



Rivista N°: 3/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 16/07/2021

AUTORE: Francesco Medico*

IL RUOLO DELLA CARTA DI NIZZA E LA QUESTIONE SOCIALE: CI PUÒ ESSERE SOLIDARIETÀ SENZA INTEGRAZIONE POLITICA?

Sommario: 1. La Carta di Nizza come zenit del processo di Integration through Law. – 2. Classiche divergenze tra libertà economiche e diritti sociali: una differente regola del conflitto. – 3. La cittadinanza europea, la normative deficiency del principio di non discriminazione e la svolta Bauer sugli effetti orizzontali: il problema della redistribuzione. – 4. L'utilizzo della soft law e il social displacement: la "fuga" dalla Carta. – 5. Le misure di austerità e il diritto della crisi: la deferenza della Corte di giustizia. – 6. La solidarietà nella Carta di Nizza: i limiti di una visione postdemocratica e la protezione light dei diritti sociali.

1. La Carta di Nizza come zenit del processo di Integration through Law.

Il presente contributo si propone l'obiettivo di indagare alcuni dei principali «usi»¹ della Carta di Nizza, a vent'anni dalla sua approvazione, in relazione alla *questione sociale*. In questa prospettiva, si individueranno diversi *case studies* attraverso i quali porre in evidenza l'impatto che la CDFUE ha provocato nei rapporti tra ordinamenti, adottando un'analisi che sottolinei la prospettiva peculiare del diritto sovranazionale in rapporto alla solidarietà, ne tenti un'opera di razionalizzazione unitaria e ne individui le linee direttrici e i limiti intrinseci. Con un costante chiaroscuro di questo *excursus* costituzionale: il modello del costituzionalismo democratico² presente all'interno degli Stati membri, in cui risulta consolidata la presenza di un elevato grado di solidarietà politica³ tra i consociati. Per far ciò si è scelto di suddividere lo studio in due grandi blocchi: da una parte, l'analisi della giurisprudenza sulla Carta di Nizza in un

* Dottorando in diritto costituzionale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'*Alma mater studiorum* Università di Bologna.

¹ Ricalcando la formula, in relazione alla Costituzione repubblicana, di, A. RUGGERI, *Teorie e «usi» della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2007, pp. 519 e ss.

² M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica come autonomo «tipo» storico*, in Id., *La costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del Ventesimo secolo*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 181 e ss., che identifica tre elementi costitutivi di questo modello: l'inclusione del conflitto sociale, la dimensione dell'inviolabilità, ovvero l'intangibilità di alcuni principi supremi, e l'equilibrio tra i poteri di indirizzo politico e di garanzia.

³ S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Politica del diritto*, n. 4, 2012, pp. 525 e ss.

contesto di diritto “ordinario”, fuori dalle logiche di eccezionalità; e, dall’altra, lo studio delle applicazioni della Carta nel cd. *diritto della crisi*⁴, in cui è noto come le tensioni tra disciplina di bilancio e rispetto dei diritti fondamentali risentano di dinamiche peculiari ed estranee alla *normalità*.

Prima, però, di entrare nell’approfondimento di questa ricerca, si impongono alcune brevi considerazioni iniziali sul *contesto* in cui si inserisce la Carta dei diritti europea e su cosa essa abbia rappresentato nel dibattito costituzionale sull’Europa. Senza dubbio, infatti, non si può non considerare l’entrata in vigore («con lo stesso valore giuridico dei Trattati»⁵) della Carta di Nizza nel 2009 come un’importante tappa del diritto europeo, proprio perché con essa si manifestano evidenti ed importanti risvolti ordinamentali, lambendo nuovamente – dopo il fallimento della Convenzione europea⁶ – la *materia costituzionale*, attraverso un rinnovato «momento della scrittura»⁷ intorno al discorso sui diritti fondamentali. Si è parlato, a questo proposito, con l’entrata in vigore della Carta dei diritti europea, di una «rights revolution»⁸, che ha ingenerato una trasformazione dell’ordinamento europeo e, a cascata, del mandato della Corte di giustizia, facendo giungere parte della dottrina a considerare quest’ultima – proprio in virtù della nuova funzione acquisita grazie alla Carta – una vera e propria «human rights court»⁹.

Sul tema del ruolo della Carta di Nizza all’interno dello spazio pubblico europeo, tuttavia, le posizioni sono molto polarizzate e possono essere raccolte, seppur nella varietà delle sfumature, in due grandi gruppi di pensiero: da una parte, coloro che sostengono che con la CDFUE si sia giunti ad un processo di costituzionalizzazione dell’Unione europea¹⁰; mentre, dall’altra, coloro che guardano con maggiore diffidenza al ruolo costituzionale della Carta e negano qualsiasi salto di qualità dall’originario progetto comunitario di stampo funzionalista¹¹. Senza voler entrare in questo *topos* del dibattito sull’integrazione europea, quello che in questa sede interessa sottolineare è un proposito più circoscritto e limitato: se, forse, è prematuro – visti anche alcuni dati di contesto ordinamentale – considerare la Carta di Nizza un momento di completa maturazione del diritto sovranazionale verso la protezione dei diritti fondamentali¹²,

⁴ G. MARTINICO, *Le implicazioni costituzionali della crisi. Una rassegna della letteratura*, in *federalismi.it*, n. 26, 2016, pp. 1 e ss.

⁵ Art. 6 TUE.

⁶ E, di rimando, del Trattato costituzionale, da alcuni visto come un «constitutional change» attraverso il diritto internazionale, B. DE WITTE, *Treaty Revision in the European Union: Constitutional Change through International Law*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 35, n. 1, 2004, pp. 51 e ss.; da altri, invece, definito un «Postconstitutional Treaty», A. SOMEK, *Postconstitutional Treaty*, in *German Law Journal*, vol. 8, n. 12, 2007, pp. 1121 e ss.

⁷ Riprendendo l’espressione di C. PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2002.

⁸ J. KOMAREK, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, n. 3, 2014, cit., p. 527.

⁹ G. DE BÚRCA, *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, n. 2, 2013, pp. 168 e ss.

¹⁰ *Ex multis*, C. MÖLLERS, *Pouvoir constituant – Constitution – Constitutionalisation*, in A. Von Bogdandy, J. Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 169 e ss.

¹¹ *Ex multis*, P. KIRCHHOF, *The European Union of States*, in A. Von Bogdandy, J. Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 735 e ss.

¹² Sulle riflessioni di chi ha direttamente partecipato alla stesura della CDFUE, G. AMATO, *La Convenzione sul futuro dell’Europa e la Carta dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2020, pp. 629 e ss.

quello che si può sostenere è che l'adozione della CDFUE ha imposto una modificazione nel modo di intendere l'ordinamento europeo e la sua nascente *ambizione costituzionale*. Quindi, forse, sarebbe più corretto parlare di una «rights recalibration»¹³ piuttosto che di una *rights revolution*, proprio perché – come si proverà a dimostrare nel prosieguo dell'articolo – non sembrano cambiati i fini ordinamentali che l'Unione si propone di perseguire (ancora troppo connotati da forti tratti mercatocentrici e di stampo esclusivamente regolatorio), di cui la Carta e le sue possibili *virtualità multiple*¹⁴ non possono che risentirne.

Quest'ultima, come tutti i documenti che si propongono fini costituzionali, risentono dell'*humus* giuridico-politico in cui si inseriscono, poiché, come è stato recentemente fatto notare, nonostante l'equivalenza di una «determinata etichetta», «i diritti e le libertà non nascono assoluti, racchiusi in contenitori del tutto isolabili: essi si presentano in una connessione stretta con altri diritti, altri interessi, ecc.»¹⁵ e proprio per la loro peculiarità – legata al loro esplicitarsi in società complesse come quelle contemporanee, in cui è il conflitto sociale¹⁶ il modo d'essere attraverso cui si strutturano – necessitano di un'interpretazione precipua¹⁷, che è quella degli ordinamenti costituzionali: il bilanciamento¹⁸. Bilanciamento inteso, dunque, come tecnica costituzionale tipica di sistemi giuridici in cui vige un alto grado di pluralismo tra valori confliggenti.

Se questo assunto può essere considerato condivisibile, quello che si proverà a dimostrare è che questa tecnica è per lo più assente nel diritto sovranazionale – in un modo equivalente a quella utilizzato dalle Corti costituzionali¹⁹ – perché quello che persiste in UE è, da una parte, una chiara prevalenza delle logiche del mercato, che si esplica, attraverso la «constitutionalisation of the economic liberties»²⁰, quando vengono poste in contrasto con i diritti sociali o nel dispiegarsi del principio di non discriminazione; e, dall'altra, la sempre più difficile giustiziabilità delle politiche di *austerità* che sfuggono al controllo giudiziale e che, pertanto, hanno mostrato una scarsa operatività della Carta di Nizza come possibile perno da cui far valere la protezione di quei diritti fondamentali che più risentono storicamente delle dinamiche della crisi: i diritti sociali.

¹³ M. DANI, *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy: a Reply to Jan Komárek*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, n. 3, 2017, cit., p. 791.

¹⁴ Utilizzando la nota espressione, seppur in un contesto radicalmente diverso come quello dell'UE rispetto alla Costituzione italiana di, A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. VIII, Milano, Giuffrè, 2015, cit., p. 354.

¹⁵ R. BIN, *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2020, cit., pp. 867-869.

¹⁶ R. BIN, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2007, pp. 11 e ss.

¹⁷ Riecheggiando la nota teoria di E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1955, cit., p. 850, secondo cui i diritti e i principi sono caratterizzati da «un'eccedenza di contenuto assiologico, da virtualità e forza di espansione non già di indole logica e dogmatica, bensì valutativa, al punto che essi si pongono a fondamento dell'ordine giuridico, con una funzione genetica rispetto alle singole norme».

¹⁸ R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2012.

¹⁹ Per un'evoluzione del ruolo delle Corti costituzionali nel continente europeo, M. CARTABIA, E. LAMARQUE, *La giustizia costituzionale europea cento anni dopo (1920-2020)*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2020, pp. 799 e ss.

²⁰ F. W. SCHARPF, *De-constitutionalisation and Majority Rule: A Democratic Vision for Europe*, in *European Law Journal*, vol. 23, n. 5, 2017, cit., p. 317.

Per essere più chiari già in apertura, la tesi che si vuole sostenere in questo scritto è che il pluralismo assiologico²¹ alla base delle Costituzioni moderne rischia di essere fortemente adombrato nel diritto europeo attuale (tutto imperniato su un riduzionismo dei valori di stampo funzionalista), attraverso ad esempio l'utilizzo di tecniche alla base dell'interpretazione della Carta – su tutte quella dell'effetto diretto – che paiono rappresentare un «dispositivo di occultamento dei conflitti di valore intrinseci alle puntuali antinomie normative», trasformando quei conflitti «in questioni tecniche, sulla natura autoapplicativa o meno della norma ricavabile dalle disposizioni del diritto comunitario coinvolte»²².

Per inquadrare, infatti, la funzione della Carta di Nizza e i suoi *usi* nel suo contesto ordinamentale bisogna sì leggerla come manifestazione di un'*ambizione costituzionale* dell'Unione, ma di un'*ambizione* che rischia di mostrare dei forti *deficit* strutturali legati a fattori sistemici, di cui la Carta vive e si nutre e che, in qualche misura, non possono essere ignorati, proprio perché ne definiscono la portata e i possibili sviluppi. Sarebbe più corretto, per questi motivi, considerarla, più che come terminale di un processo costituzionale che concepisce i diritti come «fattori di integrazione»²³, come, più precisamente, esito di quel progetto di *Integration through Law*²⁴ di cui non rappresenta altro che lo *zenit*.

Una categoria, recentemente rievocata, utile per comprendere la vera portata della Carta – che si inserisce come un tassello all'interno del processo di integrazione europea – potrebbe essere allora quella di «*civitas maxima*»²⁵, secondo cui alla «Comunità di mercato» in Unione si unisce la «Comunità di diritto»²⁶, in cui, però, in questo binomio, poco (o nulla) viene lasciato al *politico* (di cui il pluralismo dei valori non è altro che un epifenomeno), che pare al margine, se non assente, e la cui funzione, nel costituzionalismo moderno, è stata proprio quella di garantire un processo di continua unificazione intorno alla Costituzione e, di cui, i diritti fondamentali non sono altro che *vettori*. La funzione del diritto, al contrario, nell'ordinamento europeo pare ancora, invece, legata ad un'ottica limitata e servente ai soli obiettivi funzionalisti²⁷ che l'Unione si è posta e non come tecnica aperta di regolazione dei conflitti, come è il caso nei sistemi costituzionali europei. Non c'è da stupirsi allora se, di recente, non sono mancate critiche nei confronti di un'eccessiva «*juridification*»²⁸ del diritto sovranazionale,

²¹ Arrivando a parlare di una vera e propria «sovranità dei valori» in, G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Rivista di Diritto costituzionale*, n. 1, 1996, pp. 3 e ss.

²² A. GUAZZAROTTI, *Logica competenziale dell'UE e sindacato diffuso sulle leggi: alle origini del riduzionismo della Costituzione italiana*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2019, cit., p. 807.

²³ Seguendo la nota teoria smendiana ripresa da P. RIDOLA, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come "esperienza" e come "paradigma"*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2014, cit., p. 16.

²⁴ M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, J. H. H. WEILER, *Integration through law: Europe and the American Federal Experience*, Berlin-New York, W. De Gruyter, 1985.

²⁵ R. BIN, *A che serve la Carta dei diritti?*, *op.cit.*, cit., p. 863.

²⁶ Approfondisce la differenza tra i diversi concetti di *Rechtsgemeinschaft*, Comunità di diritto e *Integration through Law*, A. VON BOGDANDY, *Ways to Frame the European Rule of Law: Rechtsgemeinschaft, Trust, Revolution, and Kantian Peace*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 14, n. 4, 2018, pp. 675 e ss.

²⁷ Parlano di un diritto come «object» e «agent» in UE, M. DAWSON, F. DE WITTE, *From Balance to Conflict: A New Constitution for the EU*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2016, cit., p. 221.

²⁸ S. VEITCH, *Juridification, Integration and Depoliticization*, in D. AUGENSTEIN (eds.), *'Integration Through Law Revisited'. The Making of European Polity*, London, Routledge, 2016, cit., p. 85.

da cui la proposta di decostituzionalizzare parte dei Trattati istitutivi²⁹, come risposta al *deficit* politico di cui l'Unione è affetta.

In quest'ottica più circoscritta, pertanto, va inserita una riflessione sul rapporto tra la solidarietà e la Carta di Nizza. L'approccio alla *questione sociale* diventa, così, un'ottima cartina di tornasole per cogliere alcune manifestazioni di questa ipotesi ricostruttiva attraverso lo studio di alcuni *cases law* tra diritto "ordinario" e *diritto della crisi*, in cui, maggiormente rispetto ad altri, si colgono alcuni di questi nodi problematici sui limiti, sulle potenzialità della Carta stessa e, soprattutto, sui suoi possibili sviluppi. Cercando, in definitiva, di cogliere attraverso il prisma dei diritti sociali – che più di tutti gli altri diritti risentono del principio solidarista e di una loro maggiore vicinanza alla dimensione politica – se le dinamiche sui diritti fondamentali nell'ordinamento europeo si siano emancipate da una loro concettualizzazione come solo «valori-mezzo» (finalizzati, pertanto, alla sola espansione del sistema sovranazionale) o siano, finalmente, tramite la Carta, giunti a quella dimensione dei diritti fondamentali come veri e propri «valori-fine»³⁰.

2. Classiche divergenze tra libertà economiche e diritti sociali: una differente regola del conflitto.

Entrando nel vivo della trattazione, una prima angolazione di questo studio non può che occuparsi del rapporto tra libertà economiche e diritti sociali. Approcciare questo tema, infatti, significa cogliere alcune traiettorie della costruzione del diritto europeo che permettono bene di comprendere (1) il rapporto dell'*Internal Market* con le norme di protezione sociale, (2) il grado di solidarietà presente non tra gli Stati ma, in questo caso, tra gli attori collettivi che operano su scala transnazionale e (3) di declinare il rapporto della dimensione individuale con quella collettiva in Unione. Per una questione di spazio, si selezioneranno alcuni tra i casi più noti su questa tematica, per poi cercare di individuare alcune conclusioni parziali.

Un primo punto di riflessione da cui partire non può che essere la costruzione delle libertà economiche in Unione e gli effetti che queste hanno quando entrano in contatto con altre norme nazionali di stampo sociale che ne ostacolano il dispiegamento. Un primo esempio che si pone, a questo proposito, è senza dubbio il cd. *quartetto Viking-Lava*³¹, che rimane – nonostante gli anni – ancora un punto fermo di un certo modo di intendere la regolazione del conflitto sociale da parte del diritto sovranazionale. È vero che ci troviamo in un'epoca pre-Carta di Nizza, ma i motivi che giustificano l'inclusione di questa giurisprudenza nelle

²⁹ Secondo la proposta di, D. GRIMM, *The Democratic Cost of Constitutionalisation: The European Case*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 4, 2015, pp. 460 e ss.

³⁰ C. CARUSO, *Granital Reloaded. La "precisazione" nell'integrazione attraverso i conflitti*, in C. Caruso, F. Medico, A. Morrone, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, BUP, 2020, cit., p. 35.

³¹ Corte giust., C-48/05, *Viking*; Corte giust., C-341/05, *Laval*; Corte giust., 346/06, *Rüffert*; Corte giust., 319/06, *Commissione c. Lussemburgo*.

dinamiche della Carta sono due: in primo luogo, l'elemento secondo cui con l'entrata in vigore di questa nulla è cambiato sotto questa prospettiva, nonostante le numerose proposte pervenute dalla dottrina e dalle parti sociali³² per il superamento di una approccio che da più parti è stato definitivo come una nuova «Lochner era»³³; e, in secondo luogo, la necessità ermeneutica di considerare la Carta non come una monade ma come un prodotto inserito nel più generale contesto dell'*acquis communautaire*, soprattutto se, come vedremo più avanti, sembra sempre più evidente un certo tipo di continuità tra l'interpretazione della quattro libertà e l'art. 16 della CDFUE (libertà d'impresa).

Le differenze qui, infatti, rispetto ai sistemi costituzionali nazionali, sono più che esplicite perché, senza entrare nel dettaglio di questa giurisprudenza assai nota, la Corte di giustizia – forte dell'interpretazione storica di stampo de-regolativo di cui godono le quattro libertà³⁴ e legata ad un approccio tutto concentrato sul principio del *market access*³⁵ e sul dumping *sociale* causato dal principio del mutuo riconoscimento – relega l'esercizio dei diritti sindacali (sia nella forma della contrattazione collettiva, sia di sciopero) ad un'ipotesi residuale soggetta sempre al rapporto *libertà-eccezione* e sotto stretto controllo giudiziale.

Operando, dunque, una selezione dei più rilevanti problemi che si sono posti in relazione a questa giurisprudenza, le due questioni principali – che fanno acquisire quel volto *pro-market* alla Corte di giustizia – restano due: l'applicazione orizzontale delle libertà economiche anche nei rapporti *inter privatos* e la costruzione del controllo di proporzionalità. Sull'effetto orizzontale la questione si poneva per la prima volta³⁶ e la logica dei giudici lussemburghesi si dimostra del tutto unilaterale a favore delle libertà economiche, sostenendo che «l'azione di soggetti privati – quella cioè che non promana dallo Stato, e alla quale non si applicano le norme sulla concorrenza – può senza dubbio ostacolare il corretto funzionamento del mercato comune, e che sarebbe pertanto errato escludere in modo assoluto di poter applicare ad una simile azione le norme sulla libera circolazione»³⁷; senza, dunque, minimamente provare ad argomentare – nonostante l'erronea sovrapposizione applicata tra diritto di contrattazione sindacale e diritto di sciopero – sul centrale tema secondo cui «far valere nei rapporti orizzontali fra privati la libertà di contratto dell'imprenditore e contrapporla ai diritti collettivi delle

³² Per alcune proposte come, ad esempio, l'inserimento di una clausola di immunità dal controllo giudiziale per le libertà sindacali da inserire nei Trattati, C. BARNARD, *Restricting Restrictions: Lessons for the EU from the US?*, in *Cambridge Law Journal*, vol. 68, n. 3, 2009, pp. 575 e ss.

³³ Con riferimento alla giurisprudenza della Corte suprema americana di inizio '900, F. SAITTO, «Risocializzare l'Europa». *La dimensione sociale europea tra economia di mercato e integrazione sovranazionale*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 3, 2017, cit., p. 108.

³⁴ A partire dalla svolta inaugurata con i due casi che hanno dato il via al fenomeno dell'*integrazione negativa*, Corte giust., C-8/74, *Cassis de Dijon*; Corte giust., C-120/78, *Dassonville*.

³⁵ E non della semplice *non-discrimination* verso cui sembrava indicare l'allora Avvocato generale Tesaro nel caso *Rüth Hunermund*, con la suggestiva domanda: «L'art. 30 del Trattato CEE è una norma di liberalizzazione degli scambi intracomunitari ovvero una norma destinata più in generale a promuovere il libero esercizio dell'attività commerciale nei singoli Stati membri?». Per uno studio sistematico sulla formazione del Mercato Unico in UE, M. P. MADURO, *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 1998.

³⁶ In passato, infatti, per l'esercizio di diritti «a natura collettiva» si erano per lo più presentati casi in cui era sempre lo Stato che fungeva da schermo contro il libero fluire del mercato, Corte giust., C-265/95, *Fragole spagnole*; Corte giust., C-112/00, *Schmidberger v. Repubblica d'Austria*.

³⁷ Conclusioni dell'Avv. Gen. Maduro nel caso *Viking* (considerando 33-37).

organizzazioni sindacali significa entrare all'interno della dinamica conflittuale laburistica rafforzando la posizione del datore di lavoro privato», sottraendola «alla logica dell'autoregolazione attraverso il confronto dialettico fra impresa e sindacato e attra[ri]o nella sfera della discrezionalità legislativa»³⁸.

A questa impostazione poi, si collega strettamente la costruzione del giudizio di proporzionalità troppo invasiva dell'autonomia collettiva. Come è stato, infatti, notato – nonostante venga riconosciuto il diritto ad intraprendere un'azione collettiva – non viene utilizzata la tecnica del bilanciamento tra i due diritti (libertà economica e diritto di iniziativa sindacale)³⁹, del tutto diversa dall'applicazione di un giudizio di proporzionalità che si struttura sempre nel rapporto *libertà-eccezione* e che in ragione di un'impostazione “statofobica” assimila la dimensione pubblica e quella privato-collettiva, quella di potere e di diritto. «Un potere non è un diritto. Un diritto reclama protezione»⁴⁰ e applicare le stesse conseguenze giuridiche rappresenta, chiaramente, una scelta di politica giudiziale in netto favore del mercato e a tutto svantaggio di quella particolare dimensione solidaristica che si manifesta nel lavoro nella forma dei diritti sindacali. Senza, dunque, riconoscere un certo grado di «judicial immunity»⁴¹ a questi *contropoteri privati* di stampo solidaristico – come avviene nella stragrande maggioranza degli Stati membri⁴² – ed esercitando un giudizio di *strict proportionality*, di fatto, si annichisce il loro contenuto minimo e si impedisce strutturalmente quella funzione di riequilibrio tra capitale e lavoro, che ne rappresenta la funzione più nobile.

Se questo è lo stato dell'arte con quella *species* particolare di diritti sociali che sono quelli di stampo sindacale e che mostra plasticamente un certo grado di sfiducia del diritto europeo verso le libertà collettive, la situazione non cambia neanche con quelle norme nazionali di protezione sociale. Tre esempi, in questa prospettiva, non possono che essere i casi *Commissione c. Spagna*⁴³, *Alemo-Herron*⁴⁴ e *AGET-Iraklis*⁴⁵. Siamo davanti, in queste fattispecie, a norme nazionali che – direttamente o indirettamente – presentano dei caratteri di protezione dei modelli industriali (mediatamente, quindi, di diritto del lavoro) di tre diversi Stati membri come Spagna, Regno Unito e Grecia che subiscono le censure dei giudici lussemburghesi, in nome di un carattere giudicato eccessivamente protezionista, a svantaggio, pertanto, dell'esercizio delle libertà economiche.

³⁸ G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, cit., p. 24.

³⁹ M. V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia “bilancia” il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, n. 2, 2008, 371 e ss.

⁴⁰ S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, Il Mulino, 2012, cit., p. 68.

⁴¹ L. AZOULAI, *The Court of Justice and the Social Market Economy: The Emergence of an Ideal and the Conditions for Its Realization*, in *Common Market Law Review*, vol. 45, n. 5, 2008, cit., p. 1345.

⁴² Basti pensare al solo limite per lo sciopero cd. *economico* del danno alla produttività nella giurisprudenza italiana, Cass. 30 gennaio 1980, n. 711, e la riconosciuta legittimità dello sciopero cd. *politico* soggetto al limite del sovvertimento dell'ordinamento costituzionale e del suo collegamento all'art. 3 comma 2 Cost., Corte cost. sent. n. 290 del 1974.

⁴³ Corte giust., C-678/11, *Commissione c. Spagna*.

⁴⁴ Corte giust., C-426/11, *Alemo-Herron*.

⁴⁵ Corte giust., C-201/15, *AGET-Iraklis*.

Nel primo caso, si era in presenza di una norma spagnola che imponeva alle imprese che volevano operare nel settore portuario di entrare nel capitale di una società privata dei lavoratori portuali e di assumere, prioritariamente, i lavoratori provenienti da tale azienda; la seconda, inglese, riguardava – nella fattispecie dei trasferimenti d'azienda – l'esistenza di un vincolo per l'impresa acquirente, tramite clausole di rinvio dinamico, a rispettare *standard* retributivi fissati dalla contrattazione collettiva del settore pubblico; la terza, infine, prevedeva in materia di licenziamenti e a pena di nullità degli stessi – nel contesto della crisi greca – la possibilità per il Ministero del lavoro (previo parere di un organo come il Consiglio superiore del lavoro) di vagliare la legittimità dei licenziamenti collettivi. Norme diverse, dunque, ma complessivamente manifestazioni o, da una parte, di innalzamento degli *standard* sociali di protezione dei lavoratori o, dall'altra, di vere e proprie clausole di ordine pubblico sociale⁴⁶, come nel caso greco che, però, vengono indistintamente considerate come ostacoli alla libertà di stabilimento. L'operazione condotta sembra, difatti, condurre così ad uno schiacciamento di queste tipologie di norme protettive di interessi sociali «a regolazione funzionale dell'accesso al mercato»⁴⁷, creando «a presumption that the national rule is unlawful»⁴⁸. Senza poter entrare nello specifico delle tre vicende, provando a sintetizzare, dunque, si potrebbe dire che esempi del genere, che richiamano l'art. 16 CDFUE e ne riconoscono l'identità di contenuto con la libera prestazione dei servizi e con la libertà di stabilimento previste dai Trattati (ex artt. 56 e 49 TFUE), rappresentano una recente convergenza nella giurisprudenza della Corte di giustizia nella costruzione di una «liberà contrattuale dell'imprenditore come diritto fondamentale protetto dall'art. 16 della Carta di Nizza»⁴⁹ non sottoponibile a bilanciamento con la dimensione sociale (o di un bilanciamento *inequale*), che assume così i tratti di un «"total market" thinking»⁵⁰.

Un tema classico dei rapporti tra ordinamenti quello trattato in questa sede, dunque, ma che manifesta, nonostante il tempo, una sua attualità, anche in vista dei recenti sviluppi sull'art. 16 CDFUE e che mostra in maniera del tutto evidente su questo versante una differente «regola del conflitto»⁵¹ nell'approccio mercato-*questione sociale* tra il diritto sovranazionale e i modelli nazionali di costituzionalismo democratico.

3. La cittadinanza europea, la *normative deficiency* del principio di non discriminazione e la svolta *Bauer* sugli effetti orizzontali: il problema della redistribuzione.

⁴⁶ Come riportato nella stessa pronuncia *AGET-Iraklis*: «in presenza di una crisi economica acuta accompagnata da un tasso di disoccupazione inusualmente alto che, in Grecia, è prossimo al 27%», che dovrebbe portare maggiormente a garantire alla Grecia della possibilità di «fruire di giustificazioni attinenti a ragioni imperative di interesse generale, in particolare ai sensi della politica dell'occupazione, nella quale gli Stati membri conserverebbero un ampio margine discrezionale», *considerando 24*.

⁴⁷ S. GIUBBONI, *Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016, cit. p. 128.

⁴⁸ C. BARNARD, *Restricting Restrictions*, *op.cit.*, cit., p. 576.

⁴⁹ S. GIUBBONI, *Libertà d'impresa*, *op.cit.*, cit., p. 114.

⁵⁰ E. CHRISTODOULIS, *The European Court of Justice and the "Total Market" Thinking*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 10, 2013, pp. 2005 e ss.

⁵¹ A. MORRONE, *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, Milano, Giuffrè, vol. II, 2008, cit., p. 197.

Una seconda prospettiva da cui studiare i rapporti tra solidarietà e Carta di Nizza nel diritto “ordinario” non può che riguardare lo sviluppo del principio di non discriminazione in Unione. Entriamo, pertanto, ora in un blocco importante del diritto sovranazionale che, come spesso accade, accoglie opinioni differenziate tra chi, da una parte, lo considera un’evoluzione sul fronte della protezione dei diritti fondamentali da parte dell’UE⁵²; mentre, dall’altra, per altri, resta ancora legato ad una concezione di «market citizens» che ha condotto ad una trasformazione del diritto europeo in «more human, but less social»⁵³. Volendo provare schematicamente ad entrare nel *mare magnum* di quello che è stato definito l’*antidiscrimination law*⁵⁴, anche in questo caso ci si rende subito conto di come – nonostante l’importante ruolo di codificazione operato dal legislatore sovranazionale⁵⁵ – anche in questo campo di *social policies* dell’Unione, la Corte di giustizia si sia ritagliata un ruolo centrale. Due sono i filoni su cui maggiormente concentrare l’attenzione, in relazione ad un maggiore attivismo degli ultimi anni: *in primis*, la giurisprudenza sulla cittadinanza europea e, *in secundis*, quella sul divieto di discriminazione, strettamente collegata quest’ultima alla recente svolta sugli effetti orizzontali di alcuni diritti della Carta di Nizza. Nonostante su questo fronte più di altri, i discorsi, spesso, si intreccino, questi meritano per chiarezza espositiva di essere trattati separatamente.

Concentrandosi, in prima battuta, su alcuni esempi della giurisprudenza sulla cittadinanza europea – codificata insieme alla moneta unica per la prima volta nel Trattato di Maastricht – le pronunce più note sono i casi *Martinez Sala*⁵⁶, *Grzezyck*⁵⁷, *Baumbast*⁵⁸ e *Zambrano*⁵⁹ (su cui, ad esempio, sembrava quasi essere stato *bypassato* l’elemento transfrontaliero). Esempi, questi, tutti di un’applicazione larga e valorizzante degli attuali artt. 18 e 21 TFUE che sembrava aprire ad un parziale superamento sull’accesso alle prestazioni sociali tra cittadini *economicamente attivi e inattivi* sulla scia di una concezione (forse allora fin troppo ottimistica) della cittadinanza come uno «statut d’intégration sociale»⁶⁰ che presuppone «una certa solidarietà finanziaria dei cittadini dello Stato membro ospitante verso quelli degli altri

⁵² E. MUIR, *The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some Constitutional Challenges*, in *Common Market Law Review*, vol. 51, n. 1, 2014, pp. 219 e ss.

⁵³ A. J. MENÉNDEZ, *European Citizenship after Martínez Sala and Baumbast. Has European Law Become More Human and Less Social?*, in *ARENA Working Paper*, n. 11, 2009, cit., p. 21.

⁵⁴ M. BELL, *Anti-discrimination Law and The European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

⁵⁵ Con le direttive “forti” degli anni Settanta e Ottanta (di cui alcuni esempi, Direttiva 75/117/CEE del Consiglio sulla parità della retribuzione, Direttiva 76/207/CEE del Consiglio, sulla parità nell’accesso al lavoro, alla formazione e nelle condizioni di lavoro, Direttiva 79/7/CEE del Consiglio sulla parità nei regimi legali di previdenza e assistenza sociale, Direttiva 86/613/CEE del Consiglio sulla parità e tutela della maternità nel lavoro autonomo, Direttiva 2006/54/CE del Parlamento e del Consiglio, sull’attuazione del principio di pari opportunità e di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego). Si segnala, inoltre, la recente proposta di direttiva in materia di parità salariale tra uomo e donna, EUROPEAN COMMISSION, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio per rafforzare la parità di salario tra uomo e donna*, del 4 marzo 2021, COM (2021) 93 final.

⁵⁶ Corte giust., C-85/96, *Martinez Sala*.

⁵⁷ Corte giust., C-184/99, *Grzezyck*.

⁵⁸ Corte giust., C-413/99, *Baumbast*.

⁵⁹ Corte giust., C-34/09, *Zambrano*.

⁶⁰ L. AZOULAI, *La citoyenneté européenne, un statut d’intégration sociale*, in Cohen-Jonathan J. (a cura di), *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 1-28.

Stati membri»⁶¹ e che avrebbe dovuto necessariamente produrre un *effetto inducente* sulla solidarietà transnazionale tra cittadini europei.

Proposito ambizioso e, forse, in parte visionario ma che, purtroppo, ha dimostrato tutti i suoi limiti in un approccio tutto incentrato sulle logiche della *negative integration* della Corte di giustizia e sullo scarico del costo delle prestazioni sociali sullo Stato ospitante, come dimostrato dalla messa in discussione che si è avuta nelle recenti pronunce – in piena crisi dei debiti sovrani – *Dano*⁶², *Alimanovic*⁶³, *Garcia Nieto*⁶⁴ e *Commissione v. Regno Unito*⁶⁵, in cui si registra una significativa restrizione negli accessi alla prestazione sociali dei cittadini europei non nazionali, in nome di un ritorno in auge dei *nation cleavages* tra Stati con *welfare* più strutturati e quelli tradizionalmente più deboli. Abbastanza esemplificativo, da questo punto di vista, è un caso come *Commissione c. Regno Unito* o *Dano*, in cui cittadini non nazionali si sono visti rifiutare prestazioni di *welfare*, in quanto non soddisfacenti le condizioni per il diritto di soggiorno ai sensi della direttiva 2004/38 (consistenti in risorse proprie e sufficienti per garantire il sostentamento autonomo per sé e i per i propri familiari), con cui si è *de facto* garantito un accesso, da una parte, per soggetti che non ne hanno bisogno al *welfare* e, dall'altra, negato quest'ultimo per altri cittadini europei in stato di indigenza sociale che, tuttavia, non vengono automaticamente espulsi ma di cui viene "tollerata" la permanenza nello Stato ospite. Fenomeni, questi, manifestazione per una parte molto critica della dottrina di una vera e propria «ascesa e caduta della solidarietà transnazionale» e sintomo di un processo di «de-solidarizzazione europea»⁶⁶ che, seppur circoscritto, aveva trovato attraverso la cittadinanza europea una sua leva di sviluppo.

Sul secondo fronte del divieto di non discriminazione, il panorama si presenta più frastagliato. Gli sviluppi della giurisprudenza europea si sono, infatti, caratterizzati per una continua espansione di applicazione del principio, prima limitato ad una puntuale applicazione di una norma del Trattato di specifico ambito tematico (come l'art. 119 TCE, ora art. 157 TFUE, in materia di parità salariale tra uomo e donna), per poi aprirsi ad un allargamento verso un concetto di discriminazione che abbraccia temi trasversali come l'età⁶⁷, l'identità sessuale⁶⁸, l'handicap⁶⁹ e la religione⁷⁰ che ha permesso di ampliare trasversalmente l'ambito di *policies* coinvolte e lo stesso concetto di discriminazione anche a quelle indirette⁷¹, fino a giungere, infine – in quanto principio generale di diritto comunitario⁷² – a trovare applicazione anche nei rapporti *inter privatos*.

⁶¹ *Ex multis*, Corte giust., C-184/99, *Grzekzyck*, considerando 44.

⁶² Corte giust., C-333/13, *Dano*.

⁶³ Corte giust., C-67/14, *Alimanovic*.

⁶⁴ Corte giust., C-299/14, *Garcia Nieto*.

⁶⁵ Corte giust., C-308/14, *Commissione europea v. Regno Unito*.

⁶⁶ S. GIUBBONI, *La solidarietà come scudo. Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2018, cit., pp. 594-597.

⁶⁷ Corte giust., C-555/07, *Kücükdeveci*.

⁶⁸ Corte giust., C-117/01, *K.B. v. NHS*.

⁶⁹ Corte giust., C-303/06, *Coleman*.

⁷⁰ Corte giust., C-157/15, *Achibita*.

⁷¹ F. SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione europea*, Roma, Aracne, 2010.

⁷² Corte giust., C-144/04, *Mangold*.

In varie forme, infatti, il principio di non discriminazione trova tutela nell'ordinamento europeo, sia attraverso le norme dei Trattati (tra tutti artt. 10, 18, 19, 21, 157 TFUE), della Carta di Nizza (principalmente, art. 21 CDFUE) o come, infine, principio generale di diritto comunitario. Non sempre, tuttavia, risulta chiaro quali siano i confini applicativi e le sovrapposizioni delle varie disposizioni in cui compare il suddetto principio, problema spesso causato da un approccio troppo casistico della Corte di Lussemburgo. Il dubbio, infatti, si pone nel cercare di comprendere se la forza espansiva del principio sia significativamente determinata dai Trattati (in particolare l'art. 18 TFUE), oppure se risulti una mera *vis* argomentativa per le norme diritto derivato che però sono in sé autosufficienti per il raggiungimento dell'effetto sperato o, ancora, se lo stesso sia da intendere come principio generale del diritto comunitario. Certo è che, negli ultimi anni, al netto di queste criticità, quella che si registra è una significativa maggiore attenzione verso l'art. 21 CDFUE⁷³, a cui, tra l'altro, sono stati riconosciuti effetti orizzontali e che incomincia ad acquisire sempre più un profilo autonomo. Con la riproposizione, anche qui però, come per la cittadinanza di uno stesso limite strutturale di questa giurisprudenza che si manifesta in pronunce come *Commissione c. Austria*⁷⁴ o *Bressol*⁷⁵: ovvero la ristrutturazione del *welfare* interno in nome di una leva sovranazionale che avvantaggia sproporzionatamente il soggetto mobile europeo che si appropria della prestazione sociale, anche a discapito del nazionale escluso da questo meccanismo allocativo⁷⁶.

Anche in questo contesto magmatico e, non a caso, dunque, la Carta di Nizza sembra sempre più manifestare una naturale tendenza polarizzante e di rimessa in questione di vecchi dogmi, come ad esempio, da ultimo, l'applicazione di alcuni diritti fondamentali europei nei rapporti *inter privatos*. Tematica nuova, questa, che è stata recentemente confermata dalla cd. svolta *Bauer*⁷⁷, in cui per la prima volta è stata riconosciuta efficacia orizzontale al diritto alle ferie ex art. 31 CDFUE. È ancora troppo presto, in questa prospettiva, per cogliere appieno gli sviluppi di questo nuovo corso della Corte di giustizia⁷⁸ ma quello che si può dire è che – se questa nuova impostazione verrà confermata anche oltre il solo diritto alle ferie⁷⁹ nel campo dei diritti di prestazione positiva – si apriranno nuovi orizzonti di potenzialità della Carta, sia in termini di acquisizione di maggiore prescrittività (superando quella dicotomia immobilizzante tra «diritti e principi» dell'art. 52 CDFUE⁸⁰), sia in relazione ad una possibile più equa distribuzione del costo dei diritti stessi – e in particolare di quelli sociali – non più scaricato sempre e

⁷³ Corte giust., C-414/16, *Egenberger*.

⁷⁴ Corte giust., C-147/03, *Commissione v. Austria*.

⁷⁵ Corte giust., C-73/08, *Bressol*.

⁷⁶ Casi riguardanti l'accesso ai sistemi universitari di Austria e Belgio (in particolare, concernenti le professioni sanitarie) in cui la Corte – nonostante le giustificazioni apportate dagli Stati in materia di sostenibilità e qualità del servizio sanitario o di salvaguardia dell'omogeneità dei sistemi di studi superiori o universitari in termini di qualità di istruzione – ha giudicato le misure nazionali in contrasto con il parametro europeo perché considerate discriminazioni indirette dei cittadini europei non nazionali.

⁷⁷ Corte giust., C-569/16, *Bauer*.

⁷⁸ M. E. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull'effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2020, pp. 636 e ss.

⁷⁹ K. LENAERTS, *The Horizontal Application of the Charter*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2020, pp. 633 e ss.

⁸⁰ A. O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Profili costituzionali*, Napoli, Jovene, 2017, pp. 291 e ss.

solo *sullo* e *contro* lo Stato, ma anche tra privati e incidendo direttamente così sulle disegualianze che nei rapporti tra questi si perpetuano.

Se, in definitiva, l'*antidiscrimination law* e la valorizzazione che di questa è stata fatta dalla Corte di giustizia sotto i tre profili sopra presentati (incluso, seppur in forma indiretta, anche la svolta *Bauer*), ha rappresentato un circoscritto passo in avanti per «dare un volto umano»⁸¹ all'Unione europea, il *fil rouge* che tiene assieme questi tre temi resta, però, quello della redistribuzione, che rimane assente nel diritto sovranazionale. Infatti, non a caso si è da sempre parlato di un insuperato e persistente «Europe's social deficit»⁸², perché nonostante le spinte in avanti registrate sul versante del principio di non discriminazione, questo resta pur sempre relegato in quella che è stata definita una «normative deficiency»⁸³. Con questa espressione si vuole intendere, infatti, una strutturale limitatezza di questo principio a svolgere quella funzione emancipativa che superi l'asfittica logica di un'eguaglianza formale secondo cui l'obiettivo «non è quello di trasformare i rapporti sociali, ma solamente la certezza di mantenere l'ordinamento giuridico, nel senso della prevedibilità e dell'efficacia-validità delle sue prescrizioni da parte (e nei confronti) di tutti i consociati, e nel senso della conservazione dei rapporti di forza esistenti nella comunità politica»⁸⁴. Uno stesso approccio a ben guardare, non a caso, si manifesta anche sul tema della cittadinanza europea in cui questa «viene invocata non per chiamare l'entità attributiva di tale status (l'UE) a garantire un comune *plafond* di diritti sociali (per cui mancherebbero le competenze), bensì per chiamare i singoli Stati membri a farsi carico dei diritti sociali anche dei non-nazionali, in assenza di meccanismi compensativi sovranazionali»⁸⁵; rischiando, poi, di generare a cascata un abbassamento del livello di *welfare* per gli *insiders* tutto a vantaggio degli *outsiders*⁸⁶ e dimostrandosi fortemente sguarnita nei momenti di crisi economica. La garanzia di una *redistribuzione* – di cui i diritti sociali non sono che epifenomeni – e non di una semplice *distribuzione* delle risorse, insomma, necessiterebbe, come prerequisito, di quella dimensione *progettuale*, tipica della Costituzioni del '900, che pare del tutto assente in Unione europea allo stato attuale e che ha alla base una forma di solidarietà di tipo *politico*. Per questo motivo, vari dubbi si nutrono in merito ad un possibile sviluppo positivo della stessa svolta *Bauer*, perché, in fondo, in mancanza di pregnanti competenze positive in materia fiscale e sociale dell'Unione, risulta difficile immaginare che quell'opera di redistribuzione del costo del lavoro (e della *social law* più in generale) passi dalla sola integrazione negativa della Corte di giustizia (e non con interventi positivi compensativi da parte del legislatore sovranazionale), seppur con il rafforzato riferimento alla Carta dei diritti europea. L'unica forma di solidarietà, in conclusione, che sembra ammissibile concepire con questi

⁸¹ E. LONGO, *Il volto umano dell'Unione europea*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2020, pp. 651 e ss.

⁸² M. P. MADURO, *Europe's Social Self: "The Sickness Unto Death"*, in J. Shaw (eds.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2000, cit., p. 327.

⁸³ A. SOMEK, *Engineering Equality. An Essay on European Anti-Discrimination Law*, Oxford, OUP, 2011, cit., p. 151.

⁸⁴ A. MORRONE, C. CARUSO, *Art. 20. Uguaglianza davanti alla legge*, in A.a.V.v., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2017, cit., p. 388.

⁸⁵ A. GUAZZAROTTI, *Unione europea e conflitti di solidarietà*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2016, cit., pp. 144-145.

⁸⁶ Per segnalare solo alcuni esempi, Corte giust., C-147/03, *Commissione v. Austria*; Corte giust., C-73/08, *Bressol*.

strumenti è una di tipo «competitivo»⁸⁷, e mai una che, invece, come nei sistemi di costituzionalismo democratico, guardi all'eguaglianza sostanziale⁸⁸ come vettore *dinamico* e non *statico* di cambiamento dei rapporti sociali e di emancipazione della persona dal bisogno.

4. L'utilizzo della *soft law* e il *social displacement*: la “fuga” dalla Carta.

Come si diceva in apertura, è importante porre una distinzione tra vita della Carta nel diritto “ordinario” e il diritto prodotto dalla crisi, perché diverse sono le valutazioni che ne discendono in relazione alle sue potenziali *virtualità multiple*. La differenza è importante e rappresenta uno degli assi di questa riflessione perché la peculiarità della Carta fa sì che nel *diritto della crisi* quello che viene messo in questione non sono le sue diverse interpretazioni potenziali, ma proprio la sua *applicabilità*⁸⁹ e la sua conseguente invocabilità in materia di misure che impattano direttamente sulla *questione sociale*.

Prendo il *focus* su questo aspetto e andando con ordine, per approcciare il problema da questa prospettiva, è bene ricordare che i diritti sociali nella Carta di Nizza risentono, per motivazioni storiche che qui non possono essere ripercorse, di un'impostazione di fondo che tende a dividere due diverse dimensioni in Unione europea: il *mercato*, concepito come piena competenza sovranazionale, da una parte, e il *sociale* come sfera di dominio degli Stati membri, dall'altra⁹⁰. Impalcatura, questa, sulla divisione di competenze che è stata confermata sostanzialmente – con un piccolo potenziamento della *social law*⁹¹ – anche nel Trattato di Lisbona. A questo si deve aggiungere per comprendere il quadro, poi, una diversa tipologia di approccio alla dimensione sociale da parte degli organi sovranazionali, che si è spesso modificata nel corso del tempo e che, in estrema sintesi, si potrebbe riassumere in tre fasi: l'epoca della prevalenza dell'utilizzo dell'*hard law*, l'apertura della cd. *Strategia di Lisbona* e, infine, la centralizzazione sul *Semestre europeo*.

Ad un primo stadio dell'integrazione europea, infatti, secondo cui il legislatore sovranazionale aveva cercato di utilizzare per lo più strumenti vincolanti per intervenire in quel ristretto spazio di *social policy* che gli veniva riconosciuto dai Trattati (soprattutto in materia di lavoratori transfrontalieri), con l'inizio degli anni 2000 si dischiude una seconda fase, da alcuni definita un po' troppo ottimisticamente «a new constitutional compromise»⁹², attraverso la quale si è realizzata una nuova stagione di coordinamento delle politiche economiche, occupazionali e di coesione sociale che ha acquisito il nome di *Metodo aperto di coordinamento*.

⁸⁷ W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e mercato*, n. 1, 2000, 3 e ss.

⁸⁸ B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984.

⁸⁹ A. DI MARTINO, *Giurisdizione costituzionale e applicabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: profili comparativi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2019, pp. 759 e ss.

⁹⁰ C. JOERGES, *Sozialstaatlichkeit in Europe? A conflict-of-Laws approach to the law of the EU and the proceduralisation of constitutionalisation*, in *German Law Journal*, vol. 10, n. 4, 2009, pp. 339 e ss.

⁹¹ Su una ricostruzione del quadro istituzionale post-Lisbona, S. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitti in tempo di crisi*, Roma-Bari, Laterza, 2013, pp. 9 e ss.

⁹² J. ZEITLIN, *Social Europe and Experimentalist Governance: Towards a New Constitutional Compromise?*, in G. De Búrca (eds.), *EU Law and the Welfare State: in Search of Solidarity*, Oxford, Hart Publishing, 2005, pp. 213 e ss.

La novità apportata da questo nuovo approccio si ritrovava in una postura non più orientata all'esclusivo esercizio del potere di armonizzazione (la cd. *positive integration*), ma che si poneva l'obiettivo – pienamente conscio del *deficit* di competenze in materia sociale – di incentivare l'utilizzo di nuovi strumenti di *new governance* sul piano economico e giuridico nel campo delle politiche sociali (come la valorizzazione degli atti di *soft law* e di una sorveglianza multilaterale, la condivisione di *best practices* e l'apertura a schemi di democrazia deliberativa), con il fine dichiarato di promuovere una convergenza dei vari modelli sociali europei.

Stagione però, questa, che ha mostrato scarsi margini di successo anche per il sopraggiungere di fattori endogeni ed esogeni, tra cui per tutti, l'allargamento ad est dell'Unione – con il susseguente disallineamento dei modelli di *welfare* – e il sopravvenire della crisi economica dei debiti sovrani. Ed è proprio sulla base di quest'ultimo elemento che si inserisce la terza tappa del rapporto del diritto sovranazionale con la *social law*, in cui centrale diventa il ruolo del *Semestre europeo*, spostando così *de facto* il baricentro in cui la dimensione sociale dell'Unione viene inserita pienamente all'interno delle logiche della *governance* macroeconomica dell'eurozona e subordinata ad una razionalità di sorveglianza che privilegia i meta-valori dell'esercizio disciplinare del ciclo economico e della stabilità dei prezzi⁹³. È in questa traiettoria di sviluppo – in cui il sociale viene fagocitato dall'economico – che in dottrina si è utilizzato l'espressione *social displacement*⁹⁴, proprio per indicare una doppia possibile interpretazione del fenomeno: una prima secondo cui la *Social Europe* si è «moved elsewhere or replaced by something else» perché, in parte, «it itself changes but more importantly because the EU environment in which it is embedded is transformed»; una seconda, invece, che caratterizza il *displacement* in senso maggiormente connotato come una vera e propria «threat of Social Europe»⁹⁵, per cui fenomeni come l'utilizzo sempre più massiccio di atti di *soft law* (come le raccomandazioni o i pareri specifici per determinati Paesi) all'interno del *Semestre europeo* acquisiscono la finalità della revisione di politiche sociali degli Stati membri in nome dell'*austerity* e ben al di là delle ridotte competenze sovranazionali in materia di *social policies*.

Concentrandosi in questo studio per lo più su questa seconda accezione del fenomeno, la centralizzazione sul *Semestre* pone tutta una serie di problematiche, tra cui se ne segnalano due: quello di rompere quei timidi moduli di democrazia deliberativa, inaugurati con la *Strategia di Lisbona*, che prevedevano il coinvolgimento degli attori sociali per la determinazione dei programmi, sostituendogli al contrario con uno schema di rafforzamento del rapporto Consiglio-Commissione; e – ancora più significativo – un rilevante indebolimento dell'autonomia della *social policy* che sempre più si trova a svolgere un ruolo di vero e proprio *innesto* ancillare rispetto al circuito di sorveglianza macroeconomica, provocando giudizi in letteratura secondo cui «the tendency of the *Semester* to coordinate social policy through lenses other than social policy itself, is not some neutral rhetorical exercise but one that can still carry real effects»⁹⁶.

⁹³ Il riferimento è all'impalcatura del meccanismo del ciclo di sorveglianza di bilancio, costruito dopo il 2011 attorno al *Fiscal Compact* e ai due pacchetti di regolamenti del *Six Pack* e del *Two Pack*.

⁹⁴ C. KILPATRICK, *The displacement of Social Europe: a productive lens of inquiry*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 14, n. 1, 2018, pp. 62 e ss.

⁹⁵ C. KILPATRICK, *The displacement of Social Europe*, *op.cit.*, cit., pp. 65, 66, 69.

⁹⁶ M. DAWSON, *New governance and the Displacement of Social Europe: the case of the European Semester*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 14, n. 1, 2018, cit., p. 206.

L'uso combinato, infatti, di atti di *soft law* e della «shadow of hierarchy»⁹⁷, generata dalla potenziale apertura della procedura di infrazione per debito eccessivo⁹⁸, ben rappresenta la distanza di una tale strategia rispetto all'originario approccio del cd. *metodo comunitario*, concentrato sulla valorizzazione delle effettive competenze sociali europee e che si muoveva in ossequio a quella bipartizione mercato-sociale su cui si è retto per lungo tempo il rapporto tra Unione e Stati membri⁹⁹. Tramite il *Semestre europeo*, la sfera di influenza del diritto europeo si allarga notevolmente, insomma, non solo in termini di concentrazione sulle altre *policies* europee – ingenerando un effetto secondo cui tutti gli obiettivi vengono funzionalizzati al fine dell'*austerità* (e acuendo i sempre più i noti problemi di asimmetria)¹⁰⁰ – ma anche sull'impatto sulle politiche nazionali e provocando così una significativa compressione della residuale autonomia politico-economica degli Stati membri in materia di scelte redistributive e di protezione dei diritti sociali¹⁰¹.

Se questo modo di intendere, pertanto, il *social displacement*, in cui prevale l'abbandono di un modello di *hard law* verso un utilizzo sempre più massiccio della *soft law* inserita nella cornice del *Semestre*, rappresenta l'*humus* in cui si inserisce la Carta di Nizza, questo rischia di provocare di rimando un vero e proprio *Charter displacement*. La motivazione non risulta, in fondo, così peregrina: l'impugnabilità di tali atti da parte degli individui che lamentano l'indiretta violazione di alcuni diritti sociali discendenti dall'applicazione di questi provvedimenti risulta sostanzialmente impossibile perché incapace (1) di produrre effetti vincolanti nei confronti di singoli cittadini europei¹⁰² e (2) di superare la prova della ricaduta individuale del provvedimento per i ricorrenti non privilegiati, requisito richiesto dalla Corte di giustizia per sindacare la misura, a partire dalla dottrina *Plaumann*¹⁰³. Quello che avviene in questi casi, pertanto, è uno scarico del controllo giurisdizionale sulle misure nazionali che implementano quelle raccomandazioni o pareri, di cui lo Stato resta unico destinatario diretto, nonostante la *spada di Damocle* della procedura di infrazione e a dispetto della sostanziale immunità degli atti europei. Non a caso gli strali di dissenso nel corso degli anni della crisi si sono rivolti principalmente verso i giudici interni, arrivando a parlare di una vera e propria «solitudine» delle Corti costituzionali¹⁰⁴ su questo versante del sindacato delle misure di *austerità*, in cui pare evidente

⁹⁷ M. DAWSON, *New governance, op.cit.*, cit., p. 198.

⁹⁸ Con il fine di promuovere una modificazione delle politiche sociali degli Stati membri su temi come l'istruzione, il sistema previdenziale e le politiche del lavoro, su cui, per segnalare tre esempi, EUROPEAN COMMISSION, *Council Recommendation on the 2017 National Reform Programme of Austria*, COM (2017); EUROPEAN COMMISSION, *Council Recommendation on the 2017 National Reform Programme of Bulgaria*, COM (2017) 502 final; EUROPEAN COMMISSION, *Council Recommendation on the 2020 National Reform Programme of Italy and delivering a Council Opinion on the 2020 Stability Programme of Italy*, COM (2020) 512 final.

⁹⁹ Esemplicativo di questo modello resta, Corte giust., C-67/96, *Albany*.

¹⁰⁰ F. W. SCHARPF, *The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a 'social market economy*, in *Socio-Economic Review*, vol. 8, n. 2, 2010, pp. 211 e ss.

¹⁰¹ D. CHALMERS, *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, in *European Law Journal*, vol. 18, n. 5, 2012, pp. 667 e ss.

¹⁰² Su questo profilo, G. VITALE, *Il controllo di legittimità sulle Raccomandazioni dell'Unione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2019, pp. 1 e ss.

¹⁰³ Secondo cui il danno che deve dimostrare in giudizio il ricorrente privato, per poter richiedere il sindacato dell'atto europeo, deve essere «diretto» e «individuale», Corte giust., C-25/62, *Plaumann*.

¹⁰⁴ F. SAITTO, *La 'solitudine' delle Corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerità e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2016, pp. 421 e ss.

cogliere un sostanziale *deficit* di accesso giurisdizionale. Come vedremo, infatti, nel prossimo paragrafo, nonostante molti dei provvedimenti nazionali implementati dagli Stati siano fortemente collegati ad atti normativi europei (ancorché non vincolanti), questo intricato mosaico giuridico (fatto di atti di *soft law* e implementazione indiretta) rende inoperoso il tentativo di contestazione della validità di queste misure sulla base del diritto primario UE e, per quel che ci interessa in particolare, del parametro della Carta di Nizza¹⁰⁵.

Si torna, pertanto, anche qui – nonostante il lungo *excursus* argomentativo – al punto di partenza: il connubio tra *social displacement* e la protezione dei diritti sociali, ha mostrato una tendenza, difficilmente modificabile date le condizioni di contesto, di “fuga” dalla Carta, visto il potenziale canale di contestazione ristretto nell’accesso giurisdizionale all’ordinamento europeo delle misure di *austerity* (in particolare, quelle inserite all’interno del *Semestre*). Con l’effetto a cascata di ingenerare una forma di tutela, alternativa ma dimidiata, nelle giurisdizioni nazionali¹⁰⁶, che si sono così viste sovraccaricate di legittime aspettative collegate all’esplosione della *questione sociale* negli anni della crisi economica. Il tutto, tirando le somme del discorso, accompagnato da due fenomeni connessi: (1) una marginalizzazione della CDFUE su questo fronte che – in questo caso nella sua assordante assenza – non ha potuto manifestare le sue potenziali *virtualità multiple* perché bloccate sulla soglia dell’impugnabilità degli atti di *soft law* europei e (2) uno sconfinamento della *governance* di bilancio, ormai strutturalmente bel al di là dei confini dettati dal principio di attribuzione¹⁰⁷ nei Trattati e dallo stesso più ampio concetto di «ambito di applicazione»¹⁰⁸ del diritto dell’Unione cui la Carta fa riferimento.

5. Le misure di *austerity* e il diritto della crisi: la deferenza della Corte di giustizia.

L’ultimo aspetto che resta da trattare riguarda il ruolo che la Carta di Nizza ha avuto in relazione al “puro” *diritto della crisi*, e, più in particolare, le posizioni assunte dalla Corte di giustizia in relazione alla sindacabilità delle misure di *austerity*, facendo ricadere in questo caso l’attenzione non sugli atti normativi europei connessi al *social displacement*, ma intendendo con questa categoria per lo più quegli atti dalla natura ibrida, al crocevia tra il diritto sovranazionale e la matrice internazionale degli stessi. Molti, infatti, dei problemi connessi al ruolo della Carta in relazione a questa tipologia di atti “atipici” sono legati al noto approccio sovranazionale alla crisi economica, decisamente più propenso all’impiego di strumenti internazionali e non di diritto europeo (tra tutti basti ricordare il Trattato sul MES, il *Fiscal*

¹⁰⁵ Di cui un esempio in relazione alla non applicabilità della Carta di Nizza, Corte giust., C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte*.

¹⁰⁶ Di cui le più importanti pronunce restano quelle della Corte cost. portoghese, sentt. nn. 353 del 2012 e 187 del 2013, che hanno dichiarato incostituzionali alcune misure di *austerity* adottate dal Governo lusitano.

¹⁰⁷ M. DAWSON, F. DE WITTE, *Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis*, in *Modern Law Review*, vol. 76, n. 5, 2013, pp. 823-827.

¹⁰⁸ M. E. BARTOLONI, *Ambito di applicazione del diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018.

*Compact*¹⁰⁹ e l'utilizzo dei vari *Memorandum of Understanding*), che in dottrina è stato definito di «*new intergovernmentalism*»¹¹⁰.

Anche in questo caso, per quanto riguarda queste peculiari misure *extra ordinem* che rappresentano un certo modo di intendere il governo della crisi da parte delle istituzioni sovranazionali, l'atteggiamento della Corte di giustizia è stato quello di «facilitatore delle strategie di regolamentazione e degli assetti istituzionali definiti nelle sedi intergovernative dell'Unione»¹¹¹. Ad una iniziale fase, infatti, in cui i giudici lussemburghesi hanno sostanzialmente protetto la legittimità di strumenti come il MES¹¹² o il programma OMT della Banca Centrale europea¹¹³ in relazione ad alcune norme dei Trattati che sembravano impedirne l'attuazione, successivamente la tendenza è stata quella di una grande deferenza nei confronti di quelle misure adottate in applicazione degli strumenti della *governance* economica, tanto da far arrivare a chiedere legittimamente: «are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law?»¹¹⁴.

Questo atteggiamento remissivo dimostrato dalla Corte di giustizia è separabile in due diversi periodi ma, ad ogni modo, legato nel suo *fil rouge* ad un tema che si impone come sempre più di attualità nell'ordinamento europeo – come modo proprio di auto-riflessività dello stesso in quanto «sistema completo di rimedi giurisdizionali»¹¹⁵ – in particolare in relazione al ruolo giocato dalla Carta di Nizza: quello del *locus standi*¹¹⁶; ovvero, la legittimazione di individui o gruppi a contestare le misure di *austerità* in seno al diritto sovranazionale stesso.

In una prima fase, infatti, che potremmo definire di *deferenza forte*, caratterizzata da un gruppo di pronunce come *ADEDY*¹¹⁷, *Von Storch*¹¹⁸, *Mallis*¹¹⁹, *Pringle*¹²⁰ e *Chrysostomides*¹²¹ o lo stesso *Sindicato dos Bancários do Norte*¹²², la Corte di giustizia si è riconosciuta del tutto incompetente a sindacare l'operato delle istituzioni sovranazionali sia all'interno del MES, sia in relazione alle misure nazionali attuative della condizionalità. Le motivazioni ostative sono diverse ma – cercando di operare una *Reductio ad Unum* – i principali nodi

¹⁰⁹ In alcuni ordinamenti tradotto anche in disposizioni costituzionali, su cui per l'Italia, T. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2014, pp. 51 e ss.

¹¹⁰ C.J. BICKERTON, D. HODSON, U. PUETTER, *The New Intergovernmentalism: European Integration in the Post-Maastricht Era*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 53, n. 4, cit., p. 703.

¹¹¹ M. DANI, *Il ruolo della Corte costituzionale italiana nel contesto della governance economica europea*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2018, cit., p. 153.

¹¹² Corte giust., C-370/12, *Pringle*.

¹¹³ Corte giust., C-62/14, *Gauweiler*.

¹¹⁴ C. KILPATRICK, *Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law?*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 10, n. 3, 2015, pp. 393 e ss.

¹¹⁵ Corte giust., C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores*, considerando 40.

¹¹⁶ F. CASOLARI, *C'è un giudice a Lussemburgo? Sui limiti strutturali e sostanziali alla tutela giurisdizionale dei singoli rispetto alle politiche di austerità dell'Unione europea*, in C. Caruso, M. Morvillo, *Il governo dei numeri. Indicatori economici-finanziari e decisioni di bilancio nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2020, pp. 229 e ss.

¹¹⁷ Tribunale, T-541/10, *ADEDY*.

¹¹⁸ Tribunale, T-492/12, *von Storch*.

¹¹⁹ Tribunale, T-327/13, *Mallis*.

¹²⁰ Corte giust., C-370/12, *Pringle*.

¹²¹ Corte giust., C-597/18, C-598/18, C-603/18, C-604/18, *Chrysostomides*.

¹²² Corte giust., C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte*.

argomentativi¹²³ si sono concentrati (1) sull'incapacità di tali atti di incidere direttamente nella sfera giuridica dei singoli (residuando in capo allo Stato un certo margine di discrezionalità nell'attuazione delle misure); (2) sulla natura ibrida degli stessi, non direttamente riconducibili alle istituzioni dell'UE perché adottati o da organi informali (come l'Eurogruppo) o da una distinta organizzazione internazionale come il MES; o, infine, (3) sulla non chiara delimitazione di competenze tra l'Unione e gli Stati membri che non permette di delineare un univoco criterio di imputazione.

A questo, però, è seguito un successivo cambio di atteggiamento, che si potrebbe qualificare di *deferenza debole*, in sentenze come *Ledra*¹²⁴, *Leimonis c. Consiglio*¹²⁵, *Florescu*¹²⁶, *ASJP*¹²⁷. In questi casi la Corte di giustizia se, da una parte, è vero che apre alla contestazione verso potenziali condotte lesive degli organi sovranazionali (quello che viene rilevata è per lo più, infatti, la responsabilità extracontrattuale dell'Unione), dall'altra, il sindacato sul merito si è, tuttavia, dimostrato eccessivamente indulgente, tramite un controllo attenuato sul rispetto del principio di proporzionalità e in relazione al rispetto dei diritti fondamentali, facendo riferimento in questi precedenti a concetti *passerpartout* come «contesto economico particolare»¹²⁸ o alla dottrina dei «mandatory requirements»¹²⁹. Con l'ulteriore considerazione che mai è stata riconosciuta l'ammissibilità della diretta contestazione tramite la strada dell'azione di annullamento per cittadini o gruppi (nonostante alcuni autori si siano spesi a giustificarne la fattibilità come «avenue for challenge»¹³⁰, insieme a quella potenzialmente proponibile dal Parlamento europeo e al terzo strumento del rinvio pregiudiziale di validità) che dovrebbe essere la modalità principe attraverso cui la Carta di Nizza – intesa come parametro di legittimità ad *ambizione* costituzionale – si sarebbe dovuta esplicitare in rapporto alle misure di *austerità*.

Non è un caso, poi, che la gran parte dei casi effettivi sottoposti all'attenzione della Corte di giustizia riguardino l'art. 17 della CDFUE, ovvero il diritto di proprietà, nonostante i tentativi di parte della dottrina di immaginare delle forme di attivazione di quei diritti che più classicamente rientrano nel novero di quelli sociali¹³¹. Se, senza dubbio infatti, su questa tendenza incide il carattere dimidiato che i diritti sociali hanno ricevuto nella Carta di Nizza¹³², non ci si può esimere dall'esprimere un'ulteriore considerazione su questa dinamica: scoprire che la protezione di alcune rivendicazioni sociali in relazione alle misure di *austerità* si è manifestata principalmente attraverso la rivendicazione del diritto di proprietà (diritto storicamente

¹²³ Classificazione sulle ragioni ostative riportata da, F. CASOLARI, *C'è un giudice a Lussemburgo?*, *op.cit.*, cit., p. 237.

¹²⁴ Corte giust., C-8/15, *Ledra*.

¹²⁵ Tribunale, T-531/14, *Leimonis c. Consiglio*.

¹²⁶ Corte giust., C-258/14, *Florescu*.

¹²⁷ Corte giust., C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

¹²⁸ Corte giust., C-258/14, *Florescu*, considerando 57.

¹²⁹ Corte giust., C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, considerando 49.

¹³⁰ C. KILPATRICK, *Are the Bailouts Immune*, *op.cit.*, pp. 415 e ss.

¹³¹ C. BARNARD, *The Charter in Times of Crisis: a Case of Dismissal*, in N. Countouris, M. Freedland (eds.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 250 e ss.

¹³² M. DE ZIO, *L'insostenibile leggerezza dei diritti sociali nell'Unione europea: alcune considerazioni alla luce delle sentenze Florescu e Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1, 2020, pp. 203 e ss.

non legato alla fasce più deboli della popolazione¹³³), fa comprendere come – anche da questa angolatura della crisi – la questione si sia posta nella proposizione di un *discrimen* tra chi già aveva una voce nel dibattito pubblico europeo e chi no; tra chi già aveva rendite di posizione da difendere (e prova legittimamente a farlo)¹³⁴ e chi, invece ne era privo; soggetti, quest'ultimi, che, forse, in questo contesto avrebbero meritato una ben maggiore protezione¹³⁵.

Quello che risulta da questa giurisprudenza sulle misure di *austerità*, in definitiva, oltre ai già citati fenomeni della “fuga” dalla Carta (come in relazione al *social displacement*) e ad una forte deferenza – una volta entrata nel merito del sindacato – della Corte di giustizia, è anche un terzo aspetto: un’incapacità di quei diritti sociali iscritti nella Carta di Nizza a far emergere quei conflitti redistributivi, sempre più acuiti nello spazio pubblico europeo al tempo della crisi. Quello che pare chiaro da questa prospettiva visuale è, infatti, che l’abuso di quello strumentario ibrido che ha rappresentato il *diritto della crisi* – legato a quell’approccio sovranazionale all’emergenza economica che nel suo passaggio «from the soft to hard governance»¹³⁶ non ha fatto corrispondere un utilizzo della *hard law* europea – ha sì manifestato una restrizione dello spazio di rivendicazioni individuali (e collettive) a partire dalla Carta di Nizza ma, allo stesso tempo, ha fatto affiorare come il rapporto tutto interno della (o meglio, bisognerebbe parlare della mancanza di) solidarietà in Europa si sia declinato solo in termini di *national cleavages* tra Stati, e mai dei più fisiologici *social cleavages*¹³⁷. Per questo motivo forse – nonostante gli evidenti problemi che si sono mostrati di accesso giurisdizionale nell’ordinamento europeo che non hanno fatto altro che acuire il *deficit* democratico già formatosi in entrata sull’adozione di queste misure¹³⁸ – il ricorso individuale mostra, in questo specifico *habitat*, una difficoltà *strutturale* a garantire la protezione dei diritti sociali, proprio perché quelle rivendicazioni collettive, che da questi possono nascere, vengono del tutto compresse da quel monocromatismo dello scontro tra Stati debitori e Stati creditori¹³⁹. Dimostrandosi, pertanto, un’arma spuntata, o, addirittura, una falsa pista di contestazione per la valorizzazione della *questione sociale* in Europa.

6. La solidarietà nella Carta di Nizza: i limiti di una visione *postdemocratica* e la protezione *light* dei diritti sociali.

¹³³ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, Il Mulino, 2013.

¹³⁴ Il caso *Florescu*, ad esempio, riguardava la possibilità di conservare il cumulo tra la pensione di magistrato e lo stipendio di professore universitario in Romania, a seguito dei tagli generati dalla firma del *MoU* con l’UE.

¹³⁵ Parla di una «Europe’s Lost Generation», A. POULOU, *Austerity and European Social Rights: How Can Courts Protect Europe’s Lost Generation?*, in *German Law Journal*, vol. 15, n. 6, 2014, pp. 1145 e ss.

¹³⁶ A. J. MENÉNDEZ, *The Existential Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 5, 2013, cit., p. 515.

¹³⁷ M. DAWSON, F. DE WITTE, *From Balance to Conflict*, op.cit., cit., pp. 208-210.

¹³⁸ C. FASONE, *European Economic Governance and Parliamentary Representation. What Place for the European Parliament?*, in *European Law Journal*, vol. 20, n. 2, 2014, pp. 164 e ss.

¹³⁹ Una di quelle «quattro linee di conflitto» che attraversano l’Europa (dimensione economica/sociale, Paesi del Nord/Sud nell’Eurozona, Paesi dell’Est/Ovest sulla libera circolazione e dimensione verticale tra Bruxelles e Stati membri), secondo, M. FERRERA, *Rotta di collisione. Euro contro Welfare?*, Bari-Roma, Laterza, 2016, pp. 3 e ss.

Giunti all'epilogo di questo *excursus*, è arrivato il momento di provare ad immaginare alcune conclusioni. In prima battuta, quello che si è potuto osservare in questo itinerario è senza dubbio un diverso esplicarsi della Carta di Nizza in relazione ai diritti sociali, a seconda che ci si trovi in presenza del diritto "ordinario" o del *diritto della crisi*. In un primo caso, quello che ne è risultato è una differente *regola del conflitto* tra diritto sovranazionale e il modello del costituzionalismo democratico, in rapporto alle libertà collettive o a norme di protezione sociale, ma anche di una vera e propria mancanza costitutiva nel primo di una concezione sostanziale dell'eguaglianza che permetta di lambire un seppur minimo progetto di emancipazione dal bisogno. Nel secondo caso, invece, quello che si riscontra è un'ineffettività della Carta di Nizza e della sua stessa prescrittività giuridica a giocare un ruolo di rilievo in rapporto alle misure di *austerità*, arrivando quasi a poter parlare dell'esistenza di vere e proprie «zone franche»¹⁴⁰ in relazione alla protezione dei diritti fondamentali; il tutto accompagnato ad una grande deferenza della Corte di giustizia nei confronti del *policymaker* sovranazionale. Mentre, infatti, per quanto riguarda il diritto "ordinario" si è parlato di un effetto di «traboccamento»¹⁴¹ della Carta di Nizza, nel *diritto della crisi* questa ha dimostrato di ritrarsi al punto tale da non permettere la sua stessa rivendicabilità.

Due diversi modi di atteggiarsi, dunque, e apparentemente su binari paralleli ma, in realtà, ad un occhio più attento convergenti su un elemento di fondo: «the Constitutional (Im)balance between 'the Market' and 'the Social' in the European Union»¹⁴². È questo che pare, infatti, il nodo gordiano dell'attuale processo di integrazione europea, che si riverbera in modo più evidente nella crisi, in cui il valore storico del mercato si è saldato con il fine dell'*austerità*¹⁴³ e nel cui contesto la Carta si ferma o sulla soglia dell'applicabilità o dimostra una scarsa capacità di veicolare le istanze sociali dei gruppi più deboli; ma che non manca, ad ogni modo, di manifestarsi anche nell'ordinario esplicarsi della Carta, in cui questa ritrosia nei confronti del collettivo e a tutto vantaggio dell'individuale – che sia nella forma dell'assolutizzazione delle libertà economiche o di un certo modo di intendere la non discriminazione – tradisce un'impostazione del diritto sovranazionale ancora troppo incentrata su un'antropologia di *homo economicus* altamente mobile, ma socialmente isolato¹⁴⁴ e lontano da quella dimensione pienamente politica di *homme situé*¹⁴⁵ che si inserisce in un pluralismo conflittuale di valori che trovano *eguale* tutela nell'ordinamento costituzionale. Diventa non troppo complicato in uno sfondo così tratteggiato, in fondo, rispondere a quella che resta la domanda cruciale su questi temi: «in crude terms, should EU social policy primarily condition the market

¹⁴⁰ A. PIZZORUSSO, "Zone d'ombra" o "zone franche" nella giustizia costituzionale italiana, in A. D'Atena, *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 1021 e ss.

¹⁴¹ A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2018, cit., p. 153.

¹⁴² S. GARBEN, *The Constitutional (Im)balance between 'the Market' and 'the Social' in the European Union*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 13, n. 1, 2017, pp. 23 e ss.

¹⁴³ F. W. SCHARPF, *After the Crash: a perspective on Multilevel European Democracy*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2015, pp. 387 e ss.

¹⁴⁴ SOMEK A., *The darling dogma of bourgeois europeanists*, in *European Law Journal*, vol. 20, n. 5, 2014, pp. 688 e ss.

¹⁴⁵ G. BURDEAU, *Traité de science politique. La démocratie gouvernante, Son assise sociale et sa philosophie politique*, VI, Paris, LGDJ, 1956, cit., p. 27.

(aiming at a purely social set of goals) or instead aim to facilitate market integration (i.e. to reconcile integration's social and economic objectives)?»¹⁴⁶.

È in questo contesto dell'ordinamento europeo – in cui il *sociale* viene concepito come meccanismo di esclusiva correzione dei *market-failures* – che la *virtualità multiple* della Carta di Nizza (e dei diritti sociali previsti in questa) si trovano a scontrarsi. In questo senso, il *sociale* e il *politico* vanno di pari passo e non possono essere scissi e quella mancanza di solidarietà che attorno alla Carta si è manifestata, non rappresenta altro che l'esito di un diritto sovranazionale costruito senza un necessario fine di integrazione politica¹⁴⁷. In questo si mostra una grande differenza rispetto al modello di costituzionalismo democratico e, forse, alcune recenti risposte da parte delle Corti costituzionali nei confronti dell'ordinamento europeo¹⁴⁸, da alcuni qualificate come veri e propri atti di «constitutional resistance»¹⁴⁹, possono essere lette come reazioni ad un diritto sovranazionale sempre più restio ad accogliere alcune *ragioni ordinarie* del costituzionalismo democratico presente all'interno degli Stati membri e che bene ne evidenziano la natura di «false friends»¹⁵⁰. E, infatti, proprio sul carattere acefalo della costruzione dell'UE restano ancora attuali le parole di chi ha sostenuto che «i diritti sociali in tanto possono esistere in quanto sono sostenuti da corrispondenti doveri di solidarietà, sia perché questi doveri indicano la volontà di sancire l'eguale appartenenza ad una comunità nella quale ci si identifica, sia perché per il soddisfacimento di quei diritti richiede mezzi che solo l'assolvimento di solidarietà può fornire. Questi doveri, a livello europeo, non ci sono, e ciò dimostra che l'Unione non è una comunità politica in senso proprio. Del resto, la filosofia dei diritti sociali, che implica un intervento pubblico di sostegno, non si armonizza agevolmente con quella del libero mercato che caratterizza, ancora oggi, l'ordinamento europeo»¹⁵¹.

Quel progetto di *Integration through Law* di cui la Carta è imbevuta e che ne rappresenta lo *zenit* mostra, insomma, tutti i suoi vizi genetici in rapporto alla solidarietà perché sconta, in definitiva, una visione *postdemocratica*¹⁵² del costituzionalismo, non in grado di svilupparsi in mancanza di un coevo progetto di integrazione politica: senza cioè – per fare alcuni esempi – una forte capacità di imposizione fiscale e di redistribuzione centrale delle risorse. Solo in questo modo, il *sociale* potrebbe ricominciare a svolgere quella funzione di *contrappeso* conflittuale al mercato, fornendo dei potenziali strumenti per riconciliare il costituzionalismo democratico-sociale al processo di integrazione europea¹⁵³. Pertanto, la Carta di Nizza –

¹⁴⁶ M. DAWSON, *New governance*, *op.ult.cit.*, cit., p. 193.

¹⁴⁷ A. SOMEK, *What is Political Union?*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 5, 2013, pp. 561 e ss.

¹⁴⁸ Di cui, tra tutti per l'Italia la *vicenda Taricco* (Corte cost., ord. 24 del 2017 e Corte cost., sent. 115 del 2018) e la *precisazione* di Corte cost., sent. 269 del 2017; per la Germania se ne segnala solo l'ultima sul piano temporale riguardante la legittimità della politica monetaria espansiva della BCE in relazione al *programma PSPP*, BVerfG, 2 BvR 859/15 – 2 BvR 1651/15 – 2 BvR 2006/15 – 2 BvR 980/16, *Weiss II*.

¹⁴⁹ M. KUMM, V. FERRERES COMELLA, *The primacy clause in the Constitutional Treaty and the future of constitutional conflict in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n. 2-3, 2005, 473 e ss.

¹⁵⁰ A. J. MENÉNDEZ, «False Friends» costituzionali: l'irresistibile ascesa dei conflitti fondamentali tra diritto europeo e quello nazionale, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2019, pp. 3 e ss.

¹⁵¹ M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2000, cit., p. 391.

¹⁵² C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Bari-Roma, Laterza, 2005.

¹⁵³ M. DANI, A. J. MENÉNDEZ, *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?*, in *DPCE online*, n. 1, 2020, 289 e ss.

e il contesto ordinamentale in cui essa si inserisce, di cui essa rappresenta un peculiare epifenomeno – non potrà, in mancanza di un momento costituente¹⁵⁴, che continuare a giocare un ruolo “marginale” in relazione al governo della *questione sociale* e a garantire (al massimo) una protezione *light* dei diritti sociali; e non, al contrario, promuovere le condizioni di agibilità dell’instaurazione di uno Stato sociale in Europa¹⁵⁵.

Qualcosa, tuttavia, sembra cambiato nell’ultimo anno caratterizzato dalla comparsa della nuova crisi da *COVID-19*. La risposta *istituzionale* sovranazionale a questa ennesima emergenza che attanaglia l’Europa, infatti, ha mostrato alcune discontinuità rispetto al passato, tra cui primeggia per importanza il *Next Generation EU* che, seppur costruito come intervento *una tantum*, rappresenta un superamento del divieto di indebitamento dell’Unione europea e – per quel che qui più strettamente riguarda – l’adozione di una proposta di direttiva da parte della Commissione in materia di salario minimo¹⁵⁶, con il fine di incidere su uno dei mali dell’attuale costruzione europea, come il *dumping* salariale. È ancora troppo presto per tirare conclusioni definitive su queste recenti tendenze, ma queste possono essere lette tuttavia come dei segnali – adottando un approccio di pessimismo della ragione e di ottimismo della volontà – che vadano nel verso di cogliere un ripensamento radicale verso l’attuale stato del processo di integrazione europea, di cui la Carta di Nizza, *in primis*, si gioverebbe.

Quello che risulta, però, non ancora chiaro all’orizzonte è *chi* sul piano sociale e politico si possa fare portatore di questo necessario e auspicabile «constitutional momentum»¹⁵⁷ in Europa: ovvero dove e quali siano le forze sociali, i soggetti politici e gli interessi collettivi in grado di modificare l’attuale panorama così descritto sul piano della «costituzione materiale»¹⁵⁸ e che siano capaci di riempire di contenuto le *virtualità multiple* della Carta di Nizza – trasformandone le coordinate genetiche – sul tema della solidarietà. In altri termini, riprendendo le parole di Pietro Costa: «possiamo adattare al caso nostro l’antica formula e proclamare: “lo Stato sociale è morto, viva lo Stato sociale”. Dove sono però oggi i Grandi del regno interessati all’incoronazione del nuovo sovrano?»¹⁵⁹.

¹⁵⁴ B. ACKERMANN, *We The People: Transformations*, vol. 2, Cambridge, Belknap Pr., 2000.

¹⁵⁵ A. MORRONE, *Stato sociale e diseguaglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, in *Rivista del Diritto della sicurezza sociale*, n. 4, 2020, pp. 707 e ss.

¹⁵⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai salari minimi adeguati nell’Unione europea*, del 28 ottobre 2020, COM (2020) 682.

¹⁵⁷ N. WALKER, *Europe’s Constitutional Momentum and the Search for Policy Legitimacy*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, n. 2, 2005, cit., p. 211.

¹⁵⁸ C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940.

¹⁵⁹ P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell’Italia repubblicana*, in *Lavoro e diritto*, n. 1, 2009, cit., p. 81.