

Legislatore e giudice nella protezione

dei diritti fondamentali.

Il caso dell'Unione Europea

di Gaetano Azzariti

I. Il rafforzamento della giurisdizione sulla legislazione non è solo fenomeno nazionale. Assume, anzi, particolare forza sul piano sovranazionale e dell'UE in specie, coinvolgendo appieno l'effettività della protezione dei diritti fondamentali. Infatti, se può dirsi che la giurisdizione entro gli Stati nazionali non si sia ancora spinta alla "creazione" di diritti "costituzionali", ciò non penso possa ripetersi in ambito sovranazionale e comunitario in specie.

A ben vedere, la creatività "costituente" da parte della giurisdizione rappresenta un tratto specifico e originario della costruzione stessa dell'ordinamento comunitario. Sicché a livello europeo la questione più delicata che si pone in materia di effettiva protezione dei diritti fondamentali non è tanto la relazione tra giudici e legislatori, ma, più drammaticamente, il rapporto tra giudici e politica. Politica costituzionale oltre che politica *tout court*. Alcuni casi – che più avanti richiamerò – possono far ritenere che in Europa la crescente centralità della giurisprudenza comunitaria nella definizione dell'ordinamento politico abbia ormai conquistato un ruolo in grado di determinare finanche le politiche sociali relative ai diritti fondamentali.

Il punto di partenza è noto. Da sempre si parla, infatti, di un *judge-made system* con riferimento alla costruzione dell'ordinamento giuridico europeo. Nel campo dei diritti fondamentali, almeno fino al Trattato di Maastricht, la tutela giurisdizionale è stata definita in via privilegiata dalla Corte di Giustizia in sostanziale assenza di ogni appiglio testuale. Una giurisprudenza dalle debolissime basi normative, priva di ogni parametro di natura costituzionale, non ha impedito però che una giurisprudenza più che ventennale riuscisse a definire un vero e proprio *corpus* di regole di diritto. Proprio quelle regole che, tradotte in principi, si sono poste alla base della successiva definizione dei testi politici di valore costituzionale: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza) in primissimo luogo.

L'ampio spazio lasciato vuoto dai Trattati originari (quello di Roma, ma anche i successivi sino a Maastricht), preoccupati essenzialmente di regolare

i commerci, i fattori della produzione, istituendo un ordinamento di libero mercato, venne nel corso del processo di integrazione europeo, naturalmente – a volte brillantemente – occupato dalla creazione giurisprudenziale e dalla “libera” tutela dei diritti fondamentali da parte dei giudici di Lussemburgo.

Se ci volgiamo al passato come non apprezzare alcune storiche decisioni che hanno certamente esteso la protezione nel campo dei diritti: il caso Schmitberger¹, il caso Omega², il delicatissimo caso che ha riguardato i Modjahedines del popolo³, le diverse decisioni relative all’orientamento sessuale⁴, solo per citare casi noti in cui le ragioni dei diritti fondamentali sono persino riuscite a prevalere su quelle del mercato, o dell’ordine pubblico, ovvero sulla stessa ragion di Stato. Ma non sempre è stato così. V’è di più: nel nuovo scenario europeo, dominato da incertezza e attraversato da una profonda crisi politica oltre che economica, è prevedibile che le oscillazioni possano aumentare e le garanzie dei diritti arretrare⁵.

È evidente che non si può generalizzare, né è opportuno sottovalutare le decisioni che, nonostante tutto, ancora riescono ad assicurare ai diritti una garanzia a volte maggiore in Europa che non in ambito nazionale. Basta qui richiamare la recente decisione su Google, del 13 maggio 2014, che ha imposto il rispetto di diritti fondamentali previsti dalla Carta europea (agli articoli 7 e 8), i quali – ha scritto significativamente la Corte – «prevalgono sull’interesse economico degli operatori dei motori di ricerca»⁶. Per non dire della decisione del 26 novembre 2014 sulla contrarietà al diritto dell’Unione del rinnovo illimitato dei contratti a tempo determinato nella scuola⁷. Un ruolo di garanzia dei diritti, dunque, la Corte di Giustizia riesce ancora a svolgerlo, tuttavia non può negarsi che la giurisprudenza europea sembra aver smarrito la sua forza propulsiva, mostrando sempre più vistose incertezze, arretrando in molti settori, soprattutto in ambito economico e sociale.

2. Ora, l’interrogativo di fondo che vorrei porre è il seguente: un ordinamento come quello europeo – soprattutto nella fase attuale caratterizzata

1. Corte di Giustizia, decisione del 12 giugno 2003, C-122/2000, *Schmitberger*.

2. Corte di Giustizia, decisione del 14 ottobre 2004, C-36/2002, *Omega*.

3. Corte di Giustizia, decisione del 12 dicembre 2006, T-228/2002, *Organisation des Modjahedines du people d'Iran*.

4. Tra le altre, Corte di Giustizia, decisione del 30 aprile 1996, C-13/1994, P.; Corte di Giustizia, decisione del 27 aprile 2006, *Richards* (in materia di mutamento di sesso); Corte di Giustizia, decisione del 17 febbraio 1998, C-249/1996, *Grant*; Corte di Giustizia, decisione del 1º aprile 2008, C-267/2007, *Maruko*; Corte di Giustizia, decisione del 10 maggio 2011, C-147/2008, *Römer* (in materia di omosessualità).

5. Si veda in proposito *infra*, al PAR. 6.

6. Corte di Giustizia (Grande Sezione), decisione del 13 maggio 2014, C-131/12, *Google*.

7. Corte di Giustizia (Terza Sezione), decisione del 26 novembre 2014, C-22/13, *MIUR c.*

da una forte oscillazione tra propositi di integrazione politica (e non più esclusivamente economica, monetaria o di mercato) e la sempre più incalzante ideologia neoliberista (che ha imposto una sorta di dittatura della finanza e del risanamento dei bilanci) – può continuare ad affidare i diritti fondamentali al potere e all'inventiva dei giudici?

Da molti è stato ritenuto – e tutt'ora alcuni continuano a ritenere – che la Carta di Nizza (tanto più ora, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) abbia segnato una definitiva discontinuità: dall'Europa dei giudici si sarebbe finalmente approdati all'Europa dei diritti. Proprio la Carta avrebbe cioè ricondotto i giudici al ruolo di garanti dei diritti, restituendo – ovvero assegnando per la prima volta in Europa – ai politici e alla dimensione propriamente istituzionale il potere di individuazione dei diritti e la scelta delle loro forme di tutela. Si sarebbe così evitato il rischio di un abbandono definitivo della classica separazione tra momento della legislazione e momento della giurisdizione.

A me tale ricostruzione non convince. Non credo cioè si possa affermare che basti la scrittura di un *Bill of Rights* europeo per porre fine allo sbilanciamento tra giurisdizione e legislazione, ovvero – più propriamente – tra giurisdizione e politica.

In certa misura può anzi sostenersi che la redazione della Carta dei diritti ha contribuito a rafforzare lo stato di cose presenti e a favorire per il prossimo futuro un possibile ampliamento – legittimato espressamente dalle norme – dei poteri decisori delle Corti e pertanto – indirettamente almeno – una rinnovata delega di competenze proprie del potere politico a quello giudiziario.

Questa mia valutazione si basa essenzialmente su due caratteristiche specifiche della Carta, spesso sottovalutate: da un lato, la particolare *struttura degli enunciati normativi*, dall'altro, la loro specifica *tecnica di positivizzazione*.

Questi caratteri fanno sì che la Carta, individui sì un catalogo ricco e aggiornato di diritti, ma poi non determina alcuna specifica relazione tra essi, e inoltre, in molti e importanti casi – quelli dei diritti sociali essenzialmente – rinuncia anche alla definizione delle modalità della loro salvaguardia. Vediamo separatamente i due profili indicati.

3. Con riferimento alla *struttura degli enunciati* si registra forse la più importante novità. I redattori della Carta (l'apposita “Convenzione” istituita a tal fine) hanno voluto far cadere le distinzioni tradizionali tra diritti fondamentali e non, ovvero quella tra diritti civili e politici, sociali ed economici, “nuovi” diritti, per adottare un’*innovativa classificazione dei diritti in categorie di valori*. Tutti i diritti contenuti nella Carta, infatti, sono raggruppati intorno a sei categorie di valori fondamentali: dignità, libertà,

uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia. Questa suddivisione porta a collocare tutti i diritti fondamentali *allo stesso livello*, tanto è vero che si è parlato di «indivisibilità» dei diritti. E ciò è apparso un progresso: tutti i diritti «finalmente» posti sullo stesso piano, tutti i diritti «finalmente» ritenuti fondamentali⁸.

Non sembra, però, si siano adeguatamente considerate le *conseguenze teoriche e pratiche* che questa equiparazione dei diritti implica.

Questa particolare tassonomia dei diritti farà venir meno – almeno sul piano dell'enunciazione teorica – la possibilità di trarre dal testo «costituzionale» o a «valenza costituzionale» (quale ambisce ad essere la Carta) una gradazione tra diritti, non sarà più possibile individuare dei principi prevalenti rispetto agli altri e caratterizzanti l'ordinamento costituzionale. Se tutti i diritti indicati si pongono su un medesimo piano (tutti fondamentali) si dovrà escludere l'ipotesi che si possa, per via ermeneutica, accrescere il ruolo di alcuni principi costituzionali rispetto ad altri. In base a quale argomento testuale si potrebbe affermare – come ad esempio fece Costantino Mortati con riferimento all'ordinamento costituzionale italiano – che non tutti ma solo alcuni principi devono «porsi quali pietre angolari di tutta la costruzione dello Stato»? Specificando che questi principi sono quelli enucleabili nei primi cinque articoli della costituzione italiana, poiché sono essi che «contengono gli elementi sufficienti ad identificare la forma di Stato». E dunque il principio democratico, quello personalista, quello pluralista, quello lavorista valgono a conformare e a condizionare ogni altro diritto pretendendo una tutela privilegiata⁹.

L'«originale» classificazione dei diritti e la conseguente «indivisibilità» di quest'ultimi, appare in verità rivelatrice di un passaggio storico e culturale di assoluto rilievo. Un cambio di paradigma.

In estrema sintesi si potrebbe così riassumere: l'intero progetto del Moderno è stato fin qui estraneo all'idealità pacificata dell'indivisibilità dei diritti. Il costituzionalismo inteso in senso moderno si è radicato piuttosto su una tassonomia dei diritti che ne ha stabilito il valore normativo: un *ordine normativo* dei diritti che si è andato a comporre, progressivamente e dinamicamente, grazie e in conseguenza dei concreti conflitti sociali emergenti e storicamente definiti. Vero è che, soprattutto in origine, la Modernità e il movimento del costituzionalismo hanno combattuto per l'universalità dei diritti (*l'égalité en droit*). Ma pur sempre un'universalità inscritta entro un

8. Sul punto si vedano le considerazioni adesive di E. Paciotti, *La carta: i contenuti e gli autori*, in AA. VV., *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, il Mulino, Bologna 2001, p. 17.

9. Cfr. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. I, x ed. a cura di F. Modugno, A. Baldassarre, C. Mezzanotte, CEDAM, Padova 1991, pp. 151 ss.

progetto emancipante, calata nei processi storici e politici di superamento di determinati privilegi, avversa ai diritti *esclusivi* (dei ceti, dei ricchi, di alcuni), per l'affermazione di altri specifici diritti riferibile a soggetti storici reali (il terzo Stato, i coloni inglesi, i soggetti subalterni, i "senza diritti"). Entro questa prospettiva la legittimazione e la limitazione costituzionale del potere si sono venute legando all'affermazione di concreti diritti, ma mai quest'ultimi sono stati assunti come esclusive categorie di valore, storicamente e politicamente indeterminati.

Basta pensare alla configurazione più nota, quella che distingue i diritti a seconda delle «generazioni». Una distinzione tra diritti modulata in base a una specifica e significativa successione storica: dalla prima generazione dei diritti di libertà si passa, in determinate condizioni storiche, alla seconda generazione dei diritti sociali, sino a giungere alla terza generazione, quella dei nuovi diritti¹⁰.

Appare così evidente l'esistenza di un nesso stretto tra evoluzione delle forme di Stato e la pretesa di tutela costituzionale dei diversi tipi di diritti, che ha accompagnato l'intera vicenda storica. Insomma, la *lotta per i diritti*, che ha rappresentato il fondamento materiale entro cui si è espresso il costituzionalismo moderno, non può essere rappresentata come una lotta per un diritto astratto; la storia del costituzionalismo moderno non sarebbe comprensibile se si dovesse ritenere che i diritti siano stati posti tutti sullo stesso piano, abbiano operato indistintamente, siano stati tra loro tutti egualmente fondati, abbiano avuto pari legittimazione politica, sociale, costituzionale. Vorrei solo aggiungere che nel corso del Novecento si è manifestato in modo quanto mai evidente lo statuto privilegiato per alcuni diritti rispetto ad altri. Il secolo del conflitto tra capitale e lavoro non poteva che rendere fondamentali i diritti che nel lavoro trovavano la loro origine, privilegiando questi rispetto ad altri.

In coerenza e in conseguenza con queste considerazioni può allora sostenersi che l'equiparazione di tutti i diritti, ritenuti ciascuno «fondamentale» al pari di ogni altro, operata dalla Carta dei diritti dell'Unione Europea, appare porsi come una frattura storica rispetto al passato. Alla ricerca di nuovi orizzonti di senso giuridico, potrebbe darsi che essa si pone come un primo testo «costituzionale» postfordista e postmoderno. In questa prospettiva può anche ritenersi la prima Carta del nuovo millennio, segnata dalla fine del secolo del lavoro e dalla cessazione della spinta propria del Moderno¹¹.

10. Magistrale sul punto la riflessione di N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990.

11. Per approfondimenti sul punto si veda G. Azzariti, *Studi sui diritti in Europa*, Aracne, Roma 2006, pp. 101 ss.

4. Se si passa poi a considerare l'altro aspetto indicato – la *tecnica di positivizzazione* – ci si avvede di come questa indeterminatezza dei diritti viene a rafforzarsi.

È nota la clausola di stile ripetutamente utilizzata nella Carta, soprattutto con riferimento ai diritti sociali: il diritto è riconosciuto e rispettato, ma «[...] secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali»¹².

In tal modo si opera una rinuncia a esercitare il ruolo di “legge superiore” da parte di un testo che pure ambisce a porsi come modello di costituzionalismo “oltre lo Stato”. In effetti, il rinvio operato dalla Carta al diritto comunitario, alla legislazione e alle prassi nazionali si conforma come un classico “rinvio mobile”. Da un lato, dunque, non può escludersi una modifica (anche *in pejus*) dell’ambito di tutela dei singoli diritti, conseguente a un’autonoma riforma delle legislazioni o prassi nazionali, nonché del diritto comunitario; dall’altro, finisce per subordinare l’effettività della tutela “costituzionale” – delle enunciazioni testuali contenute nella Carta – a parametri normativi indipendenti e a essa estranei.

Vero è che l’articolo 53 della Carta ha introdotto una “clausola di salvaguardia”, in base alla quale nessuna sua disposizione può essere interpretata «come limitativa o lesiva dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell’Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l’Unione, la Comunità o gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni nazionali». Ma ciò non toglie che, almeno nell’ambito di applicazione comunitario, si con-

¹². Si vedano in particolare gli artt. 16 (libertà d’impresa); 27 (diritto dei lavoratori all’informazione e alla consultazione nell’ambito dell’impresa – la formulazione utilizzata in questo articolo è leggermente diversa da quella indicata nel testo: «nei casi e alle condizioni previsti dal diritto comunitario e dalle legislazioni e prassi nazionali»); 28 (diritto di negoziazione e di azioni collettive); 30 (tutela in caso di licenziamento ingiustificato); 34 (sicurezza sociale e assistenza sociale – con diverse formulazioni). In altri casi il rinvio è alle (sole) «leggi nazionali che ne disciplinano l’esercizio»: si vedano gli artt. 9 (diritto di sposarsi e di costituire una famiglia); 10 (libertà di pensiero, di coscienza e di religione, al secondo comma, con esclusivo riferimento al diritto all’obiezione di coscienza); 14 (diritto all’istruzione); 35 (protezione della salute – il rinvio è «alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali»). Altre formulazioni di rinvio sono contenute all’art. 17 (diritto di proprietà – con riferimento all’espropriazione per pubblico interesse, ammessa «nei casi e nei modi previsti dalla legge»); all’art. 36 (accesso ai servizi d’interesse economico generale – che l’Unione riconosce «quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea»); art. 41 (diritto ad una buona amministrazione – con riferimento al risarcimento dei danni cagionati dalle istituzioni e dagli agenti comunitari, il cui diritto è previsto «conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri»).

ferma – anche con quest’ultima formulazione – che saranno altre fonti a dettare il livello minimo di protezione dei diritti fondamentali.

La stessa «portata dei diritti» (art. 52 della Carta) mostra una propensione alla rinuncia. Sono, infatti, espressamente ammesse limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Carta, a condizione che esse siano previste dalla «legge» nel rispetto del loro «contenuto essenziale» (*Wesensgehaltgarantie*) e in base al principio di proporzionalità. In tal caso, dunque, non solo si assegna al «legislatore» europeo (ma anche a quello nazionale) il potere di dettare limiti ai diritti compresi nella Carta, ma si finisce per assegnare alle Corti il ruolo decisivo di determinazione dei diritti in base al criterio giurisprudenziale della “proporzionalità”.

5. Passando, allora, a considerare le conseguenze che il richiamato cambio di paradigma storico produce sul piano più direttamente processuale, non può negarsi che l’equiparazione di tutti i diritti produrrà effetti rilevanti sul piano sistematico: nell’interpretazione del sistema normativo complessivo, ma soprattutto dal punto di vista della interpretazione legata alla tutela dei diritti nell’ipotesi ordinaria del conflitto tra questi. In via di principio dovrebbe addirittura logicamente asserirsi che – ove si assumesse come assoluto o prevalente in grado il parametro contenuto nella Carta – non diventerebbe più possibile bilanciare i diritti.

Così la copiosa e importante giurisprudenza delle Corti “costituzionali”, che, con sempre maggiore intensità, utilizza la tecnica del “bilanciamento tra valori” per risolvere i casi di conflitto tra diritti costituzionalmente protetti, viene a essere privata – in campo europeo – dell’essenziale fondamento letterale.

Il contemperamento dei diritti, che in ogni caso non potrà sottrarsi agli interpreti, e segnatamente alle Corti “costituzionali” (latamente intese), non potrà più essere giustificato in base alle distinzioni che la norma “costituzionale” impone, e che l’interpretazione “costituzionale” evidenzia di volta in volta. La tecnica del “bilanciamento ineguale” perde le proprie basi testuali e viene meno il suo tessuto argomentativo.

Poiché, però, l’opera di composizione dei conflitti tra diritti non potrà certo essere sottratta ai giudici, questa funzione verrà ancora esercitata, ma non sarà più limitata dalle graduazioni desumibili dalle norme “costituzionali”. Il “bilanciamento”, operato dalle Corti per dare soluzione ai conflitti, affrancandosi dai più specifici vincoli testuali, logici e sistematici, si giustificherà solo in base alle diverse *enunciazioni* dei diritti tra loro affiancati l’un l’altro, tutti egualmente fondamentali. In sostanza si opererà un bilanciamento “libero”, che avrà come punto di riferimento “costituzionale” la mera enunciazione del diritto, in cui i termini del bilanciamento verranno definiti – fino ad essere in gran parte forgiati – dal

giudice stesso più che essere dedotti dalle norme di rango costituzionale. Ovviamente continueranno ad essere ancora determinanti le modalità «stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali» (come peraltro espressamente stabilisce la stessa Carta dei diritti), imponendo un dialogo tra Corti e legislazioni ordinarie che viene però a smarrire la decisiva intermediazione costituzionale.

Un dialogo, forse, mediato solo dall'onnicomprendensivo principio della “proporzionalità”, il quale viene sempre più ad affermarsi come l'ultimo canone predittivo del giudice europeo. In tal modo, esasperando, ma rendendo altresì indeterminato, un unico valore di sicuro livello costituzionale, che finisce per perdere il suo carattere di principio storicamente orientato alla salvaguardia delle situazioni soggettive di svantaggio e discriminazione sociale. Una “proporzionalità” *invertebrata*, perché assunta a parametro esclusivo e liberamente utilizzabile in assenza di prescrizioni di sistema che siano in grado di orientare il giudice e assegnare un senso al riequilibrio preteso e una direzione alle discriminazioni da sanzionare.

6. La riprova di quanto sin qui detto può rinvenirsi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Alcune pronunce, che, in attuazione della Carta, applicano criteri liberi di bilanciamento, appaiono indicative di una svolta, a mio giudizio non positiva, nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali.

Infatti, in alcuni casi l'opera di bilanciamento (che è in qualche misura necessaria, e che la Corte ha sempre effettuato utilizzando il principio di proporzionalità) si è risolta in una netta inversione delle priorità, facendo prevalere gli interessi e le libertà commerciali sui diritti garantiti dalla Carta. Nel 2007 – l'anno d'inizio della crisi – fece scalpore la sentenza *Viking*¹³, la quale affermò che, sebbene il diritto di sciopero e di azioni collettive fosse previsto all'articolo 28 della Carta, cionondimeno dovesse prevalere il diritto di stabilimento previsto dall'articolo 43 del TCE. A molti commentatori quella sentenza era apparsa un forte arretramento in materia di garanzie dei lavoratori e un colpo alla Carta, che a quel tempo doveva però ancora assumere uno status definitivo (il che avverrà solo con il Trattato di Lisbona com'è noto). Qualcuno ritenne si trattasse di un abbaglio, di un momento di sbandamento che non avrebbe inficiato né il valore della Carta, né la sensibilità della Corte al tema dei diritti fondamentali. Ma non si fece neppure in tempo a smettere di scrivere e di auspicare un ritorno alla strategia dei diritti, che una serie continua di sentenze lasciò tutti senza fiato. Pochi giorni dopo la *Viking*, la *Laval*¹⁴, l'anno successivo

13. Corte di Giustizia (Grande Sezione), 11 dicembre 2007, C-438/2005, *Viking*.

14. Corte di Giustizia (Grande Sezione), 18 dicembre 2007, C-341/2005, *Laval*.

la Rüffert¹⁵, poi la Commissione contro il Granducato di Lussemburgo¹⁶, poi contro la Repubblica Federale di Germania¹⁷, sino a giungere alla più recente sentenza Pringle¹⁸. Tutti casi diversi s'intende, ma identica è stata la tecnica utilizzata per abbandonare una frontiera divenuta troppo esposta, quella frontiera che aveva in altri casi, in un diverso clima culturale, politico ed economico, portata la Corte a far prevalere le garanzie dei diritti fondamentali. Il meccanismo reiterato nelle decisioni richiamate appare significativo.

In tutti questi casi la Corte di Giustizia non ha negato di trovarsi dinanzi a diritti fondamentali dell'ordinamento come il diritto di sciopero e gli altri diritti d'azione collettiva, né ha negato valore alla normativa di garanzia a difesa delle condizioni di lavoro, ognuno di questi «facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto», richiamando esplicitamente le disposizioni della Carta di Nizza (l'articolo 28, nel caso dello sciopero e degli altri diritti di azione collettiva). Ha solo ritenuto che, dovendo *il suo esercizio* essere sottoposto a «talune restrizioni», e in considerazione del fatto che – indubbiamente – anche la libertà di stabilimento ovvero quella di prestazione dei servizi costituiscono «principi fondamentali della Comunità», sanciti nelle norme dei Trattati, si dovesse procedere a conciliare i diritti fondamentali – enunciati dalla Carta, ma da tutelarsi in ogni caso non in assoluto o in via privilegiata, bensì «conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali» (come prevede la stessa Carta) – con le «esigenze relative agli (altri) diritti tutelati dal Trattato stesso», in conformità al principio di proporzionalità. Un bilanciamento sostanzialmente libero da vincoli costituzionali (*o para-costituzionali*), operato da giudici comunitari neppure in base al più stringente parametro della ragionevolezza (così come siamo stati abituati nella giurisprudenza delle Corti nazionali e di quella italiana in particolare), bensì del più “indeterminato” principio di proporzionalità. Non può stupire dunque più di tanto se alla fine le ragioni dei diritti del lavoro sono state sacrificate a quelle dell'impresa e del mercato. Non credo possa sorprendere che – perduto il loro statuto privilegiato – siano i diritti fondamentali (quelli sociali in primo luogo) a cedere il passo di fronte agli altri interessi costituiti entro il sistema europeo in crisi. Certo non può escludersi che – un diverso giudice, più sensibile alle ragioni del lavoro e

15. Corte di Giustizia (Seconda Sezione), 3 aprile 2008, C-346/2006, *Rüffert*.

16. Corte di Giustizia (Prima Sezione), 19 giugno 2008, C-319/2006, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato di Lussemburgo*.

17. Corte di Giustizia (Grande Sezione), 15 luglio 2010, C-271/2008, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Federale di Germania*.

18. Corte di Giustizia (Seduta Plenaria), 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle*.

alla garanzia dei diritti sociali – possa in futuro bilanciare diversamente i diritti, sacrificando un po' (o magari del tutto) quelli economici. Può persino criticarsi la ponderazione fatta da questo giudice (nei casi richiamati), che ha finito per far prevalere principi (di stabilimento e di prestazione dei servizi) su diritti, con una inversione della proporzionalità. In altri casi ciò è avvenuto e non escludo possa avvenire ancora, tanto più che sostenuti da una normazione *soft* e da diritti esplicitamente individuati e poi lasciati alla libera valutazione del giudice nella loro concreta effettività e conciliabilità tra essi, è spianata la via giudiziaria alla conformazione in concreto dei diritti. Ma la questione che si voleva sollevare era appunto questa: bisogna confidare sulla saggezza del giudice per garantire i diritti fondamentali in Europa?

7. Un fatto deve far riflettere. Proprio quando sembrava che finalmente tutti i diritti fondamentali inscritti nella Carta avessero ottenuto il massimo del riconoscimento da parte degli Stati (e dunque della politica) grazie al Trattato di Lisbona che li ha inclusi con il medesimo valore giuridico dei Trattati, ecco che è cominciata la rottura del diritto, che ha dovuto cedere il passo ai sacrifici imposti dalla congiuntura economica avversa. Lo riconoscono con chiara e delusa coerenza gli stessi maggiori sostenitori della Carta, quando, con realismo, rilevano si debba ormai prendere atto di come nell'Unione Europea sia stata «capovolta» quella linea di riforma «costituzionale» per sostituire ad essa una sorta di «contro-costituzione»¹⁹. Oggi in Europa si registra l'abbandono dei diritti (di quelli sociali in particolare) da parte di tutte le istituzioni europee, ormai preoccupate esclusivamente del risanamento dei bilanci e dimentichi di quel che pure è scritto nel Preambolo e fatto proprio dall'Europa: «l'Unione pone la persona al centro della sua azione»; e poi ancora: essa «si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'eguaglianza e della solidarietà». Principi e parole che è difficile scorgere tra le priorità imposte alle politiche europee, ma anche a quelle nazionali, negli ultimi anni; politiche semmai indirizzate a limitare la portata dei diritti, ovvero a subordinare l'estensione alle ragioni degli equilibri finanziari.

In molti confidano ancora sui giudici, certamente sono anch'io tra questi. D'altronde si sono richiamate in precedenza decisioni anche recenti assai significative e di segno diverso. Non può però negarsi che in questa fase la giurisprudenza appare assai oscillante, ondulava direi (non solo quella europea, per la verità).

19. Così S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 6.

La questione di fondo è però un'altra: non ci si può aspettare da un giudice o da un giudizio la salvezza del diritto, né si può pensare che potranno essere i giudici a costruire l'Europa dei diritti e far recedere l'Europa dei mercati e della finanza. Non saranno i giudici a poter dare soluzione alla crisi nella quale siamo tutti precipitati e che sta portando l'Europa verso un futuro di egoismi e rigurgiti nazionalisti. Solo l'imporsi di politiche sociali in ambito europeo può assicurare un futuro all'Europa dei diritti. Politiche consapevoli di un legislatore europeo che voglia invertire la rotta. Se, invece, la legislazione abbandona i diritti, non si può cercar rifugio tra le braccia di nessun giudice.

È per questo che il *judge-made system* europeo ha mostrato i suoi maggiori limiti proprio nel momento in cui – nonostante la Carta – la politica ha abbandonato i diritti a favore del ritorno ai mercati. È qui che si colloca la questione di fondo, è qui che si apre la porta del futuro dell'Europa.

Sia detto con tutto l'improprio schematismo che una conclusione d'insieme richiede: oramai siamo giunti a un bivio, si tratta ora di scegliere tra *a)* una politica economica cieca ai diritti e propensa al sacrificio delle persone in nome delle libertà di mercato, dominata dai meccanismi di equilibrio dei bilanci pubblici; ovvero *b)* una politica dei diritti fondamentali che in nome della costituzione e del costituzionalismo moderno europeo riaffermi la centralità della persona, la prevalenza di alcuni principi quali quelli di dignità, libertà, egualianza, solidarietà. Una superiorità dei diritti sui poteri (anche economici) che è un lascito del costituzionalismo moderno, che può rappresentare anche l'inizio di una nuova stagione per estendere all'Europa le conquiste di civiltà dei popoli europei. Certo bisognerebbe aver voglia di cambiare lo stato di cose presenti, mutare radicalmente le politiche e le ideologie che oggi appaiono prevalenti, trovare soggetti politici in grado di sostenere le istanze sociali, privilegiando queste rispetto a quelle definite dagli interessi finanziari e puramente economici. Bisognerebbe, insomma, ri-affermare il primato dei diritti fondamentali sull'economia di mercato e in libera concorrenza.

Non si tratterebbe neppure, necessariamente, di andare alla ricerca di un “nuovo modello di sviluppo”, ma – più semplicemente – basterebbe riprendere il cammino avviato con la stesura della nostra Costituzione che è fondata sulla dignità del lavoro e che sancisce che è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini.

