁸¹. Autorizza al contrario a rilevare una sorta di conflitto tra un diritto comunitario di matrice liberale - cui tendenzialmente si ispirano i legislatori nazionali nella emanazione di norme primarie come nella riforma dei testi costituzionali⁸² - ed un diritto comune europeo espressione delle massime solidaristiche promosse invece dalle corti nazionali⁸³: le quali - come abbiamo mostrato - hanno non a caso codificato strumenti di intervento

⁷⁶ Cfr. G. SCACCIA, *Legge e diritti fondamentali nell'art. 117 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 548 s.

⁷⁷ Da ultimo R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, cit., p. 8 ss.

⁷⁸ Su cui da ultimo S. GAMBINO, *Cittadinanza e diritti sociali fra neoregionalismo e integrazione comunitaria*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 73.

⁷⁹ Cass. civ., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1929 ss.

⁸⁰ Citazioni in A. SOMMA, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, cit., pp. 66 ss. e 149 ss.

⁸¹ Così S. MILLNS, *Unravelling the Ties that Bind: National Constitutions in the Light of the Values, Principles and Objectives of the Constitution for Europe*, in J. ZILLER (dir.), *L'Européisation des droits constitutionnels à la lumière de la constitution pour l'Europe*, Paris: L'Harmattan, 2003, p. 103 s.

⁸² Ad es. G.G. BALANDI, *Diritti sociali e riforma dello stato sociale*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 53 ss. e S. GAMBINO, *I diritti sociali e la riforma federale*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 351 ss. con riflessioni sulla riforma in senso federale della costituzione italiana.

⁸³ A. SOMMA, *Comparing legal cultures. Tutela privatistica dei deboli e industrializzazione dal liberalismo al liberismo*, in *RJ*, 2001, p. 70 ss.

eteronomo sui meccanismi di mercato a partire da una rilettura delle codificazioni del diritto civile alla luce del diritto costituzionale solidarista⁸⁴.

Ma non è tutto. Il diritto comunitario non si pone in contrasto con il solo patrimonio costituzionale europeo. In discussione sono anche le linee di politica normativa accolte da due importanti accordi conclusi entro il Consiglio d'Europa e le Nazioni unite: rispettivamente la Carta sociale europea ed il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, entrati in vigore rispettivamente nel 1965 e nel 1976⁸⁵. I due testi prefigurano infatti un modello di mercato compatibile con la presenza statale che non finisce per essere - come nella prospettiva comunitaria - una vicenda da confinare oltre la sfera delle relazioni economiche: essi - oltre a prevedere articolati diritti sociali descritti ricorrendo alle formule condivise dal patrimonio costituzionale europeo - recano disposizioni influenti sul modo di essere del sistema produttivo attraverso una compressione in chiave solidaristica del diritto all'iniziativa economica e in ultima analisi del diritto di proprietà.

In particolare la Carta sociale europea - dopo aver affermato che «ognuno deve avere l'opportunità di provvedere alla propria sussistenza con un'occupazione» (parte I-1) - discorre di un «diritto alle giuste condizioni di lavoro» (art. 2), comprendente la garanzia di un remunerazione «sufficiente ad un decente livello di vita per sé e per la propria famiglia» (parte I-4): garanzia assente invece dal progetto di costituzione europea (art. 31), in cui si formula un «diritto di lavorare» di matrice liberale ma non anche un «diritto al lavoro» di stampo solidarista (art. 13)⁸⁶. Lo stesso documento codifica poi un diritto di costituire organizzazioni per la protezione degli «interessi economici e sociali» dei lavoratori (art. 5): affrontando in tal modo una materia su cui la carta comunitaria omette di esprimersi. E prevede inoltre un «diritto all'assistenza sociale e medica» in capo a chi «non disponga di risorse sufficienti» e «non sia in grado di procurarsele con i propri mezzi», rafforzato da un riferimento ai relativi compiti dei «servizi competenti di carattere pubblico o privato» (art. 13).

Il tutto viene confermato nella revisione dell'articolato predisposta nel 1996 in forme da cui emerge non il proposito di riproporre schemi politico normativi oramai superati - come vorrebbero alcuni - bensì il «segno dei tempi»⁸⁷. I quali oltretutto lasciano avvertire - come precisato nel rapporto del Consiglio d'Europa sull'accesso ai servizi sociali - «l'urgente necessità di una maggiore precisione nella definizione dei diritti» e di «adottare dei provvedimenti per superare gli ostacoli all'esercizio dei

⁸⁴ G. ALPA, *L'arte di giudicare*, cit., p. 101 s.

⁸⁵ E. RIEDEL, *Vorb. Art. 27*, in J. MEYER (Hrsg.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, cit., p. 339.

⁸⁶ Al proposito M.P. CHITI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 19 s. e G. COLLURA, *Cenni introduttivi sulla carte dei diritti*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, cit., p. 166.

⁸⁷ T. TREU, *Diritti sociali europei: dove siamo*, in *Lav. e dir.*, 2000, p. 437.

diritti sociali dovuti all'insufficienza di risorse»⁸⁸: necessità di cui il progetto di costituzione europea non sembra volersi curare in modo soddisfacente.

6. Patrimonio costituzionale europeo e concorrenza fra ordinamenti

A completamento delle riflessioni sulla sorte dei modelli solidaristici in area europea, occorre valutare l'impatto di un meccanismo la cui promozione sembra sia divenuto un punto fermo nella elaborazione delle politiche normative comunitarie: il meccanismo della concorrenza fra ordinamenti. Quest'ultimo si fonda sul principio di sussidiarietà formalizzato per la prima volta dall'Atto unico europeo del 1986 limitatamente alle politiche ambientali (art. 174 Trattato CE) e ribadito poi in termini generali con il Trattato istitutivo dell'Unione europea del 1992 (art. 5 Trattato CE).

Secondo il principio di sussidiarietà - al fine di alimentare il «rispetto delle identità nazionali degli stati membri» - occorre informare la produzione normativa comunitaria all'idea che «le competenze nazionali costituiscono la regola e quelle della Comunità l'eccezione»⁸⁹. Ciò sul presupposto che «le diversità non costituiscono ostacoli al commercio transnazionale» - comportando tutt'al più problemi facilmente risolvibili «rispetto a quelli che possono derivare dall'utilizzazione obbligatoria e vincolante di una iniqua od oscura norma giuridica nazionale»⁹⁰ - e che pertanto occorre contenere l'armonizzazione del diritto comunitario entro livelli minimi e ridimensionare le spinte iniziali verso la costruzione di un ordinamento dell'economia tendenzialmente uniforme⁹¹.

Il principio di sussidiarietà viene ricavato dalla teologia morale cattolica ed in particolare dall'affermazione che «siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere ad una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare»⁹². Esso non nasce dunque come espressione immediata di massime liberali e tuttavia - invocato come sappiamo dai fautori di un modello di costituzione europeo di stampo liberale onde inibire lo sviluppo di un sistema di diritti sociali - viene utilizzato per limitare il controllo delle strutture statali e sovrastatali sui comportamenti individuali⁹³.

⁸⁸ *Accesso ai diritti sociali in Europa*, Rapporto preparato da M. Daly, Strasburgo: Consiglio d'Europa, 2003, pp. 76 e 80.

⁸⁹ *Conclusioni della Presidenza al Consiglio europeo di Edimburgo* del 12 dicembre 1992.

⁹⁰ G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, 2. ed., Padova: Cedam, 2001, p. 14.

⁹¹ A. PADOA-SCHIOPPA, *Il diritto comune in Europa: riflessioni sul declino e sulla rinascita di un modello*, in L. MOCCIA (a cura di), *I giuristi e l'Europa*, Roma e Bari: Laterza, 1997, p. 41 s.

⁹² *Enciclica Quadragesimo anno* (1931).

⁹³ H. LECHLER, *Das Subsidiaritätsprinzip*, Berlin: Duncker & Humblot, 1993, p. 33 ss.

Da un simile obiettivo discende la rinuncia a prevedere strutture sovranazionali idonee a prevenire la violazione dei diritti «fuori dalle aule di giustizia»⁹⁴ e quindi a tratteggiare una linea di demarcazione tra le competenze statali e le competenze comunitarie in tema di solidarietà verticale. La rinuncia viene considerata una «fonte di incertezza» rispetto all'«esigenza di una salvaguardia effettiva dei diritti sociali»⁹⁵ ed invero essa conduce all'affossamento - oltre che del federalismo solidale - altresì del federalismo cooperativo ed al contestuale consolidamento in loro vece del federalismo competitivo⁹⁶: modello non a caso teorizzato dai fautori dell'economia sociale di mercato, cui - come sappiamo - si deve la formale avversione della costituzione tedesca nei confronti dello stato sociale.

Ma torniamo alla concorrenza tra ordinamenti per illustrare il percorso che ha condotto a collocarla al centro delle politiche normative comunitarie. Politiche concernenti il sistema di produzione dei beni e dei servizi, che tuttavia - in un contesto di mondializzazione - sono inesorabilmente destinate a coinvolgere in prima persona anche «le condizioni sociali di produzione di ciò che viene scambiato»⁹⁷.

Una prima tappa in tal senso costituisce lo sviluppo di un corollario del principio di sussidiarietà: l'ulteriore principio dell'*home country control*. Ad esso viene dato rilievo dal menzionato Atto unico europeo che, pur non realizzando trasformazioni epocali, concepisce il rilancio dell'azione comunitaria in termini di transizione dal modello detto del mercato unico verso un'idea di mercato fondata per un verso su livelli di armonizzazione dei soli aspetti ritenuti essenziali e per un altro sul principio del mutuo riconoscimento delle vicende restanti: solitamente di carattere amministrativo i primi e di rilievo privatistico le seconde⁹⁸. Si aprono in tal modo spazi per una competizione tra ordinamenti nazionali: «attraverso il mutuo riconoscimento delle regolamentazioni prodotte dai paesi di origine, l'armonizzazione viene delegata ad un processo competitivo tra regolamenti»⁹⁹.

⁹⁴ J.H.H. WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 529.

⁹⁵ O. DE SCHUTTER, *La garanzia dei diritti e principi sociali nella «Carta dei diritti fondamentali»*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, cit., p. 194 ss.

⁹⁶ Sulle menzionate forme di federalismo da ultimo S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna: Il Mulino, 2003, p. 282 ss.

⁹⁷ A. PERULLI, *La promozione dei diritti sociali fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, p. 157.

⁹⁸ Al proposito R. H. HAYDER, *Neue Wege der europäischen Rechtsangleichung?*, in *RabelsZ*, Bd. 53 (1989), p. 622 ss. e L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici*, Trento: Università degli Studi di Trento, 1996, p. 329 ss.

⁹⁹ N. REICH, *Competition between legal orders: a new paradigm of EC law?*, in *29 Common Market L. Rev.*, 1992, p. 861.

Con specifico riferimento alla circolazione di beni e servizi, l'attuazione del principio dell'*home country control* conduce ad un sistema di controllo affidato al paese in cui sono stabiliti il produttore o l'erogatore, al quale deve attenersi il paese destinatario dei beni e dei servizi: schema che ha trovato tradizionalmente applicazione nel settore assicurativo¹⁰⁰.

In materia di circolazione delle persone, un sistema di norme che prelude all'applicazione del principio dell'*home country control* viene definito dal Trattato CE. Quest'ultimo stabilisce da un lato che «le società costituite conformemente alla legislazione di uno stato membro» sono equiparate «alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli stati membri» (art. 48) e che sono pertanto tutelate dal divieto di «restrizione alla libertà di stabilimento» (art. 43). Dall'altro affida al Consiglio e alla Commissione il compito di uniformare «le garanzie che sono richieste negli stati membri alle società» al fine di «proteggere gli interessi tanto dei soci come dei terzi» (art. 44).

E' noto che il proposito enunciato da quest'ultima disposizione è allo stato destinato a restare per molti aspetti lettera morta e che pertanto un sistema di concorrenza tra ordinamenti pone non pochi problemi dal punto di vista della tutela dei soci e dei creditori. Certo non di tutti i creditori: la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali mette la materia lavoristica al riparo dalla concorrenza tra ordinamenti, valorizzando fra l'altro la «legge del paese in cui il lavoratore in esecuzione del contratto compie abitualmente il suo lavoro» (art. 6).

Problemi residuano tuttavia in tema di relazioni industriali: in particolare con riferimento al sistema tedesco della cogestione, interessato oltretutto da un recente provvedimento che ha ampliato le materie cui esso si riferisce¹⁰¹. Invero la disciplina delle relazioni industriali appartiene al diritto societario, sicché essa viene interessata dai medesimi meccanismi previsti per la tutela dei soci e dei creditori diversi dai lavoratori dipendenti. Questi ultimi hanno la certezza di un livello di protezione rispondente alle linee di politica del diritto individuate dallo stato in cui opera la società, solo in presenza di norme di diritto internazionale privato capaci di ostacolare esasperate applicazioni del principio di sussidiarietà. Norme che per l'individuazione dello statuto societario codificano criteri sostanziali di collegamento, come in particolare il riferimento al luogo in cui l'ente ha la sua sede effettiva.

Ad altra conclusione si perviene in presenza di un sistema di diritto internazionale privato che ammette unicamente criteri formali di collegamento: ad esempio quelli che consentono di radicare l'ente nell'ordinamento in cui esso viene

¹⁰⁰ V. AFFERNI, *I servizi assicurativi*, in A. Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino: Giappichelli, 2000, p. 447.

¹⁰¹ M. WEISS, *La cogestione in Germania: una recente modifica*, trad. it. di S. Spattini, in *Dir. rel. ind.*, 2001, p. 643 ss.

formalmente costituito, senza considerazione per il luogo dell'effettivo esercizio dell'attività. Quest'ultimo sistema - seppure con alcuni limiti stabiliti da norme di diritto amministrativo - caratterizza in particolare l'esperienza inglese. Nell'Europa continentale - con alcune eccezioni e tra esse l'ordinamento olandese e per certi aspetti lo svizzero - lo statuto societario si individua invece ricorrendo unicamente o prevalentemente al criterio della sede effettiva dell'ente

L'impianto politico normativo di cui si sono dotati i principali ordinamenti europei continentali risulta ora sconvolto da una decisione della Corte comunitaria, che ha «formalmente inaugurato il mercato europeo degli ordinamenti societari»¹⁰²; ha infatti stabilito che il nesso con l'ordinamento si individua attraverso criteri formali e che in tal modo esso costituisce una vicenda messa al riparo dall'applicazione di misure protezionistiche da parte dei giudici¹⁰³.

Molti - analizzando l'esperienza statunitense in cui la concorrenza tra ordinamenti statali costituisce un fondamento del diritto societario - hanno documentato come essa sia capace di produrre una «corsa verso il basso»¹⁰⁴. Ora un simile esito sembrerebbe impedito con riferimento all'assetto dei meccanismi solidaristici: interessati per un verso dalla previsione di standard comunitari minimi di assistenza sociale e per un altro da meccanismi di diritto internazionale privato fondati su criteri di collegamento di tipo sostanziale.

Gli standard in discorso - come abbiamo visto - sono tuttavia relativi a posizioni definite in termini di principi e quindi di canoni normativi che devono essere semplicemente «osservati». Essi sono poi diminuiti rispetto a quelli contemplati dal patrimonio costituzionale europeo e sono forse destinati a ridursi ulteriormente, ad esito paradossale del tentativo di utilizzare la competizione normativa per incentivare un innalzamento dei livelli di tutela sociale: innalzamento che i legislatori nazionali sarebbero indotti a realizzare, al fine di attrarre manodopera¹⁰⁵ o eventualmente investitori interessati ad operare in sistemi economici in cui vi sia tendenzialmente pace sociale. E ciò a prescindere dalla constatazione che un simile esito presuppone scenari di piena occupazione - o quanto meno di scarsa disoccupazione - in assenza dei quali il modello della concorrenza tra ordinamenti determina solo forme di *dumping* sociale¹⁰⁶.

¹⁰² R. WEIGMAN, *Nota*, in *Giur. it.*, 2000, p. 767.

¹⁰³ Sent. *Centros* del 9 marzo 1999 (causa 212/97). Il senso della decisione trova conferma nelle sentt. *Überseering* del 5 novembre 2002 (causa 208/00) e *Inspire Art* del 30 settembre 2003 (causa 167/01).

¹⁰⁴ W. L. CARY, *Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware*, in 83 *Yale Law Journ.*, 1974, p. 663 ss.

¹⁰⁵ Citazioni in D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, cit., p. 229 s.

¹⁰⁶ *Ivi*, p. 233 ss. V. anche G. BRONZINI, *La costituzione europea e i diritti sociali*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, p. 639 e V. ROPPO, *Verso un mondo globalizzato: trasformazioni economiche, mutamenti sociali, risposte politiche*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 522.

Occorre infatti valutare che lo stesso modello - incentivando la mobilità della forza lavoro - è idoneo a produrre forme di «turismo sociale», per cui i lavoratori sono portati trasferirsi nei paesi in cui minore è la pressione fiscale - e di conseguenza più ridotte le strutture dello stato sociale - nella fase della loro vita in cui possono presumibilmente accontentarsi di un livello contenuto di assistenza statale e a prestare invece la loro opera in ordinamenti più attrezzati in tal senso nelle fasi successive della loro esistenza¹⁰⁷. Con il risultato che, nell'arco di pochi anni, i sistemi caratterizzati da forme estese di protezione sociale sono destinati a fare i conti con una diminuzione dei finanziamenti a ciò destinati: esattamente come negli ordinamenti in cui si ammettono sistemi statali e sistemi privati di assicurazione sanitaria - i quali tendono a rapportare il premio al livello di rischio tipico della fascia di età dell'assicurato - i primi sono destinati ad attirare i soli cittadini bisognosi.

Il tutto senza considerare che da più parti si formulano richieste di impedire il turismo sociale dei cittadini comunitari forse più interessati ad aumentare il proprio livello di sicurezza sociale: i cittadini dell'est - particolarmente affezionati allo sviluppo di sistemi di solidarietà verticale¹⁰⁸ - a danno dei quali si propende per una estensione in blocco dei diritti civili, ma solo progressiva dei livelli di stato sociale¹⁰⁹. Ebbene, i cittadini in discorso sono ostacolati nella libera circolazione in quanto la loro migrazione verso ovest determinerebbe insostenibili costi aggiuntivi a danno dell'erario dei paesi occidentali¹¹⁰.

6. A mo' di conclusione: dal ridimensionamento dello stato sociale all'affossamento dello stato di diritto

Il diritto comunitario alimenta così un sistema di valori che paiono inconciliabili con il patrimonio costituzionale europeo o che almeno sono tendenzialmente capaci di affossarlo. Occorre peraltro avvertire che un simile esito non interessa i soli diritti sociali: abbiamo visto come il loro contrasto - dovendo intaccare i meccanismi della rappresentanza democratica naturalmente portati a difendere le istituzioni dello stato sociale - debba necessariamente passare dallo snaturamento dei principi dello stato di diritto.

¹⁰⁷ C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino: Giappichelli, 2000, p. 181 s.

¹⁰⁸ C. FOLRES JUBERIAS, *Il dibattito sui diritti sociali nel costituzionalismo postcomunista*, in *Dir. e soc.*, 2001, p. 309 ss.

¹⁰⁹ T. TREU, *Le regole sociali europee: quali innovazioni?*, in *Europea e dir. priv.*, 2004, p. 50 s.

¹¹⁰ H. SODAN, *EU-Osterweiterung und soziale Sicherungssysteme*, in *JZ*, 2002, p. 53 ss.

A ben vedere un simile scenario si mostra compatibile con un certo modo di concepire il liberalismo o - meglio - con una delle sue componenti principali: il liberalismo economico o liberismo, inteso come la «la teoria che il modo migliore di promuovere lo sviluppo economico e il benessere generale è quello di rimuovere gli ostacoli all'iniziativa privata» e di abbandonarla «a se stessa». A diversa conclusione si giunge invece misurando i risvolti delle tendenze in atto dal punto di vista del liberalismo politico: il movimento connesso con «l'affermazione dell'esigenza del governo parlamentare, della libertà di voto e dell'estensione del diritto di voto, della libertà di stampa, della separazione del potere secolare da quello religioso, delle giurie popolari, e così via»¹¹¹.

Ebbene il liberalismo politico finisce per essere sacrificato sull'altare della lotta allo stato sociale che - in tal modo - esordisce come movimento volto al recupero dello stato di diritto, per trasformarsi poi inesorabilmente nel suo contrario. Alimentando il rischio di una riproposizione dei medesimi scenari che hanno caratterizzato la ristrutturazione del sistema capitalista realizzata dal fascismo tra le due guerre mondiali¹¹².

Certo affiancare fascismo e liberismo potrebbe apparire azzardato. Quest'ultimo - ricorrendo a formule di sapore naturalista - ripudia l'idea di un intervento dello stato nell'economia e valorizza al contrario l'ordine spontaneamente prodotto dal mercato: considerato «un sistema di trasmissione di informazioni neutrale rispetto ai fini» o un'istituzione «che consente di soddisfare le aspettative soggettive indipendentemente dalle decisioni e dal controllo del potere politico»¹¹³. E dal canto suo il fascismo muove critiche definitive all'astrattezza di impronta naturalista¹¹⁴: in particolare all'*homo oeconomicus* - prodotto tipico del naturalismo - legato ad «una particolare transitoria ed approssimativa condizione dell'assetto produttivo britannico durante la prima metà del secolo scorso»¹¹⁵.

Pertanto la via fascista al superamento della divisione tra politica ed economia - massima in cui sono riassunti i termini della concezione liberale del vivere consociato - produce forme di assottigliamento della seconda: quella sintetizzata nella identificazione della «suprema finalità nazionale» con «l'interesse superiore della produzione»¹¹⁶, che si esprime nella valorizzazione dei cittadini come

¹¹¹ J.A. SCHUMPETER, *Storia dell'analisi economica* (1954), trad. it. di P. Sylos-Labini e L. Occhionero, Vol. 2 (*Dal 1790 al 1870*), Torino: Bollati Boringhieri, 1990, p. 480 ss.

¹¹² Cfr. A. SOMMA, *Parallele convergenti: La comune matrice del fascismo e del liberismo giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 61 ss.

¹¹³ R. CUBEDDU, *Atlante del liberalismo*, Roma: Ideazione, 1997, pp. 36 e 40.

¹¹⁴ G. PERTICONE, *Sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, in AA.VV. *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa, 1943, p. 55 s.

¹¹⁵ C. COSTAMAGNA, *La riforma della scienza giuridica. La dottrina giuridica dello Stato e la sua crisi*, in *Lo Stato*, 1933, p. 563.

¹¹⁶ Sul punto ad es. L. ORNAGHI, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Milano: Giuffrè, 1984, p. 119 ss.

produttori¹¹⁷ o consumatori¹¹⁸, in quanto tali investiti di una «funzione nazionale o sociale»¹¹⁹. Il tutto assecondando le richieste di un capitalismo all'epoca contrariato dalla separazione tra società e stato perché bisognoso di instaurare una rete di rapporti «ordinati»¹²⁰. Un capitalismo interessato infatti a «superare l'anarchia attraverso l'organizzazione della produzione»¹²¹ e a disfarsi del rischio d'impresa nei settori caratterizzati da forte instabilità o bassa redditività per il capitale privato¹²².

Ora il fatto che il sistema economico non sia attualmente interessato a forme di interventismo assimilabili a quelle del ventennio - il che è tuttavia da dimostrare - non muta la sostanza della nostra riflessione. Invero nella prospettiva del liberismo lo sviluppo di meccanismi solidaristici assume rilievo - in concorso con i meccanismi di controllo sull'ordine pubblico - prevalentemente in quanto strumento di pacificazione sociale, funzionale ad un utilizzo della forza lavoro sulla base di accordi stabili e prevedibili. Strumento che la mondializzazione dell'economia rende in parte superfluo in quanto il meccanismo di produzione del profitto - complice il processo di finanziarizzazione dell'economia - risulta sempre meno dipendente dalla dimensione territoriale¹²³.

Da ciò discende il minore interesse per il mantenimento di meccanismi di redistribuzione della ricchezza che pure costituivano un orizzonte delle politiche del ventennio¹²⁴. E da ciò discende il rischio concreto che il processo di ridimensionamento dello stato sociale sia rapido ed irreversibile e che con esso siano affossate le istituzioni della democrazia¹²⁵, di cui - come abbiamo visto - il liberismo può fare a meno.

Insomma il patrimonio costituzionale europeo e il diritto comunitario sono espressione di sistemi di valori sovente inconciliabili. Il primo sponsorizza le massime solidaristiche considerate - all'epoca in cui riscuotevano successo presso il potere politico - un argine contro le involuzioni totalitarie. Nel diritto comunitario il

¹¹⁷ *Relazione al Re* n. 13, cit. da G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER e G. DALLARI, *Codice civile - Libro della proprietà illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Milano: Giuffè, 1941, p. 43.

¹¹⁸ G. STAMMATI, *L'impresa nell'ordinamento corporativo*, in *Dir. e prat. comm.*, 1940, I, pp. 117 e 121.

¹¹⁹ L. MOSSA, *Modernismo giuridico e diritto privato* (s.d.), in *Id.*, *L'impresa nell'ordine corporativo*, Firenze: Sansoni, 1935, p. 50 s.

¹²⁰ C. ROSSELLI, *La realtà dello Stato corporativo. Corporazione e rivoluzione* (1934), in C. CASUCCI (a cura di), *Interpretazioni del fascismo*, Bologna: Il Mulino, 1982, p. 378.

¹²¹ P. TOGLIATTI, *Lezioni sul fascismo* (1935), Roma: Editori Riuniti, 1970, p. 149 s.

¹²² Ad es. V. CASTRONOVO, *Il potere economico e il fascismo*, G. GUAZZA (a cura di), *Fascismo e società italiana*, Torino: Il Mulino, 1973, p. 79 ss.

¹²³ Ad es. M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna: Il Mulino, 2002, p. 47 ss.

¹²⁴ U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro durante il fascismo: uno sguardo d'insieme*, in A. MAZZACANE, M. STOLLEIS e A. SOMMA (a cura di), *Il corporativismo nelle dittature sudeuropee*, Baden-Baden: Nomos, 2004 (in corso di pubblicazione).

¹²⁵ G.G. BALANDI, *Parole chiave per un dibattito*, cit., p. 152 s.

nesso tra democrazia politica e stato sociale sembra invece non costituire una massima a cui informare la costruzione normativa delle relazioni tra individui e tra questi ultimi e lo stato. Forse in quanto la dittatura del mercato - diversamente dalle dittature del secolo breve¹²⁶ - si alimentano di una retorica del potere incapace di evocare scenari catastrofici ma non per questo innocui dal punto di vista dei loro risvolti sociali.

¹²⁶ E.J. HOBSEBAWM, *Il secolo breve. L'epoca più violenta della storia dell'umanità* (1994), trad. it. di B. Lotti, Milano: RCS Libri, 1997.