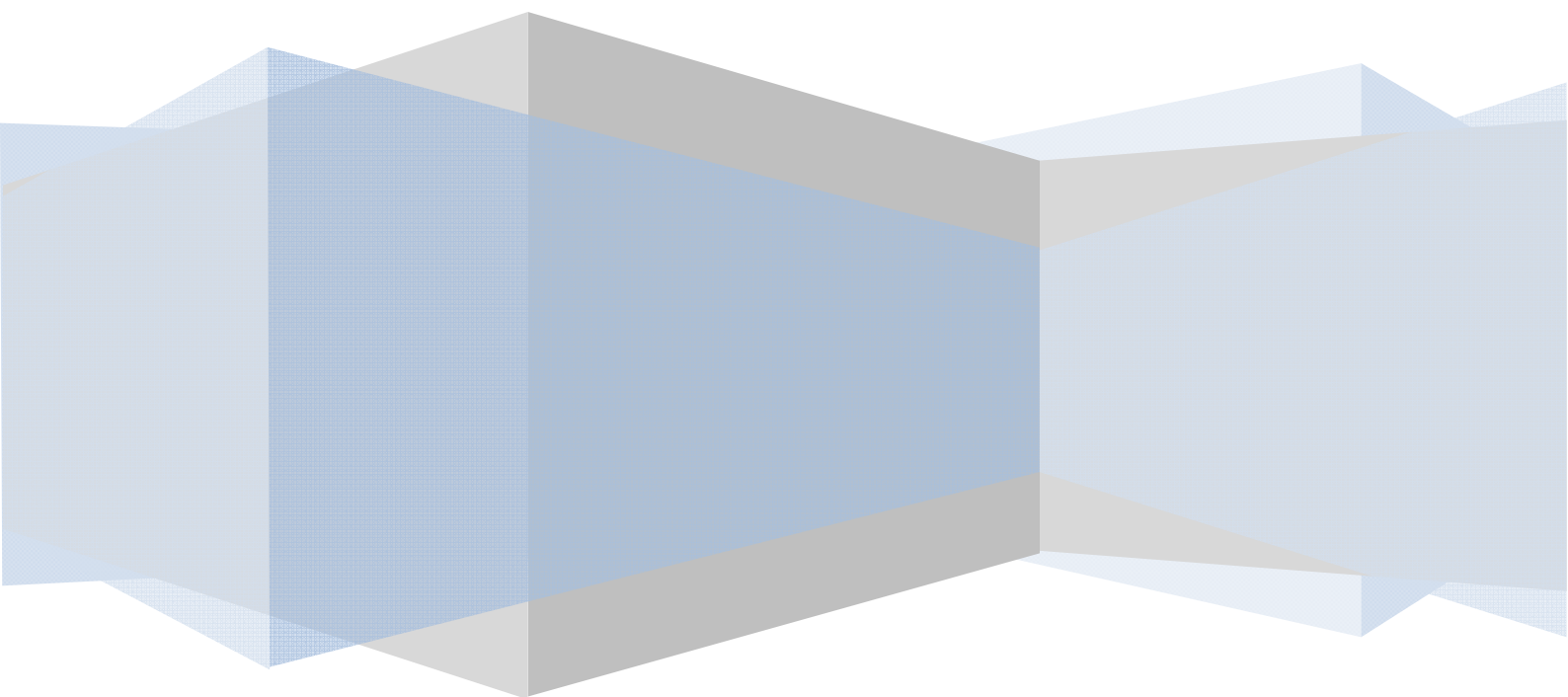


Università degli Studi di Perugia
Facoltà di Giurisprudenza
Dipartimento per gli Studi Giuridici “A. Giuliani”

“Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani”

Convegno – Perugia, 25 e 26 marzo 2011



CESARE SALVI

Relazione introduttiva

“Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali”

Il ruolo dei principi costituzionali nella ricostruzione e nell’applicazione del diritto civile è stato affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza dagli anni ’60 del secolo scorso, abbandonando l’idea del carattere meramente programmatico di quei principi.

Per tale via la configurazione degli istituti civilistici e i criteri di interpretazione si sono largamente evoluti e modificati, ed è stato assegnato un ruolo crescente a valori personalistici e sociali.

Successivamente, la funzione di indicare principi generali è stata svolta dalla “Costituzione europea” (per usare una formula comprensiva del diritto normativo e giurisprudenziale dell’Unione e di quello CEDU).

Il nostro Convegno si propone di analizzare il ruolo odierno dei principi costituzionali nel diritto civile; e in particolare di verificare gli elementi di convergenza e di divergenza tra principi europei e principi nazionali.

In questo ambito assume particolare rilievo il tema del rapporto tra libertà economiche e diritti patrimoniali da un lato, principi “sociali” e diritti personali e sociali dall’altro.

Questa relazione introduttiva sarà pertanto dedicata a segnalare quelli che mi sembrano gli aspetti più significativi e problematici di tale rapporto.

INDICE

1. Tutela dei diritti e sistema delle fonti: un problema aperto
2. I principi della “massima espansione della tutela” e della “garanzia del livello di protezione” e il problema del “bilanciamento”
3. Quale bilanciamento tra libertà economiche e diritti personali e sociali?
4. La garanzia della proprietà privata: Costituzione italiana e CEDU
5. Libertà economiche e diritti sociali: giurisprudenza della Corte di giustizia, principi costituzionali italiani e Carta dei diritti
6. Costituzione italiana e Carta dei diritti a confronto
7. I “contro limiti” costituzionali e il “margine di apprezzamento nazionale”. Il principio sociale come “contro limite”
8. Dignità umana, democrazia e identità sociale europea

1. Tutela dei diritti e sistema delle fonti: un problema aperto.

Il sistema delle fonti è in continuo sommovimento, più che per l'entrata in vigore dei nuovi Trattati, per l'attivismo delle massime giurisdizioni europee e nazionali.

Al centro di questo attivismo è la tutela dei diritti fondamentali. Sembra quasi di assistere a una gara per stabilire chi è in grado di meglio tutelarli.

Ricordo alcune recenti vicende giurisprudenziali.

La Corte di giustizia, con la sentenza Mangold del 2005, ha aperto le porte alla non applicazione della norma interna per contrasto con un principio generale del diritto comunitario, indipendentemente dal requisito dell'efficacia diretta della norma europea.

La Corte EDU (17 settembre 2009, Scoppola c. Italia) ha innovato la sua giurisprudenza sull'art. 7 della Convenzione, ritenendo compreso in tale norma il tema della retroattività della legge penale più favorevole. Quel che più interessa, ha motivato la decisione con riferimenti a fonti diverse dalla CEDU: l'art. 49 della Carta dei diritti UE, la giurisprudenza della Corte di giustizia, una sentenza della Corte di cassazione francese. La decisione è stata presa dalla Grande camera a maggioranza, e una dissenting opinion è particolarmente severa nel segnalare il carattere "creativo".

La Corte costituzionale italiana (348 e 349/2007) ha reinterpretato il primo comma dell'art. 117 della Costituzione introducendo nel sistema delle fonti la nuova categoria della "norma interposta", di origine sovranazionale, e ne ha dedotto, in sede di prima applicazione, l'esigenza di rivedere la propria precedente giurisprudenza in materia di garanzia della proprietà privata.

In due decisioni recenti (in tema di legittimità del Trattato di Lisbona, e di poteri di controllo su atti ultra vires delle istituzioni europee), il Tribunale costituzionale tedesco ha approfondito i rapporti tra diritto europeo e norme costituzionali.

In Francia la dialettica tra Consiglio costituzionale, Corte di cassazione, Consiglio di Stato e Corte di giustizia UE in tema di controllo di legittimità delle norme interne ha sfiorato lo scontro intergiudiziario e fra il sistema giudiziario e il Parlamento.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, d'altra parte, non sembra avere affatto semplificato e tanto meno risolto il problema. Le sue complesse previsioni non aiutano infatti a comprendere quali siano e quali contenuti abbiano i diritti fondamentali da proteggere, e a chi compete farlo.

Ricordo sommariamente alcune questioni segnalate dalla dottrina negli ultimi anni. Ci si è domandato se per arrivare alla conclusione di Corte costituzionale 317/2009, e di altre recenti decisioni garantiste dei nostri giudici costituzionali, fosse necessario ricorrere alla norma interposta dalla CEDU, o se non fosse sufficiente applicare le nostre norme costituzionali (nel caso citato, gli art. 24 e 111).

Non è chiaro se il vincolo del rispetto degli obblighi internazionali, come interpretato dalla Corte costituzionale sulla base dell'art. 117, valga per tutti gli accordi internazionali, e se no per quali (la CEDU, tra l'altro, non è l'unico accordo internazionale che si occupa di diritti umani).

Ci si domanda se c'è differenza tra diritti fondamentali scritti e diritti fondamentali deducibili dai principi dell'ordinamento comunitario. Secondo l'art. 52 della Carta dei diritti parrebbe di sì, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia parrebbe di no.

Ci si interroga sul rapporto tra il principio della certezza del diritto, come è strutturato negli ordinamenti giuridici continentali e in particolare nel nostro, e l'attribuzione di valore vincolante erga omnes (in alcuni casi, anche se si è già formato il giudicato) alle sentenze della Corte di giustizia (trattandosi di "sentenza dichiarativa", che ha "la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate": Cort. cost. 39/1989). Se si aggiunge la richiesta della Corte di giustizia, in larga misura accolta dai giudici nazionali (adesso anche la Corte costituzionale italiana ritiene di farvi ricorso, ancorché per ora solo in tema di conflitto di attribuzioni), di ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale, ne emerge progressivamente, secondo alcuni, da un lato un sistema più simile a quelli di common law che agli ordinamenti continentali, dall'altro, la definitiva subordinazione gerarchica della Corte costituzionale alla Corte di giustizia.

L'adesione della UE alla CEDU, secondo molti, rischia di complicare le cose, anche (e non solo) per quanto riguarda i rapporti tra le due Corti (chi decide se una norma UE viola le CEDU?), e si auspica che il previsto atto di adesione chiarisca questo e altri aspetti.

In proposito la Consulta ha di recente (Corte cost. 80/2011) esaminato il nuovo testo dell'art. 6 TUE, deducendone che la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione deriva ora da tre fonti distinte: la Carta dei diritti, la CEDU, i "principi generali" che comprendono quelli sanciti dalla stessa CEDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. E da ciò ha tratto la conclusione (non molto rassicurante, considerando i contenuti della giurisprudenza UE in materia, sui quali tornerò) che tale "complesso e articolato" nuovo sistema di protezione garantisce "un certo grado di elasticità del sistema", consentendo alla Corte di giustizia di "individuare nuovi diritti fondamentali".

Ancora: non sono ben chiare le conseguenze giurisdizionali delle nuove competenze previste dai Trattati in tema di cooperazione giudiziaria e di politica estera e di sicurezza europea.

Ci si domanda, infine, alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria, a partire dal caso Laval, che cosa resti del limite, peraltro confermato dall'art. 6 TUE, per il quale il riconoscimento dei diritti fondamentali è comunque limitato alle materie di competenza UE.

Ma lasciamo il tema delle fonti alle sue complicazioni, e consideriamone gli effetti: quali siano i diritti fondamentali, quale il contenuto e il limite della tutela, quali i reciproci rapporti.

2. I principi della "massima espansione della tutela" e della "garanzia del livello di protezione" e il problema del "bilanciamento".

Dopo questa rassegna problematica, ci si potrebbe comunque consolare alla luce della considerazione che gli orientamenti normativi e giurisprudenziali sembrano convergere nel principio della massima espansione dei diritti: come dice Cort. cost. 317/2009, "con riferimento a un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa".

Nella stessa direzione del resto l'art. 53 della Carta dei diritti stabilisce che nessuna disposizione della Carta deve essere interpretata come limitativa del "livello di protezione" dei diritti e delle libertà riconosciuti dal diritto europeo e internazionale "e dalle Costituzioni degli Stati membri".

Ma il nostro problema comincia appunto qui.

Al fondo di molte teorizzazioni della tutela multilivello dei diritti vi è l'idea che per tale via possa perseguirsi, attraverso una sorta di competizione virtuosa tra le corti, un'espansione potenzialmente senza limiti della tutela dei diritti fondamentali.

E un'espansione senza rischi, vista la garanzia del livello di protezione preesistente.

Questo modo di ragionare ricorda quello che sorreggeva, alle origini del giusnaturalismo, l'idea della estensione tendenzialmente illimitata del diritto di proprietà. Per Samuel Pufendorf, ad esempio, la proprietà fondiaria si estende illimitatamente, salvi i limiti posti, quanto allo spazio sovrastante, dall'analogo diritto di un'abitante della luna, e, quanto al sottosuolo, da quello spettante al proprietario del fondo situato agli antipodi.

Ma, come sappiamo, la teoria giuridica individualista della proprietà dovette fare i conti, quando fu tradotta in proposizioni normative, con interessi e diritti, anche di altri proprietari, incompatibili con una concezione monadica.

I diritti infatti non sono monadi, e non ci sono solo i seleniti e gli abitanti degli antipodi a porre un problema di limiti e di bilanciamenti.

Del resto, la Corte costituzionale, nella decisione da ultimo citata, introduce, anche se non lo risolve, il problema del bilanciamento tra il diritto di cui si assume la protezione e altri interessi meritevoli di tutela.

La stessa Corte di giustizia, nel caso Schmidberger del 2003, pose il tema della distinzione tra diritti suscettibili di bilanciamento e diritti per così dire assoluti (come quello alla vita o il divieto della tortura). "Neppure i diritti alla libertà di espressione e alla libertà di riunione pacifica garantiti dalla CEDU ... appaiono come prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale". E la sentenza prosegue indicando il criterio di legittimità delle restrizioni all'esercizio di tali diritti, individuato in primo luogo nell'effettiva

rispondenza a obiettivi di interesse generale, e in secondo luogo nell'esigenza di evitare che l'intervento sia tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati.

3. Quale bilanciamento tra libertà economiche e diritti personali e sociali?

Il problema del bilanciamento tra diritti patrimoniali e diritti personali e sociali è duplice. In primo luogo, se per i diritti a contenuto economico possa valere la stessa impostazione che si adotta in via generale per i diritti di libertà, e cioè il principio della massima espansione della tutela. Per i primi, non ci si può limitare a tale generica formulazione, e ciò per una ragione strutturale. Infatti, nelle libertà economiche il problema del limite alla tutela non riguarda – come nelle libertà personali - l'interesse generale inteso come interesse pubblico, ma il potenziale conflitto con altri diritti, anch'essi configurabili come diritti fondamentali.

Né può soccorrere al riguardo la garanzia del livello di protezione preesistente, perché la domanda subito si pone: livello di protezione per chi? Consideriamo ad esempio la sentenza Laval, sulla quale torneremo, e nella quale la Corte di giustizia ha affermato la prevalenza della libertà di prestazione di servizi su diritti sociali costituzionalmente garantiti. Qui, come è evidente, il preesistente livello di protezione dei diritti sociali non solo non è affatto tutelato, ma è fortemente ridotto dalla preminenza accordata alla libertà economica.

Emerge insomma la differenza strutturale tra libertà economica e libertà personale: per la seconda il problema è quello del rapporto tra libertà e potere pubblico, per la prima tra libertà e altri diritti individuali o collettivi. Per la libertà personale, la massima espansione della tutela comporta la limitazione del potere pubblico di comprimerla; per la libertà economica, determina la riduzione della tutela di altri diritti.

Ne deriva il secondo aspetto del problema: dobbiamo domandarci se la soluzione data al bilanciamento tra libertà economiche da una parte, diritti personali e utilità sociale dall'altro, sia la stessa nei testi europei (e nelle giurisprudenze che li applicano) e invece nei testi costituzionali nazionali (in particolare ma non solo quello italiano), anche qui come interpretati dalle rispettive corti supreme.

Il quesito non è irragionevole, ove si consideri che molti testi costituzionali europei sono espressione di una fase storica (la golden age, per usare fra le tante la definizione di Hobsbawm) caratterizzata da principi molto diversi da quelli del liberismo giuridico (le quattro libertà dei Trattati non sono proprio la stessa cosa delle quattro libertà di cui parlava F.D. Roosevelt) prevalente invece nella fase storica nella quale sono state redatte le normative europee.

E' dubbio che possa considerarsi risolutiva l'idea di una sorta di Grundnorm costituita dalla clausola generale della dignità umana, pure essendo certamente meritori gli approfondimenti e le valorizzazioni di questo principio.

Si tratta infatti di intendere come il principio generale della dignità si declini in concreto nelle ipotesi di conflitto tra libertà economiche e diritti personali e collettivi.

Prima di tornare su tali questioni, mi sembra utile verificare le considerazioni fin qui svolte alla luce di recenti vicende giurisprudenziali a mio avviso emblematiche: la concezione della proprietà nel rapporto tra articolo 42 della Costituzione e art. 1 del primo protocollo addizionale della CEDU; l'interpretazione data dalla Corte di giustizia del bilanciamento tra le libertà economiche, considerate diritti fondamentali, e le norme costituzionali di tutela dei diritti sociali.

4. La garanzia della proprietà privata: Costituzione italiana e CEDU.

Dal principio della funzione sociale della proprietà privata, contenuto nell'art. 42 della Costituzione, la nostra giurisprudenza costituzionale ha sempre dedotto che l'indennità di espropriazione non deve necessariamente corrispondere al valore di mercato del bene espropriato (o alle conseguenze economiche negative dell'intervento, nel caso di limitazioni sostanzialmente espropriative).

In una delle sue prime sentenze (61/1957) la Consulta affermò la legittimità dei criteri previsti dalla legge per Napoli del 1885. Il termine "indennizzo", di cui al comma 3 dell'art. 42, non va interpretato letteralmente ("rendere indenne"), disse la Corte, ma secondo un criterio storico-sistematico, come strumento di mediazione tra esigenze pubbliche e private. Del resto, aggiunse la Consulta, l'adozione di un criterio inferiore al valore venale precede, nell'ordinamento

italiano, l'entrata in vigore della Costituzione: e non si può ritenere che la Costituzione del 1948, ispirata a "finalità di progresso sociale", possa essere interpretata come un ritorno al 1865.

E' da notare che il principio della "mediazione tra esigenze pubbliche e private", affermato da questa sentenza, è omologo a quanto espressamente disposto dall'art. 14, 3° comma, della Costituzione tedesca: "l'indennizzo deve essere stabilito mediante un giusto contemperamento tra gli interessi della collettività e gli interessi delle parti". Norma memore delle controversie weimariane, quando le giurisdizioni superiori affermavano lo stesso principio dell'attuale giurisprudenza CEDU.

Eppure proprio il ritorno al 1865 è stata la conseguenza della sentenza n. 348 del 2007, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la norma dell'art. 37 del T.U. espropriazione del 2001, che invece al criterio previsto dalla legge per Napoli si era ispirata, e che la stessa Corte aveva in precedenza ritenuta legittima.

In effetti, la giurisprudenza costituzionale, nei cinquant'anni successivi alla decisione prima ricordata, ha sempre affermato che "la regola generale di integralità della riparazione non ha rilevanza costituzionale" (148/1999), anche se l'indennità deve rappresentare un "serio ristoro" (5/1980, 223/1983).

La Corte EDU (Grande Chambre, 29 marzo 2006, Scordino, e altre) ha però condannato l'Italia per violazione dell'art. 1 del primo protocollo addizionale, da essa interpretato (ancorché la norma nulla disponga in proposito) nel senso che l'indennità di espropriazione deve corrispondere al valore venale del bene.

A questo punto anche per la nostra Corte costituzionale ciò che era "serio ristoro" nel 1993 non lo è più nel 2007. Si tratta della nota sentenza (348/2007) che con quella gemella (349) sull'occupazione acquisitiva ha introdotto in Italia la tesi per la quale l'interpretazione che la Corte di Strasburgo dà delle norme della Convenzione deve intendersi, in base al primo comma dell'art. 117 Cost., come "norma interposta".

Per quanto riguarda l'occupazione acquisitiva, mi limito a ricordare che la Corte Costituzionale, essendo insoddisfatta la Corte EDU anche della soluzione adottata con la sentenza 349/2007, alla fine si è tolta d'impaccio dichiarando incostituzionale l'art. 43 del T.U. del 2001 per una ragione del tutto diversa, cioè per eccesso di delega (293/2010).

Per tornare all'indennità di esproprio, occorre anzitutto considerare che il tema ha una grande rilevanza ai fini della configurazione della garanzia (e della nozione stessa) costituzionale della proprietà privata. Dopo l'introduzione anche in Italia (ad opera della Corte costituzionale negli anni '60, con giurisprudenza poi formalizzata dal legislatore) della figura dei limiti sostanzialmente espropriativi, la tesi per la quale l'indennità deve corrispondere al valore venale del bene porterebbe a vedere nel patrimonio l'oggetto della tutela.

La nozione costituzionale di proprietà sembra così riguardare non il diritto soggettivo di cui parla il Codice civile, ma l'assetto dato della ricchezza. E si apre la via al dubbio sulla legittimità di ogni intervento legislativo che abbia effetti redistributivi.

La sentenza 348/2007, peraltro, mantiene fermo il punto di principio: "il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene ablato". Si aggiunge che la funzione sociale di cui all'art. 42 deve essere posta "in stretta relazione all'art. 2 Cost., che richiede a tutti i cittadini l'adempimento degli impegni inderogabili di solidarietà economica e sociale". Segue una considerazione molto rilevante ai nostri fini: "livelli troppo elevati di spesa per espropriazione di aree edificabili ... potrebbero pregiudicare la tutela effettiva di diritti fondamentali previsti dalla Costituzione (salute, istruzione, casa, tra gli altri)".

Emerge, quindi, il potenziale conflitto tra espansione della tutela proprietaria, e correlata riduzione dei diritti sociali, che ho in precedenza richiamato. La gemella sent. 349 dice che è compito della Corte costituzionale verificare se le norme CEDU "garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana".

Si è già osservato, però, che la formula della tutela "almeno equivalente" dei diritti non sembra funzionare per la proprietà (e per gli altri diritti economici) proprio per le ragioni indicate dalla sent. 348. "Almeno equivalente" per gli interessi proprietari, o per gli interessi sussumibili nella funzione sociale, potenzialmente configgenti con i primi, e che nella nostra Costituzione sono riconducibili a diritti fondamentali ?

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo lascia per la verità aperto uno spiraglio per alcune "riforme economiche, sociali e politiche", che consentirebbero di derogare al principio della riparazione integrale. A questo spiraglio si è aganciato il nostro legislatore quando nel nuovo testo dell'art. 37

T.U. espropriazione (introdotto nel 2008) prevede che l'indennità sia ridotta di un quarto nel caso di "interventi di riforme economico-sociali" (che ancora non si sa bene quali siano o possano essere).

Può darsi che per tale via la giurisprudenza CEDU in materia proprietaria possa essere raccordata con i principi costituzionali italiani. Rimane però il problema (segnalato da diversi autori): per la CEDU il principio generale è il diritto del proprietario alla riparazione integrale in caso di espropriazione o di limiti sostanziali; per il nostro ordinamento, almeno finora, il principio generale è la funzione sociale, che impone, anche nel determinare la misura dell'indennità, il contemperamento con altri interessi e diritti.

5. Libertà economiche e diritti sociali: giurisprudenza della Corte di giustizia, principi costituzionali italiani e Carta dei diritti.

Un ampio dibattito si è svolto sulla recente giurisprudenza della Corte di giustizia concernente i rapporti tra libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, da un lato, e diritti sociali, dall'altro (casi Laval, Viking, Rüffert, Commissione c. Lussemburgo).

Non è quindi necessario né utile un nuovo approfondimento.

Ai nostri fini interessa piuttosto sottolineare due aspetti. Il primo concerne il rapporto tra il diritto (fondamentale, secondo la Corte di giustizia) alla libertà economica previsto dai Trattati e i diritti sociali costituzionalmente protetti dagli Stati. In secondo luogo, la nozione di libertà economica adottata dalla Corte.

Per quanto riguarda il primo aspetto, va ricordato che nel caso Laval il governo svedese si era costituito in giudizio sostenendo che il diritto di intraprendere azioni collettive costituisce un diritto fondamentale, tutelato dalla Costituzione svedese, e che d'altra parte la sua disciplina esula dall'ambito applicativo dei trattati, come espressamente previsto dall'art. 137 (oggi 153 TFUE), per il quale le disposizioni del Trattato in materia di protezione dei lavoratori "non si applicano alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero". La Corte di giustizia nega il difetto di competenza europea, e anzi afferma che il "diritto di intraprendere un'azione collettiva deve essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto

comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto”. La sentenza aggiunge tuttavia che, alla luce dell’art. 28 della Carta dei diritti, il diritto di azioni collettive “è tutelato conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali”.

La Corte di giustizia afferma poi (ricordando i precedenti Schmidberger e Omega) che l’esercizio dei diritti fondamentali deve essere “conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato”.

Ma quale il contenuto del “bilanciamento” tra i due diritti (libertà di prestazione dei servizi e azione collettiva), ritenuti entrambi fondamentali? La Corte risponde affermando che gli obiettivi di politica sociale dell’Unione, e in particolare quello del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, possono limitare la libertà di prestazione di servizi solo sotto il profilo del rispetto di “un nucleo di norme imperative di protezione minima nello stato membro ospitante”, che sono quelle desumibili dalla direttiva 71/1996 sul distacco dei lavoratori.

Il punto che interessa qui sottolineare è che nell’operare il “bilanciamento” dei diritti, la Corte di giustizia afferma nel caso Laval la prevalenza della libertà economica sul diritto sociale all’azione collettiva, con la sola eccezione del rispetto, da parte del datore di lavoro, del nucleo di norme imperative di protezione minima previste dalla citata direttiva. In sostanza, è vietato promuovere azioni sindacali, ancorché garantite dalla Costituzione nazionale, che si prefiggano di ottenere per i lavoratori distaccati condizioni migliori di quelle, pur definite “minime”, previste dalla direttiva.

Il quesito che si pone in proposito è simile a quello che abbiamo visto in materia proprietaria: il bilanciamento operato dalla Corte di giustizia molto difficilmente avrebbe avuto lo stesso esito, se condotto alla luce della nostra Costituzione, a partire dal secondo comma dell’art. 41.

Questa osservazione mi sembra avvalorata dal secondo aspetto, che concerne il contenuto stesso della nozione di libertà economica adottato dalla Corte di giustizia. Come è stato segnalato dalla dottrina, la libertà garantita dalla Corte di giustizia non concerne l’esigenza di una pari libertà economica tra imprese all’interno dei singoli Stati (secondo quanto richiederebbe la tutela della concorrenza).

Consideriamo il caso Rüffert. La Corte di giustizia dice esplicitamente che una normativa (come quella, oggetto della controversia, del Land della Bassa Sassonia) che preveda l'applicazione ai lavoratori distaccati della stessa disciplina prevista per i lavoratori nazionali "finirebbe per privare di effetto utile la direttiva" 71/1996. Ciò che va garantito è la possibilità di distaccare lavoratori sul territorio di un altro Stato, proprio al fine di consentire all'impresa vantaggi competitivi. La tutela della concorrenza diviene così non garanzia della parità di trattamento tra imprese nazionali e imprese di altri stati, ma garanzia della libertà dell'impresa di scegliere l'ordinamento che consenta le condizioni migliori per essa (e peggiori per i dipendenti): concorrenza tra ordinamenti, non tra imprese.

Che la libera prestazione dei servizi rientri nel novero delle libertà economiche garantite dal Trattato non è in discussione. E' lecito però dubitare che l'interpretazione che ne dà la Corte di giustizia sia conforme ai principi della Costituzione italiana, a cominciare dall'art. 3.

In base a tali principi, infatti, non solo non dovrebbe essere considerata violata la libertà economica se uno Stato ritenga di applicare le norme interne a tutti i lavoratori operanti sul proprio territorio, quale che ne sia la nazionalità, e quale che sia lo Stato nel quale ha sede sociale l'impresa che li utilizza; ma anzi dovrebbe giungersi alla conclusione opposta, del contrasto cioè con le norme costituzionali di una disciplina che preveda tutele differenziate per i lavoratori, in base alle loro nazionalità.

Va poi considerato che la Corte di giustizia (15 luglio 2010 – C. 271/08) ha ribadito il suo orientamento, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, argomentando sulla base della Carta dei Diritti. Se l'art. 28 della Carta richiede che la tutela del "diritto fondamentale di negoziazione collettiva", prevista da tale norma, "deve tener conto pienamente" del diritto comunitario e della legislazione e delle prassi nazionali, se ne deduce che quel "diritto fondamentale" va "contemperato con gli obblighi scaturenti dalle libertà" economiche; segue esplicita conferma dei precedenti Laval e Viking.

Conviene quindi esaminare quello che la Carta dei diritti dice, rispetto alla problematica che stiamo esaminando.

6. Costituzione italiana e Carta dei diritti a confronto.

Ho usato in precedenza l'espressione Costituzione europea. In effetti da tempo la Corte di giustizia afferma che "la Cee è una comunità di diritto, nel senso che né gli stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla Carta costituzionale di base costituita dal Trattato" (23 aprile 1986, C. 294/83). Siamo peraltro abituati, almeno nell'Europa continentale, a considerare la Costituzione un testo scritto, che esplicitamente disciplina diritti e doveri. Siamo inoltre abituati a considerare le costituzioni nazionali come "rigide" e quindi suscettibili di modifiche solo attraverso particolari procedure e anche in questo caso non senza limiti (come ha avuto modo di dire in qualche *obiter dictum* la Corte costituzionale italiana, e come espressamente prevede l'art. 79 della Costituzione tedesca).

E' noto che la Costituzione europea non è strutturata in un testo scritto, e che non è ancora risolto il problema del rapporto tra il carattere rigido delle costituzioni nazionali e il principio di prevalenza del diritto dell'Unione.

All'inizio ho ricordato alcuni fatti istituzionali recenti che confermano la persistente dialettica e incertezza su entrambi i nodi segnalati: quali siano e quale contenuto abbiano i diritti fondamentali garantiti dall'Unione, e quale sia il rapporto tra costituzione europea e costituzioni nazionali.

Il nuovo testo dei Trattati non aiuta a risolvere nessuno dei due problemi.

Per quanto concerne il primo, l'art. 6 TUE riconosce il valore giuridico della Carta dei diritti. Subito dopo però afferma che le disposizioni della Corte "non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione". Al secondo comma segue l'adesione alla CEDU (che è anch'essa un testo scritto).

Al terzo comma si aggiunge che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione ma "in quanto principi generali".

Per quanto riguarda poi la Carta sociale europea del 1961 e la Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, sono richiamate nel Preambolo; "i diritti sociali fondamentali" da esse definiti sono poi "tenuti presenti" dall'art. 151 TFUE che indica gli obiettivi della politica sociale dell'Unione: formula, quella del "tenuti presenti" che, si converrà, non è particolarmente perspicua.

Tuttavia, per procedere a un confronto tra testi scritti, conviene assumere come punto di riferimento la Carta dei diritti, e non addentrarsi troppo nei meandri dei criteri interpretativi e delle “spiegazioni”.

La prima differenza che colpisce chi legga parallelamente la Carta dei diritti e la Prima parte della Costituzione è l’organizzazione della materia.

La Carta aggrega le situazioni protette intorno a sei poli - corrispondenti ai primi sei titoli – che evocano i “valori fondanti” dell’Unione in modo sommario e privo di ogni coordinamento sistematico, come ha notato De Siervo. L’enunciazione dei diritti poco aggiunge ai valori di riferimento, affidando all’interprete la più ampia discrezionalità applicativa.

Manca ogni principio generale di bilanciamento, sia statico (come nel nostro art. 2, seconda parte) sia dinamico (come nel nostro secondo comma dell’art. 3).

Ne deriva, come è stato notato in dottrina, l’assenza di vincoli in ordine alle forme e alle ragioni di limitazione dei diritti proclamati, che sono affidate per lo più a una generica “riserva di legge” (comprensiva talvolta delle “prassi nazionali”). Né può supplire a tale carenza l’art.52, che si “stende” in modo indifferenziato su tutte le disposizioni, non affrontando così il problema del criterio di limitazione dei diritti e soprattutto del criterio di bilanciamento del potenziale conflitto tra i diritti medesimi (come invece, ad esempio, nel secondo comma dell’art. 41 della nostra Costituzione). Analoghe considerazioni valgono, per le ragioni che ho già ricordato, per quanto concerne la garanzia del livello di protezione di cui all’art. 53.

In una logica che è insieme paleo-liberale e post-moderna (aggettivo usato da Azzariti) emerge una monodimensionalità dei diritti, che sembrano posti tutti sullo stesso piano.

Per venire poi più da vicino al tema del nostro incontro, la libertà di impresa e il diritto di proprietà sono ricompresi nel Titolo dedicato alla Libertà (come, per quanto riguarda la proprietà, era nello Statuto albertino); laddove, come è noto, la nostra Costituzione ha operato la de-fondamentalizzazione dei diritti economico-patrimoniali, la “relativizzazione” del diritto di proprietà (come ha ricordato ancora di recente Rodotà).

Nella norma sulla libertà d’impresa, scompaiono i limiti di ordine generale, previsti invece dal secondo comma dell’art.41, e da altre costituzioni nazionali.

Per quanto riguarda la proprietà, non c'è traccia della funzione sociale; l'incipit dell'art.17 ("Ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità") è più simile ai testi ottocenteschi o alle tesi di Nozick che alla formula della Costituzione italiana, ed è anche più arretrato (o più avanzato: dipende naturalmente dai punti di vista) dell'art. 832 del Codice civile. Per l'espropriazione, si richiede una "giusta" indennità (l'aggettivo è assente nel terzo comma dell'art.42). Il diritto di lasciare i propri beni in eredità fa parte del contenuto della tutela: garanzia non contemplata nel quarto comma dell'art. 42, che si ispira invece alla logica "novecentesca" della funzione redistributiva del diritto successorio.

Non mi soffermo, in questa rassegna, sui diritti sociali. Mi limito a segnalare l'assenza di una norma analoga al primo comma dell'art. 36 in materia di retribuzione del lavoratore.

L'esito del raffronto, che ho condotto tra Carta dei diritti e Costituzione italiana, non sarebbe molto diverso con riferimento ad altre Costituzioni nazionali della "golden age": dal preambolo del 1946 della Costituzione francese (che, come si sa, fa parte integrante del diritto costituzionale positivo); alle disposizioni della Costituzione tedesca sulla proprietà che obbliga e il cui uso deve al tempo stesso servire al bene comune; alla Costituzione spagnola, per la quale "la funzione sociale limita il contenuto" del diritto alla proprietà privata e alla eredità (che non è ricompreso nella sezione dedicata ai diritti fondamentali e alle libertà, ma in quella concernente i diritti e i doveri dei cittadini), e la garanzia della libertà imprenditoriale deve avvenire "in accordo con le esigenze dell'economia generale e della pianificazione". E l'esemplificazione potrebbe continuare: per esempio, secondo la Costituzione greca i diritti che derivano dalla proprietà "non possono esercitarsi in modo contrario all'interesse generale" (art. 17).

In definitiva dalla lettura della Carta di Nizza vengono elementi che accentuano, anziché ridurre, le distanze tra l'impianto liberista del sistema europeo e quello "sociale" delle tradizioni costituzionali nazionali; giustamente è stato notato che in questa materia "l'appello alle tradizioni costituzionali comuni è strumentale a conferire legittimazione" alle soluzioni europee (A. Moscarini).

In conclusione: è difficile rinvenire nella Carta tutele dei diritti fondamentali (anche in materia di libertà personali) più avanzate rispetto a quelle previste dalla Costituzione italiana (almeno, io non ci sono riuscito); mentre è facile trovarvi una riduzione nella protezione di alcuni di essi, in particolare dei diritti sociali, oltre che l'eliminazione radicale del problema stesso del potenziale

conflitto tra libertà economica da una parte, utilità sociale e diritti non patrimoniali dall'altra. E dal momento che invece il conflitto esiste, la sua soluzione è priva di ogni parametro di riferimento per i giudici chiamati ad applicare il diritto europeo.

7. I “contro limiti” costituzionali e il “margine di apprezzamento nazionale”. Il principio sociale come “contro limite”.

Quali sono gli strumenti giuridici per risolvere le divergenze tra testi costituzionali nazionali e diritto europeo?

Com'è noto, il problema del rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamenti interni è stato affrontato dagli Stati dell'Unione in modo differenziato. Una recente ricerca (Martinico) ha individuato sei modelli costituzionali diversi; l'autore osserva tuttavia che tutti questi modelli hanno due elementi in comune: da un lato, si è trovato il modo di riconoscere il primato del diritto comunitario; dall'altro, si è affermata l'esistenza di “contro limiti” a tale primato.

Nell'ordinamento italiano, come è noto, la soluzione è stata pretoria. Nessuna modifica è stata introdotta alla Costituzione; la Corte costituzionale, d'altra parte, ha affermato il primato del diritto comunitario anche sulle norme costituzionali, facendo salva tuttavia l'esistenza di “controlimiti” (operanti anche rispetto alla revisione costituzionale di cui all'art. 138), consistenti nei principi supremi dell'ordinamento e nei diritti inalienabili della persona. In che cosa più precisamente consistano questi “controlimiti”, non è però ancora dato sapere.

In altri Stati, come è noto, si è proceduto a un adeguamento della Costituzione. In Francia il Titolo VI disciplina ora in maniera organica la materia dei trattati e accordi internazionali, mentre il Titolo XV regola in sette articoli il rapporto tra la Francia e l'Unione Europea con esplicito riferimento al Trattato di Lisbona, ai poteri del parlamento, alle ipotesi di ricorso al referendum.

Nel Regno Unito, la Camera dei comuni ha approvato il 10 marzo 2011 l'European Union Bill, che prevede tra l'altro il referendum popolare per l'approvazione di qualunque modifica dei Trattati che comporti ulteriore trasferimento di poteri alle istituzioni europee, e obblighi di preventiva

autorizzazione parlamentare per l'attivazione dei meccanismi che consentono ai governi di "andare oltre" rispetto alle previsioni dei Trattati (c.d. passarelle).

Di particolare interesse per il nostro ordinamento è l'esperienza tedesca. Da un lato, infatti, in quel paese la Costituzione ha subito diversi emendamenti volti a organizzare il rapporto tra diritto nazionale e diritto dell'Unione, su sollecitazione del Tribunale costituzionale, che tiene fermo il principio per il quale la sovranità appartiene allo stato nazionale, e non è stata trasferita all'Unione. Dall'altro, la Costituzione tedesca prevede espressamente i principi immutabili, e ha adeguato a tale regola fondativa la disciplina dei rapporti con l'Unione.

In particolare, la Costituzione tedesca afferma nell'art. 20, intitolato "I fondamenti dell'ordinamento statale", che la Repubblica federale di Germania è uno Stato federale, democratico e sociale; e nell'art. 79 (corrispondente al nostro art. 138) è stabilito al 3° comma che non è consentita nessuna modifica della legge fondamentale che riguardi l'articolazione della Federazione in Länder, il principio della partecipazione dei Länder alla legislazione o i principi enunciati dall'art. 1 (la protezione della dignità umana e degli inviolabili e inalienabili diritti dell'uomo) e dal citato art. 20 (che comprende il principio dello Stato sociale). La norma introdotta con riferimento all'Unione europea, l'art. 23, stabilisce che alle leggi che trasferiscono sovranità all'Unione e alle modifiche dello stesso testo costituzionale si applicano i limiti (i controlimiti, diremmo noi) previsti dall'art. 79. Sono inoltre puntualmente previsti i poteri del parlamento, che vincolano il governo federale nelle sue decisioni incidenti sugli atti normativi dell'Unione.

D'altra parte, come si è ricordato, i principi della costituzione economico-sociale tedesca sono molto simili a quelli italiani.

Ci si può allora domandare se vi sia tra i "controlimiti" di cui parla la nostra Corte costituzionale il principio che la Costituzione tedesca definisce dello Stato sociale e che per il Tribunale costituzionale di quel paese (da ultimo nella decisione Mangold del 6 luglio 2010) costituisce un "settore inalienabile dell'identità costituzionale".

Dalla nostra Costituzione può trarsi in effetti un "principio sociale", inquadrabile nei principi fondamentali o supremi di cui parla la Corte costituzionale a proposito dei limiti alla supremazia del diritto dell'Unione su quello nazionale. Rimane insomma a mio avviso valida la lezione di Costantino Mortati.

Il “principio sociale” come principio supremo può desumersi, anzitutto, dalla funzione sociale della proprietà privata, dai limiti che l’art. 41 appone allo svolgimento dell’iniziativa economica privata, dal riconoscimento dei diritti sociali come diritti fondamentali. E dai principi dei doveri di solidarietà (seconda parte dell’art. 2) e della c.d. eguaglianza sostanziale (art. 3, 2° comma). Che concretamente possa porsi un conflitto tra questi principi e il diritto europeo si è visto, credo, nelle vicende giurisprudenziali recenti, alle quali ho fatto prima riferimento.

A me pare, in definitiva, che abbia senso affrontare e approfondire il tema del “controlimite sociale” rispetto alla preminenza del diritto europeo sul nostro diritto costituzionale.

A questo tema si lega quello del rapporto tra competenze dell’Unione e competenze nazionali. Come è noto, tanto la proprietà privata quanto i principali diritti sociali sono, secondo i Trattati (cfr. rispettivamente artt. 345 e 153 TFUE), estranei alla competenza dell’Unione e affidati alla legislazione nazionale. Tuttavia, prima la giurisprudenza della Corte di giustizia e poi il valore giuridico attribuito alla Carta dei diritti sembrano dire altrimenti; ancorché gli artt. 51 e 52, 5° comma, della Carta dei diritti prevedano poi che l’applicazione dei diritti e dei principi previsti dalla Carta medesima deve avvenire “nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all’Unione nei Trattati”; e il Regno Unito e la Polonia abbiano escluso la rilevanza stessa, nei rispettivi ordinamenti, della Carta dei diritti.

Del resto, la Corte costituzionale (80/2011) ha affermato che la Carta dei diritti rileva “unicamente in rapporto alle fattispecie in cui il diritto dell’Unione è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale”.

Rimane aperto, quindi, il problema degli atti *ultra vires* dell’Unione, che potrebbero verificarsi – avverte il Tribunale costituzionale tedesco nella decisione da ultimo citata – quando “venissero fondati, in via di ulteriore costruzione giudiziale del diritto, non solo diritti ma anche obblighi dei cittadini, che si rivelerebbero non solo come interventi limitativi sui diritti fondamentali, ma anche come spostamenti di competenza a svantaggio degli Stati membri”.

Vista poi sul versante della giurisprudenza europea, ci si può domandare se l’esigenza di uniformità del diritto europeo non possa, anche nella materia qui considerata, tenere in maggior considerazione l’identità costituzionale dei singoli Stati.

Al criterio del “margine di apprezzamento”, riservato agli Stati nazionali, fa talvolta riferimento la Corte EDU (e la stessa Corte di giustizia nel caso Omega); particolare rilievo assume tale criterio nella decisione CEDU sul Crocifisso nelle scuole (Lautsi e altri c. Italia, 18 marzo 2011). Sotto questo profilo, può assumere un significato forse più rilevante, che quello di un mero riparto di competenza, la ricordata previsione dell’art. 6 TUE, per la quale sia le disposizioni della Carta dei diritti sia l’adesione all’Unione della CEDU non modificano le competenze dell’Unione definite dai Trattati.

8. Dignità umana, democrazia e identità sociale europea.

Infine, tre sintetiche considerazioni conclusive. La prima riguarda la clausola della dignità umana, alla quale ho in precedenza accennato. Gli autori che di recente hanno approfondito la materia segnalano l’esigenza di dare a tale nozione un contenuto non eccessivamente vago o generico: essa oggi è “un processo”, non un “risultato definitivo” (Di Ciommo), che richiede una sorta di fondazione “antropologica” (Rodotà).

La Corte di giustizia nella sentenza Omega del 2004 ha fatto ricorso alla nozione di dignità umana per legittimare un provvedimento nazionale che vietava lo sfruttamento commerciale di giochi di simulazione di omicidi. Ma la questione principale da approfondire, per rendere meno inafferrabile la clausola della dignità, è a mio avviso quella del rapporto fra il principio di dignità e le tutele sociali. L’art. 3 della nostra Costituzione parla di “pari dignità sociale”; l’art. 41, 2° comma, pone “la dignità umana” come limite alla libertà di iniziativa economica; e l’art. 22 della Dichiarazione universale dei diritti dell’Onu afferma che ogni individuo ha diritto alla realizzazione “dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità e al libero sviluppo della sua personalità”. E già per l’art. 151 della Costituzione di Weimar “l’ordinamento della vita economica deve corrispondere ai principi di giustizia al fine di garantire un’esistenza dignitosa per tutti. Entro tali limiti va salvaguardata la libertà economica del singolo”.

Come si vede, una “antropologia sociale” della dignità umana era presente nei testi novecenteschi.

La nozione europea di dignità, secondo questa prospettiva, andrebbe considerata non solo con riferimento al diritto alla vita e all'integrità della persona e alla proibizione della tortura e della schiavitù (ai quali si limita al Titolo I della Carta); ma in modo da ricomprendere quegli aspetti sociali che concorrono a rendere "libera e dignitosa" un'esistenza, come dice la nostra Costituzione con riferimento alla retribuzione dei lavoratori. Del resto, se non si seguisse una strada di questo genere, la nozione di dignità umana assunta dalla Carta resterebbe nei limiti già affermati dal costituzionalismo ottocentesco. Non si vedrebbe, insomma, nessuna significativa novità.

La seconda considerazione riguarda il rapporto tra il principio dello Stato sociale e le attuali politiche dell'Unione europea.

Il rapporto tra diritti sociali e politiche attuative ha una rilevanza anche teorica, come ha sottolineato Ferrajoli.

Il diritto al lavoro di cui all'art. 4 della Costituzione rimanda a politiche di piena occupazione ("la Repubblica ... promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto": formula che manca nell'art. 15 della Carta dei diritti). La funzione sociale della proprietà privata rimanda, tra l'altro, all'intervento pubblico nell'economia. La tutela dei diritti sociali, alla costruzione dello Stato sociale. E' noto che politiche di questo tipo non fanno parte degli orientamenti attuali dell'Unione, che d'altronde non disporrebbe neppure degli strumenti giuridici per attuarle, non previsti dai Trattati.

Ma questa constatazione non deve condurre a considerare caducati i principi "sociali" della Costituzione italiana, come affermano alcuni autori. La funzione dei principi costituzionali è anche quella di costruire un freno a tendenze che, se dispiegate liberamente, possono condurre a vanificarli. E' questo, del resto, il valore fondamentale della rigidità costituzionale.

L'ultima considerazione riguarda una questione sollevata dal Tribunale costituzionale tedesco nell'affermare il principio della permanenza della sovranità nella Repubblica federale: l'assenza cioè di un'adeguata legittimazione democratica della "costituzione europea". La "tolleranza costituzionale", cioè l'accettazione da parte dei popoli dell'Europa di una legge non pronunciata nel loro nome, della quale parlava qualche anno fa Weiler, rischia di arrivare ad un limite, oltre il quale potrebbe tramutarsi nel suo contrario: e i segnali non mancano.

Anche per questo, chi crede nella “scelta europea” ha molte ragioni per porre il tema della necessità di garantire, nella costruzione europea, quelle realizzazioni (lo Stato sociale, la regolazione pubblica dell’economia, le tutele dei diritti dei lavoratori), che furono proprie di molti Stati nazionali nel trentennio successivo alla seconda guerra mondiale. Sono del resto tali realizzazioni, credo, a definire oggi l’identità europea nel mondo multipolare, e non l’ideologia liberista che è alla base della enfattizzazione delle “quattro libertà” dei Trattati.

E la garanzia dell’identità sociale europea è oggi contenuta nelle norme costituzionali nazionali, non nei Trattati.

Difendere il valore giuridico dei principi costituzionali sociali può allora anche concorrere a tenere aperta la prospettiva di una riforma dell’Unione, che vada oltre i limitati orizzonti dei Trattati.