



Università degli Studi di Napoli “Federico II”

Facoltà di Scienza Politiche

Tesi di Dottorato di Ricerca in
Scienza Politica e Istituzioni Europee

Ciclo XXVII a.a. 2014\15

Il Welfare State in Europa ed il riconoscimento dei “diritti
sociali”

Prof. Fortunato Musella

dott. Marco Camerlingo

Indice

Capitolo 1

Il Welfare State. Significato, origini ed evoluzione.

1. Il welfare state e le difficoltà definitorie
2. Evoluzione storica
3. Contesto internazionale e teorie sul welfare State.
4. Marshall, il principio di cittadinanza e l'approccio interpretativo di Manning.
5. Le teorie del conflitto sociale tra Dahrendorf e Simmel.
6. Timtuss e la sua sistematizzazione: I differenti sistemi di protezione sociale
7. Gøsta Esping-Andersen e la sua sistemazione
8. L'Europa e i vari modelli di welfare state

Capitolo 2

I diritti sociali negli ordinamenti degli stati membri e dell'U.E.

1. Diritti sociali, Stati membri e ordinamento europeo
2. Definizione dei diritti sociali
3. Politica sociale e diritti effettivi
4. I modelli europei di tutela dei diritti sociali
5. Il welfare state europeo: mito o realtà?
6. Il sogno europeo tra convergenze e persistenti diversità.
7. Il peso del Welfare in Europa e i sistemi di protezione sociale nei paesi dell'Unione
8. L'Unione Europea e i suoi interventi nella politica sociale
9. Dall'Atto Unico Europeo al Trattato di Nizza
10. I diritti sociali e il problema delle competenze
 - 10.1 La competenza comunitaria in materia di diritti sociali
 - 10.2 L'integrazione negativa delle libertà economiche e il rapporto con i sistemi nazionali di Welfare
 - 10.3 La cittadinanza europea e il problema della convergenza dei sistemi nazionali di sicurezza sociale

Capitolo III

I diritti sociali e la Carta dei diritti fondamentali

1. Il ruolo della Corte di Giustizia nella costituzionalizzazione dei diritti fondamentali nel difficile rapporto tra libertà economiche e diritti sociali
2. L'ordinamento comunitario e il principio di solidarietà
 - 2.1 I servizi di assistenza sociale per i migranti
 - 2.2 La mobilità degli studenti non Socrates/Erasmus
 - 2.3 L'estensione dell'applicazione dell'art. 49 alla assistenza medica
3. La tutela giurisdizionale dei diritti sociali e l'interpretazione della Corte di Giustizia
 - 3.1 Il trattamento del lavoratore migrante nell'Unione europea
 - 3.2 Il diritto di residenza e l'accesso transnazionale ai servizi di assistenza sociale
4. La libera prestazione di servizi e le materie non rientranti
5. L'agenda di Lisbona e le nuove prospettive in materia sociale
 - 5.1 Il diritto del lavoro e la flexicurity
 - 5.2 La strategia Europa 2020
6. Il Trattato di Lisbona e il modello sociale europeo
7. La Carta e il diritto alla solidarietà
8. L'opposizione del Regno Unito alla Carta e il Protocollo 30

CAPITOLO IV

Il futuro dei diritti sociali alla luce della crisi economica

1. Bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche fondamentali.
2. Il problema dell'adesione alla CEDU e i rapporti tra le Corti

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

CAPITOLO 1

Il Welfare State. Significato origini ed evoluzione.

1. Il welfare state e le difficoltà definitorie.

Quando si scrive di un tema, buona norma sarebbe sforzarsi di identificarlo bene, partendo dal suo significato originario nel tentativo di giungere all'elaborazione di una definizione universalmente riconosciuta, o che comunque renda, almeno, chiaro di cosa si discute.

Purtroppo percorrere questa strada, nel caso del “Welfare State” è cosa complessa soprattutto per lo studioso italiano. È noto, infatti, che «l’Italia non è certo annoverata tra i modelli di Welfare, e che a ciò è connessa la scarsa rilevanza complessiva che essa ha rivestito nell’elaborazione e nello sviluppo di teorie e modelli originali di Stato sociale»¹

Lo studioso che volesse, in ogni caso, lanciarsi nel dare una definizione, almeno legata al significato letterale del termine potrebbe dire che Welfare State può essere tradotto come “Stato del benessere” utilizzato per designare un sistema socio-politico-economico in cui lo Stato si assume l’onere di garantire sicurezza e benessere sociale ed economico ai cittadini.

Le definizioni di Welfare State presenti in letteratura sono numerose. Di certo non citare, in questo lavoro, uno dei massimi esperti italiani nel campo sarebbe grave, a mio parere, e mi riferisco al politologo Maurizio

¹ Cherubini (1977), Ferrera (1984), Conti (2005), A. Vittoria (2012)

Ferrera che, modificando la definizione di Alber ritenuta tecnicamente vaga, definisce il Welfare State come l'«insieme di politiche pubbliche connesse al processo di modernizzazione, tramite le quali lo Stato fornisce ai propri cittadini protezione contro rischi e bisogni prestabiliti, sotto forma di assistenza, assicurazione o sicurezza sociale, introducendo specifici diritti sociali e doveri di contribuzione finanziaria»².

L'introduzione dell'elemento dei diritti sociali e della contribuzione finanziaria, rende più concreta la definizione consentendo di creare un sistema classificatorio.

Ferrera, però, preferisce non lanciarsi in un elencazione di eventi tipici da inserire in un “paniere tipico” come fecero Briggs e Wilensky perché, secondo il politologo italiano, ciò condannerebbe la definizione all'obsolescenza essendo il Welfare State, per sua natura, una “cosa” in continua evoluzione con confini estremamente mobili sia nel tempo che nello spazio.

Più interessante sarebbe infatti capire questa “spugna” fino a quanto possa espandersi ed entro quali limiti ritrarsi a seconda dell'epoca e della disponibilità di bilancio degli Stati.

Inoltre, oltre alla difficoltà di creare un'elencazione precisa di diritti e doveri, questa resterebbe sempre e comunque incompleta sia per i numerosi attori in campo (Stato, associazioni religiose e non, privati, governi locali e Unione Europea), sia per la crescente richiesta di servizi e diritti sociali.

Un prezioso contributo alla ricerca di una definizione universalmente riconosciuta è stata e sarà per Ferrera la ricerca comparata poiché

² M. FERRERA, *Le politiche sociali. L'Italia in prospettiva comparata*, Il Mulino, Bologna, 2006, p.17.

consente di colmare, almeno in parte, la confusione lasciata dalla tradizione anglo-americana e dalla scuola statistica oltre a chiarire concettualmente il termine “Welfare State”.³

Gli studiosi britannici avevano tratto il termine dalla politica del Governo Attlee (National Insurance, National Health Service e National Assistance), e da quel nuovo modello di società che si basava sul principio Beveridgeano di assistere i cittadini dalla “culla alla tomba”.

Se Ashford riteneva che «l'etichetta fosse già in uso dagli anni trenta»⁴, altri studiosi sostengono che il termine fosse stato già utilizzato in un discorso dell'arcivescovo di Canterbury per definire e distinguere i welfare state nazista e britannico.⁵

Una interessante definizione è anche quella di P. Alcock:

«all the social actions taken by policy-makers in the real world. So social policy refers to the activity of policy making to promote wellbeing.»⁶

Questa definizione considera la politica sociale come azione pratica non basata solo sui principi generali della democrazia quali l'eguaglianza e la condivisione delle ricchezze bensì fondata sulla promozione di un benessere generalizzato.

A questo risultato si può giungere solo per il tramite di norme che, tenendo fermo, come principio, il benessere dei cittadini ed una migliore qualità della vita, definiscano interventi concreti e predispongano azioni volte a realizzare quanto stabilito in astratto.

³ M. FERRERA, Modelli di Solidarietà – Politiche e riforme sociali nelle democrazie – Il Mulino, Bologna, 1993, pag. 43 e ss.

⁴ Ashford 1986, 3, nota 2

⁵ Flora e Heidenheimer.

⁶ «Tutte le azioni sociali messe in atto dai politici nel mondo reale. Così la politica sociale diviene l'attività di fare politica per promuovere la diffusione del benessere» P. Alcock, *The subject of social policy*, in P. Alcock, A. Erskine, M. May (eds.), op. cit., p. 3.

Altri studiosi,⁷ si sono soffermati su uno degli aspetti del Welfare e specificamente sull'assistenza in generale e sull'assistenza sociale.

Il termine assistenza dal latino “*ad sistere*” secondo Ilaria Madama significherebbe «stare vicino a qualcuno per aiutarlo, soccorrerlo o altrimenti giovargli».

In sostanza l'assistenza si tradurrebbe in una serie di interventi volti a soddisfare concretamente tutti i bisogni di coloro che non sono in grado di provvedervi autonomamente.

L'assistenza si concretizzerebbe in un vero e proprio soccorso sociale operato con uno spirito di “carità”, “beneficenza” e addirittura “filantropia” in un rapporto asimmetrico tra chi assiste e chi riceve assistenza.

Ma fin qui restiamo nella concezione volontaristica e caritatevole del termine e dunque non di una serie di servizi istituzionalizzati.

Secondo Ferrera: «Le politiche di assistenza sociale sono volte a garantire, o quanto meno a promuovere, “l'inclusione sociale”, ossia l'ancoramento di individui e famiglie al tessuto sociale che li circonda, assicurando loro risorse e opportunità».

Ciò che distinguerebbe l'assistenza in senso generico dall'assistenza sociale risiederebbe nella natura degli interventi non più caratterizzati dalla liberalità dei singoli, discrezionale, basata sul personale sentire e su sentimenti caritativi, bensì da interventi normativi specifici che segnano il passaggio dalla carità ai diritti sociali che rimuovono situazioni di bisogno attraverso prestazioni monetarie e servizi sociali

⁷Madama Ilaria, Le Politiche di Assistenza sociale. Il Mulino, Bologna, 2010 – pagg. 19 e ss.

tipicamente finanziati dalla fiscalità generale.

Visti i significati polisemici del termine ed i numerosi aspetti da analizzare, è, dunque, chiaro che definire precisamente che cos'è e a cosa serve il Welfare State non è un compito agevole.

Va inoltre considerato che la nascita e l'uso dell'espressione hanno avuto vicissitudini storiche alterne e una definizione molto diffusa in vari testi ma troppo generica è: "uno Stato che assicura ai propri cittadini un minimo di benessere". Utilizzo tale definizione per fare una considerazione.

Tale accezione, pone in rilievo la presenza di due elementi, altrettanto complessi ma indispensabili per procedere in questa analisi: lo Stato e il benessere⁸.

In altre parole, il Welfare State è un insieme di interventi pubblici connessi al processo di democratizzazione, i quali forniscono protezione e risorse sotto forma di assistenza, assicurazione e sicurezza sociale a chi altrimenti non potrebbe goderne.

Tali interventi pubblici sono parte di un più ampio sistema di welfare nell'ambito del quale definiscono il ruolo delle altre sfere regolative che producono e distribuiscono risorse, introducendo specifici diritti sociali nel caso di eventi prestabiliti nonché specifici doveri di contribuzione finanziaria, che variano da assetto istituzionale ad assetto istituzionale⁹.

Lo Stato, dunque, non è l'unico produttore di Welfare. Gli altri soggetti da collocare al suo fianco sono famiglia, terzo settore e mercato. Ma è lo Stato a decidere lo spazio da concedere ad ognuno e per questo va

⁸Yuri Kazepov, Domenico Carbone, Che cos'è il Welfare state, Carrocci, Roma, 2007, p. 11.
⁹idem

considerato come l'attore, potenzialmente, protagonista.

In questa prospettiva il Welfare State costituisce l'istituzione che struttura il ruolo degli altri attori, in quanto indirizza le risorse e attribuisce diritti e doveri, di fatto creando un quadro di riferimento per l'azione degli individui¹⁰.

Proprio per questa ragione, però, gli interventi di Welfare presentano alcune "criticità": non sono definiti una volta per tutte e possono subire riduzioni o al contrario allargamenti a seconda delle valutazioni politiche di chi governa o a seconda delle congiunture economiche più o meno floride determinate anche da processi non controllabili dallo Stato nazionale, tanto più in una fase di intensa globalizzazione.

In effetti, pur condividendo la definizione di Ferrera prima citata, considererei l'inserimento di un elemento di contesto: la perdita di sovranità effettiva che gli Stati membri dell'Unione Europea subiscono per il fatto stesso dell'adesione e del conseguente obbligo di rispettare determinate regole di bilancio¹¹. Infatti questo limite incide sia sulla libertà decisoria del settore pubblico (Stato e governi locali) sia sui privati che non potendo ricorrere al finanziamento statale devono ridurre il proprio intervento potendo ricorrere alla sola contribuzione volontaria dei benefattori.

Attualissimi sono i tagli alla sanità, pensioni, diritti dei lavoratori, ecc.

Inoltre, preferirei che non si limitasse il welfare al requisito della

¹⁰idem

¹¹ Il bilancio, il PIL, i rapporti di forza tra Stati incidono inevitabilmente sui servizi che gli Stati nazionali possono offrire. Se è vero, infatti, che ogni cittadino è tenuto alla contribuzione finanziaria è anche vero che gran parte di coloro che accedono ai servizi del Welfare State sono poveri o hanno un reddito tale da non poter contribuire. A questa consistente parte della popolazione è comunque consentito l'accesso ai servizi gratuitamente pesando sul bilancio statale.

cittadinanza ma che si estendesse alla residenza.

La proposta definitoria potrebbe dunque essere: Il Welfare State è «l'insieme di politiche pubbliche connesse al processo di modernizzazione, tramite le quali la comunità, nel rispetto dei limiti di bilancio, fornisce ai propri residenti protezione contro rischi e bisogni prestabiliti, sotto forma di assistenza, assicurazione o sicurezza sociale, introducendo specifici diritti sociali e doveri di contribuzione finanziaria legati al reddito¹²»

2. Evoluzione storica

Il problema della tutela degli individui bisognosi è da sempre presente nelle società umane. Nell'antica Roma, ad esempio, la classe al potere elargiva grano, banchetti e spettacoli (*panem et circenses*). Ma anche altre antiche società provvedevano ai bisogni delle proprie comunità ed in modo davvero moderno.

La popolazione Inca, istituì un fondo comunitario di beni e ricchezze che veniva utilizzato per garantire la sussistenza e la protezione dall'indigenza a poveri, vecchi, malati ed orfani.

Questo fondo veniva periodicamente sovvenzionato da tutta la popolazione con quote contributive proporzionali alle ricchezze accumulate nel tempo. Se a ciò si aggiunge l'esistenza di un qualcosa di simile a un moderno sistema scolastico a carattere gratuito e diffuso in modo capillare a livello territoriale, finalizzato all'insegnamento delle arti e dei mestieri, la società Inca appare fondata su un raffinato modello

¹² Ritengo che legare alla residenza ed al reddito la soddisfazione dei bisogni discendenti dai diritti sociali introduca elementi di maggiore precisione e giustizia nell'individuare i soggetti che realmente dovrebbero accedere a tali servizi.

di welfare State che non trova alcun tipo di riscontro nella società europea del tempo per organizzazione, comprensione dei bisogni della popolazione e per la sua capacità di diffondere azioni di protezione su tutto il territorio e secondo un principio universalistico¹³.

Parte della letteratura fa risalire al XVI secolo il primo esempio di welfare state che troverebbe la sua forma embrionale nelle cd. Poor laws. Esse non si traducevano in vere e proprie leggi sull'assistenza sociale come le intenderemmo oggi bensì come il tentativo di un Inghilterra in cui il considerevole aumento dei poveri diventava sempre più una questione nazionale legata, come ben evidenziato da alcuni studiosi, al sorgere delle economie e degli Stati nazionali.

Questi primi, timidi, interventi avevano il carattere della residualità, occasionalità e discrezionalità e si rivolgevano esclusivamente ai bisognosi che versavano in un effettivo stato di povertà.

Questi interventi normativi evidenziavano un'intenzione chiara della politica dell'epoca che, contrariamente a ciò che si può immaginare, non si traducevano in aiuti destinati a soggetti considerati sfortunati, bensì erano considerate come delle vere e proprie elargizioni viste come una sanzione sociale che spesso giungeva ad utilizzare anche pene corporali e segregative.

I poveri, insomma, erano considerati degli emarginati nel senso negativo del termine. I bisognosi erano visti come dei reietti da punire ed isolare perchè considerati, nella maggior parte dei casi, immeritevoli e quindi da

¹³Per un approfondimento riguardante alcuni aspetti della cultura e della civiltà Inca e degli altri popoli dell'America Latina si rimanda, tra i tanti, alla lettura di: D. Ribeiro, Le Americhe e la civiltà. Formazione e sviluppo ineguale dei popoli americani, Einaudi, Torino, 1975 (ed. or. As americanas e a civilização, Editóra Civilizaçao Brasileira S.A., Rio de Janeiro, 1970); T. Todorov, La conquista dell'America. Il problema dell'"altro", Einaudi Editore, Torino, 1984 (ed. or. La conquête de l'Amérique. La question de l'autre, Éditions du Seuil, 1982).

emarginare.

Altra parte della letteratura, pur considerando sempre l'Inghilterra come la culla delle politiche sociali contemporanee, fa coincidere la nascita del Welfare State con quella della cd. Fabian Society¹⁴. Si trattava di una società fondata nel 1884 in Inghilterra da studiosi ed aristocratici influenzati dal pensiero Sidney Webb laburista con idee socialiste.

Egli osservando la società britannica muoveva un'aspra critica al capitalismo che aveva reso il benessere un lusso di pochi lasciando la maggioranza della popolazione in uno stato di quasi povertà se non di povertà assoluta nei casi più gravi. Secondo Webb era possibile, con una equa redistribuzione delle risorse, creare un benessere diffuso.

Il pensiero della Fabian Society fece molta presa non solo tra le classi operaie, ovviamente interessate, ma anche tra studiosi, intellettuali ed aristocratici che avevano ben compreso che il malestere diffusosi tra la popolazione ben presto avrebbe messo in pericolo lo status quo monarchico-conservatore.

Il primissimo esempio normativo di Welfare state è rappresentato dall'istituzione da parte del Governo Bismarck di un sistema pensionistico per i lavoratori che però rivolgendosi al solo settore industriale era ben lontano dall'idea universalistica di assistenza immaginata da Webb.

Bisognerà attendere il Rapporto Beveridge dall'omonimo Sir William Henry Beveridge, Rettore dell'Università di Oxford nel 1942 per avere un concreto esempio di Welfare come lo intendiamo oggi.

¹⁴ D. Fraser, *The Evolution of the British Welfare*, MacMillan, London, 2002; P. Alcock, A. Erskine, M. May (eds.), *The Student's Companion to Social Policy*, Blackwell, Oxford, 2003

Questo rapporto commissionato dall'allora Ministro del lavoro, interessato a conoscere l'effettivo stato del Welfare in Gran Bretagna individuava cinque punti critici definiti da Beveridge come i cinque grandi mali sociali: ignoranza, inattività, malattia, squallore abitativo e indigenza.¹⁵ Egli riteneva che fosse interesse dello Stato rimuovere questi mali creando un sistema di protezione totale “dalla culla alla tomba”.

Beveridge considerava l'intervento statale come l'unica cura possibile. Ma la sua idea era quella di un intervento globale che conducesse alla massima occupazione. Il suo rapporto prevedeva la corresponsione di assegni familiari, la costruzione di un sistema sanitario nazionale accessibile a tutti passando per una serie di benefici per la malattia, i medicinali, la maternità, la disoccupazione, l'anzianità, gli infortuni sul lavoro fino ad arrivare alle sovvenzioni per le esequie funebri. Tutto questo era possibile sempre grazie alla concezione universalistica che Beveridge aveva della partecipazione dei cittadini al sistema assicurativo nazionale che avevano l'onere di sostenere il sistema attraverso la contribuzione fiscale collettiva proporzionata al reddito di ciascuno. Questo sistema basato sulla “*social security*” è definito da Ferrera come: «un nuovo sistema di protezione esteso a tutta la popolazione attiva per quanto riguarda la garanzia del reddito e a tutti i cittadini per quanto riguarda l'assistenza sanitaria, e volto a fornire prestazioni uniformi ad un “minimo nazionale” ritenuto indispensabile per condurre una vita dignitosa e perciò largamente scollegato dai contributi eventualmente

¹⁵ W. Beveridge, Social Insurance and Allied Services: Memoranda from Organizations. Report by Sir William Beveridge, His Majesty's Stationery Office, London, 1942.

versati.»¹⁶

Beveridge sosteneva, nel suo Rapporto, la necessità di ancorare il sistema previdenziale a due fattori: mutevolezza e adattabilità alle esigenze del tempo in cui ci si trovava. Non un sistema statico, dunque, bensì un sistema basato su principi generali dai quali partire nell'elaborazione concreta di interventi di natura sociale a seconda delle effettive necessità della società del tempo.

In poche parole come evidenziato da Burns:¹⁷ «L'idea di uno schema unico e omnicomprensivo, che tuteli l'intera popolazione dai principali rischi economici che la vita riserva, offrendo risorse sufficienti per vivere e finanziato da un sistema contributivo uniforme». Dunque, per la prima volta, una concezione universalistica non solo delle politiche sociali ma anche dei rischi.

Addirittura L. Wolman, sempre commentando il Beveridge Report, arriva ad immaginare un Ministero della Sicurezza Sociale che si occupi di tutte le politiche sociali accorpandole sotto il suo controllo in modo da avere una visione globale di tutti i rischi da coprire.

In verità, pur risultando eccessivo nel prevedere politiche sociali che coprissero praticamente tutto, un fatto incontestabile c'era. In effetti le politiche sanitarie e quelle del lavoro risultavano separate sia nell'analisi delle questioni che nella loro soluzione e questo generava problemi grossi quando si verificano infortuni sul lavoro che non rientrando ne sotto la protezione della normazione lavoristica ne sotto quella sanitaria non trovavano tutela bensì venivano accettati come accidenti del destino

¹⁶ M. Ferrera, *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*, il Mulino, Bologna, 1993, p. 58

¹⁷ E.M. Burns, The Beveridge Report, in "the American Economic Review", 3, 1943, p. 512.

a cui ogni lavoratore doveva provvedere con le proprie finanze.

Il rapporto Beveridge ha dunque un doppio merito. Da un lato, quello di riconoscere il cittadino come persona nella sua globalità e in tutte la fasi della sua vita: bambino, padre, madre, famiglia, malato, anziano e così via.

Dall'altro, quello di vedere lo Stato come un tutore sociale istituzionale che, come farebbe un buon padre di famiglia, assume su di se la responsabilità di analizzare e risolvere le problematiche sociali trovando, per il tramite di politiche concrete, la soluzione pratica a queste esigenze programmando interventi basati su un piano economico-finanziario.

Molte saranno in Gran Bretagna le riforme che porteranno alla creazione di un sistema pubblico di protezione estremamente moderno ed esteso alla maggioranza della popolazione.

Tra il 1945 e il 1948 vedranno la luce interventi quali: gli assegni familiari, sistema sanitario nazionale gratuito, assicurazione pensionistica per i lavoratori che diventerà a carattere universalistico quando nel 1970 sarà esteso a tutti i cittadini over 80, indennità per malattia e disoccupazione per tutta la popolazione attiva¹⁸, un sussidio per i bisognosi, scuola obbligatoria fino ai 15 anni, case popolari, istituzione di un Ministero ad hoc.

Ma come fu possibile giungere in così poco tempo a tali risultati? Secondo lo storico J. Saville¹⁹ si arrivò a tanto per una fortunosa convergenza di fattori. In quel periodo si assiste all'inizio della lotta operaia che chiede maggiori tutele e a due interessi di tipo egoistico e

¹⁸M. Ferrera, Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie.

¹⁹J. Saville, The Welfare State: An Historical Approach, in M. Fitzgerald, P. Halmos, J. Muncie, D. Zeldin, Welfare in Action, Routledge and Kegan\The Open University Press, London, 1977

conservatore che si tradurranno poi in politiche progressiste di assistenza.

In effetti, all'epoca, ci si rese conto che ai fini dello sviluppo dell'economia capitalista, malattia, infortuni ed altri accidenti indebolivano e rallentavano la forza lavoro e dunque un sistema di protezione pubblico tornava utile. Ma non solo. L'aristocrazia e la politica al potere sapevano che una classe operaia felice portava stabilità e ricchezza e consentiva loro di continuare a godere di tutti i privilegi esistenti concedendo poche semplici e moderate riforme.

Tra la fine del 1800 e il 1930 i paesi nordici introdussero un sistema universalistico basato sulla tutela del reddito dapprima riservato agli anziani poveri e poi esteso a tutti gli anziani quale diritto legato alla cittadinanza.

Al contrario gli Stati dell'Europa centrale avevano seguito un modello basato sulla cd. via occupazionale bismarckiana basata su schemi assicurativi obbligatori per i lavoratori relativi a quattro differenti settori funzionali: malattia e maternità, infortuni sul lavoro, invalidità e vecchiaia, disoccupazione.

La via occupazionale finanziata con la contribuzione dei lavoratori, lasciava senza normazione e finanziamenti l'assistenza generica offerta da enti religiosi e municipali che per frammentazione e mancanza di coordinamento non potevano offrire servizi standardizzati, efficaci ed efficienti.

Dopo il secondo conflitto mondiale la situazione cambiò radicalmente consentendo al cittadino che si trovasse in uno stato effettivo di bisogno di esigere il rispetto di veri e propri diritti sociali, non legati alla

contribuzione, che prevedevano l'attenuazione o l'eliminazione di tale stato di bisogno.

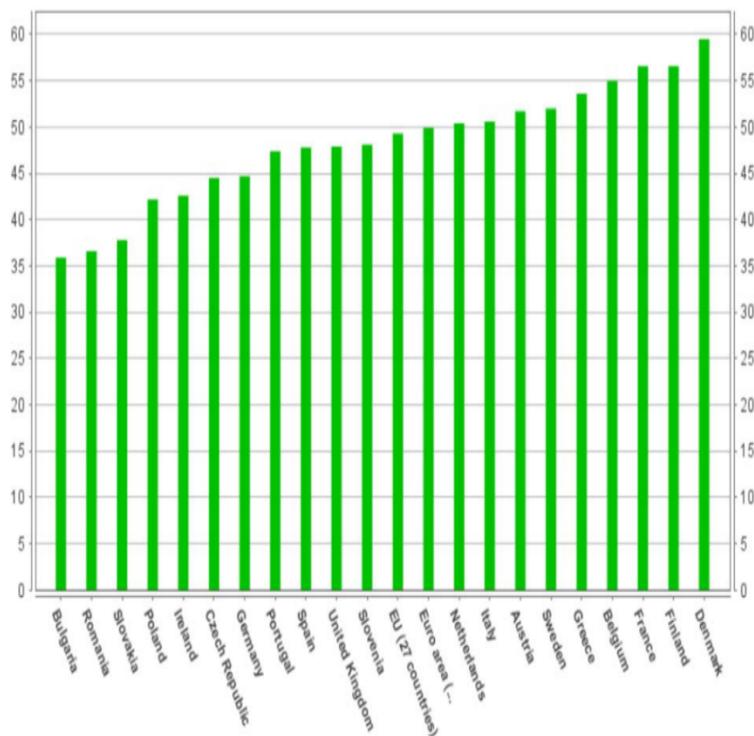
I fronti di intervento furono sostanzialmente di due tipi: trasferimenti monetari e servizi sociali.

I primi si resero necessari in quei sistemi in cui i servizi erano legati alla contribuzione lavorativa che lasciava fuori dal sistema di protezione coloro che non lavorando non potevano aderire al sistema di assicurazione sociale obbligatoria. Problema questo che non si avvertiva in quegli Stati in cui vigeva un sistema di protezione di tipo universalistico legato alla cittadinanza o alla residenza.

Per questo motivo molti stati si dotarono di un sistema di reddito minimo garantito che garantisse a tutti coloro che non riuscivano ad entrare nel mondo del lavoro un minimo di risorse sufficienti per la sopravvivenza quotidiana. Alcuni paesi, tra cui l'Italia, riservarono questo reddito minimo ad alcune categorie e soprattutto agli anziani con le cd. pensioni sociali. Col tempo tutti gli Stati troveranno il modo di estendere questi trasferimenti monetari a tutti coloro che per situazioni incolpevoli si troveranno in stato di bisogno.

Relativamente ai servizi sociali, vista la sempre crescente richiesta da parte dei cittadini di servizi legati soprattutto alla famiglia ed alla cura, gli Stati furono costretti a provvedervi passando dal sistema paternalistico-repressivo a quello dell'inclusione sociale e impegnando maggiormente i bilanci statali. (vedi grafico ISTAT)

SPESA PUBBLICA COMPLESSIVA IN RAPPORTO AL PIL (2012)



3. Contesto internazionale e teorie sul welfare State.

La breve descrizione sulle origini del welfare State appena esposta pare indispensabile per introdurre alcuni tra i più interessanti approcci teorico interpretativi emersi in Europa nel corso della più recente storia del welfare State.

L'esperienza britannica ha fatto da modello per l'attuazione concreta di politiche di welfare che, una volta calata in realtà differenti, ha prodotto inevitabilmente diverse modalità di intendere il welfare State e le politiche sociali.

Il contesto politico, storico, sociale e culturale nel quale gli attori pubblici e privati agiscono ed interagiscono con le istituzioni, singolarmente o collettivamente è, ovviamente, determinante senza tralasciare la sempre crescente complessità che tali rapporti stanno acquistando, in un contesto

internazionale.

Tale contesto, infatti, a carattere sempre più integrato e interrelato, rileva il necessario utilizzo di approcci comparativi che consentano di elaborare chiavi interpretative sempre più adeguate ad affrontare l'analisi dei percorsi delle nuove sfide del welfare State. Infatti, il risultato dell'evoluzione delle politiche di welfare che si è venuto a creare in Europa appare ora estremamente variegato.

Interpretare quanto fin ora esposto e cioè un percorso in continuo mutamento, richiede non solo una grande attenzione ma la necessità di elaborare nuove chiavi lettura per comprendere le differenti cause delle origini dello Stato di benessere, nella consapevolezza che tali chiavi andranno distrutte e sostituite vista la crescente attualità della materia trattata che continua tra evoluzioni e involuzioni a cambiare nel tempo. Solo così sarà possibile disegnare possibili scenari evolutivi.

La concreta applicazione delle politiche di welfare alla vita quotidiana deriva da differenti teorie sullo sviluppo del benessere nelle democrazie occidentali, tra cui meritano di essere menzionati i tre approcci principali. Il primo è quello “funzionalista” di H. L. Wilensky, il quale sostiene che il welfare state sia la risposta dello Stato alla crescita dei bisogni dei cittadini che con lo sviluppo economico, conseguenza diretta di quello industriale, accresce i bisogni e la domanda di sicurezza sociale²⁰.

Naldini sulle orme di Wilensky aggiunge che, il welfare state avrebbe una funzione riparatrice, «dell'integrazione sociale distrutta dal processo

²⁰ Cfr. H. L. WILENSKY, *The welfare state and equality. Structural and Ideological Roots of Public Expenditures*, University of California Press, Berkeley 1975.

di modernizzazione»²¹ e costituirebbe «uno strumento funzionale al mantenimento del sistema capitalistico», secondo quanto sostenuto da teorici di ispirazione marxista²².

Le varie teorie funzionaliste, però, si chiudono nell’analisi di un Welfare State impermeabile ai fattori politici che, invece, hanno un’importanza notevole in quanto consentono di spiegare la differenza che, in concreto, viene in rilievo tra gli stati con uno stesso grado di sviluppo ma con welfare molto diversi quanto ad efficacia ed efficienza.

Tali differenze trovano spiegazione nella “Teoria della mobilitazione delle risorse di potere”, secondo la quale le determinanti politiche spiegano le differenziazioni dei diversi welfare.

Infatti sono i cd. giochi di forza tra sindacati e partiti politici ad incidere sui programmi sociali favorendo l’affermarsi di un modello “socialdemocratico” in cui la variabile indipendente è la socialdemocrazia e le variabili dipendenti sono il welfare state e l’uguaglianza²³.

Ferrera, infatti nota come questo approccio teorico, individui un nesso causale tra socialdemocrazia e welfare state²⁴.

L’ultimo, ma non meno importante, approccio teorico è quello di tipo “istituzionalista”.

Questa teoria pone in rilievo l’importanza dell’intervento dello stato e «rileva il ruolo cruciale giocato dalle burocrazie statali e dalle élite politiche nel plasmare le politiche sociali», in tal modo «operando

²¹ M. NALDINI, *Le politiche sociali in Europa...*, cit., p.32.

²² M. NALDINI, *Le politiche sociali in Europa...*, cit., p.32.

²³ M. NALDINI, *Le politiche sociali in Europa...*, cit., p.32.

²⁴ M. FERRERA, *Le politiche sociali*, cit., p.27.; G. ESPING-ANDERSEN (1999), *Social Fundations of Postindustrial Economies*, Oxford, Oxford University Press, tr. it.: *I fondamenti sociali delle economie postindustriali*, il Mulino, Bologna 2000.

indipendentemente dalle pressioni dei gruppi di interesse e dei partiti politici»²⁵.

Analizzati i tre filoni principali, è necessario porre attenzione ad altre interessanti teorie, di seguito analizzate, grazie alle quali, giungere all'individuazione di alcune possibili classificazioni.

4. Marshall, il principio di cittadinanza e l'approccio interpretativo di Manning.

Thomas Humphrey Marshall noto per la raccolta di saggi “*Cittadinanza e classe sociale*” è stato il primo a individuare, nella sua personale riformulazione del principio di “cittadinanza”, una nuova chiave di lettura per l’interpretazione degli scenari evolutivi del welfare State²⁶.

Il pensiero di Marshall non si limita alla semplice definizione del termine cittadinanza poiché tale definizione, che inquadra il rapporto tra il cittadino e istituzioni con i relativi diritti e doveri sarebbe troppo riduttiva. Per Marshall la cittadinanza sarebbe uno status concesso a coloro che sono membri effettivi di una comunità, uguali nel rispetto dei diritti e dei doveri inerenti tale status.

Non ci sarebbe un diritto universale che determina tali diritti e doveri, ma

²⁵ M. NALDINI, Le politiche sociali in Europa ...cit, p. 34.

²⁶A testimonianza dell’importante contributo che il pensiero di T. H. Marshall ha fornito alla crescita delle scienze sociali citiamo il seguente passo: “Novel, important and true ideas are rare. Such ideas which are then developed into a coherent theory are even scarcer. T. H. Marshall is one of the very few to have had at least one such idea, and to develop it. That is why it is important to understand and to improve upon his theory of citizenship”. “Le vere idee, innovative e importanti sono rare. Tali idee, se sviluppate all’interno di un quadro teorico di riferimento sono addirittura scarse. T. H. Marshall è uno dei pochi ad aver avuto un’idea del genere e ad averla sviluppata. Ecco perché è importante capire e approfondire la sua teoria della cittadinanza” M. Mann, Ruling-class strategies and citizenship, in “Sociology”, 21, 1987, p. 339.

esisterebbero società in cui la cittadinanza è una istituzione che si sviluppa e crea l'immagine di un'ideale cittadinanza con cui misurare i risultati raggiunti e verso cui indirizzare le proprie aspirazioni.

L'impulso a seguire il percorso indicato è così pianificato al fine di creare piena equità, di arricchire l'essenza fondamentale che costituisce lo status, e di aumentare il numero delle persone a cui lo status è concesso” (traduzione).”²⁷

Marshall sostiene che i diritti che discendono dalla cittadinanza non sono il risultato automatico al quale si perviene attraverso la semplice appartenenza ad una nazione in qualità di cittadino.

Il concetto di ‘cittadinanza’ elaborato da Marshall segue un percorso storico ben delineato caratterizzato dal riconoscimento dei diritti civili nel XVIII secolo e di quelli politici nel XIX secolo che ha visto nel rapporto diritti/doveri instauratosi tra Stato e cittadini, l'affermazione dei diritti sociali nel XX secolo e, con essi, la costituzione dei presupposti ideologici e pratici per la nascita del welfare State.

Egli definisce in maniera chiara i diritti da lui individuati soffermandosi sugli aspetti concettuali della propria teoria:

L'elemento civile²⁸ è composto dai cd. diritti fondamentali: libertà della persona, libertà di parola, pensiero, religione, proprietà privata, ecc.

L'elemento politico è riferito al diritto a partecipare all'esercizio del potere politico sia dalla parte di chi esercita il potere, sia in qualità di eletto.

²⁷ T.H. Marshall, *Class, Citizenship and Social Development*, Doubleday, New York, 1964, p. 18.

²⁸ T.H. Marshall, *Class, Citizenship and Social Development*, Doubleday, New York, 1964, p. 8.

L'elemento sociale è riferito a tutte le sfere, dal diritto a un minimo welfare economico e a una minima sicurezza, al diritto di fruire a pieno titolo delle ricchezze sociali e di vivere una vita civile, secondo gli standard di benessere della società (ad esempio godere del diritto alla salute, all'istruzione, al lavoro, alla libertà di iniziativa economica, alla sicurezza, ecc.).

Solo cancellando le differenze giuridiche e politiche si riconosce il principio universalistico del soddisfacimento dei diritti fondamentali per tutti i cittadini.

I diritti sociali, quindi, rappresentano l'ultimo momento della maturazione positiva del welfare.

Il frutto di tale maturazione si concretizza nel riconoscimento, per ogni cittadino, dello status di *persona avente diritto*, dinanzi allo Stato ed alla società, con la conseguente soddisfazione dei propri bisogni per poter vivere dignitosamente.

Tale riconoscimento è stato di fatto esteso a tutti i cittadini attraverso la cancellazione delle differenze giuridiche prima e di quelle politiche poi.

L'analisi di Marshall sulla cittadinanza è stata fortemente criticata poiché egli dedica la sua attenzione alla sola parte *maschile* della popolazione *inglese*.

Anzi, il suo lavoro ignora i diritti sociali delle donne e gli ostacoli incontrati dalle stesse per conseguire la realizzazione di tali diritti.

I marxisti lo criticano ritenendo la sua analisi superficiale in quanto non parla del diritto del cittadino di controllare la produzione economica,

controllo ritenuto necessario per avere contezza della ricchezza disponibile.

Pur avendo subito, nel tempo, numerose critiche, il saggio di Marshall è stato utilizzato numerose volte per promuovere una maggiore uguaglianza nella società.

Fu utilizzato addirittura per sostenere il voto "nero" negli Stati Uniti, e contro la signora Thatcher in una edizione del 1992 con prefazione di Tom Bottomore²⁹.

Si tratta di una interpretazione anglosassone dell'evoluzione dei diritti in modalità di "riforma pacifica", a differenza delle interpretazioni rivoluzionarie di Charles Tilly, l'altro grande teorico della cittadinanza del XX secolo, che basa le sue letture negli sviluppi della Rivoluzione francese.

La teoria di Marshall è stata rielaborata da alcuni studiosi che hanno cercato di approfondire le cause sociali, politiche ed economiche della nascita del welfare State tra cui il britannico Manning.

Egli nel suo studio dello Stato sociale, basa il suo approccio teorico proprio sull'elaborazione del principio di cittadinanza di Marshall considerando la formazione del welfare State come "la risposta razionale all'insicurezza economica creata dall'industrializzazione"³⁰.

²⁹ Bottomore Thomas Burton è stato presidente della British sociological association (1968-71) e della International sociological association (1974-78). Le sue indagini si collocano all'interno della riflessione sociopolitica di tradizione marxista. In tale prospettiva ha fornito una rilevante revisione del concetto di classe (*Classes in modern society*, 1965; trad. it. 1970), rivelatosi inadeguato nelle società contemporanee caratterizzate da tipi diversi di stratificazione sociale. Di rilievo anche i suoi lavori volti alla sistematizzazione di altri importanti concetti quali quello di élite (*Elites and society*, 1964; trad.it. 1967) e di politica (*Political sociology*, 1975; trad.it. 1980). Tra le altre opere: *Sociology as social criticism*(1975; trad. it. 1978); *Marxist sociology* (1975; trad. it. 1977); *Political sociology* (1979); *Sociology and socialism* (1984); *The Frankfurt school and critical theory* (1984); *Theory of modern capitalism* (1985); *The socialist economy. Theory and practice* (1990). Ha inoltre curato *A dictionary of marxist thought* (1983) e, in collab. con W. Outhwaite, *The Blackwell dictionary of twenty-century social thought* (1993).

³⁰ "The national response to economic insecurity created by industrialization" (nostra traduzione). N.

Lo studioso sostiene un intervento regolatore e assistenziale dello Stato per porre in essere una serie di interventi volti alla nascita di una responsabilità sociale, che consentisse di far sopportare alla morale collettiva i fenomeni di insicurezza sociale.

In effetti nessuno riteneva utile, lasciare che l'insicurezza economica si diffondesse nel tessuto sociale.

Ecco che ritorna la preoccupazione basata su un sentimento puramente egoistico della classe dominante che si concretizza nel soddisfacimento dei bisogni fondamentali dei cittadini che vedono un valore etico e solidale in questo agire che in realtà cela un interesse economico, giacché la sicurezza sociale è presupposto indispensabile per avere una forza lavoro sana e produttiva.

Il secondo approccio interpretativo delle diverse origini del welfare State «risiede nel considerare il loro sviluppo come un evidente processo politico di risoluzione dei conflitti sociali»³¹

In questo passaggio Manning fa esplicito riferimento alla teoria di T.H. Marshall, precedentemente citata, secondo cui il welfare state è parte di una più vasta lotta politica per il riconoscimento dei diritti di cittadinanza³² riprendendo il pensiero di Peter Flora secondo il quale il

Manning, Welfare, Ideology and Social Theory, in J. Baldock, N. Manning, S. Vickerstaff (eds.), Social Policy, op. cit., p. 62.

³¹ “Is to regard their development as a highly political process of social conflict” (nostra traduzione). N. Manning, Welfare, Ideology, and Social Theory, in J. Baldock, N. Manning, S. Vickerstaff (eds.), Social Policy, op. cit., p. 62.

³² Cfr. T.H. Marshall, Sociology at the Crossroads, Heinemann, London, 1963; Id., Citizenship and Social Class, Cambridge University Press, Cambridge, 1950 (ed. it. Cittadinanza e classe sociale, Laterza, Roma-Bari, 2002). L'importanza dell'influenza delle forze politiche nello sviluppo del welfare State è stata sostenuta anche dai risultati di una ricerca condotta da Castle e McKinlay secondo cui le variabili di tipo politico, cioè legate ai partiti politici e ai movimenti dei lavoratori, ricoprirebbero effettivamente una grande importanza nella definizione della natura dello Stato di benessere. Per esempio, l'attivismo dei partiti di sinistra in una nazione in cui non è presente una forte opposizione politica avrebbe un collegamento molto stretto con la nascita e un conseguente rapido sviluppo del welfare State, mentre ciò non ha riscontrato la medesima rapidità nelle società in cui le ideologie politiche (di partito) erano numerose e necessitavano perciò di una affermazione sociale più complicata e lenta, a ragione dei principi democratici di concorrenza e tutela della libertà di opinione e di opposizione politica. Cfr. F.G. Castle, R. McKinlay, Public Welfare Provision, Scandinavia and the Sheer Futility of the Sociological Approach to Politics, in “British Journal of Political

welfare State è nato come risposta ai problemi creati dall'industrializzazione capitalistica; è stato guidato dalle lotte di classe democratiche; ed ha seguito il percorso dello Stato nazione.³³

Quindi il conflitto sociale diviene il presupposto teorico per la realizzazione del *welfare State*.

5. Le teorie del conflitto sociale tra Dahrendorf e Simmel.

Lo studioso del conflitto Ralph Dahrendorf concentra il proprio sforzo interpretativo sulle forme che le dinamiche di mutamento sociale assumono in relazione alle modalità attraverso cui le società elaborano i propri conflitti sociali.³⁴ I filoni della sua analisi sono, infatti, essenzialmente due: le teorie della società e i fattori del conflitto.

Egli pone al centro del suo lavoro intellettuale l'analisi di quel processo di istituzionalizzazione che avrebbe caratterizzato alcune forme del conflitto sociale nell'epoca moderna³⁵.

Science”, 9, 1979, pp. 157-171.

³³ P. Flora, Growth to Limits: The Western European Welfare State Since World War II, de Gruyter, Berlin, 1986, p. XII.

³⁴ Con l'espressione “conflitto sociale” facciamo riferimento alla definizione che ha elaborato Tilly e che afferma che “vi è conflitto sociale quando una persona o un gruppo avanza pretese di segno negativo nei confronti di altre persone o gruppi, pretese che, qualora venissero soddisfatte, danneggierebbero l'interesse altrui, cioè l'altrui probabilità di raggiungere una situazione desiderabile”. C. Tilly, voce “Conflitto sociale”, in “Enciclopedia delle Scienze Sociali”, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, Roma, 1996, vol. II, p. 259.

³⁵ Tra i tanti testi pubblicati da questo autore indichiamo alcuni tra quelli ritenuti più significativi per comprendere il suo approccio alla teoria del conflitto sociale: R. Dahrendorf, Uscire dall'utopia, il Mulino, Bologna, 1971 (ed. or. Pfade aus Utopia: Arbeiten zur Theorie und Metode der Soziologie, Piper, München, 1956); Id., Classi e conflitto di classe nella società industriale, Laterza, Roma-Bari, 1971 (ed. or. Class and Class Conflict in Industrial Society, Routledge & Keagan, London, 1959); Id., La libertà che cambia, Laterza, Roma-Bari, 1981 (ed. or. Lebenschances: Anläufe zur sozialen und politischen Theorie, Suhrkamp, Frankfurt, 1979); Id., per un nuovo liberalismo, Laterza, Roma-Bari, 1993 (ed. or. Die neue Freiheit: Überleben und Gerechtigkeit in einer veränderten Welt, Suhrkamp, Frankfurt, 1980); Id., Il conflitto sociale nella modernità. Saggio sulla politica della libertà, Laterza, Roma-Bari, 1992, (ed. or., The Modern Social Conflict. An Essay on the Politics of Liberty, Weidenfeld & Nicolson, New York, 1988); Id., The Changing Quality of Citizenship, in B. van Steenberger (ed.), The Condition of Citizenship, Sage, London, 1994.

Egli sostiene che la tendenza al conflitto è insita nel sistema, nel quale coesistono gruppi con e senza potere, che persegono interessi diversi.

Molto forte in Dahrendorf è il concetto di "potere", che egli definisce, sulla scia di M. Weber, come la capacità di far fare agli altri quello che si vuole, cioè di farsi obbedire. Il potere determina la struttura sociale, anche in maniera coercitiva.

La normazione, altro concetto chiave, sarebbe utilizzata da chi detiene il potere, e servirebbe a tutelare gli interessi di tale potere. Essa non sarebbe, dunque frutto del consenso sociale e, la conseguenza sanzionatoria, in caso di disobbedienza, ne sarebbe la prova.

Le norme, sostenute dal potere, definiscono i criteri di desiderabilità sociale, cioè valori, status, ambizioni, etc., che sono generalmente desiderate dalla collettività.

Questo contribuisce a stabilire un ordine gerarchico di status sociali. Le norme creano anche discriminazione verso chi non vi si conforma.

Un altro concetto importante è quello di "autorità", in rapporto a quello di potere: l'autorità è l'esercizio del potere, ma con legittimità ed entro certi limiti.

Per comprendere meglio si può far un esempio: un comune ha l'autorità per chiedere l'IMU ai propri cittadini, ma non, ad esempio, per estorcere prestazioni personali di altro tipo. Un truffatore, invece, ha il potere di estorcere denaro, ma non possiede l'autorità.

Dahrendorf sostiene che la divisione in classi è determinata dal possesso o meno di autorità: il conflitto di classe coinvolge solo due parti, e

l'autorità è ciò che le separa.

Secondo Dahrendorf, la mobilitazione e la protesta sociale esplodono solo alla presenza di quattro requisiti:

1. tecnici (un fondatore, un'ideologia o uno statuto);
2. politici (uno stato liberale a differenza di uno autoritario, favorisce la protesta);
3. sociali (la concentrazione geografica dei membri del gruppo, la facilità di comunicazione ed il reclutamento simile);
4. psicologici (gli interessi da difendere devono apparire reali).

Il conflitto sarà caratterizzato dal livello di violenza (il "tipo di armi", usato anche in senso metaforico,) e dall'intensità, intesa come livello di dispendio di energie nella lotta.

Il conflitto avviene tra chi dà e chi riceve ordini. Nello stato vi è una classe dirigente e una burocrazia composta di individui che contribuiscono a far sì che gli ordini del vertice siano rispettati da tutti. La presenza di questa burocrazia allarga la base del consenso. Vi è anche un conflitto tra governo e industria.

L'affermazione dei principi di cittadinanza e di tutela sociale, sarebbero tentativi messi in atto dalla società per cercare di arginare gli effetti di una disuguaglianza ormai accettata, secondo l'autore, disuguaglianza definita integrata, poiché parte integrante della società.

Dahrendorf parla di una tensione legittima tra due gruppi di interesse legittimi³⁶ che nel rispetto di determinate regole, comunemente accettate e rispettate, presenta momenti di lotta, elaborazione di negoziati e soluzioni, ricerca di compromessi.

Tali conflitti, che per l'autore sarebbero “profondamente necessari” pur non avendo carattere violento, tipico dell'interpretazione marxiana³⁷, non sarebbero meno efficaci nel giungere all'obiettivo del mutamento dell'ordine esistente.

La differenza risiederebbe nel modo e nei tempi nel senso che, mentre la rivoluzione è improvvisa, esplosiva e velocissima, il conflitto sociale, segue un andamento lento pervenendo ad un risultato altrettanto profondo e radicale negli effetti e nelle conseguenze che determina un cambiamento nella struttura sociale e nel potere di riferimento.

La mancanza di tali conflitti, rallenterebbe il mutamento addirittura arrestandolo in alcuni casi. Al contrario si produrrebbe mutamento che si tradurrebbe in uno sviluppo graduale.

«I conflitti sono un elemento vitale della società, come del resto il conflitto in generale è un elemento della vita intera»³⁸

³⁶ Dahrendorf definisce gli attori dei conflitti istituzionalizzati riformulando concettualmente l'espressione coniata da Karl Marx di “classe per sé”. Con tale espressione egli indica un gruppo conflittuale con interessi manifesti e che, in virtù del carattere esplicito del proprio interesse, si organizzano e rivendicano nuovi diritti. Con l'espressione “classe in sé” Dahrendorf descrive un quasi gruppo con interessi latenti e incapace di organizzarsi, o privo della volontà di organizzarsi. Per un approfondimento si rimanda a: R. Dahrendorf, Classi e conflitto di classe nella società industriale, cit., in particolare pp. 111-115.

³⁷ Per Marx il conflitto è l'essenza stessa del cambiamento, del mutamento sociale, inteso però come rivoluzione, come atto violento che sconvolge l'ordine sociale fino ad allora accettato e che ridistribuisce i privilegi, sottraendoli alla classe sconfitta per assegnarli alla classe vincitrice del conflitto stesso. Cfr. K. Marx, Le lotte di classe in Francia dal 1848 al 1850, Editori Riuniti, Roma, 1970 (ed. or. Neue Rheinische Zeitung, Dietz, Hamburg, 1850).

³⁸ R. Dahrendorf, Citizenship and Social Class, in M. Blumer, A.M. Rees (eds.), Citizenship Today. The Contemporary Relevance of T.H. Marshall, UCL Press, London, 1996, p. 37.

Il welfare State nascerebbe quindi come risultato di un preciso conflitto istituzionalizzato, cioè come soluzione e compromesso tra chi aveva e chi invece aveva bisogno

Tale conflitto diviene parte integrante delle società vive, dinamiche e aperte, in cui più gruppi sociali possono sviluppare nuove forme di cittadinanza, di regolazione sociale e di convivenza attraverso canali istituzionalizzati quali, per esempio, le politiche sociali.

Secondo Coser i conflitti sociali avrebbero una funzione positiva quando hanno l'effetto di “cucire insieme il sistema sociale” e servono a prevenire la “disgregazione sociale”³⁹, o meglio quando riescano a diffondere la coesione sociale assumendo il carattere di funzione positiva come indicato da Dahrendorf.

Le riflessioni di Dahrendorf, e quelle degli altri autori appena citati, trovano origine e ispirazione nelle teorizzazioni che Georg Simmel elabora sul concetto di contrasto, inteso come lotta, conflitto, e più in generale come ambizione di un gruppo sociale di raggiungere un determinato obiettivo a scapito di un altro gruppo concorrente e antagonista.

Il conflitto nascerebbe, sempre, secondo Simmel, nei sentimenti e nelle ambizioni primarie, l'avidità, la gelosia, l'invidia. Allo scontro seguirebbero le azioni riparatrici.⁴⁰

³⁹ L.A. Coser, *Le funzioni del conflitto sociale*, Feltrinelli, Milano, 1967, p. 80 (ed. or. *Continuities in Studies of Social Conflict*, Free Press, New York, 1967).

⁴⁰ Cfr. G. Simmel, *Sociologia*, Edizioni di Comunità, Torino, 1998 (ed. or. *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, Bunker & Humboldt, Berlin, 1983).

Le società tenderebbero perciò a cercare un equilibrio e una riparazione ai momenti di squilibrio, momenti frequenti nella storia giacché le società tutte non sono fenomeni statici ma in continuo divenire attraverso la ricerca di nuovi scopi comuni da raggiungere.

Secondo l'autore in ogni società esistono gruppi che si contrappongono perché su posizioni disuguali. Tali gruppi, trovato un obiettivo comune da perseguire dirigono le loro azioni verso questo obiettivo creando dapprima un gruppo sociale e poi la società vera e propria:

«La società sorge soltanto quando siffatte relazioni reciproche, suscite da certi motivi e interessi, diventano operanti»⁴¹

La presenza di soggetti portatori di interessi diversi che ad un certo punto si scontrano tra loro o di interessi forti di un gruppo (es. una lobby) che si scontrano con tutta la società, creano momenti di contrattazione per evitare il conflitto e ritrovare l'equilibrio.

Quando però la distanza, soprattutto legata al benessere, diventa troppo distante si giungerà inevitabilmente al conflitto sociale. Ci sarebbero due casi in cui, secondo lo studioso, si potrebbe evitare il conflitto.

Il primo caso richiederebbe la presenza di un gruppo intermedio tra i due gruppi antagonisti che interrompe il rapporto a due con il ricorso a strumenti di mediazione.

Il secondo caso richiederebbe, invece, la presenza di un soggetto esterno al gruppo sociale in questione che minacci la stabilità della società, approfittando delle divisioni interne. Il risultato sarà quello di abbattere le

⁴¹ Cfr. G. Simmel, Sociologia, Edizioni di Comunità, Torino, 1998, pag. 13

divisioni interne, rendendole meno rilevanti rispetto al pericolo esterno, aumentando la coesione sociale, strategia frequentemente messa in atto dalle società per auto-conservarsi contro una minaccia esterna.

Quest'analisi è alla base dell'elaborazione del principio di cittadinanza di Marshall, poiché mette in luce la complessità della composizione sociale, caratterizzata dalla compresenza di differenti portatori di interessi individuali, racchiusi all'interno di una categoria estremamente generale come quella del cittadino. In ogni Stato-nazione sono presenti un numero indefinito di gruppi in opposizione tra loro che generano conflitti con l'intento di modificare, a proprio vantaggio, l'ordine costituito precedentemente conducendo alla creazione di nuovi criteri di distribuzione del benessere. Nuovi soggetti portatori di discriminazioni (es. attualissimo oggi il tema delle famiglie di fatto e degli omosessuali), assoggettati a ingiustizie per mano dei gruppi detentori del potere, avanzeranno delle richieste che, se ignorate, degenereranno inevitabilmente in scontri che produrranno nuove reciprocità, nuove modalità di condivisione del benessere.

L'analisi di Simmel rafforza la teorizzazione di Dahrendorf nell'intento comune di far comprendere che il dinamismo sociale con la sua competizione, concorrenza ed anche scontro assumono connotati positivi poiché diventano strumenti per realizzare concrete politiche di welfare State basate sul principio di uguaglianza sociale che consente ad ogni essere umano, in posizione di pari opportunità, la piena realizzazione di se stesso.

Tuttavia, questa realizzazione pur portando vantaggi alla società in

generale in termini di evoluzione sociale, riconoscendo l'esistenza di differenze sociali, condurrebbe il gruppo "perdente", prima avvantaggiato, ad opporsi rendendo difficoltoso il mantenimento dell'equilibrio sociale. Solo società mature comprendono che i cambiamenti e le concessioni di un gruppo verso l'altro, nel reciproco rispetto, porta ad una evoluzione sociale della quale beneficiano tutti.

Proprio Émile Durkheim spiega chiaramente in un suo passo che la divergenza tra l'interesse collettivo e quello di una parte, crea dapprima tensione poi cambiamento, ridefinendo l'esistente:

«Gli interessi del tutto non sono necessariamente gli interessi della parte: per questo la società non può formarsi né mantenersi senza richiederci continui sacrifici che ci pesano. Per il solo fatto di superarci, essa ci obbliga a superare noi stessi, e superare sé stesso vuol dire uscire in qualche modo dalla propria natura: cosa che non avviene senza una tensione più o meno penosa»⁴²

Lo Stato sociale utilizzando lo strumento positivo del welfare State interverrebbe, risolvendo il conflitto, eliminando i principali elementi di disuguaglianza che impediscono l'integrazione sociale.

Il conflitto e la competizione, dunque, sono considerate azioni sociali per eccellenza per via del loro aspetto riparatore e rigenerante. Ciò che divide è la causa del conflitto, il motivo qualunque per il quale una parte non sentendosi più parte del tutto, ambisce a raggiungere un risultato a discapito del tutto o di un'altra parte.

Il welfare State, nascerebbe perciò come uno strumento per il

⁴² É. Durkheim, *Il dualismo della natura umana e le sue condizioni sociali*, in Id., *La scienza sociale e l'azione*, il Saggiatore, Milano, 1996, p. 358, (ed. or. *Le dualisme de la nature humaine et ses conditions sociales*, in Id., *La science sociale et l'action*, Presses Universitaires de France, Paris, 1970).

mantenimento dell'equilibrio di una società nella quale si intrecciano costantemente conflitti e/o competizioni di natura differente.

Tali tensioni sociali contribuiscono alla definizione delle politiche sociali, generando così un articolato panorama composto da differenti tipi particolari di welfare State.

6. Titmuss e la sua sistematizzazione: I differenti sistemi di protezione sociale

Storicamente, la protezione sociale, ha assunto, svariate forme, a seconda delle esperienze proprie di ogni stato-nazione caratterizzandosi, tuttora, per alcuni aspetti specifici:

- La gamma e la generosità delle prestazioni
- L'ampiezza e le caratteristiche dei destinatari
- Le modalità di finanziamento
- Le modalità di amministrazione

Tali esperienze, come sostiene Ferrera, hanno condotto i vari stati a reificare i principi del Welfare State concretizzandoli in politiche sociali più o meno generose verso i loro destinatari.

Nella descrizione delle principali tappe di sviluppo del Welfare State è già emersa la prima grande distinzione tra i modelli di welfare a seconda della tipologia di “copertura” adottata:

Modello universalistico:

Paesi anglo scandinavi - protezione per tutti i cittadini indipendentemente dalla loro posizione lavorativa

Modello occupazionale:

Paesi continentali – protezione per i lavoratori con differenze specifiche determinate dalle differenti occupazioni.

Il primo e più interessante studio classificatorio dei welfare state che ha consentito di elaborare tre modelli interpretativi riscontrabili nelle diverse esperienze internazionali⁴³, è quello di Richard Titmuss. La sua sistematizzazione si basa essenzialmente nell'analisi delle politiche di sostegno che ogni Stato pone in essere verso i suoi cittadini.

La classificazione di Titmuss si focalizza sui seguenti aspetti:

- ruolo dello Stato nella regolazione;
- tipo di intervento dello Stato;
- criteri di definizione degli “aventi diritto”

1) *MODELLO RESIDUALE (residual welfare model o public assistance model):*

Lo Stato interviene con le politiche sociali solo quando i canali naturali e tradizionali di soddisfacimento dei bisogni (famiglia, reti informali e, a volte, il mercato) entrano in crisi a causa di un eccessiva o troppo complessa domanda. L'intervento sociale dello Stato cessa o si riduce al venir meno dell'emergenza sociale, nel momento in cui, teoricamente, il bisogno è stato soddisfatto;

2) *MODELLO REMUNERATIVO O DI RENDIMENTO INDUSTRIALE (reward model o industrial achievement)*

⁴³ Cfr. R. Titmuss, *Essays on the Welfare State*, Allen & Unwin, London, 1963; Id., *The Welfare Complex in a Changing Society*, in “The Milbank Memorial Fund Quarterly”, 1, 1967; Id., *Commitment to Welfare*, Allen & Unwin, London, 1968; Id., *The Gift Relationship. From Human Blood to Social Policy*, Allen & Unwin, London, 1970; Id., *Social Policy: an Introduction*, Allen & Unwin, London, 1974.

model): si basa sul principio secondo cui ciascuno possa essere messo nelle migliori condizioni per soddisfare i propri bisogni in base al merito, alla *performance* lavorativa e alla propria produttività.

La politica sociale interviene come parziale correttivo del Mercato che fornisce i mezzi, attraverso il lavoro salariato, ed eroga i servizi attraverso i canali privati.

3) ***MODELLO***

ISTITUZIONALE-REDISTRIBUTIVO

(institutional redistributive model):

Il *welfare State* che si basa, in questo modello, sul “principio del bisogno”⁴⁴, è un elemento assai importante della società perché prevede l’erogazione di servizi pubblici di tipo universalistico, al di fuori dei meccanismi tipici del mercato, sulla base dell’emergere di un bisogno, e senza che sia necessario attendere il manifestarsi del fallimento degli attori del *welfare* informale e tradizionale.

Complessivamente la tipologia di Titmuss riprende le caratteristiche tipiche dell’assistenza, dell’assicurazione e della sicurezza sociale.

È ovvio che egli vedesse la sua sistemazione da un punto di vista evolutivo, che partendo dal male costituito del residualismo e della meritocrazia giungesse al bene dell’universalismo e della redistribuzione.⁴⁵

Questi tre modelli non sono di fatto riscontrabili *in toto* nella vita

⁴⁴ Ferrera, Modelli di solidarietà, Il Mulino, 1993, pag. 64.

⁴⁵ Per una maggiore comprensione dei tre modelli offerti da Titmuss, interessante appare la tabella 1 in Sainsbury (1991) e dello schema 1 in Roebroek (1991) rielaborata da Ferrera. Ferrera, Modelli di Solidarietà, 1993, pag. 66.

quotidiana. Essi sono solamente dei modelli che tendono a una approssimazione alla realtà, creando quell'*'ideal-tipo'*⁴⁶, di cui parla Max Weber.

La realtà è molto più complessa di una semplice astrazione teorica e l'applicazione pratica di uno di questi modelli, si scontrerebbe con la presenza di variabili non previste sul piano teorico. Inoltre, il testo di Richard Titmuss, anche se tuttora estremamente valido nel suo impianto teorico e utile nell'approccio allo studio del *welfare State*, pubblicato nel 1968 è frutto di un contesto storico, sociale ed economico non più riscontrabile nella realtà contemporanea.

Nell'ultimo trentennio, numerosi sono stati gli eventi che hanno rivoluzionato la vita quotidiana dalla fine della guerra fredda con la caduta del muro di Berlino all'attacco alle torri gemelle del 2001. Entrambi hanno modificato l'equilibrio mondiale costituito. La cosiddetta globalizzazione poi ha inciso radicalmente sull'economia mondiale con conseguenze evidenti sulle economie locali.

⁴⁶ Il concetto di *'ideal-tipo'* del pensiero weberiano, è una importante ed utile chiave di lettura dei fenomeni sociali. È una costruzione logico-immaginaria legata a valori appartenenti alla cultura nella quale il ricercatore è venuto a formarsi. Secondo Weber, la realtà sociale è caotica per sua natura e, per poterla osservare e studiare, è necessario tenere presente che esistono numerosi punti di vista differenti riguardo l'interpretazione della stessa realtà. Pertanto, partendo dal presupposto dell'impossibilità di pervenire alla conoscenza della totalità della realtà, proprio perché infinita, si rende necessaria la scelta di una porzione specifica di essa, scelta che avviene in base a processi selettivi fondati a loro volta su valori determinati culturalmente, e determinanti specifici approcci ed interpretazioni sui fatti e sull'agire. Il tipo ideale sarebbe, dunque, un'estrapolazione dalla realtà storico-sociale nella quale ci si trova, uno strumento per l'interpretazione della realtà che, una volta determinato ed accettato, conduce necessariamente a determinate conclusioni, garantendo l'oggettività della ricerca scientifica.

Weber definisce l'*'ideal-tipo'* come una costruzione logica che “possiede il carattere di un'utopia, conseguita mediante l'accentuazione concettuale di determinati elementi della realtà. Il suo rapporto con i fatti empiricamente dati della vita consiste solo in questo, che laddove vengano constatati o supposti operanti in qualsiasi grado nella realtà connessioni del tipo astrattamente rappresentato in quella costruzione, [...] noi possiamo illustrare e rendere intelligibile programmaticamente il carattere specifico di questa connessione in un tipo ideale. Tale possibilità può essere indispensabile sia a scopo euristico sia a scopo espositivo”.

M. Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Einaudi, Torino, 1958, pp. 107-108 (ed. or., *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Mohr, Tübingen, 1922). Inoltre, tra i tanti autori che hanno affrontato l'analisi del pensiero di Max Weber si consiglia la lettura di: M.A. Toscano, *Evoluzione e crisi del mondo normativo. Durkheim e Weber*, Laterza, Roma-Bari, 1975; N.M. De Feo, *Introduzione a Weber*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

7. GØSTA ESPING-ANDERSEN E LA SUA SISTEMAZIONE

A seguito delle differenti trasformazioni che hanno caratterizzato i sistemi di Welfare nella sua fase evolutiva fino agli anni '70 sono diventati centrali, nella strutturazione dei differenti sistemi:

- Formule di computo delle prestazioni;
- Gamma e qualità dei servizi;
- Modalità di gestione e finanziamento;

Un tentativo articolato di ordinare i casi di matrice timussiana, rielaborandoli, è stato recentemente tentato da Gøsta Esping-Andersen. Nel suo libro intitolato *The Three Worlds of Welfare Capitalism*⁴⁷, l'autore, presenta i due approcci che, secondo la sua prospettiva, potrebbero essere utili a interpretare le cause e i fattori di mutamento nelle nuove forme del *welfare State*:

- L'APPROCCIO SISTEMICO/STRUTTURALISTA O CONTESTUA- LISTA:

Secondo questa prospettiva il ‘sistema’ sarebbe determinante e perciò tutto ciò che accade nella società accadrebbe col fine di agevolare la stessa società e il suo sistema economico.

⁴⁷ Cfr. G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Polity Press, Cambridge, 1990.

Esping-Andersen sostiene che “l’industrializzazione rende la politica sociale sia necessaria sia possibile”⁴⁸, giacché essa ha minato gravemente il ruolo e la funzione pratica delle prime forme di riproduzione sociale (la famiglia e la Chiesa)⁴⁹.

In altre parole il mercato si rivela incapace di sostenere l’intera struttura sociale, giacché solo chi può permettersi di pagare potrebbe accedere ai servizi offerti dal mercato.

Solo il crescente apparato burocratico sarebbe capace di porre in essere concrete politiche sociali basate sul modello universalistico.

- L'APPROCCIO ISTITUZIONALISTA:

Secondo tale approccio i programmi di *welfare State* sarebbero decisi dai cd. “decisori politici”, indipendentemente dal contesto in cui ci si trova. Le istituzioni sarebbero in questo caso investite del compito di supervisionare l’operato dell’economia la cui azione, se abbandonata ai principi di mercificazione e di autoregolamentazione del mercato neo-liberista avulsi dal contesto sociale, porterebbero a risultati nefasti in termini di mantenimento dell’integrità sociale. L’economia deve essere parte integrante delle comunità sociali al fine di garantire la propria stessa sopravvivenza”

⁴⁸ “Industrialization makes social policy both necessary and possible”, (nostra traduzione). *Ivi*, p.

⁴⁹ Cfr. P. Flora, J. Alber, *Modernization, Democratization and the Development of Welfare State in Western Europe*, in P. Flora, A.J. Heidenheimer (eds.), *The Development of Welfare State in Europe and America*, Transaction Books, London, 1981 (ed. it., *Lo sviluppo del welfare State in Europa e in America*, il Mulino, Bologna, 1983). Inoltre, in merito al rapporto tra Chiesa Cattolica e il *welfare State* si rimanda a: K. Van Kesbergen, *Social Capitalism. A Study of Christian Democracy and the Welfare State*, Routledge, London-New York, 1995.

La politica sociale verrebbe perciò vista come requisito fondamentale per la rinascita dell'economia sociale.

Gli approfondimenti teorici di Esping-Andersen hanno portato a evidenziare quelli che lui stesso ha definito “i tre pilastri del *welfare*” (*The three welfare pillars*): il mercato, la famiglia e il governo.

Il primo è uno dei pilastri dell'intera vita sociale giacché gli introiti economici derivano da forme di lavoro retribuito e nello stesso mercato acquistiamo la maggior parte dei servizi di cui abbiamo necessità.

La famiglia resta la primaria fonte di sicurezza e di sostegno, soprattutto a causa della sempre più diffusa precarietà sociale.

Il governo avrebbe invece un ruolo di garante sociale mediante la redistribuzione del benessere (*redistributive social contract*).

Esping-Andersen sostiene altresì che il terzo settore andrebbe visto come un “quarto pilastro”, anche se corre sempre il rischio di cedere alle tentazioni del mercato oppure di cadere nella rete della dipendenza dai finanziamenti dello Stato.

Tralasciando il ruolo rivestito dagli organismi di terzo settore, appare evidente la forte reciprocità che lega i tre pilastri sociali di produzione di *welfare* che interagiscono, nel far fronte all'adempimento dei compiti che gli vengono riconosciuti in termini di produzione di politiche di integrazione e sostegno, e caratterizzano la nascita di ogni peculiare forma di *welfare State* esistente.

I “tre pilastri del *welfare*” vengono assunti da Esping-Andersen come strumenti di interpretazione della realtà.

All’origine dell’approccio analitico, egli pone due concetti fondamentali: la dimensione di demercificazione (*decommodification*) e quella di destratificazione (*destratification*).

Con il termine ‘demercificazione’ Esping-Andersen fa riferimento alla capacità di un dato sistema di *welfare* di garantire ai cittadini la possibilità di astenersi dal lavoro senza subire la perdita di questo o di altre garanzie di benessere, sottraendo perciò alcuni momenti o bisogni della vita delle persone al controllo e alle regole del mercato, in questo caso specifico del mercato del lavoro.

Con il termine ‘destratificazione’ l’autore indica invece il livello secondo cui il sistema di *welfare State esistente* consentirebbe di limitare o cancellare le differenze sociali legate allo *status* (differenziali di *status*) occupazionale o di classe sociale.

Seguendo questi presupposti teorici, Esping-Andersen individua tre tipologie di regimi di *welfare State*:

- IL WELFARE STATE NEO-LIBERALE

Nel *welfare State neo-liberale* lo Stato opera una forte spinta verso i servizi offerti dal mercato sia direttamente, attraverso il finanziamento della previdenza privata, sia indirettamente, offrendo servizi minimi con conseguente mercificazione dei servizi.

I benefici delle politiche di *welfare State* raggiungerebbero prevalentemente le classi a basso reddito (soprattutto classe operaia e dipendenti statali) con conseguenti fenomeni di stigmatizzazione. Il *welfare State* a carattere neo-liberale è tipico degli Stati Uniti, Canada, Australia e Regno Unito (cd. area angloamericana)

- *IL WELFARE STATE CORPORATIVISTA*

È caratterizzato dalla forte eredità storica statalista-corporativista in cui lo Stato è l'unico garante dell'erogazione dei servizi per tutti e il mercato ha perciò svolto sempre un ruolo estremamente residuale. Questa prospettiva mantiene inalterate le differenze di classe.

Nelle politiche sociali emerge il carattere residuale degli interventi. Vige il principio di ‘sussidiarietà’ in base al quale lo Stato interverrà solamente quando la famiglia avrà esaurito le proprie capacità di aiutare i propri membri”. Alcuni esempi sono la Germania, l’Austria, la Francia, l’Olanda(cd. area dell’Europa continentale).

- *IL WELFARE STATE SOCIALDEMOCRATICO*

Lo Stato è garante unico nel fornire servizi gratuiti per tutti i cittadini e nel promuovere il principio di uguaglianza sociale garantendo servizi con standard elevati gratuiti e garantiti a tutta la popolazione. Vi è dunque un altissimo grado di de-mercificazione dei servizi in cui il mercato non può trovare un proprio spazio giacché tutti beneficiano, tutti dipendono, tutti si sentono in dovere di contribuire alla promozione e al sostegno delle politiche sociali di questa natura. Tutto ciò è possibile solo garantendo la piena occupazione dei cittadini poiché il diritto al lavoro deve essere

soddisfatto per favorire i processi di integrazione sociale. Il *Welfare State socialdemocratico* ha l'obiettivo di prevedere e prevenire la nascita dei bisogni promuovendo l'indipendenza delle persone e non la loro dipendenza dai servizi. Esso è realizzabile unicamente in quegli Stati in cui la social-democrazia è la forza propulsiva delle innovazioni sociali. Alcuni esempi sono la Svezia, la Danimarca, la Norvegia, Cuba (cd. area dell'Europa settentrionale).

Il modello *neo-liberale* e quello *corporativista* sono esempi estremi in un ambito comunque conservatore in cui la destratificazione è insignificante. Quello che rileva maggiormente come differenza si rinviene nel diverso livello di demercificazione dei servizi in cui lo Stato si fa garante dei diritti dei cittadini.

Nel modello *socialdemocratico* lo Stato ricopre un ruolo totalitario nell'ideare, controllare, erogare e gestire le politiche sociali. La destratificazione sarà molto elevata grazie alla reale uguaglianza tra i cittadini, e così anche per la demercificazione, data dall'indipendenza dall'influenza del mercato su alcuni ambiti della vita personale.

8. L'EUROPA E I VARI MODELLI DI WELFARE STATE

I tre regimi descritti da Esping-Andersen pur avendo chiari limiti nell'interpretazione dei numerosi welfare State esistenti hanno creato nuove prospettive comparative.

Ferrera partendo dai regimi definiti da Esping-Andersen si sofferma sulla definizione del principio di demercificazione. Secondo Ferrera, un alto grado di demercificazione rivela una grande attenzione alla tutela del cittadino da parte dello Stato. In contrario, lo Stato esporrebbe i cittadini a vivere secondo le regole capitalistiche, dividendo la società tra chi può pagare per garantirsi da sé i servizi di cui ha bisogno e chi invece deve accontentarsi di servizi pubblici, generalmente scarsi e inefficienti.

Dunque si giunge alla elaborazione di un giudizio sfavorevole nei confronti del mercato come meccanismo di regolazione sociale. Si creano così Stati buoni e cattivi a seconda del livello di demercificazione.

Ferrera apprezza l'originalità della classificazione di Esping-Andersen che supera le classificazioni che utilizzavano i principi di cittadinanza definiti secondo l'interpretazione di Marshall ed anche lo sforzo comparativo attraverso l'utilizzo di un vasto campione di paesi dell'area OCSE, inclusi gli Stati Uniti (esempio del regime liberale) e il Giappone (esempio del regime conservatore-corporativo), e l'uso del termine ‘regime’ anziché ‘modelli’ per la definizione delle tipologie. Questa scelta dipenderebbe dall’economia politica internazionale (international political economy) secondo cui il concetto di ‘regime’ indica generali forme di cooperazione tra Stati fondate su norme e valori condivisi e senza alcuna sanzione coercitiva. Quindi, mentre il termine ‘modello’ indicherebbe un tipo di organizzazione verso cui tendere, il termine ‘regime’ consente di porre in evidenza la natura comparativa del modello, anche come frutto di un confronto in un contesto internazionale dai confini permeabili.

Ferrera cerca di colmare una lacuna presente nella classificazione di Esping-Andersen e che riguarda l'assenza di Stati dell'Europa meridionale. Egli definisce appunto questo gruppo con l'espressione la quarta «Europa Sociale» e vi include Spagna, Grecia, Portogallo e Italia. Quest'ultima è l'unica nazione dell'Europa meridionale inclusa nella precedente categorizzazione e precisamente fra i regimi conservatori-corporativi. Questi Stati, benché nella fase evolutiva del welfare State facessero riferimento al classico modello bismarckiano, durante la fase dell'espansione dello Stato di benessere hanno sviluppato dei modelli peculiari ed originali di protezione sociale.

Una delle caratteristiche sostanziali è da ricercare in un sistema di protezione dualistico, con alta protezione per alcune categorie sociali (dipendenti pubblici e i dipendenti delle grandi imprese che possono inoltre confidare su una certa stabilità occupazionale) e modeste forme di protezione per altre (lavoratori precari, stagionali, autonomi, dipendenti di piccole imprese, ecc.).

Questa dualità ha determinato la creazione di una forma di solidarietà sociale fondata su un concetto di famiglia intesa come ammortizzatore di rischi e bisogni. Questo modello, tipico dei paesi dell'Europa meridionale definito come “Modello delle solidarietà familiari e parentali” funzionerebbe unicamente in presenza di forti vincoli familiari lungo tutto l'arco della vita.

Tra i numerosi caratteri che distinguono le esperienze di welfare dei paesi sud-europei, il primo riguarda un aspetto rivoluzionario del percorso di

creazione del welfare State, riconducibile al periodo in cui, tra gli anni Settanta e Ottanta, Spagna, Portogallo, Grecia ed Italia per primi istituirono un servizio sanitario nazionale a vocazione universale, garantito in virtù dei soli diritti di cittadinanza. Ferrera critica Esping-Andersen per non aver considerato questo provvedimento che per lui è, invece, innovativo in termini di equa redistribuzione di chance di vita e rappresenta un fattore rilevante di comunanza tra i paesi dell'Europa mediterranea per giungere alla denominazione di un comune modello di welfare.

Il secondo aspetto è rappresentato dalla forte presenza di un carattere particolaristico nella gestione del welfare, sia per le prestazioni, con frodi o clientelismi, sia dal punto di vista contributivo, con le evasioni fiscali. Il panorama che si definisce appare notevolmente condizionato dalla presenza di istituzioni facilmente manipolabili da partiti politici o lobbies.

Inoltre, i lunghi periodi di dittatura che hanno caratterizzato questi paesi hanno determinato la persistenza di un fenomeno che Ferrera definisce come basso grado di ‘statualità’.

Quindi, per completare il quadro riguardante i regimi internazionali di welfare composto, secondo Esping-Andersen, da regime liberale, regime conservatore-corporativo e regime socialdemocratico, Ferrera propone il regime sud-europeo appena esposto, con la sua connotazione di tipo geografico e non politica come per gli altri. A questi quattro l'autore affianca anche un modello riferito alla quinta «Europa sociale»,

composta da tutti i paesi dell'ex blocco comunista che sono entrati a far parte dell'Unione Europea nel 2004.

I nuovi membri si sono trovati ad affrontare una duplice sfida che riguarda la costruzione o il consolidamento di una stabile economia di mercato e, al contempo, di un maturo sistema democratico, declinato anche in termini di uno stabile sistema di welfare.

I cinque modelli appena citati non sono una interpretazione definitiva della realtà ma si presentano come la momentanea descrizione di una realtà in fieri, che richiede la presa in considerazione di ampi margini di ridiscussione, rivisitazione e, come afferma Ferrera, di ‘ricalibrazione’. Il tempo, gli avvenimenti sociali e quelli economici, gli attori sociali e istituzionali che localmente o globalmente influenzano il grado e le modalità di condivisione dei rischi, contribuiscono a definire le geometrie variabili di questo ambito di ricerca.

Da ciò Ferrera parte per creare una nuova tipologia di classificazione dei modi di fare welfare fondata sull’analisi dei fattori occupazionali e della loro influenza sul sistema decisionale e definitorio delle politiche di protezione sociale.

Ferrera individua due fondamentali varianti: il modello occupazionale e il modello universalistico, declinati a loro volta in puri e misti. Ne deriveranno quattro modelli nei quali prevarranno in alcuni casi categorie occupazionali e in altri il principio universalistico di cittadinanza.

- I WELFARE STATE OCCUPAZIONALI PURI

Rappresentano la faccia moderna delle politiche bismarckiane della fine del XIX secolo. Gli Stati che attuano questo modello “hanno esordito con schemi riservati solo ad alcune categorie di lavoratori dipendenti e hanno poi continuato a seguire la strada delle piccole inclusioni occupazionali”⁵⁰

I nuovi settori occupazionali inclusi nelle politiche previdenziali abbracciando la quasi totalità della popolazione, anche se la solidarietà sociale non è omogenea ma è venuta a frammentarsi secondo demarcazioni occupazionali, originando così una moltitudine di comunità a rischio. Esempi emblematici sono: Francia, Belgio, Germania e Austria.

- I WELFARE STATE OCCUPAZIONALI MISTI

Le esperienze di riferimento in questo ambito sono quelle di Italia, Svizzera, Olanda e Irlanda. In questi casi il modello occupazionale resta dominante benché i 4 paesi testimonino esperienze eterogenee. Per esempio, in questi casi è sempre presente uno schema a copertura nazionale, fondato non sul principio della partecipazione lavorativa ma su quello della cittadinanza (in Italia, l’assicurazione sanitaria, intesa come prestazioni in natura e servizi, è garantita a tutta la popolazione dal 1978).

- I WELFARE STATE UNIVERSALISTICI MISTI

Le esperienze di riferimento sono quelle di Gran Bretagna, Canada e Nuova Zelanda. Questo paesi inizialmente attuarono schemi assicurativi

⁵⁰ M. Ferrera, Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie, op. cit., p. 87.

nazionali means- tested (con verifica dei mezzi per il rilascio della prestazione), trasformati nel secondo dopoguerra in schemi di sicurezza sociale ad ampia copertura.

- I WELFARE STATE UNIVERSALISTICI PURI

Coprono tutta la popolazione residente secondo l'applicazione più pura del principio universalistico, senza distinzioni né sul piano occupazionale né su quello dei diritti di cittadinanza. Gli esempi sono quelli dei paesi della penisola scandinava in cui, per esempio, la Svezia attua i principi legati a un'idea di welfare State universalistico puro fin dal 1913.

Mentre i regimi definiti da Esping-Andersen, ai quali si aggiungono le due “Europe sociali” descritte da Ferrera, fanno riferimento ai concetti di destratificazione e demercificazione, le categorizzazioni dello studioso italiano osservano le modalità attuate dalle istituzioni nel limitare l'accesso alle prestazioni a determinati gruppi sociali, in questo caso organizzati in base all'occupazione.

Secondo Ferrera, la rivalutazione del principio di selettività (targeting), anche nei welfare universalistici, è frutto dell'emergere in modo palese della crisi del sistema di finanziamento del welfare State che ha portato, conseguentemente, alla necessità di contenere le spese, così da poter garantire il sostegno necessario a chi non è autosufficiente o a chi si trova in un momentaneo stato di indigenza.

Il targeting è divenuto, nell'ultimo decennio, un elemento chiave nell'elaborazione delle politiche sociali in tutti i modelli esposti fatta eccezione per i welfare scandinavi che, in virtù di una consolidata

impalcatura di tipo universalistico, riescono a esserne quasi completamente immuni. Essi tendono a consolidare il benessere dell'intera popolazione secondo la radicata cultura della folkhemmet che interpreta lo Stato sociale come “casa di tutti” e non solo dei bisognosi. In Gran Bretagna, invece, l'applicazione dei means-test nella selezione dei fruitori dei servizi ha portato al manifestarsi di alcuni effetti collaterali. Per esempio, un test di selezione incentrato sull'individuazione di indizi di povertà effettiva verrà automaticamente interpretato come qualcosa di stigmatizzante, rendendo così più difficoltoso un eventuale percorso di inserimento sociale.

Inoltre, lo stigma derivante dall'utilizzo dei servizi o dei benefici porterebbe conseguentemente la popolazione a non richiedere tali modelli di assistenza, generando quel fenomeno che è stato definito di take-up (non utilizzo) delle risorse.

Le politiche sociali nei paesi mediterranei (cd. quarta Europa sociale) sono caratterizzate dalla natura poco weberiana dello Stato, non ispirandosi a quei principi di efficienza, razionalità ed efficacia che, secondo Weber, dovrebbero caratterizzare l'azione di governo.

In questi casi, la gestione dei beni collettivi, a volte clientelare e personalistica, creerebbe l'ambiente adatto ad azioni fraudolente nella destinazione delle risorse comuni, mentre il principio di selettività delle politiche sociali necessita di un contesto in cui sia possibile applicare metodi standard e replicabili per la valutazione dei mezzi individuali.

CAPITOLO 2

I DIRITTI SOCIALI NEGLI ORDINAMENTI DEGLI STATI MEMBRI E DELL'UNIONE EUROPEA

1. Diritti sociali, Stati membri e ordinamento europeo

In questo capitolo si tenta un'analisi con conseguente valutazione circa l'effettiva “giustiziabilità”⁵¹ che i diritti sociali ottengono sia a livello nazionale, sia comunitario.

Il problema della tutela giurisdizionale di un diritto è fondamentale per l'affermazione e per il riconoscimento dello stesso. Infatti, i diritti sociali ricevono una diversa e spesso minore tutela giurisdizionale rispetto ai cd. diritti “classici”.

Si ritiene che l'effettivo riconoscimento dei diritti sociali si traduca nella tutela che essi ricevono innanzi agli organi giurisdizionali perché solo quando un cittadino può ottenere ragione di un diritto innanzi ad una Corte può dirsi che tale diritto esista davvero in concreto. Dunque, per effettuare tale verifica occorre anzitutto individuare i diritti sociali e comprendere se essi godono delle stesse garanzie degli altri diritti e, ancora, se siano attivabili in giudizio come i diritti civili e politici.

La residualità della materia a livello comunitario, rende le risposte a queste domande piuttosto divergenti già a livello nazionale, e ancora più complicate a livello comunitario a causa anche delle profonde differenze che caratterizzano i diversi sistemi di diritti sociali europei che, nel tempo, vedono una scarsissima armonizzazione dei sistemi giuridici nazionali.

A differenza degli stati nord americani in cui lo stato deve garantire un'esistenza degna ai cittadini e rimuovere le disparità create dal mercato, il cd. modello sociale europeo, forse per la diversa formazione degli “Stati

⁵¹ Il termine giustiziabilità è tipicamente politologico, e per i giuristi è un termine “atecnico”; con esso si intende la situazione sostanziale e processuale relativa alla garanzia delle situazioni giuridiche di volta in volta protette (sia con rango costituzionale, che comunitario, che internazionale che anche legislativo).

Uniti d’Europa”, vede in ogni Stato membro un modello proprio di welfare, tanto che in Europa esistono tante diverse versioni del modello di stato sociale quasi quanti sono gli Stati stessi.

Altra difficoltà è data dagli altissimi costi che ogni stato europeo sostiene per garantire i diritti sociali. Infatti, l’Unione europea non avrebbe, oggi, le risorse necessarie a garantire i diritti sociali garantiti dai singoli Stati⁵².

L’armonizzazione degli ordinamenti nazionali è stata prettamente economica. Ciò ha creato sì un benessere diffuso ma questo tipo di armonizzazione economica è, oggi, insufficiente, senza una parallela armonizzazione delle politiche sociali che ne garantiscano il bilanciamento. Infatti l’attuale crisi economica è ben bilanciata solo in quei paesi che hanno saputo integrarla con una buona politica sociale ed è divenuta distruttiva negli altri. Assistiamo, infatti ad un progredire dei soli paesi del nord Europa e al continuo calo della produzione, dei consumi e del benessere in genere, in quegli Stati in cui non si sono sapute affrontare politiche di welfare legate soprattutto al lavoro e al sostegno economico delle famiglie.

Lo stesso “quantitative easing” varato dalla BCE sta giovando, in realtà, solo a quegli Stati che già si trovavano in una situazione di stabilità o addirittura di crescita economica come la Germania.

Analizzando l’evoluzione della Comunità prima e dell’Unione oggi ci si rende conto che tanto più l’integrazione economica avanza, tanto più la necessità di una integrazione sociale viene avvertita.

Sintetizzando si può quindi affermare che il problema della giustiziabilità dei diritti sociali a livello comunitario si articola in due sotto problemi: da un lato, l’assenza di uniformità dei sistemi sociali europei e quindi la difficoltà di creare standard univoci di garanzia accettabili da tutti e dall’altro, la difficoltà di prevedere uno stato sociale comunitario

⁵² Il tema dei costi dello stato sociale è un tema molto noto, si veda per tutti W. Scharpf, Politiche sociali ed economiche in Europa. Un approccio alla teoria, in Giochi e paradossi in politica, a cura di G. E. Rusconi, Einaudi, 1989.

Quello che qui si vuole sottolineare è l’impossibilità, almeno nella prospettiva attuale, di una sostituzione dell’UE agli stati membri in materia di politica sociale. Se l’Unione assumesse davvero il ruolo degli stati in materia di politica sociale allora bisognerebbe riconfigurare l’Unione stessa in senso federale, e questo perché per sostenere i costi di un’Europa sociale, sostitutiva delle politiche degli stati membri, occorrerebbe un sistema centrale di riscossione dei tributi simile a quello di uno stato federale capace, in un secondo momento, di ridistribuire tali entrate a organi decentrati, situati nei singoli stati membri, incaricati di gestire i servizi sociali, intesi qui in senso lato, vincolati ad un programma e ad una verifica da parte del “governo centrale” al fine di garantire negli stati membri il medesimo livello e garanzia dello stato sociale

rispettando il rapporto di competenze tra gli Stati membri e l'Unione, basato sul principio di sussidiarietà⁵³.

In pratica ciò che si cerca di fare non è tanto trovare la soluzione ad un'integrazione europea dei diritti sociali che risulta comprensibilmente complessa anche a causa della sussidiarietà della materia oggetto di studio ma almeno ricercare degli *standard condivisibili*. <Per dirla diversamente, quello che si vuole ricercare e definire, è la convergenza dei diritti, sul loro significato, pur attraverso la loro realizzazione lasciata alla competenza nazionale, al fine di comprendere il quadro comunitario e la sua armonizzazione.

2. Definizione dei diritti sociali

Prima di proseguire in questa analisi, appare necessario definire i diritti sociali ed il valore assegnato loro dagli ordinamenti degli Stati membri e dall'ordinamento comunitario.

Possono definirsi diritti sociali quei diritti volti ad eliminare le disuguaglianze esistenti all'interno della società, garantendo ai soggetti delle posizioni attive di pretesa nei confronti dei poteri pubblici⁵⁴.

Da questa definizione si comprende bene che i diritti sociali sono diritti relativi che non possiedono, cioè, carattere universale come le libertà e i diritti politici e sono diretti alla persona “concreta e situata in un determinato contesto” nei confronti della quale lo Stato interviene per eliminare la disuguaglianza rispetto alla situazione delle altre persone⁵⁵.

Fino alla metà del secolo XX i diritti sociali non trovavano una collocazione autonoma tra i diritti fondamentali ma erano considerati derivanti dai diritti civili riconosciuti dallo Stato agli individui.

Fu T. Marshall, come abbiamo visto, che nel suo storico saggio ha affermato la centralità di questi diritti nella ricostruzione del concetto di

⁵³ Cfr. B. Veneziani, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario RGL*, 2000, 4.

⁵⁴ Per la ricostruzione dell'ampio dibattito sulla natura di diritti fondamentali dei diritti sociali si vedano L. Principato, I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali, in *GCost*, 2001, pag. 873 ss, e P. Carretti, I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali, Giappichelli, Torino, 2005, pag. 401 ss.

⁵⁵ Cfr. M.V. Ballestrero, Europa dei mercati e promozione dei diritti, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT-55/2007

cittadinanza⁵⁶.

I diritti sociali sono considerati, oggi, un elemento fondante della cittadinanza in quanto individuano una serie di garanzie che permettono al cittadino di essere soggetto attivo in nella società e non più suddito. È lo Stato, a dover approntare un *welfare state* che guarda ai suoi cittadini non più come sudditi, produttori di ricchezza, ma come persone il cui valore intrinseco è dato proprio dall'essere uomini, i quali, pertanto, appartengono ad una società che non solo pretende qualcosa da loro, ma che si fa carico di proteggerli e guiderli per tutto il corso della loro vita.

Altro aspetto che viene fuori dalla parte finale di tale definizione è il carattere non immutabile dei diritti sociali che variano nel tempo e nello spazio⁵⁷.

Inoltre, fin quando il cittadino non sarà posto al di sopra delle regole di mercato, e, dunque, considerato una mera forza produttrice, non potrà avversi il riconoscimento dei suoi diritti sociali. Infatti, secondo T. Marshall, “queste aspirazioni sono state soddisfatte [in parte] facendo entrare i diritti sociali nello status della cittadinanza e creando così un diritto universale a un reddito reale non misurato sul valore di mercato del soggetto”⁵⁸.

L’Unione europea dovrebbe, dunque, sganciarsi dalla visione meramente economica dei suoi fini, e farsi carico della dimensione sociale dei suoi cittadini per costruire “Unione [*che*] si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà; un’Unione [*che*] si basa sui principi di democrazia e dello stato di diritto⁵⁹”, sempre e comunque nel rispetto del principio di sussidiarietà.

Secondo tale definizione, i diritti sociali sarebbero tutti quei diritti che garantiscono alla persona un’esistenza degna e, senza i quali, nemmeno i

⁵⁶ Nel suo saggio, Cittadinanza e classe sociale (La Terza 2002, cit. p. 13), si legge: “mi propongo di dividere la cittadinanza in tre parti [...] chiamerò queste tre parti o elementi il civile, il politico e il sociale. L’elemento civile è composto dai diritti necessari alla libertà individuale: libertà personali, di parola, di pensiero e di fede, il diritto di possedere cose di proprietà e di stipulare contratti validi, e il diritto di ottenere giustizia [...] Per elemento politico intendo il diritto a partecipare all’esercizio del potere politico, come membro di un organo investito di autorità politica o come elettore dei componenti di un tale organo. [...] Per elemento sociale intendo tutta la gamma che va da un minimo di benessere e sicurezza economica fino al diritto di partecipare pienamente al retaggio sociale e a vivere la vita di persona civile, secondo i canoni vigenti nella società”.

⁵⁷ Il concetto è molto semplice ed intuitivo, basti pensare allo sviluppo delle garanzie dei lavoratori dall’800 al 900 cfr. Perulli, La promozione dei diritti sociali nell’era della globalizzazione, in Dir. Rel. Ind., 2001, 01, 157.

⁵⁸ T.H. Marshall, op. Cit. Pag. 50.

⁵⁹ Cfr. Il preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell’UE, il corsivo è nostro.

diritti civili e politici potrebbero essere esercitati. In poche parole, se il cittadino non ha i mezzi per la sopravvivenza gli è impossibile partecipare alla vita attiva nella società dunque, di fatto, il suo status di cittadino si svuota di valore. In effetti, uno stato sociale non può essere tale se parte della popolazione non ha i mezzi per partecipare alla vita politica collettiva e spetta allo Stato garantire tale partecipazione mettendo i cittadini su un piano di uguaglianza materiale.

Alla base di tutto ci deve essere, dunque, un mutamento di sensibilità come già avvenuto in passato ad esempio nel mondo del lavoro. Agli inizi del '900, ad esempio, lavorare 12 ore al giorno, sfruttare il lavoro minorile e le donne, era considerato normale, oggi questo pensiero fa inorridire ed è notevole l'impegno di alcuni governi occidentali per evitare lo sfruttamento del lavoro minorile e delle lavoratrici madri.

Un ruolo fondamentale in questo mutamento di sensibilità l'ha avuto il progresso tecnologico e la conseguente riduzione della necessità di avere grandi quantità di manodopera che hanno modificato anche il concetto di dignità umana.

Si può, dunque, affermare che l'aspirazione che sta alla base della nascita dello Stato Sociale si rinviene nel riconoscimento del valore intrinseco dell'uomo dato dall'appartenenza alla specie umana. Questo uomo deve poter soddisfare i propri bisogni in maniera uguale agli altri uomini e per fare questo, data la "naturale" disuguaglianza delle condizioni di vita, è necessario che lo Stato intervenga per fare in modo che tali disuguaglianze vengano eliminate.

Si può anche affermare che la definizione di stato sociale incarni quella serie di principi normativi che costituzionalizzano le obbligazioni dei governi nazionali nel campo della politica sociale ed economica, volti a garantire la sicurezza sociale e a minimizzare le differenze sociali⁶⁰.

⁶⁰ Cfr. G. S. Katrougalos, The implementation of social right in Europe, in The Columbia Journal of European Law, 2, 1996, pp. 277-316..

3. Politica sociale e diritti effettivi

Si suole distinguere i modelli sociali degli Stati membri in due categorie: quelli immediatamente giustiziabili e quelli che, data la loro programmaticità, sono interpretati come norme di indirizzo per l'azione statale.

I diritti sociali vengono intesi come bisogni dell'individuo i quali per essere soddisfatti abbisognano dell'intervento dello Stato caratterizzandosi, quindi, per una minore intensità della vincolatività dei precetti in essi incarnati, mentre i diritti civili e politici sono sempre stati intesi come diritti che impongono allo Stato una non ingerenza nella sfera privata del cittadino, incarnando l'idea del diritto che appartiene al soggetto *ex ante*. Ecco perché, le norme costituzionali riguardanti i diritti sociali, vengono viste come norme di indirizzo rivolte al potere legislativo e non come diritto direttamente azionabile dal cittadino anche se ciò non vale per tutti i diritti sociali. Alcuni di essi sono, infatti, ritenuti immediatamente rivendicabili di fronte ad una Corte, ma ciò avviene esattamente perché tali diritti hanno un contenuto puntuale e non implicano direttamente l'intervento statale per il loro godimento⁶¹ come, ad esempio, il diritto di sciopero, che vede come unico intervento statale, che la polizia si astenga dallo sciogliere i manifestanti, è cioè un'azione negativa, un *non facere* statale. Al contrario, il diritto all'assistenza sanitaria che richiede l'intervento dello Stato, per garantire cure mediche in caso di malattia a tutti i cittadini, implica un *facere* statale.

I diritti sociali programmatici, al contrario, peccando di una forte indeterminatezza richiedono un forte intervento dello Stato e degli organi giurisdizionali⁶² poiché, fin quando le Corti non definiscono i limiti che la norma impone agli individui e allo Stato affinché questi possano essere goduti non possono definirsi diritti.

Questi diritti, dunque, non attribuiscono al cittadino una pretesa

⁶¹ Secondo la dottrina il diritto di sciopero sarebbe in effetti un diritto di libertà e, si avvicinerebbe pertanto più ai diritti politici che non a quelli sociali, sia per quanto riguarda la sua formulazione sia per la sua possibilità di essere attivato in giudizio

⁶² Cfr. J. Baquero Cruz, La protección de los derechos sociales en la comunidad europea tras el tratado de Amsterdam, in Revista de derecho comunitario, 1998, pp. 639-666.

immediatamente soddisfacibile ma creano delle aspettative per il cittadino e delle pretese nei confronti della pubblica amministrazione. Ad esempio il diritto all'istruzione non garantisce automaticamente il conseguimento di un titolo di studio ma, la possibilità di frequentare gratuitamente la scuola dell'obbligo, fino all'ottenimento del titolo di studio realizzando l'interesse contrapposto dello Stato e dei cittadini. Infatti, il cittadino pretende il mezzo scuola per raggiungere l'obiettivo diploma; lo Stato vuole livelli di istruzione elevati, riduzione dell'analfabetismo ed, in ultima analisi, cittadini istruiti coscienti del proprio ruolo attivo nella società. Perciò, non è realmente possibile garantire il diritto all'istruzione inteso come fine statale, al contrario è invece possibile garantire al singolo studente di prendere parte alle lezioni della scuola dell'obbligo.

Questa distinzione in due categorie dei diritti sociali è utile per capire lo sviluppo della tutela che i diritti sociali ricevono nell'ordinamento comunitario; perché è la difficoltà di garantire l'implementazione delle clausole sociali che genera un'asimmetria a livello comunitario tra la garanzia di quei diritti che sottendono allo sviluppo del piano economico, pacificamente garantiti dalla Corte di Giustizia, e quelli che garantiscono la fruizione dello stato sociale, i quali ricevono una tutela altalenante da parte della stessa Corte. In pratica, l'Unione promuove le politiche sociali statali ma non ha ancora le capacità e i mezzi per organizzare una politica sociale che, basandosi sulle norme di indirizzo, la vincoli, così come avviene negli ordinamenti statali, ad un progetto compiuto di stato sociale.

4. I modelli europei di tutela dei diritti sociali

Come brevemente accennato, *il modello sociale europeo* in quanto tale non esiste, o per meglio dire è ancora in costruzione ed è, nei fatti, più un'aspirazione che non una realtà, anche perché, la politica sociale europea è una politica di coordinamento di sistemi differenti e non una materia armonizzata.

Di certo gli Stati membri dell'Unione hanno sviluppato, durante il XX

secolo, a partire dalla fine della seconda guerra mondiale, modelli di welfare state differenti, tesi a garantire ai cittadini una vita dignitosa.

In linea generale si distinguono i differenti modelli di stato sociale presenti in Europa in gruppi: un primo è rappresentato dagli ordinamenti degli Stati dell'Europa meridionale (Italia, Spagna, Portogallo, Grecia e Francia) che si caratterizzano per l'inclusione nel tessuto costituzionale dei diritti sociali tramite un elenco degli stessi; un secondo è quello degli Stati del nord-Europa (Scandinavia, Norvegia e Svezia) caratterizzati dal più alto livello di protezione sociale; un terzo è rappresentato dagli Stati continentali (Olanda, Belgio, Lussemburgo e Germania) che hanno optato per una soluzione intermedia per cui i diritti sociali vengono inseriti nelle Costituzioni come obiettivi di politica, senza però prevedere un catalogo degli stessi⁶³. Vi è poi il modello anglosassone che non prevede un riconoscimento costituzionale di tali diritti, vista l'assenza di una Costituzione scritta nell'ordinamento britannico, che ne è il precursore.

Infine, vi sono i paesi dell'ultimo allargamento, cioè i paesi ex-comunisti dell'est Europa che rappresentano un modello a se stante, il quale prevede un'equiparazione di fatto dei diritti sociali e di quelli civili e politici⁶⁴.

Tutti i paesi dell'UE riconoscono e tutelano i diritti sociali a livello di legislazione ordinaria, con particolare attenzione ai diritti dei lavoratori e di assistenza sociale ma non tutti prevedono una codifica a livello di Costituzione di tali diritti, e spesso, anche quando i diritti sociali sono inseriti in costituzione sono considerati più come clausole di indirizzo politico che come diritti azionabili direttamente⁶⁵.

Altro problema è rappresentato dall'assenza di definizioni comuni dei diritti sociali con la conseguenza che i diversi Stati membri tutelano diritti sociali formulati e tutelati in forme differenti.

⁶³ La clausola sociale della Legge Fondamentale tedesca offre una chiara idea di questo tipo di approccio, vedi ad esempio ‘Social right in European Constitutions’, in G. De Bùrca – B. De Witte, *Social rights in Europe* (Oxford University Press 2005) 22 ss.

⁶⁴ Cfr. C. Costello (ed.), *Fundamental social rights: Current European Legal Protection and the Challange of the UE Charter of Fundamental Rights* (Dublin, Irish Centre for European Law, 2001).

⁶⁵ Cfr. Aristovoulos Manassis, in Iliopoulos-Strangas (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etates membres de l'Union europeenne : etude de droit compare*, Athenes: Ant. N. Sakkoulas; Bruxelles: Bruylant; Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, p.19

È possibile, in ogni caso, affermare che esiste un nocciolo di diritti sociali che caratterizza il modello sociale europeo: pensioni di anzianità, assicurazioni per malattia e infortuni, tutela del lavoro e in caso di licenziamento, sanità ed educazione e tutela della maternità e dell’infanzia, i quali costituiscono i principi su cui si basano le politiche sociali degli Stati membri⁶⁶, ed hanno lo scopo di garantire un minimo di sussistenza economica a tutti i cittadini, attraverso apparati di redistribuzione della ricchezza⁶⁷.

Si deve ricordare, che i diritti sociali, anche se costituzionalmente riconosciuti, necessitano dell’intervento del legislatore ordinario, per essere effettivamente esigibili e giustiziabili e, che senza tale intervento, il diritto, anche se enunciato, resta sprovvisto dei mezzi per essere esercitato. Proprio per questo si parla di stato sociale, nel senso che, i diritti sociali per diventare effettivamente azionabili e tutelabili, necessitano dell’intervento dell’apparato statale.

5. Il welfare state europeo: mito o realtà?

Prima di descrivere sommariamente gli ordinamenti sociali dei diversi paesi europei si ribadisce che esistono sicuramente dei valori e dei diritti, che definiremo sociali che vengono avvertiti da tutti gli Stati membri dell’UE come meritevoli di tutela e di garanzia.

Il problema fondamentale è che manca una omogeneità di metodologie sia da un punto di vista dell’attivazione dell’azione di garanzia del diritto, sia per quanto riguarda il quantum della tutela offerta.

Infatti, gli standard comunitari, faticosamente raggiunti con la Carta dei diritti fondamentali, risultano ancora limitati per portata e per garanzie e non sono in grado di qualificarsi come costitutivi di un generale modello uniformemente applicabile e soprattutto uniformemente sindacabile.

Quello che certamente è vero è, che non si può sostenere che l’Unione abbia, oggi, raggiunto quel modello di Unione che Delors definiva “a

⁶⁶ Cfr. O’ Leary, Solidarity and Citizenship Rights, in de Búrca (ed.), *EU Law and the Welfare State – In Search of Solidarity* (Oxford: Hart Publishing, 2005) 39 ff.

⁶⁷ Cfr. G. S. Katrougalos, ‘The implementation of social rights in Europe’, (1996) 2 *Columbia Journal of European Law*, 277.

mixed economy, with participation of all citizens, that combines the market with the state steering and the social dialogue”⁶⁸.

Negli ultimi decenni lo stato sociale è entrato in crisi in quasi tutta Europa e ha avuto bisogno di riforme anche drastiche a causa sia di fattori interni che esterni all’Unione. Alcuni esempi: l’allungamento della vita media, ha aumentato le spese sanitarie e pensionistiche; la globalizzazione ha messo in competizione l’Europa con paesi con basso costo della manodopera, i quali, spesso non hanno affatto spese di welfare, accentuando la competizione economica tra e al di fuori paesi membri.

Dal 1974 in poi, con quella che è stata definita la fine della prosperità⁶⁹, si è quindi, incominciato a parlare di politica sociale comunitaria, e di attivismo sociale, che si è incarnato nelle direttive comunitarie in materia di lavoro promulgate negli anni 80.

L’integrazione positiva attraverso la normazione offerta dal diritto comunitario risulta insufficiente e viene superata da quella negativa, cioè quella che si sviluppa attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale però riguarda ancora solo la tutela delle libertà di circolazione, elevate a diritti fondamentali, creando “un’asimmetria tra integrazione positiva e negativa dei sistemi nazionali di welfare state, che si è detto essere il principale precipitato delle trasformazioni della costituzione economica europea”⁷⁰.

L’intervento della Corte di Giustizia, in realtà, ha aumentato il deficit di tutela comunitaria, poiché ha aumentato l’esposizione dei diritti sociali nazionali alle pressioni della liberalizzazione economica europea.

Fondamentalmente, il deficit di tutela comunitaria dei diritti fondamentali ha riguardato sia l’assenza di riferimenti inseriti nei Trattati, sia la giurisprudenza della Corte di Giustizia, il cui dialogo, anche con le Corti costituzionali nazionali, ha sempre riguardato i diritti fondamentali intesi come libertà economiche e non i diritti sociali.

Tutto ciò, come si diceva, ha creato una forte asimmetria tra la garanzia e

⁶⁸ J. Delors, Defending the European model of society, in Commision of the European Communities, Combating the social exclusion, Fostering integration, 49, 1992.

⁶⁹ B. Veneziani, In nome..., op. Cit.

⁷⁰ Cfr. F. Carinci e A. Pizzoferrato, “Costituzione” europea e diritti sociali fondamentali, in LD, 2000, pp. 281 ss.

lo sviluppo del modello economico comunitario e quello sociale, in particolar modo a seguito della costituzionalizzazione dei Trattati operata dalla Corte. Dato che nei Trattati i diritti sociali non vengono indicati come diritti pienamente giustiziabili, la giurisprudenza della Corte ha, per contro, fortemente espanso la tutela delle libertà economiche, ma facendo ciò avrebbe, come sostengono alcuni, “smantellato le tutele approntate dagli ordinamenti sociali nazionali”⁷¹.

A partire dagli anni ottanta, si fece sempre più pressante la necessità di catalogare i diritti sociali comunitari al fine di creare la base per uno sviluppo della giurisprudenza della Corte in materia, nel tentativo di scongiurare ciò che era già avvenuto, e cioè l’elaborazione pretoria di diritti fondamentali strumentali unicamente alle esigenze di integrazione economica⁷².

Questa catalogazione, prodotta dopo più di 20 anni, ha alle sue origini il mutamento della concezione stessa dell’Unione avutosi negli ultimi decenni, la quale ha condotto, a seguito della stesura della Carta, alla necessità di una modifica dei Trattati nella materia sociale, per colmare il gap tra integrazione positiva e negativa.

6. Il sogno europeo tra convergenze e persistenti diversità.

«Gli americani sono soliti dire che per il “Sogno” americano valga la pena di morire. Facciamo in modo che per il “Sogno” europeo valga la pena di vivere»⁷³.

Jeremy Rifkin, uno fra i più brillanti economisti, filosofi e docenti universitari, in quello che sembra un lontanissimo 2005, nel suo libro, “Il sogno europeo”, parlava di come l’Europa stesse creando una nuova visione del futuro che stava lentamente eclissando il sogno americano a vantaggio di un nuovo “Sogno europeo”.

⁷¹ Cfr. S. Simitis, Dismantling on strengthening labour law: the case of European Court of Justice, in ELJ, 1996, pp. 1ss.

⁷² In questo senso si veda la nota di analisi di J. Coppel e A. O’Neil, The european Court of justice: taking rights seriously?, in CMLR, 1992, pp. 669 ss.

⁷³ Jeremy Rifkin, Il Sogno Europeo, 2005, Mondadori ed.

Lo studioso, in un'interessante comparazione, evidenzia la crisi “dell'American dream”, che va via via offuscandosi, nell'incapacità di gestire una realtà sempre più globalizzata, caratterizzato dal «mito della frontiera, da un modello di vita individualistico, da un benessere materiale controbilanciato da sacrifici, strenuo lavoro e disponibilità a rischiare oltre ogni limite.»

Nella sua osservazione, quel gigantesco organismo che egli chiama “Stati Uniti d'Europa” strutturato e complesso aveva superato, da molti punti di vista, gli USA divenendo la più importante economia del Pianeta.

Rifkin vedeva l'Europa come un grande laboratorio in cui ripensare il futuro dell'umanità e costruire le premesse di un mondo migliore.

Questo mondo migliore avrebbe trovato terreno fertile poggiando le sue fondamenta sulla cultura del Vecchio Continente, fondato sullo sviluppo sostenibile, il rispetto per l'ambiente, l'integrazione sociale, la responsabilità collettiva e il valore assoluto della qualità della vita.

«In molte nazioni europee – sosteneva Rifkin – si vive meglio che negli Stati Uniti: minore criminalità, maggiore istruzione, più tempo libero e più efficaci protezioni sociali e maggior tutela di tutta una serie di diritti civili, forse poco salvaguardati negli USA»⁷⁴.

Per Rifkin l'Europa rappresenta «Un fascio di luce in un paesaggio sconvolto: indica la via verso una nuova era di inclusività, qualità della vita, sostenibilità, diritti umani universali, diritti della natura e pace sulla Terra».

Con l'espressione “sogno europeo” egli vuole rappresentare la visione di una società caratterizzata da un elevato livello di benessere economico, coesione sociale, democrazia, in un contesto pluristatale e plurinazionale segnato da una graduale convergenza negli assetti sociali, culturali, istituzionali, incarnato dalle società europee e in maniera più operativa dal processo di costruzione dell'Unione Europea.

Una visione che potrebbe offrire al mondo prospettive di inclusione e di sostenibilità sociale ed ecologica assai migliori di quelle garantite dal “sogno americano”, basato su livelli assai più elevati di individualismo, competizione, spreco delle risorse naturali, indifferenza verso le

⁷⁴ Jeremy Rifkin, Il Sogno Europeo, 2012, Mondadori ed.

ineguaglianze sociali.

Una visione, dunque, quella europea, o forse una proposta che trova nell'articolazione e nell'ampiezza dei sistemi di protezione sociale un elemento essenziale e qualificante: ed in effetti occorre notare che, subito dopo lo Stato nazionale, lo Stato sociale è una costruzione storica peculiare delle società europee, un'innovazione sistemica tanto efficace da essersi diffusa in tutto il mondo, per quanto quasi mai con l'ampiezza conosciuta nelle società europee.

Il rapporto tra Europa e Welfare definirebbe l'identità sociale e politica dell'Europa quale realtà storica e, dell'Unione Europea, quale attore istituzionale plurinazionale in grado di fungere da global player nell'epoca della "seconda" o "tarda" modernità. In questa prospettiva appare assai rilevante chiedersi quanto welfare ci sia nell'Europa di oggi, ma anche, ed insieme, quanta Europa ci sia nel welfare di oggi soprattutto alla luce della profonda crisi sociale ed economica attraversata dal vecchio continente esplosa nel recente voto antieuropista uscito dalle urne delle elezioni europee 2014.

7. Il peso del Welfare in Europa e i sistemi di protezione sociale nei paesi dell'Unione

È già più di un secolo che gli istituti del Welfare state contribuiscono alla modernizzazione della società europea, stabilizzando l'economia di mercato e consolidando le istituzioni democratiche. Forme di intervento pubblico precedenti e con medesime finalità hanno contribuito, con lo sviluppo di programmi di protezione sociale all'avvento della rivoluzione industriale: la tutela dei bisogni coperti dai sistemi di welfare è sorta, in genere, in risposta alle sfide dell'era industriale, per iniziativa dei lavoratori e delle loro organizzazioni.

Come già chiarito in precedenza, le tutele erano principalmente di tipo categoriale, garantite solamente ai lavoratori dipendenti; tuttavia, nella

prima metà del Novecento, nelle socialdemocrazie scandinave, le forme di assicurazione sociale sono state estese a tutta la popolazione, dando origine ad un sistema di prestazioni a carattere universale.

Nel secondo dopoguerra, in tutti i paesi europei si è verificata un'intensa espansione delle spese sociali; in Italia questo processo è avvenuto con un lieve ritardo, solo verso la metà degli anni '60, in corrispondenza di una fase di accelerato sviluppo economico.

I sistemi europei di welfare hanno caratteristiche diverse, conseguenza di esperienze storiche, politiche ed economiche differenti che hanno dato origine a sistemi che si caratterizzano per una diversa dimensione della spesa pubblica, differenza di prestazioni erogate e meccanismi di finanziamento.

Le politiche sociali possono, quindi, essere classificate sulla base degli strumenti utilizzati (trasferimenti in denaro o erogazione di servizi), delle regole di accesso (con accertamento, o meno, delle condizioni di bisogno), delle modalità di finanziamento adottate (attraverso la fiscalità generale o tramite contributi sociali) e degli assetti organizzativi-gestionali.

Ciò consente di identificare delle linee comuni nella creazione e nell'evoluzione dei sistemi di sicurezza sociale e di individuare alcune macro-aree relativamente omogenee.

Si distinguono quattro modelli di Stato sociale come già visto in precedenza. Vediamoli più nel dettaglio:

I modelli dei paesi dell'Europa meridionale

Procedendo con l'analisi dei modelli sociali nazionali, si vuole cominciare da quelli vigenti negli Stati dell'Europa del sud: Italia, Spagna, Portogallo, Grecia e Francia.

Questi paesi hanno sviluppato un sistema di tutela dei diritti sociali che si basa sul presupposto della loro inclusione all'interno dei testi costituzionali. La prima affermazione in questo senso si ritrova già nella

Costituzione rivoluzionaria francese del 1791, dove si legge che dovere della rivoluzione è di trasformare la carità ai poveri in un vero e proprio diritto⁷⁵.

A differenza dei modelli dell'Europa centrale, questi paesi non solo prevedono una cosiddetta clausola sociale nel testo costituzionale ma, generalmente, accolgono anche un catalogo dettagliato dei diritti sociali che lo Stato deve garantire. Ferma restando l'idea che il catalogo espresso nelle Costituzioni abbia comunque un carattere di variabilità legato sempre allo sviluppo della società, questi modelli, consacrando nel testo Costituzionale taluni diritti, riflettono l'esigenza di garantire che, per lo meno quei diritti espressi, non possano venire derogati, elevandoli in tal modo a *base* delle politiche sociali statali.

L'inserimento di un catalogo di diritti sociali nei testi costituzionali di questi Paesi, eleva, gli stessi ad un rango più elevato nella gerarchia delle fonti⁷⁶.

I paesi dell'Europa meridionale, presentano sistemi sociali di introduzione relativamente recente, caratterizzati da livelli più bassi di spesa (circa un quarto del PIL). Il modello mediterraneo di stato sociale può essere considerato come una variante di quello continentale-corporativo, presentando sistemi di garanzia del reddito di impronta bismarckiana, altamente frammentati per categorie occupazionali, in cui è ancora più accentuato il ruolo di ammortizzatore sociale assegnato alla famiglia. A differenza dei sistemi dell'Europa continentale, nei paesi

⁷⁵ Cfr. Comité de Mendicité de la Constituante, *ler Rapport*, 1970. È la prima volta che un testo costituzionale riconosce i diritti sociali in quanto tali, svincolandoli dall'idea di uno stato che fa carità ai più poveri. Per incontrare un altro testo costituzionali che riconosce tali diritti bisognerà attendere poi la repubblica di Weimer.

⁷⁶ L. Carlassare, *Forma di stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni Costituzionali*, 1995, 1.

mediterranei manca un'articolata rete di protezione minima di base, sebbene, di recente, alcuni paesi abbiano cercato di porre rimedio a questa anomalia, introducendo schemi di reddito garantito come in Portogallo, con il Rendimento Minimo Garantido, e in Italia, con la sperimentazione, a partire dal 1999 e limitatamente ad alcuni comuni, del Reddito Minimo d'Inserimento. Continuano ad essere poco sviluppati anche i programmi di assistenza sociale e le politiche attive del mercato del lavoro. Quest'ultimo modello sta subendo profonde modifiche in tutti i paesi che ne fanno parte e soprattutto in Grecia, Spagna, Portogallo, Italia e di recente anche la Francia si è convinta che dovrà mettervi mano. L'abnorme deficit di bilancio ha costretto questi paesi a dolorose riforme che hanno ridotto notevolmente l'ampiezza dei rispettivi sistemi di Welfare soprattutto relativamente alle pensioni, all'assistenza sociale e sanitaria.

I sistemi di welfare state nei paesi mediterranei sono caratterizzati da una generalizzata frammentazione, minore solo in Portogallo, e dalla posizione di relativo privilegio accordato ai lavoratori dipendenti.

In Spagna, nonostante il potenziamento delle politiche assistenziali realizzato nell'ultimo ventennio, i programmi appaiono ancora fortemente categoriali; gli stessi schemi di reddito garantito, introdotti nel 1989 su base regionale, assicurano una copertura della popolazione differenziata a livello locale e sostanzialmente poco efficace a far fronte alle condizioni di bisogno.

In Grecia è ancora assente una misura universale di contrasto della povertà visto anche il suo recente tracollo economico finanziario.

In generale, nei paesi dell'area mediterranea tutto il comparto assistenziale appare poco sviluppato; in particolare, le politiche di sostegno ai carichi familiari, sia in natura, sia in moneta, evidenziano punti di debolezza. Una delle voci più rilevanti è costituita dagli assegni al nucleo familiare, il cui importo, correlato negativamente al reddito del percettore (in Spagna è prevista una soglia di esenzione, al di sopra della quale l'assegno non viene erogato), dipende positivamente dal numero dei figli a carico; il Portogallo è l'unico paese in cui gli assegni familiari, sebbene di modesta entità, hanno un carattere universale.

Tutti i paesi, tra il 1978 e il 1985, hanno istituito dei sistemi sanitari nazionali universali, in cui spesso la fornitura dei servizi è realizzata attraverso una combinazione di offerta pubblica e privata.

I sussidi per malattia e invalidità, che comportano livelli di spesa molto inferiori alla media europea, sono sottoposti a severi controlli per verificare l'effettivo diritto alle prestazioni al fine di evitare richieste fraudolente, molto diffuse soprattutto in Italia, Grecia e Spagna, con la richiesta di certificazioni mediche pubbliche e visite di controllo periodiche da parte di commissioni mediche statali che attestino la reale impossibilità al lavoro.

Scarsamente tutelato nei paesi dell'Europa meridionale è anche il rischio di disoccupazione: in mancanza di programmi ad hoc, spesso vengono impiegate altre forme di intervento non specifiche, come i sussidi di invalidità, e, inoltre, la copertura offerta dalle prestazioni riguarda solo particolari categorie di lavoratori. La conseguenza è che, spesso, non sono previste misure a favore di persone che non hanno mai svolto

un'attività lavorativa regolare. Di recente si sta discutendo della possibilità in Italia di inserire il cd. Reddito di cittadinanza presente in forme ed importi variabili in molto paesi della Unione.

I sistemi previdenziali all'interno di questo raggruppamento presentano alcune caratteristiche comuni: l'ammontare dei trasferimenti è basato sul salario percepito e dipende dal numero di anni di contribuzione, obbligatoria, mentre l'età pensionabile legale è fissata mediamente a 65 anni (anche se ad esempio in Italia le riforme in materia si susseguono in maniera talmente spasmodica da rendere questo parametro flessibile).

Il modello socialdemocratico (o scandinavo)

Il modello scandinavo, è quel modello di stato sociale che si è sviluppato nei paesi del nord Europa e si fonda sul principio universalista di erogazione dei servizi sociali pubblici, sulla perfetta equiparazione dei diritti sociali a quelli civili e politici⁷⁷, e prende le mosse dall'esigenza di implementare le disposizioni costituzionali, presenti in tutte le Costituzioni del nord, che riconoscono il diritto al lavoro, ed aspirano alla piena occupazione.

Non tutte le Costituzioni dei paesi del nord prevedano invece, clausole sociali o cataloghi di diritti sociali, ma ciò è dovuto al fatto che i modelli di welfare state in questi Stati si sono sviluppati in anni recenti. In generale, però, tutti questi paesi accolgono il cosiddetto modello di solidarietà universale, che si basa sulla creazione di assicurazioni obbligatorie che riguardano tutti i cittadini, e che pertanto garantiscano a

⁷⁷ Cfr. H. Hernes, Scandinavian Citizenship, Acta Sociologica, 199, 1988.

tutti le medesime condizioni di accesso ai servizi sociali⁷⁸. In questi Stati, anzi, il livello di tutela dei diritti sociali è più elevato che altrove, e si basa principalmente su imposizioni fiscali nel mercato del lavoro, in ragione degli interventi pubblici previsti, coniugando alti tassi di efficienza e di equità⁷⁹.

Un'altra particolarità di questi sistemi consiste nella quasi totale carenza di legittimazione delle Corti ordinarie a conoscere delle controversie in materia di welfare, che sono invece devolute ad organismi amministrativi indipendenti.

Lo sviluppo del diritto del lavoro è caratterizzato da accordi tra sindacati e imprenditori e l'autonomia collettiva riveste un ruolo di primaria importanza nella disciplina di tali rapporti⁸⁰. Si può dunque affermare che questi modelli funzionano attraverso il diritto amministrativo e del lavoro, più che col diritto costituzionale.

Tale modello caratterizza la Finlandia, la Danimarca, la Svezia e l'Olanda (il cui sistema di welfare ha però delle specificità assimilabili anche al modello continentale), e presenta i livelli più alti di spesa per la protezione sociale (circa un terzo del PIL), considerata un diritto di cittadinanza; le prestazioni, che garantiscono una copertura universale, consistono in benefici in somma fissa, erogati automaticamente al verificarsi dei vari rischi. In aggiunta a questa base di tutela universalistica, i lavoratori occupati ricevono prestazioni integrative, tramite schemi professionali obbligatori altamente inclusivi. Le

⁷⁸ Per fare un esempio si può considerare il settore dell'istruzione. In Svezia è prevista "un'assicurazione sulla scuola" che permette a tutti i ragazzi di sostenere le spese per di istruzione in qualsiasi tipo di istituto, sia pubblico che privato, a prescindere dalle condizioni economiche della famiglia.

⁷⁹ A. Sapir, Politiche sociali efficaci al passo della globalizzazione, Bologna, 2005, pp.1033 ss.

⁸⁰ A questo proposito si vuole qui accennare a un tema che riprenderemo, e cioè alle critiche suscite dalle sentenze Viking, Laval e Ruffert.

prestazioni assicurative contro la disoccupazione e le politiche attive sul mercato del lavoro rivestono un ruolo essenziale.

Il modello scandinavo di protezione sociale garantisce un'ampia copertura dei rischi e l'accesso alle prestazioni, concepite come un diritto di cittadinanza, spesso è condizionato solo alla residenza nel paese.

I Welfare States scandinavi si distinguono per l'utilizzo di forme di sostegno al reddito di tipo universale e per la presenza di un sistema altamente sviluppato di servizi all'infanzia, ai disabili e agli anziani bisognosi.

La garanzia di un'ampia rete di sostegno del reddito, nonché la presenza di una vasta gamma di servizi di cura alle famiglie permettono di mobilitare i soggetti più vulnerabili del mercato del lavoro, come le donne, i genitori soli con figli piccoli, i lavoratori anziani e gli individui con qualche forma di invalidità. Conseguentemente, il sistema scandinavo si rivela particolarmente efficace nell'azione di contrasto della povertà e dell'esclusione sociale, riuscendo a minimizzare contemporaneamente la povertà tra gli anziani e i minori (in questo uguagliati, in ambito europeo, solo dal Belgio).

In Finlandia, in particolare, l'estesa disponibilità di sussidi e di servizi di cura all'infanzia permette di conciliare lo svolgimento di un'attività lavorativa e l'assunzione delle responsabilità familiari; non è un caso, forse, che la Finlandia presenti uno dei tassi di fertilità più alti dell'Unione europea.

In tutti i paesi dell'area scandinava l'assistenza di base è un diritto soggettivo di ciascun individuo e svolge la funzione di rete di protezione

sociale di ultima istanza, garantita ai soggetti temporaneamente privi dei mezzi economici sufficienti a far fronte alle necessità primarie: tutti i residenti in condizioni di bisogno e con un reddito al di sotto della soglia di sussistenza hanno diritto a ricevere un sostegno. In generale, gli strumenti di sostegno al reddito sono complementari e non influenzano il diritto ad accedere alle altre prestazioni sociali, confermando il carattere ampio e sostantivo del sistema di protezione sociale nordico.

Nei paesi scandinavi, anche i sistemi pensionistici si fondano sul principio della cittadinanza, che garantisce il diritto ad una prestazione minima universale, condizionata al numero di anni di residenza nel paese.

Accanto a questo esistono alcuni schemi di tipo occupazionale, a capitalizzazione e a contribuzione definita, basati su accordi collettivi definiti a livello di settore: questi programmi, che presentano caratteri solidaristici molto forti (fornendo, tra l'altro, assicurazione contro il rischio di invalidità), sono stati sviluppati fin dagli anni '80 e, al momento, si estendono ad oltre l'80% della forza lavoro occupata.

Sono stati promossi incentivi al lavoro, in particolare ai lavoratori più anziani al fine di rendere meno attraenti i programmi di pensionamento anticipato, sia imponendo obblighi di contribuzione, sia, al contrario, concedendo esenzioni fiscali a chi sceglie di ritardare il ritiro anticipato.

Per quanto riguarda lo schema pensionistico di invalidità, inoltre, sono state rinforzate le misure volte alla riabilitazione, incoraggiando le persone a rimanere sul mercato del lavoro.

Negli anni '90 sono stati realizzati numerosi interventi rivolti, tra l'altro,

ad allineare l'entità delle prestazioni nel settore pubblico a quelle del settore privato e ad accrescere i limiti di età per l'accesso al pensionamento anticipato.

Il modello dei paesi anglosassoni

Nel Regno Unito, dove manca una Costituzione scritta e, pertanto, disposizioni costituzionali che si riferiscono ai diritti sociali, la politica sociale è interamente devoluta al potere legislativo. I sistemi anglosassoni si differenziano dagli altri modelli europei per una diversa concezione del modello di welfare, che è più inteso come aiuto per gli sfortunati a seguito di verifica delle condizioni di bisogno (means testing), piuttosto che come eliminazione delle disuguaglianze, come è stato ben detto “le politiche redistributive non si basano su diritti ma su bisogni”⁸¹. Le critiche al modello “continentale” da parte dei giuristi inglesi si concentrano infatti su quello che viene definito il paternalismo⁸² di questi modelli, nel senso di una loro eccessiva intrusione nelle libertà individuale del cittadino. Il famoso paradigma “dalla culla alla tomba”⁸³ non è accettabile per il modello anglosassone⁸⁴. Tuttavia, a partire dal secondo dopoguerra la legislazione sociale nel Regno Unito è divenuta universalistica, al fine di superare la visione caritatevole che accompagnava le politiche sociali precedenti. La giurisprudenza inglese preferisce comunque vedere i diritti sociali quali principi guida che devono orientare la legislazione statale, piuttosto che

⁸¹ Cfr. C. Pinelli, Modello sociale europeo, in Riv., dir., sic., soc., 2008, pp. 251-270, qui p.254.

⁸² Per una analisi della teoria del paternalismo si veda E. Diciotti, paternalismo, in materiali per una storia della cultura giuridica, 1986.

⁸³ Cfr. G. Zagrebeley, Questa Repubblica, Le Monnier, 2003, qui p.213.

⁸⁴ Non a caso la decisione di render vincolante la Carta di diritti fondamentali ha incontrato il consenso britannico solo dopo l'ottenimento di un opt-out, che dovrebbe mirare a scongiurare un intervento della Corte di Giustizia in materia di politica sociale.

come diritti immediatamente rivendicabili⁸⁵.

Il regime che attualmente si è instaurato nei paesi di *common law*, resta orientata alla prevalente politica di mercato pur garantendo un minimo di assistenza ad ogni cittadino⁸⁶.

Un ruolo importante è svolto dalle politiche attive del lavoro e da schemi che condizionano l'accesso ai benefici al possesso di un'occupazione regolare. Le modalità di finanziamento sono miste, in quanto, mentre la sanità è interamente fiscalizzata, le prestazioni in denaro sono generalmente finanziate tramite i contributi sociali. Il sistema di protezione sociale anglosassone è formato da uno schema di previdenza sociale (contributivo), da programmi di assistenza sociale (non contributivi), da child benefits universali e in-work benefits ossia sussidi monetari o deduzioni. Lo scopo principale degli in-work benefits è di supportare gli individui nel periodo di transizione dalla disoccupazione all'impiego, incentivando anche l'accettazione di lavori a tempo parziale o temporanei, evitando, nello stesso tempo, di dare origine a trappole della povertà o della disoccupazione. In Irlanda, per esempio, il disoccupato che intraprende un'attività lavorativa può continuare a richiedere i benefici (come il *Back to Work Allowance* e il *Back to Education Allowance*) per diversi mesi dopo l'avvio del lavoro.

Nell'ambito delle politiche assistenziali inglesi, un ruolo importante è ricoperto dai trasferimenti alle famiglie.

Il *Working Families Tax Credit*, che dal 1999 ha sostituito il precedente *Family Credit*, è rivolto a sostenere il reddito delle famiglie di lavoratori

⁸⁵ Cfr. M. Partington, The juridification of social welfare in Britain, in The Juridification of ers p. 419, G. Teubner ed., 1987.

⁸⁶ In questo senso si noti che la legislazione sociale inglese si riferisce ai beneficiari dell'assistenza in termini di "clients" dimostrando così come la politica sociale sia improntata a soluzioni di mercato.

poveri con figli, senza, tuttavia, disincentivarne la partecipazione al mercato del lavoro, essendo disegnato in modo da assicurare che il reddito familiare disponibile, al netto del sussidio, sia crescente all'aumentare del reddito lordo percepito. Il *Disabled Person's Tax Credit* è un programma analogo al precedente, indirizzato però ai genitori di bambini disabili. Il *Child Benefit*, infine, è un trasferimento universale, destinato ai responsabili del mantenimento di un bambino: l'ammontare del sussidio, di natura non contributiva e non soggetto a tassazione personale, non è correlato né al reddito familiare, né all'età dei figli.

In seguito al *Tax Credits Act* del 2002, è stato varato un progetto di riforma radicale degli interventi a sostegno delle responsabilità familiari, in base al quale gli interventi previsti dai programmi *Working Families Tax Credit*, *Income Support* e *Children's Tax Credit* vengono unificati in un unico sistema di supporto finanziario, denominato *Integrated Child Credit* (ICC). Il nuovo credito di imposta, entrato in vigore dal biennio 2003-2004, è destinato a tutte le famiglie con figli, indipendentemente dal fatto che i genitori svolgano un'attività lavorativa, e consiste di una componente destinata alla famiglia in quanto tale, di una componente aggiuntiva per ciascun figlio a carico e di un'integrazione addizionale per i bambini minori di 1 anno e per quelli con qualche forma di invalidità. Con questa riforma, il governo inglese si è proposto di razionalizzare il sistema dei trasferimenti alle famiglie, garantendo un supporto finanziario più efficace ai minorenni che vivono in famiglie a basso reddito, mantenendo, nello stesso tempo, gli incentivi al lavoro che caratterizzavano gli interventi precedenti.

In entrambi i paesi, il piano pensionistico copre principalmente i lavoratori dipendenti, però, mentre in Irlanda le prestazioni sono di tipo *flat-rate*, in Inghilterra, accanto a queste, esistono anche trasferimenti correlati alle retribuzioni (il *Second State Pension*, che, nell'aprile 2002, ha sostituito il precedente *State Earnings-Related Pension Scheme*, *SERPS*, introdotto nel 1979).

In Inghilterra, l'età pensionabile attualmente è di 65 anni per gli uomini e 60 per le donne, limite via via aumentato fino a 66 anni nel 2018; il diritto alla pensione non può essere goduto prima di aver raggiunto i limiti di età, anche se può essere ritardato, ottenendo in cambio prestazioni più generose. Una caratteristica peculiare della previdenza inglese è rappresentata dalla possibilità di rinunciare alla componente earnings related della prestazione e di optare per schemi pensionistici alternativi, di tipo occupazionale o privato, nel caso in cui questi siano in grado di assicurare benefici pari o superiori; attualmente, circa il 60% dei lavoratori rientra in schemi di questo tipo. I programmi pensionistici occupazionali, in genere del tipo a prestazione definita (sebbene sia in atto una tendenza a favore di sistemi a contribuzione definita), forniscono prestazioni commisurate al numero di anni di servizio e all'entità dell'ultimo stipendio. A partire da aprile 2003, il reddito minimo garantito (Minimum Income Guarantee), la prestazione non contributiva rivolta a individui poveri ultrasessantenni, è stato sostituito dal Pension Credit, di importo superiore.

In Irlanda, accanto al sistema pensionistico pubblico, il governo ha incoraggiato lo sviluppo di schemi occupazionali e privati attraverso la

concessione di un trattamento fiscale agevolato dei contributi e dei rendimenti associati ai relativi investimenti. Inoltre, una quota rilevante di spesa è dedicata alla fornitura di benefici non monetari, sottoposti ad accertamento dei mezzi economici, a coloro che hanno raggiunto limiti di età prestabiliti (in genere 70 anni), come, ad esempio, cure mediche gratuite, deduzioni per canoni telefonici o televisivi, per spese in energia elettrica, carburanti, ecc.

Il modello corporativo (o continentale) detto anche Bismarkiano.

Un terzo gruppo di Stati, quelli del centro Europa, che appartengono al cosiddetto modello continentale, hanno adottato un sistema misto basato su una clausola sociale inserita nella Costituzione. Il modello *Grundgesetz* tedesco⁸⁷, prevede una serie di clausole generali di protezione dello stato sociale che vincolano i poteri pubblici⁸⁸ senza inserire un catalogo di diritti sociali nel testo costituzionale vista la mutabilità di tali diritti. In questi paesi il ruolo delle cd. clausole sociali è quello di fornire le linee guida entro le quali deve operare il legislatore sul quale ricade l'obbligo di garantire lo stato sociale stesso. Questo modello comprende i paesi dell'Europa continentale (Austria, Belgio, Francia, Germania e Lussemburgo): questo modello risente ancora dell'originaria ispirazione bismarckiana, che prevede uno stretto collegamento tra le prestazioni sociali e la posizione lavorativa degli individui, ed è centrato sulla protezione dei lavoratori e delle loro

⁸⁷ Cfr. l'art. 20 della Legge Fondamentale tedesca che afferma “La repubblica federale di Germania è uno stato federale, democratico e sociale” e rappresenta il modello su cui si sono basate le altre clausole sociali europee.

⁸⁸ Si vedano ad esempio gli artt. 1 a protezione della dignità umana, 6 a tutela del matrimonio e della famiglia, 9.3 sulla libertà sindacale, 12 sulla libertà di professione e 20a sulla protezione dell’ambiente.

famiglie dai rischi di invalidità, malattia, disoccupazione e vecchiaia. In questi paesi, che dedicano alle spese sociali circa il 27-30% del PIL, tendono a prevalere programmi molto frammentati e diversificati per categorie, spesso più generosi verso i dipendenti pubblici, finanziati, prevalentemente, tramite contributi sociali, distinti per i vari istituti di spesa.

Nei paesi che rientrano in questo gruppo, il sistema sanitario copre tutti gli individui che possiedono un impiego retribuito, oltre ad altre categorie assimilate (tra cui i pensionati, i disoccupati, i disabili). Generalmente, tutti i lavoratori dipendenti sono assicurati contro il rischio di disoccupazione; in Lussemburgo, questa tutela è estesa anche ai lavoratori autonomi, mentre in Belgio possono ricevere l'indennità di disoccupazione anche i giovani disoccupati, dopo aver partecipato a programmi di formazione.

Lo stretto legame tra la posizione lavorativa degli individui e il diritto ad accedere alle prestazioni sociali fa sì che questo modello di welfare sia in grado di offrire una protezione sostanzialmente inadeguata a coloro che hanno una debole connessione con il mercato del lavoro; la carenza di meccanismi che consentano, soprattutto alle donne, di conciliare lavoro e responsabilità di cura familiare ha prodotto la coesistenza di bassi tassi di occupazione femminile e di fertilità.

In tutti i paesi dell'Europa continentale sono previsti degli istituti di ultima istanza, diretti ad assicurare un reddito minimo contro il rischio della povertà estrema. In particolare, la Germania prevede due tipi di programmi assistenziali di reddito minimo: l'Arbeitslosenhilfe, un

intervento categoriale a favore dei disoccupati, sottoposto alla prova dei mezzi economici, e il Sozialhilfe, un trasferimento non categoriale nazionale. Il Sozialhilfe, che costituisce il principale strumento di assistenza finanziaria di base, è destinato a persone i cui mezzi economici non consentono di raggiungere uno standard minimo accettabile, con lo scopo di favorirne il reinserimento nella vita sociale e lavorativa e l'affrancamento dagli schemi assistenziali pubblici.

Nel 2001 è stata varata un'importante riforma del sistema previdenziale, preceduta da una riforma delle pensioni di invalidità con consistenti tagli alle prestazioni, con la finalità di contenere la dinamica della spesa pensionistica. La riduzione delle prestazioni previdenziali è dovuta principalmente all'introduzione di una nuova formula di calcolo e alla modifica del criterio di indicizzazione delle pensioni, non più legate all'inflazione, ma all'incremento della media dei salari lordi. Inoltre, il tasso di contribuzione è stato portato al 20% fino al 2020 e al 22% fino al 2030.

La diminuzione del ruolo assegnato al primo pilastro del sistema previdenziale è compensata dal forte impulso dato allo sviluppo del secondo e terzo pilastro, realizzato principalmente attraverso la concessione di cospicue deduzioni fiscali. In aggiunta, è stata facilitata l'istituzione di fondi di previdenza integrativa aziendale e sono stati incentivati i contratti previdenziali privati, offerti dal settore finanziario.

Infine, in Austria, il sistema pensionistico pubblico consiste in uno schema generale per i lavoratori del settore privato e in schemi speciali per gli autonomi e i dipendenti pubblici; nel 2001, quasi il 95% della

popolazione attiva rientrava in questi programmi assicurativi obbligatori.

L'attuale sistema pensionistico, ha previsto tra la fine del 2003 e del 2014 (2017 per le donne) l'abolizione di tutti gli schemi di ritiro anticipato. Le principali innovazioni nel sistema di calcolo delle pensioni riguardano l'allungamento del periodo di riferimento per la determinazione della base di calcolo (che passa dai quindici ai quarant'anni di migliore retribuzione), la riduzione del tasso di rendimento annuo (dal 2 all'1,78%) e l'aumento della percentuale di penalizzazione in caso di prepensionamento.

I modelli dell'Europa dell'Est

Infine, si deve da analizzare il modello sociale degli Stati ex-sovietici⁸⁹ in cui lo sviluppo delle Costituzioni è molto recente.

A seguito della fine dell'Unione Sovietica e della caduta del muro di Berlino, questi paesi si aprono al modello occidentale di Stato democratico e alla sua economia capitalista, pur mantenendo l'impostazione di fondo della teoria socialista, secondo la quale i diritti sociali fondamentali sono intesi come elementi fondanti dei diritti e delle libertà dell'individuo⁹⁰. Dall'analisi delle nuove Costituzioni degli Stati dell'est Europa salta all'occhio la netta influenza del sistema tedesco e dal principio della *social market economy* presentando tutte una *sozialstaat clause*. Anche in questi paesi l'implementazione delle norme sociali è affidata al legislatore ordinario ma è previsto che i diritti sociali

⁸⁹ Per un'analisi più esaustiva si veda P. Kovacs, Le passé et le présent des droits économiques, sociaux et culturels dans les pays de l'Europe centrale et orientale, in Die Durchsetzung Wirtschaftlicher und Sozialer Grundrechte: Eine Rechtsvergleichende Bestandaufnahme, F. Matscher ed. 1991.

⁹⁰ Cfr. Kedzia, Social rights in the (draft) Constitution of central and eastern Europe, in Drzewicki, Krause, Rosas, p.230 ss.

ricevano le stesse tutele di cui godono gli altri diritti, compresa la possibilità di essere azionati direttamente davanti alle Corti ordinarie.

Dalla breve analisi fin qui condotta sullo stato di riconoscimento dei diritti sociali nei vari paesi europei possiamo trarre alcune prime conclusioni.

In generale, si può affermare che i paesi dell'UE riconoscono uno zoccolo duro di diritti sociali che vengono considerati fondamentali: il diritto al lavoro, il diritto all'istruzione, alla casa, il diritto all'assistenza sociale e sanitaria, il sistema pensionistico e quello di aiuti in caso di disoccupazione.

Benché esista questa unità nelle scelte dei valori da tutelare e, benché tutti gli Stati membri abbiano adottato modelli statali volti a creare degli apparati che garantiscano l'effettivo godimento di tali diritti, non esiste un'unità nella creazione di questi modelli. Pertanto, sia i livelli che i mezzi di garanzia dei diritti sociali differiscono sostanzialmente.

Per questo motivo si può affermare che ad oggi, non esista "un modello sociale europeo", ma al contrario esistono differenti modelli di welfare state nazionale, relativamente coordinati tra loro. Sulla scorta di questo dato ci si propone di analizzare la traiettoria che hanno compiuto i diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione Europea, cercando di capire se l'Unione possegga un nocciolo duro di diritti sociali equiparabile a quello dei suoi Stati membri e se tali diritti siano concretamente giustiziabili.

8. L’Unione Europea e i suoi interventi nella politica sociale

Come si è più volte ripetuto, lo spazio riservato ai diritti sociali dai Trattati istitutivi delle Comunità economiche⁹¹ è pressoché nullo. I motivi di tale assenza possono ricondursi a tre ordini di ragioni⁹²: anzitutto, alla convinzione, allora diffusa, secondo la quale un’istituzione di tipo economico quale quella comunitaria non avrebbe avuto “alcuna possibilità di incidere sui diritti umani”⁹³. Il secondo fattore, poggiava sulla considerazione che una tutela effettiva di tali diritti veniva già garantita sia, a livello nazionale, dal lavoro delle Corti Costituzionali sia, a livello internazionale, dallo strumento offerto dalla Convenzione di Roma del 1950⁹⁴ ed, infine, dal timore che le neo istituzioni, specie la Corte di Giustizia, potessero espandere le proprie competenze ed i propri poteri.

Tuttavia, non sono mancate proposte differenti. L’allora primo ministro francese Guy Mollet aveva proposto come precondizione all’integrazione economica, un’armonizzazione degli ordinamenti sociali⁹⁵, fondata sull’idea che, avendo gli allora sei Stati fondatori modelli di welfare simili, sarebbe stato facile procedere a tale armonizzazione⁹⁶; ma non era ancora tempo.

I padri costituenti della CEE ritenevano, infatti, che sarebbero stati la cooperazione e lo sviluppo economico i fattori che da soli avrebbero portato al conseguente sviluppo e alla tutela dei diritti sociali, in particolar modo quelli dei lavoratori.

Gli Stati membri allo scopo di evitare un’espansione surrettizia delle competenze comunitarie, cercarono di scongiurare la creazione di quel

⁹¹ Ci si riferisce qui ai Trattati CEE CECA ed EURATOM firmati a Roma nel 1957.

⁹² Cfr. s: Giubboni, I diritti sociali fondamentali nell’ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza, in Diritto dell’UE, 2003, 8 pp. 325-356..

⁹³ Cfr. F. G. Jacobs, Human Rights in the European Union: the role of the Court of Justice, in Europ., Law, Rev., 2001, pp.331 ss.

⁹⁴ La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma nel 1950 e della quale ad oggi fanno parte tutti gli stati europei compresi quelli che non fanno parte dell’UE.

⁹⁵ Per un’analisi più approfondita delle proposte di Mollet si veda F. W. Scharpf, The European social model: coping with the challenges of diversity, in JCMS, 2002, 40, n. 4, pp.645-670.

⁹⁶ Si noti che in effetti agli albori della Comunità i modelli di welfare state dei 6 paesi membri erano molto più simili rispetto a quelli dei paesi che avrebbero aderito in seguito, si pensi al modello anglosassone e a quello scandinavo, e soprattutto non avevano ancora avuto modo di differenziarsi come avrebbero fatto in seguito. Probabilmente sarebbe stato molto più facile costruire allora un’Europa sociale rispetto a quanto non possa essere oggi.

nesso “tra l’enunciazione di un *Bill of rights* e l’estensione delle competenze centrali a scapito delle unità nazionali”⁹⁷, tipico del modello statunitense, creando così un’Europa a “due livelli”. Da un lato, il livello economico fondato sull’idea dell’integrazione e dell’armonizzazione degli ordinamenti degli Stati membri, volto a garantire il mercato unico, la stabilità economica e la crescita; dall’altro, il piano sociale, che rimaneva affidato agli Stati membri e, pertanto, si sviluppava in modo differenziato, con l’unico limite comune che era rappresentato dai vincoli di bilancio imposti agli Stati membri dalla Comunità, per il raggiungimento degli scopi economici. La Comunità degli albori, convinta che l’integrazione economica avrebbe portato anche all’integrazione sociale, non fece i conti con un dato storico, e cioè che lo sviluppo dello Stato liberal-democratico e quello sociale contemporaneo si sono spesso dovuti confrontare con crisi di mercato e con l’esigenza, conseguente, di un intervento sussidiario del potere pubblico in economia⁹⁸

Negli anni 50 il sentire comune era diverso, i popoli europei appena usciti dal conflitto mondiale vedevano nel progresso economico la soluzione a tutti i mali e anche gli altri strumenti internazionali di protezione dei diritti umani non davano grande peso ai diritti sociali⁹⁹. La stessa CEDU non prevedeva, un catalogo di diritti sociali, tutelando in via principale i diritti classici del costituzionalismo.

Il riconoscimento esplicito di essi dovrà attendere il 1961 con la Carta sociale europea (rivista nel 1996) che ribadiva la necessità di una tutela indivisibile dei diritti fondamentali dell’uomo e che oltre a sancire i diritti prevedeva dei vincoli giuridici gravanti sulle Alte parti contraenti e un sistema di controllo quasi giurisdizionale¹⁰⁰ anche se, non essendo

⁹⁷ Cfr. Giubboni opera citata.

⁹⁸ Cfr. S. Gambino, Diritti sociali e Unione europea, relazione alle “VI Jornadas sobre la constitucion europea” Università di Granada e Instituto Andaluz de Administracion Pública (Granada, 11-12 Marzo 2008).

⁹⁹ Anche a livello internazionale l’attenzione originaria per i diritti sociali fondamentali appare scarsa. Se pensiamo agli strumenti internazionali di protezione dei diritti dell’uomo i primi ad essere sottoscritti sono stati quelli sui diritti civili e politici, prima fra tutte la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948. Seguirono poi le altre Convenzioni ONU, ma quella sui diritti sociali dovrà attendere il 1966 quando viene firmato il Patto internazionale sui diritti economici sociali e culturali, contestuale al Patto sui diritti civili e politici. Seguiranno poi nel 1974 la Convenzione sull’eliminazione della discriminazione razziale, nel 1979 la Convenzione sulla non discriminazione della donna, nel 1984 la Convenzione contro la tortura, nel 1989 la Convenzione sui diritti del fanciullo ed infine nel 1990 la Convenzione sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia.

¹⁰⁰ La procedura di controllo della Carta sociale prevede la competenza di un comitato degli esperti

comunitaria ma del Consiglio d'Europa¹⁰¹, non poteva incidere sull'*acquis* comunitario.

Si può quindi affermare che, a differenza di quanto avveniva negli ordinamenti degli Stati membri, al principio, la politica sociale europea fu considerata non come “market-breaking”, ma come “market-making”¹⁰² e cioè funzionale e secondaria rispetto alla integrazione economica.

Questo dato si evince chiaramente dalla lettura del Trattato di Roma il quale contiene alcune disposizioni sociali come gli articoli 48-50 sulla libera circolazione dei lavoratori, l'articolo 123, che istituisce il fondo sociale europeo e infine gli articoli 117-122, che sanciscono l'impegno della Comunità nel miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei cittadini europei, nonché la parità di trattamento tra uomo e donna, le quali servivano da un lato a riequilibrare i principi ispiratori della costituzione economica comunitaria, dall'altro, lasciavano immutato il paradigma secondo il quale la primazia doveva essere data agli obiettivi di stabilità economica e monetaria così come stabiliti dal Patto di stabilità e crescita.

9. Dall'Atto Unico Europeo al Trattato di Nizza

Possiamo distinguere due periodi nello sviluppo dell'Europa sociale; un primo periodo che va dal Trattato di Roma all'Atto Unico Europeo, che può essere definito di stasi e un secondo, che dall'AUE in poi si è caratterizzato per l'attivismo dimostrato nei confronti della costruzione della politica sociale europea.

Difatti, anche se si era ancora nell'ambito dei soli diritti dei lavoratori, e quindi strettamente legati a quell'idea di Comunità più economica che

indipendenti e un Comitato sociale intergovernativo. Quest'ultimo sulla base dei rapporti del comitato degli esperti seleziona e indica al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa le situazioni nazionali che devono essere oggetto di raccomandazione individuale. Inoltre, un apposito protocollo, consente a talune organizzazioni sindacali la possibilità di presentare richiami contro presunti inadempimenti statali derivanti dall'inosservanza delle norme della Carta sociale europea.

¹⁰¹ Il Consiglio d'Europa non è un'Istituzione comunitaria, esso è un organo nel quale siedono i Capi di Stato dei paesi europei compresi quelli non comunitari, ed ha il compito di dare un indirizzo comune alla politica europea.

¹⁰² Cfr. B. I. Montari, Harmonization of social policies in the EC and the EFTA countries, 1993.

politica, è stato sicuramente con la firma dell'AUE e la proclamazione della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori¹⁰³ (benché non sottoscritta dal Regno Unito) che si è incominciato a parlare di un ingresso formale dei diritti sociali nel diritto comunitario.

L'AUE, da questo punto di vista, era ancora legato alla tradizionale idea secondo cui il mercato comune costituiva il mezzo più idoneo a creare piena occupazione, per cui introduceva solamente una serie di politiche settoriali di stampo interventista proprio nel settore dell'occupazione¹⁰⁴.

Tuttavia, la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori costituiva un passo importante per la tutela degli interessi dei lavoratori, nell'ambito comunitario, mettendo nero su bianco, per la prima volta, un catalogo di diritti sociali europei. Nonostante ciò essa rimase inoperante, a causa del rifiuto del Regno Unito a sottoscriverla, rifiuto che le impedì di acquistare carattere vincolante.

Per ovviare a tale situazione, durante i lavori preparatori del Trattato di Maastricht, nei quali si decise di estendere le competenze della Comunità a settori sociali fino ad allora esclusi, si giunse a un vero e proprio escamotage¹⁰⁵: gli articoli del Trattato non vennero pressoché modificati per quanto riguarda le disposizioni sociali, ma furono aggiunti un Protocollo e un Accordo (anche in questo caso non sottoscritti dal Regno Unito) sulla politica sociale che, in pratica, riscrivono gli articoli del Trattato in materia, sancendo le modalità di intervento della Comunità in quest'ambito. Sia il Protocollo che l'Accordo erano parte integrante del diritto primario della Comunità, con la caratteristica di essere vincolanti per tutti gli Stati membri, fatta eccezione per il Regno Unito.

In particolare l'APS (l'Accordo sulla politica sociale), pur riconoscendo la contrattazione collettiva come fonte della politica sociale europea, non riusciva, sia a causa dell'auto esclusione del regno Unito, sia a causa dell'assenza di riconoscimento dei diritti sociali a livello di Trattato, a colmare il dislivello tra integrazione positiva e negativa.

¹⁰³ La Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori è stata firmata il 9 dicembre 1989 da tutti gli Stati allora membri della Comunità meno la Gran Bretagna.

¹⁰⁴ Cfr. F. Carinci, A. Pizzoferrato, Costituzione europea e diritti sociali fondamentali, in Lavoro e Diritto, 2000, n. 2, cit. pag. 286.

¹⁰⁵ Cfr. E. Pagano, I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht, in II diritto dell'Unione Europea, 1996, p. 169

L'inserimento nel Trattato del titolo dedicato alla Politica sociale non mirava, infatti, a risolvere il problema della competenza della Comunità in questa materia. La politica sociale europea rimase, pertanto, vincolata al suo carattere di complementarietà. Erano, e restano, gli Stati ad avere il primato in questa materia e, la Comunità, poteva intervenire per completare l'azione degli Stati adottando direttive e prescrizioni minime applicabili solo progressivamente. Questo significava che i diritti sociali dovevano essere tenuti presenti dagli Stati e dalla Comunità quando agivano a livello di diritto comunitario, ma non costituivano l'oggetto primo della loro azione che rimase, in ultima analisi, la competitività economica della Comunità e degli stessi Stati membri¹⁰⁶. Inoltre l'articolo F2 del Trattato, consolidando la Giurisprudenza della Corte come *aquis* comunitario e, facendo riferimento solo ai diritti protetti dalla Convenzione di Roma e le tradizioni costituzionali degli Stati membri, escludeva di fatto i diritti sociali dalle competenze della Corte¹⁰⁷.

Il Trattato di Maastricht rafforzava, infatti, come principio funzionale: il principio di sussidiarietà¹⁰⁸. Nel campo sociale questo principio doveva garantire agli Stati membri l'esclusività dell'azione, consentendo però alla Comunità di creare, attraverso il diritto derivato, standard comuni di tutela dei diritti sociali, in particolar modo al fine di evitare il *dumping* sociale, e di consolidare la coesione dell'Unione durante lo sviluppo della politica monetaria comune.

Con il Trattato di Maastricht veniva, inoltre, istituzionalizzata per la prima volta l'azione sociale collettiva, attraverso il riconoscimento della contrattazione collettiva a livello europeo e l'obbligo, per la Commissione, di consultare le organizzazioni rappresentative di lavoratori e imprenditori. Come è stato sottolineato¹⁰⁹, il dialogo sociale

¹⁰⁶ Si pensi a tal proposito che non rientrano nei diritti sociali riconosciuti il diritto a un'equa retribuzione, il diritto di associazione sindacale e il diritto di sciopero, i quali rappresentano i principali e tradizionali diritti sociali.

¹⁰⁷ Cfr. S. Sciarra, From Strasburg to Amsterdam: prospect for the convergence of a European social rights policy, in P. Alston, The EU and human rights, Oxford, 1999, pp. 473 ss.

¹⁰⁸ Il principio di sussidiarietà previsto all'art. 5 del TUE stabilisce che: "La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente Trattato. Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario. L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato".

¹⁰⁹ Cfr. S. Katrougalos, The implementation of social rights in Europe, in Columbia journal of European law,

diventava un obiettivo comunitario in sé e veniva ricompreso nell'ideale di modello sociale europeo.

Il successivo Trattato di Amsterdam, del 1997, non aggiunse nulla alle clausole generali già contenute nel TCE¹¹⁰. Tuttavia, la novità consisteva nel fatto che il preambolo del Trattato, faceva esplicito riferimento “ai diritti sociali fondamentali così come sono riconosciuti dalla Carta sociale europea firmata a Torino nel 1961 e dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, del 1989”¹¹¹. Senza dubbio ad Amsterdam, benché si esclusero¹¹² espressamente alcuni diritti dalla competenza comunitaria (art. 137.3 sui diritti dei lavoratori e il contratto collettivo)¹¹³, se ne inclusero alcuni di concreti quali il diritto alla protezione dei dati personali, il diritto di accesso ai documenti, nonché quelli in materia di politiche di occupazione. Il Trattato di Amsterdam aggiunse, poi, una norma antidiscriminatoria di carattere generale rispetto alla parità di trattamento su base di genere, che era già nel TCE di Roma all’art. 119, divenuto 141 con la rinumerazione di Amsterdam.

La novità maggiore di Amsterdam fu certamente, l’adesione piena della Gran Bretagna alla politica sociale europea. Fu così abolito il protocollo 14 di Maastricht e furono adottati i nuovi articoli dal 136 al 145, che in pratica trasfondevano interamente il contenuto dell’Accordo sulla politica sociale nel Trattato.

La tutela piena dei diritti da parte della Corte di Giustizia era, tuttavia, ancora imperfetta, continuandosi a trattare di “sostegno e completamento” (art. 137 par. 1) alla politica degli Stati in materia. Difatti, le disposizioni del Trattato non imponevano obblighi diretti, avendo queste solo una funzione orientativa delle scelte dell’Unione nell’ambito della politica sociale.

Summer, 1996, pp.277-316, qui p. 310

¹¹⁰ Cfr. anche S. Gambino, Dall’Europa dei mercati all’Europa dei diritti: alcune riflessioni su diritti fondamentali e costituzionalismo comunitario, in AA.VV., L’integrazione europea fra economia e democrazia, Cosenza, 2003.

¹¹¹ Cfr. il quarto paragrafo del preambolo del TUE.

¹¹² L’art. 137.6 esclude infatti dalla competenza comunitaria tutto ciò che è relazionato con le remunerazioni, il diritto di associazione e sindacale nonché il diritto di sciopero e di serrata che rimangono di competenza statale i quali, stante il disposto dell’art. 140, possono al massimo rientrare nelle materie di collaborazione tra gli stati membri.

¹¹³ Cfr. P. Magno, Diritti sociali nell’ordinamento dell’Unione europea dopo Amsterdam, in Il diritto del lavoro, 1998, parte 1, p. 123.

L' articolo 141¹¹⁴, in materia di parità di trattamento tra lavoratrici e lavoratori rimaneva l'unico diritto da sempre ritenuto direttamente applicabile dalla Corte e, pertanto, parametro per il controllo degli atti comunitari o domestici che potevano essere in contrasto con esso¹¹⁵.

Ad Amsterdam, dunque, i diritti sociali fecero ingresso nell'ordinamento comunitario attraverso l'art. 136, alla stregua di “linee direttive per l'attività della Comunità e degli Stati membri”¹¹⁶ e, come è stato efficacemente scritto, “quelli che impegnano la Comunità e gli Stati membri sono gli interessi sociali presentati in forma di obiettivi [...], e sono questi l'oggetto della tutela da parte del Trattato [...]. I diritti restarono invece sullo sfondo e l'opportunità del loro soddisfacimento fu collegata alla necessaria realizzazione degli obiettivi sociali. Essi tornarono, insomma, al loro stato di *Reflexrechte*”¹¹⁷. Risulta quindi, ancora una volta evidente, l'asimmetria¹¹⁸ rispetto alle libertà economiche fondamentali che erano direttamente garantite dal Trattato ai singoli, mentre i diritti sociali rimanevano a quello stadio che è stato definito di “minorità comunitaria”.

In ogni caso fu sicuramente con Amsterdam che venne a delinearsi compiutamente il tentativo di riconciliare il piano economico comunitario con quello sociale, fu in questa sede che, compiutamente, emerse la consapevolezza che all'equilibrio tra questi due livelli “si riannodano aspetti centrali della legittimità democratica e della stessa capacità di tenuta dell'intero processo integrativo” in un ottica di gestione delle “interdipendenze sistematiche tra mercato e moneta unica, occupazione e protezione sociale”¹¹⁹.

Inoltre, l'ingresso del Regno Unito nella politica sociale comunitaria, fece sì che vi fosse un accoglimento nell'*aquis* comunitario delle innovazioni in materia sociale, già accolte dagli altri Stati membri. Oltre

¹¹⁴ Il testo recita: “Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore”.

¹¹⁵ Secondo la stabile dottrina Van Gend en Loos è il suo contenuto che lo rende direttamente applicabile.

¹¹⁶ Cfr. Commissione delle Comunità europee, Per l'affermazione dei diritti fondamentali è tempo di agire. Relazione del gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali presieduto dal Professor Spiros Simitis, Bruxelles, 1999, 7.

¹¹⁷ Cfr. M. Luciani, Diritti sociali e integrazione europea, in Associazione italiana dei Costituzionalisti, Annuario 1999. Atti del XIV Convegno annuale, Perugia 7-8 ottobre 1999, Padova, 2000, pp. 507 ss.

¹¹⁸ M. Luciani, op. citata.

¹¹⁹ M. Ferrera, Le trappole del welfare. Uno stato sostenibile per l'Europa del XXI secolo, Bologna 1998, p.98.

al significativo allargamento della maggioranza qualificata, il ruolo delle parti sociali venne rafforzato grazie alla possibilità di recepire, attraverso una decisione del Consiglio, su proposta della Commissione, gli accordi da queste raggiunti nell'ambito dei settori contemplati dal nuovo art. 137 del TCE¹²⁰.

Lo sviluppo della politica sociale comunitaria, che si è avuto dagli anni novanta in poi, cambiò volto rispetto all'impianto originario, passando da un'armonizzazione rigida, basata sull'emanazione di direttive di armonizzazione, a quella che è stata definita un'armonizzazione “riflessiva e flessibile”¹²¹, cioè un processo “di differenziazione, anziché un processo di uniformazione”¹²², che puntava sulla accettazione di principi comuni con lo scopo di evitare deregolamentazioni verso il basso, che potessero produrre distorsioni nel mercato del lavoro comunitario.

¹²⁰ L'art. 137 del Trattato di Amsterdam recita:

1. Per conseguire gli obiettivi previsti dall'articolo 136, la Comunità sostiene e completa l'azione degli Stati membri nei seguenti settori:

- miglioramento, in particolare, dell'ambiente di lavoro, per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori; - condizioni di lavoro;
- informazione e consultazione dei lavoratori;
- integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro, fatto salvo l'articolo 150;
- parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro ed il trattamento sul lavoro

2. A tal fine il Consiglio può adottare mediante direttive le prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro. Tali direttive evitano di imporre vincoli amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese.

Il Consiglio delibera secondo la procedura di cui all'articolo 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni.

Il Consiglio, deliberando secondo la stessa procedura, può adottare misure destinate a incoraggiare la cooperazione tra Stati membri attraverso iniziative volte a migliorare la conoscenza, a sviluppare gli scambi di informazioni e le migliori prassi, a promuovere approcci innovativi e a valutare le esperienze fatte, al fine di combattere l'emarginazione sociale.

3. Tuttavia, il Consiglio delibera all'unanimità, su proposta della commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni, nei seguenti settori:

- sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori;
- protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro;
- rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, compresa la cogestione, fatto salvo il paragrafo 6;
- condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio della Comunità;
- contributi finanziari volti alla promozione dell'occupazione e alla creazione di posti di lavoro, fatte salve le disposizioni relative al Fondo sociale europeo.

4. Uno Stato membro può affidare alle parti sociali, a loro richiesta congiunta, il compito di mettere in atto le direttive prese a norma dei paragrafi 2 e 3.

In tal caso esso si assicura che, al più tardi alla data in cui una direttiva deve essere recepita a norma dell'articolo 249, le parti sociali abbiano stabilito mediante accordo le necessarie disposizioni, fermo restando che lo Stato membro interessato deve prendere le misure necessarie che gli permettano di garantire in qualsiasi momento i risultati imposti da detta direttiva.

5. Le disposizioni adottate a norma del presente articolo non ostano a che uno Stato membro mantenga e stabilisca misure, compatibili con il presente Trattato, che prevedano una maggiore protezione.

6. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero né al diritto di serrata.

¹²¹ Cfr. S. Deakin, Two types of regulatory competition: competitive federalism versus reflexive harmonization. A law and economics perspective on “centros”, in CYELS, 1999, n.2, pp.231 ss.

¹²² M. D'Antona, Mercato unico europeo ed aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche, in LD, 1992, pp. 49 ss.

Segno di tale tendenza evolutiva furono le novità introdotte dal Trattato di Nizza, in particolare l'art. 137¹²³, che puntava verso tecniche di cooperazione leggere e modulabili tra gli Stati, il quale recepiva la nuova generazione di tecniche di legislazione sociale comunitaria che erano venute a generarsi già a seguito dell'adozione dell'APS.

Quella che è stata definita armonizzazione riflessiva, opera in maniera simile al metodo aperto di coordinamento, utilizzato in materia di politiche occupazionali e sociali, cercando di rendere trasparente il rapporto di complementarietà tra le nuove funzioni assegnate alla politica sociale comune e la strategia di coordinamento sovranazionale delle politiche occupazionali nazionali¹²⁴.

In mancanza di un catalogo espresso di diritti sociali direttamente sindacabili dalla Corte di Giustizia l'Unione ha cercato, attraverso nuovi

¹²³ Il nuovo articolo 137 difatti recita:

1. Per conseguire gli obiettivi previsti all'articolo 136, la Comunità sostiene e completa l'azione degli Stati membri nei seguenti settori:
 - a) miglioramento, in particolare, dell'ambiente di lavoro, per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori;
 - b) condizioni di lavoro;
 - c) sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori;
 - d) protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro; e) informazione e consultazione dei lavoratori;
 - f) rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, compresa la cogestione, fatto salvo il paragrafo 5;
 - g) condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio della Comunità;
 - h) integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro, fatto salvo l'articolo 150;
 - i) parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro ed il trattamento sul lavoro;
 - j) lotta contro l'esclusione sociale;
 - k) modernizzazione dei regimi di protezione sociale, fatto salvo il disposto della lettera c).2. A tal fine il Consiglio:
 - a) può adottare misure destinate a incoraggiare la cooperazione tra Stati membri attraverso iniziative volte a migliorare la conoscenza, a sviluppare gli scambi di informazioni e di migliori prassi, a promuovere approcci innovativi e a valutare le esperienze fatte, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri;
 - b) può adottare nei settori di cui al paragrafo 1, lettere da a) a i), mediante direttive, le prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro. Tali direttive evitano di imporre vincoli amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese.

Il Consiglio delibera secondo la procedura di cui all'articolo 251 previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, tranne che nei settori di cui al paragrafo 1, lettere c), d), f) e g), del presente articolo, per i quali il Consiglio delibera all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e di detti Comitati. Il Consiglio, deliberando all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può decidere di rendere applicabile al paragrafo 1, lettere d), f) e g), del presente articolo, la procedura di cui all'articolo 251.

3. Uno Stato membro può affidare alle parti sociali, a loro richiesta congiunta, il compito di mettere in atto le direttive prese a norma del paragrafo 2.

In tal caso esso si assicura che, al più tardi alla data in cui una direttiva deve essere recepita a norma dell'articolo 249, le parti sociali abbiano stabilito mediante accordo le necessarie disposizioni, fermo restando che lo Stato membro interessato deve adottare le misure necessarie che gli permettano di garantire in qualsiasi momento i risultati imposti da detta direttiva.

4. Le disposizioni adottate a norma del presente articolo- non compromettono la facoltà riconosciuta agli Stati membri di definire i principi fondamentali del loro sistema di sicurezza sociale e non devono incidere sensibilmente sull'equilibrio finanziario dello stesso,

- non ostano a che uno Stato membro mantenga o stabilisca misure, compatibili con il presente Trattato, che prevedano una maggiore protezione.

5. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero né al diritto di serrata.

¹²⁴ Cfr. N. Bruun, The European employment strategy and the "aquis communautaire" of labour law, in IJCLLR, 2001, pp. 309 ss..

mezzi e nuove forme di cooperazione, una soluzione al problema del deficit sociale, che si era venuto creando negli ultimi decenni, una soluzione che evitasse un conflitto di attribuzione di competenze tra la Comunità e gli Stati membri, sempre più gelosi della propria nazionalità.

10. I diritti sociali e il problema delle competenze

Dall'analisi fin qui condotta si evince la non univocità di quello che definiamo modello sociale europeo.

Pur esistendo in Europa una visione comune, sui diritti sociali, le resistenze degli Stati membri alla cessione di competenze all'Unione in questo ambito, rimangono fortissime e questo si spiega perché, le tradizioni nazionali di diritto del lavoro e della sicurezza sociale sono centrali nella legittimazione democratica materiale degli Stati membri¹²⁵, posto che l'affermazione dello stato sociale rafforza la dimensione nazionale del diritto costituzionale e della vita politica¹²⁶.

In questo senso lo stato sociale risulta essere l'ultimo grande ostacolo ad una integrazione sociale europea a livello di istituzioni. In particolar modo, la concorrenza nei diritti del lavoro nazionali¹²⁷, ha eroso l'autonomia statale in merito alla tutela dei diritti fondamentali, provocando un'asimmetria verticale per cui il piano sovrannazionale, sprovvisto di autonomi strumenti di tutela, non riesce a compensare il vuoto lasciato dagli strumenti nazionali.

L'integrazione negativa delle libertà di circolazione, di prestazione di servizi e della concorrenza ha fatto emergere, a partire dagli anni ottanta, la necessità di un'integrazione positiva, specie nel campo del diritto del lavoro, improntata alla definizione di standard comuni, che ovviasse alla perdita delle tutele apprestate dagli Stati, spesso tacciate dalla Corte di

¹²⁵ S. Giubboni, Governare le differenze: modelli sociali nazionali e mercato unico europeo, nota per il gruppo di studio Astrid su "La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione" (coord. Tiziano TREU) in www.astrid-online.it/rassegna/02-09-2009/Giubboni.

¹²⁶ Cfr. S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna 2003, pp. 17 e ss.

¹²⁷ La metafora è di G. Lyon-Caen, *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la Concurrence*, in *Droit ouvrier*, 1992, p. 313.

Giustizia di rappresentare distorsioni alla concorrenza e al mercato unico. In particolar modo, l'affermazione delle dottrine costituzionali dell'effetto diretto, della supremazia del diritto comunitario e dei poteri impliciti, non compensate dallo sviluppo di adeguate forme di garanzia a livello sovranazionale, ha creato un vuoto nella protezione dei diritti sociali da parte dell'Unione.

Inoltre, il mercato unico e la politica economica comune, imponendo una rigidità nei bilanci nazionali, al fine di contenere il deficit in relazione al patto di stabilità, fanno sì che vi siano meno possibilità per gli Stati di attuare ampie politiche sociali che, essendo inevitabilmente costose, rischierebbero di mettere a repentaglio l'inclusione nell'Unione. Questo crea un problema: se gli Stati non sono più liberi, o per lo meno sono vincolati, nella spesa pubblica per il sociale, si crea un deficit di tutela che, non potendo essere sanato dall'intervento dell'Unione, rischia di lasciare i cittadini degli Stati membri privi di quei mezzi che prima erano garantiti dallo Stato stesso.

10.1 La competenza comunitaria in materia di diritti sociali

Come si è detto, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, la politica sociale è entrata a far parte del tessuto normativo comunitario.

L'art.136 non parlava di armonizzazione dei diritti nazionali ma solo di riavvicinamento. Quest'affermazione, va collegata alla formulazione dell'art. 5 e al principio di sussidiarietà per esser ben compresa. Secondo quanto stabilito da questo articolo l'Unione ha competenza esclusiva in tutte e sole quelle materie che sono ad essa esplicitamente attribuite (art. 5 par. 1 principio di attribuzione). Il secondo paragrafo di questo articolo prevede che nelle restanti materie operi il principio di sussidiarietà in relazione al principio di proporzionalità (art. 5 par.3). Ciò significa che nelle materie di competenza statale l'Unione può intervenire solo quando gli obiettivi prefissati non possono essere realizzati in maniera efficace dagli Stati membri e, l'azione possa essere meglio esperita dall'Unione. Pertanto, la condizione secondo la quale l'Unione può intervenire risulta

essere duplice: da un lato vi deve essere l’insufficienza dell’azione statale e dall’altro, l’azione comunitaria deve risultare più efficace per il raggiungimento dell’obiettivo.

In altre parole attraverso l’art. 5, gli Stati membri si sono garantiti ambiti di azione esclusiva nei quali l’Unione può intervenire solo in casi marginali.

Pertanto, tutte le volte in cui il Trattato parla di riavvicinamento delle legislazioni nazionali è logico supporre che operi il principio di sussidiarietà.

Nell’ambito della politica sociale indizi di tale ripartizione di competenze si ritrovano, più o meno esplicitamente, non solo nell’art. 136, ma anche in altri articoli come ad esempio negli artt. 149 e 150 in materia di istruzione e formazione dove si legge che l’Unione contribuisce allo sviluppo di un’istruzione di qualità incentivando la cooperazione tra gli Stati membri e, se necessario, sostenendo e integrando la loro azione nel pieno rispetto delle responsabilità degli Stati membri [...].”

Anche la Corte di Giustizia ha sempre sostenuto l’esclusività dell’azione statale in materia sociale: esempi di tale indirizzo si possono riscontrare nei casi Torfaen¹²⁸, Conforama¹²⁹ e Merchandise¹³⁰, nei quali si legge espressamente che “la détermination des réglementations sociales appartient, en l’état actuel du droit communautaire, aux États membres”.

Già nel Trattato di Roma, si evince che la Comunità in materia sociale non ha il potere di adottare atti vincolanti. Secondo l’art. 118 del Trattato di Roma, infatti, la Commissione deve promuovere la collaborazione degli Stati membri in materia sociale ma i suoi poteri sono limitati all’adozione di pareri e raccomandazioni atti vincolanti non vincolanti.

Per contro, poiché tra gli obiettivi della comunità vi sono sempre stati quello di assicurare un alto livello di occupazione, e il riavvicinamento delle legislazioni statali, già il Trattato di Roma prevedeva tre ambiti specifici di competenza comunitaria, in materia sociale: la libera circolazione dei lavoratori ex. art. 39 TCE (oggi art. 45 TFUE), l’aiuto al lavoro attraverso l’istituzione del Fondo sociale europeo ed infine, la

¹²⁸ Causa C- 145/88 del 23 novembre 1989, in Racc. [1989] pagina 03851

¹²⁹ Causa C-312/89 del 21 febbraio 1991, in Racc. [1991] pagina I-00997.

¹³⁰ Causa C-332/89, in Racc. [1991] pagina I-01027.

politica di formazione professionale, l'educazione e lo sport ex art. 150 TCE (oggi art. 166 TUE).

Con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam e l'inserimento del capitolo sociale, la Comunità veniva finalmente dotata del potere di adottare direttive attraverso la procedura a maggioranza qualificata del Consiglio in cooperazione con il Parlamento, in tutti quegli ambiti che le erano direttamente riconosciuti in ambito sociale. In particolar modo, oltre alle materie già menzionate dal Trattato di Roma, veniva prevista la possibilità di adottare direttive in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Nizza, che sostanzialmente ricalcava il Trattato di Amsterdam, il riparto di competenze in materia sociale appariva pertanto il seguente:

MAGGIORANZA QUALIFICATA - il Consiglio adotta l'atto a maggioranza qualificata congiuntamente al Parlamento nelle seguenti materie:

- Miglioramento dei luoghi di lavoro per la protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori; condizioni di lavoro;
- Informazione e consultazione dei lavoratori;
- Uguaglianza tra uomo e donna nel mercato del lavoro e nel lavoro;
- Integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro.

UNANIMITÀ – il Consiglio può agire ma all'unanimità e con la semplice consultazione del Parlamento nelle seguenti materie:

- Sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori;
- Contratti di lavoro;
- Rappresentazione e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, compresa la cogestione; condizioni di lavoro di cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti sul territorio comunitario;
- Contributi finanziari per la promozione e creazione di lavoro.

Rimanevano specificamente escluse (ex. art.137 par. 5) le questioni

riguardanti la remunerazione, il diritto di associazione e il diritto di sciopero¹³¹. Mentre, la sicurezza sociale e la protezione sociale restavano strettamente legate al voto all'unanimità, ed in questo ambito gli Stati membri “conservano la facoltà di definire i principi fondamentali dei loro sistemi di sicurezza sociale”, lasciando al Consiglio la sola possibilità di intraprendere azioni di coordinamento tra gli Stati.

Per ovviare alle difficoltà poste dal voto all'unanimità, già con il Trattato di Nizza, successivamente riprese dal Trattato di Lisbona, sono state previste delle cosiddette “passerelle”, cioè la possibilità che alcune materie particolarmente sensibili, quali contratti di lavoro, rappresentanza e difesa dei lavoratori, condizioni di lavoro, lavoratori migranti da paesi terzi, a seguito di una votazione all'unanimità del Consiglio, possano passare alla procedura ex art. 251 (art.194 TFUE) che prevede invece la maggioranza qualificata.

Per tutte quelle materie che non sono specificamente attribuite alla competenza comunitaria è d'obbligo specificare che, l'assenza di una base giuridica specifica, non ha mai costituito un ostacolo insormontabile allo sviluppo dell'azione comunitaria.

In particolar modo, tutte le volte in cui una normativa sociale abbia un'ingerenza nel mercato unico, viene giustificata una azione dell'Unione per il riavvicinamento delle normative nazionali ex art. 94 TCE¹³²(art. 114 TFUE) ed ex art. 308 TCE (art. 352 TFUE), procedura che prevede il voto all'unanimità e la mera consultazione del Parlamento. Attraverso la base giuridica offerta dall'art. 94, sono state adottate, ad esempio, le direttive sul dislocamento d'imprese nel territorio comunitario e le direttive di implementazione della parità di trattamento prevista dall'art. 141; mentre invece, la politica generale d'uguaglianza sociale e professionale tra uomo e donna è stata sviluppata sulla base dell'art. 308 TCE¹³³, il quale prevede la possibilità di intervento

¹³¹ A questo proposito anche queste questioni possono in realtà riguardare i diritti comunitari. La Corte di Giustizia ha affermato la natura di diritto fondamentale proprio del diritto di sciopero e pertanto essa ha operato anche in questo campo un bilanciamento tra questo diritto e le libertà economiche (cfr. casi Viking, Laval e Rüffert).

¹³² Art. 94: La Comunità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento e del comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune.

¹³³ Art. 308: Quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del

comunitario ogni qual volta si voglia raggiungere uno degli obiettivi fissati dal Trattato, senza che questi preveda una base giuridica specifica. Questa procedura è, infatti, stata prevista proprio per dare la possibilità alla Unione di intervenire in tutte quelle materie “nuove” la cui previsione non era inserita nel Trattato di Roma ma che, comunque, rientrano nell’ambito degli obiettivi comunitari.¹³⁴

10.2 L’integrazione negativa delle libertà economiche e il rapporto con i sistemi nazionali di Welfare

Il maggiore ostacolo per un armonizzazione della politica sociale comunitaria rimane, il rapporto con i diritti e le gelosie nazionali e nello specifico bisogna soffermarsi sull’interazione profonda che esiste tra la libertà di circolazione dei lavoratori e la libera prestazione di servizi ed i problemi legati alla politica sociale. Più le libertà in questione espandono i propri confini, tanto più entrano in crisi i sistemi nazionali poiché, assicurata ai cittadini europei la possibilità di muoversi liberamente sul territorio comunitario, occorre assicurare loro anche tutta una serie di servizi connessi tra i quali, in primo luogo, i diritti di sicurezza sociale. Essendo queste materie di esclusiva competenza nazionale, occorre un coordinamento delle politiche nazionali in materia, al fine di assicurare ai lavoratori tutte le garanzie connesse al loro status.

Sotto questo profilo la giurisprudenza comunitaria ha da sempre avuto un atteggiamento altalenante che ha generalmente preferito le libertà economiche a scapito della dimensione sociale.

Dopo una prima fase di sostanziale indifferenza al tema, è solo negli anni ’60, con le sentenze Stauder¹³⁵ e Internationale Handelsgesellschaft¹³⁶, che la Corte di Giustizia riconosce che la “tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte

mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente Trattato abbia previsto i poteri d’azione a tal uopo richiesti, il Consiglio deliberando all’unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso.

¹³⁴ Sulla base dell’art. 308 sono state adottate la Direttiva 76/207 CEE del 9 febbraio 1976 (in GU L 39 del 14.2.1976, pagg. 40–42) sull’uguaglianza professionale tra uomo e donna e, la Direttiva 79/7 CEE del 19 dicembre 1978 (in GU L 6 del 10.1.1979, pagg. 24–25) sull’uguaglianza in materia di sicurezza sociale. Cfr. Sent. Stauder del 12 novembre 1969, causa 29/69, in Racc.[1969] p. 420.

¹³⁵ Cfr. Sent. Stauder del 12 novembre 1969, causa 29/69, in Racc.[1969] p. 420.

¹³⁶ Cfr. sent. Internationale Handelsgesellschaft del 17 dicembre 1970, causa 11/70, in Racc. [1979] p. 1125; sent. Hauer, causa 44/1979, in Racc. [1979] p. 3727.

di Giustizia garantisce l’osservanza” e che “la salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, deve essere garantita entro l’ambito della struttura e delle finalità della comunità”. Nella sentenza Internationale Handelsgesellschaft, la Corte di Giustizia utilizzando la nozione di “tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri” quali principi generali del diritto comunitario riconosce, per la prima volta, che di questi fa parte integrante la tutela dei diritti fondamentali. Con la successiva sentenza Nold¹³⁷, la Corte completerà questo percorso sempre ricorrendo alle tradizioni costituzionali comuni, incorporando gli strumenti internazionali di protezione dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito).

A seguito di questa giurisprudenza della Corte di Giustizia, si riconosce come pienamente conseguita l’incorporazione dei diritti fondamentali nell’ordinamento dell’Unione, almeno nel senso che tale giurisprudenza possa essere estesa, oltre che alle istituzioni e agli atti di tale ordinamento sovra-nazionale¹³⁸, alla stessa normativa degli Stati membri attuativa del diritto dell’Unione. Un assunto, questo, dal quale rimarrebbe preclusa la sola normativa nazionale¹³⁹ priva di ogni legame con quest’ultimo ordinamento, con la logica conseguenza che, in tal modo, i diritti fondamentali, di cui la Corte di Giustizia assicura la tutela, sono “sì libertà fondamentali ma ... in quanto strumentali agli obiettivi economici dei Trattati, cioè come garanzie proprie del sistema comunitario”¹⁴⁰.

Questo significa che mentre i diritti fondamentali civili e politici, strettamente connessi al piano economico, ricevono una protezione diretta da parte della Corte di Giustizia, quelli sociali vengono interpretati più come clausole generale di indirizzo della politica comunitaria e, pertanto, la loro tutela viene assoggettata alle esigenze della creazione del mercato interno.

Difatti, si può notare come anche lo sviluppo della tutela della parità di trattamento tra uomo e donna, risulta essere strettamente connesso alla

¹³⁷ Causa 4/73, 14 maggio 1974 in *Racc.* [1974] pagina 00491.

¹³⁸ Come si sancisce nella sentenza *Wachauf* (causa 5/88, 13 luglio 1989 in *Racc.* [1989] pagina 02609).

¹³⁹ Come viene sancito nella sentenza *Kremzow* (causa C-299/95, 29 maggio 1997 in *Racc.* [1997] pagina I-02629).

¹⁴⁰ Punto 14 della sentenza.

garanzia di un equilibrio del mercato interno e, che le tutele approntate servono, in ultima analisi, a limitare gli effetti negativi di un social dumping di genere all'interno della comunità¹⁴¹.

Ma quale impatto ha avuto nei confronti degli ordinamenti nazionali tale tipo di giurisprudenza.

Molto spesso gli Stati hanno attribuito la colpa del deficit sociale interno, ai vincoli comunitari, ma tale affermazione non può essere ben intesa se non ci si sofferma sulla relazione che esiste tra la tutela delle libertà economiche e la limitazione dei diritti sociali.

Certamente non è nelle intenzioni comunitarie erodere le competenze nazionali in materia, però è certo è che, tanto più le limitazioni delle libertà di circolazione vengono sanzionate dalla Corte, tanto meno è possibile fondare tali limitazioni sull'esigenza di tutela dei diritti sociali. Infatti, a seguito della costituzionalizzazione delle libertà economiche esse assurgono al ruolo di diritti fondamentali dell'ordinamento europeo e, pertanto, finiscono per poter essere limitate, solo in caso di ragioni imperative di interesse generale. Ora, poiché i diritti sociali non sono ancora stati riconosciuti come fondamentali dalla Corte è gioco forza che nel bilanciamento con le libertà economiche essi soccomberanno, in quanto interessi secondari per l'ordinamento comunitario. Lo sbilanciamento che si è venuto a creare tra tutela nella dimensione nazionale e nella dimensione sovranazionale ha generato molti timori che si sono espressi chiaramente nei referendum di bocciatura del Trattato costituzionale e in quello successivo del Trattato di Lisbona.

A partire dagli anni ottanta con le prime direttive in materia di lavoro, l'espansione del diritto comunitario non riesce, nonostante le previsioni del Trattato di Amsterdam, a produrre risposte compensative nella sfera delle politiche sociali. I principi della costituzione economica europea si impongono “infiltrandosi”¹⁴², per via dell'integrazione negativa, oltre i confini tracciati dai Trattati istitutivi, ponendo limiti penetranti sia ai legislatori nazionali sia, sempre più, alle autonomie delle parti sociali,

¹⁴¹ Come si è già detto partendo, da questa giurisprudenza la Comunità ha poi sviluppato tutta una serie di azioni allo scopo di implementare la parità di genere che hanno portato ad ampliare la sfera di protezione fino a far diventare tale principio uno di quelli fondamentali su cui si basa la legislazione comunitaria.

¹⁴² Cfr. G. Lyon-Caen, L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence, in *Droit Ouvrier*, 1992, p. 313.

praticamente in ogni area un tempo riservata alla loro unica sovranità, attraverso la penetrazione dei vincoli imposti dal diritto comune della concorrenza nella sfera delle politiche pubbliche e dei diritti sociali nazionali¹⁴³.

Come si è detto, grande fautrice di questa rottura è stata la giurisprudenza della Corte di Giustizia, attraverso l'espansione delle libertà di circolazione e specialmente di quelle della libera prestazione di servizi.

Il principio del mutuo riconoscimento¹⁴⁴, elaborato nelle sentenze *Dassonville*¹⁴⁵ e *Cassis de Dijon*¹⁴⁶, impone, infatti, un metodo alternativo di integrazione del mercato, radicalmente differente rispetto a quello della armonizzazione. La Corte, statuendo che la mobilità dei lavoratori temporaneamente distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi, dovesse essere assoggettata alle regole previste dall'art. 49¹⁴⁷ e non a quelle previste dall'art. 39, cioè la parità di trattamento dei lavoratori in base alla legislazione del paese ospitante, operava una rivoluzione in materia. Quando tale principio viene esteso, nel 1991¹⁴⁸, anche alla libera prestazione di servizi *tout court*, il sistema di concorrenza degli ordinamenti entra in pieno conflitto con gli ordinamenti nazionali del lavoro. Difatti, in tale ottica, la difesa dai rischi di *dumping sociale* rappresenta ormai una ragione di legittimità della misura nazionale di maggior favore per il lavoratore distaccato, solo però, se sottoposta al vincolo di controllo dell'adeguatezza/proportionalità ai sensi dell'art. 49 e, ciò comporta il rischio della protezione dello standard inferiore dettato dalla normativa del paese del lavoratore distaccato.

Come è facilmente intuibile tale impostazione, così come si è venuta ad esprimere anche a seguito della lettura liberale della Dir.96/71 CE¹⁴⁹ da

¹⁴³ Cfr. Lord Wedderburn, Diritto del lavoro: 40 anni dopo, in *Lav. Dir.*, 2008 p.155 ss.

¹⁴⁴ Tale giurisprudenza postula un vero diritto di immissione nel mercato comune per tutte le merci prodotte legalmente in uno stato membro, assumendo un principio di equivalenza presunta, limitabile solamente per ragioni imperative di interesse generale.

¹⁴⁵ Causa C- 8/74 dell'11 luglio 1974, in *Racc.* [1974] pagina 00837.

¹⁴⁶ Causa C-120/78 del 20 febbraio 1979, in *Racc.* [1979] pagina 00649.

¹⁴⁷ Cfr sentenza *Rush Portuguesa* C-113/89 del 27 marzo 1990, in *Racc.* [1990] pagina I-01417, in materia di esecuzione di un appalto transnazionale.

¹⁴⁸ Cfr. il caso *Säger* C- 76/90 del 25 luglio 1991, in *Racc.* [1991] pagina I-04221.

¹⁴⁹ La direttiva sui lavoratori distaccati prevede infatti la fissazione di standard minimi da parte dello stato ospitante in materia di: periodi massimi di lavoro e minimi di riposo, durata minima delle ferie annuali retribuite, tariffe minime salariali, condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, tutela delle condizioni di lavoro di gestanti o puerpera e di bambini e giovani, parità di trattamento fra uomo e donna e divieto di

parte della Corte, ha creato forti tensioni nei regimi nazionali di lavoro. Infatti, con la fissazione di standard minimi di protezione si rischia di autorizzare il *dumping sociale* all'interno della comunità e di scardinare i livelli di protezione approntati dalle legislazioni interne.

Come si vedrà nel seguente capitolo questo bilanciamento si sta evolvendo e sempre più spesso la Corte ha individuato dei diritti sociali fondamentali che vengono tutelati alla stregua delle libertà economiche.

Nonostante ciò, questo disequilibrio tra diritti ha creato forti resistenze da parte degli Stati membri che temono di vedere smantellati i propri sistemi di tutela dei diritti sociali. A seguito poi, della creazione della cittadinanza europea e dello sviluppo dato dalla Corte di Giustizia alla protezione, ex art.12, alla non discriminazione fondata sulla nazionalità, tale tensione è venuta accrescendosi. Ecco perché la scrittura della Carta dei diritti fondamentali, che riposa sull'assunto della indivisibilità dei diritti, apre nuovi scenari di possibile convergenza dei sistemi nazionali e di tutela sovranazionale.

10.3 La cittadinanza europea e il problema della convergenza dei sistemi nazionali di sicurezza sociale

Con l'istituzione della cittadinanza europea, essere cittadino europeo significa, oggi, potersi muovere su tutto il territorio comunitario e poter godere di tutti quei diritti che, storicamente, erano connessi alla cittadinanza nazionale, oltre ad alcuni totalmente nuovi¹⁵⁰.

Questo significa, innanzitutto, poter godere dell'accesso ai servizi di sicurezza sociale di un altro paese membro come se si fosse nel proprio. Ma, come è facile capire, ciò comporta non pochi problemi per i sistemi nazionali che devono far fronte alle esigenze di cittadini stranieri i quali, proprio grazie allo statuto della cittadinanza europea, devono poter godere delle medesime tutele dei cittadini nazionali¹⁵¹.

discriminazione. Tali materie costituiscono l'ossatura del diritto del lavoro comunitarizzato e d'altra parte sono determinanti per la fissazione del costo del lavoro stesso.

¹⁵⁰ Cfr. gli artt. 17-21 TCE, diritto di circolazione, soggiorno, voto ed eleggibilità al Parlamento europeo e alle elezioni comunali, tutela consolare, petizione al PE, diritto di rivolgersi al Mediatore europeo, di scrivere alle istituzioni nella propria lingua e ricevere risposta nella stessa.

¹⁵¹ Cfr. M. Dougan, Expanding the frontiers of the Union citizenship by dismantling the territorial boundaries of the National welfare states?, in C. Barnard and O. Odudu (dir.), *The outer limits of European union law*,

Per analizzare il problema si prenda ad esempio la materia dell’istruzione e quella della sanità, due ambiti nei quali la Corte di Giustizia è specificamente intervenuta al fine di dettare regole comuni per la disciplina comunitaria.

L’istruzione è tipicamente una competenza statale, tuttavia essa ha subito negli ultimi anni una forte armonizzazione a partire proprio da un caso della Corte di Giustizia,¹⁵² che ha statuito l’obbligo per gli Stati membri di accogliere gli studenti stranieri nelle università, alle medesime condizioni degli studenti nazionali, basandosi sul principio di non discriminazione fondato sulla nazionalità. Ma, d’altro canto, questo comporta, in particolar modo per quegli Stati in cui l’università è gratuita, il rischio di un collasso del sistema, causato del numero eccessivo di richieste d’iscrizione da parte di studenti stranieri¹⁵³.

In tema di sanità la Corte di Giustizia ha da sempre sostenuto la necessità di un rimborso delle spese di cura autorizzate e sostenute in uno Stato diverso da quello del soggetto curato e, ancora, l’effettiva possibilità di usufruire di cure in altro Stato¹⁵⁴.

Come è facile intuire tali diritti, così come configurati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, pongono a capo dei singoli Stati obblighi notevoli sia da un punto di vista economico sia dal punto di vista del riassetto amministrativo.

Per evitare, una decuplicazione dei costi sociali, gli Stati tendono ad approntare limitazioni alla fruibilità dei servizi. Tali limitazioni, non potendo però essere fondate sul criterio della nazionalità, stante la sicura censura che riceverebbero da parte della Corte di Giustizia, tendono ad insistere su caratteri differenti.

Gli Stato ad esempio limitano l’acceso all’università, innalzano il costo delle prestazioni sanitarie diminuendo. L’effetto tutto negativo, consta in una diminuzione, a livello nazionale, della protezione generale offerta, sia ai cittadini nazionali sia a quelli comunitari, favorendo la

Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 116 ss.

¹⁵² Caso *Commissione c. Austria*, C- 147/03, del 7 luglio 2005, in *Racc.* [2005] pagina I-05969.

¹⁵³ C. Marzo, La définition d’une nouvelle méthode de jugement attachée à la citoyenneté européenne”, in Revue trimestrielle de droit européen, luglio/settembre 2009 n. 3.

¹⁵⁴ Si vedano i casi C-120/95 *Decker in Racc.* [1998] pagina I-01831; C-158/96 *Kohll in Racc.* [1998] pagina I-01931, C-56/01 *Inizan in Racc.* [2003] pagina I-12403, C-8/02 *Leichtle in Racc.* [2004] pagina I-02641.

“disgregazione dei sistemi nazionali di sicurezza sociale”¹⁵⁵ per questo occorre ricercare una armonizzazione o riavvicinamento dei sistemi nazionali proprio al fine di scongiurare dannosi effetti di una diminuzione dei servizi, che sempre più spesso vengono giustificati, dagli Stati membri, come conseguenza dell’applicazione del diritto comunitario.

Nel 2010 l’Unione Europea ha lanciato Europa 2020, una strategia decennale per la crescita tesa a superare le crisi che continua ad affliggere numerosi Stati membri dell’UE. La strategia punta a creare le condizioni per un diverso modello di sviluppo che sia più intelligente, più sostenibile e più solidale. Per conseguire questo risultato, la Commissione ha fissato cinque obiettivi chiave che l’UE dovrà raggiungere entro il 2020 e che riguardano l’occupazione, l’istruzione, la ricerca e l’innovazione, l’integrazione e la riduzione della povertà, il clima e l’energia.

La Commissione europea sostiene e completa le politiche promosse dagli Stati membri nei campi della protezione sociale e dell’integrazione fissando alcuni obiettivi per una crescita intelligente, sostenibile e solidale.

Le iniziative prioritarie della strategia Europa 2020, tra cui la piattaforma contro la povertà e l’emarginazione e l’agenda per nuove competenze e per l’occupazione, sostengono gli sforzi compiuti per raggiungere tali obiettivi.

Inoltre, sempre nel 2010, è stato istituito un importante strumento politico: il «semestre europeo», che va da gennaio a luglio di ogni anno. Esso prevede un’analisi da parte dell’UE delle politiche economiche degli Stati membri e l’adozione di raccomandazioni specifiche per i singoli paesi, prima che questi preparino i rispettivi progetti di bilancio e li sottopongano al dibattito parlamentare nazionale. Le raccomandazioni riguardano spesso l’occupazione, la protezione sociale e l’integrazione (e quindi le riforme del mercato del lavoro, la povertà, l’integrazione delle persone vulnerabili nel mercato del lavoro e la riforma delle pensioni).

¹⁵⁵ In questo senso si veda S. Simitis, Dismantling on strengthening labour law: the case of European Court of Justice, in ELJ, 1996, p. 1.

Nel 2013 la Commissione europea oltre a presentare una proposta legislativa per migliorare il servizio di informazione e consulenza per i lavoratori che si spostano all'interno dell'UE, ha approvato un «pacchetto di investimenti sociali per la crescita e la coesione» per aiutare l'Unione europea a conseguire una crescita solidale entro il 2020. Tale pacchetto delinea un quadro politico e propone azioni concrete da adottare a livello dell'UE e degli Stati membri, nonché una guida per l'utilizzo dei fondi europei a sostegno delle riforme.

L'Unione punta a spezzare il circolo vizioso dello svantaggio per i bambini e affronta aspetti quali l'invecchiamento demografico, l'inserimento attivo delle persone escluse dal mercato del lavoro, il fenomeno dei senzatetto, i servizi sociali di interesse generale, l'assistenza di lunga durata e la salute.

Gli investimenti in campo sociale sono una delle funzioni svolte dalle politiche sociali insieme alla protezione sociale e alla stabilizzazione dell'economia.

Nel 2014 EURES è diventato un vero e proprio servizio per l'impiego a livello dell'UE e assicurerà una maggiore assistenza nel processo di assunzione e collocamento dei lavoratori al di là dei confini nazionali. In particolare, sosterrà gruppi specifici di lavoratori con un elevato potenziale di mobilità geografica e i datori di lavoro che incontrano difficoltà ad assumere nel loro paese.

Sempre nel 2014 il coordinamento dei regimi di sicurezza sociale viene rivisto in due settori: da un lato garantisce una maggiore mobilità per le persone in cerca di lavoro e estende il periodo in cui si ha diritto a ricevere l'indennità di disoccupazione all'estero e, dall'altro, introduce norme più chiare in materia di accesso dei cittadini dell'UE all'assistenza a lungo termine in uno Stato membro diverso da quello di residenza.

La strategia Europa 2020 vuole rilanciare l'economia dell'UE con obiettivi ambiziosi, in materia di occupazione, innovazione, istruzione, integrazione sociale ed energia/clima, compreso quello di far uscire almeno 20 milioni di persone dalla povertà e dall'emarginazione, aumentare al 75% il tasso di occupazione della popolazione in età lavorativa (20-64 anni). Tali obiettivi dovrebbero dirsi raggiunti sempre

entro il 2020.

Con il pacchetto di investimenti in campo sociale, la Commissione intende aiutare gli Stati membri a modernizzare i loro sistemi previdenziali prevedendo investimenti sociali in qualsiasi fase della vita delle persone e va a completare gli altri pacchetti di seguito indicati:

- il pacchetto Occupazione, che indica la strada da percorrere per una ripresa all'insegna del lavoro;
- il Libro bianco sulle pensioni, che illustra una strategia per ottenere pensioni adeguate, sostenibili e sicure;
- il pacchetto per l'occupazione giovanile, che affronta in modo specifico la situazione dei giovani.

Il semestre europeo fornisce il quadro per **orientare e controllare le riforme economiche e sociali che i paesi dell'UE** sono tenuti ad avviare per raggiungere gli obiettivi della strategia Europa 2020. Le sfide e le soluzioni proposte si riflettono nelle raccomandazioni rivolte a ciascun paese.

Poiché le politiche sociali sono parte integrante della strategia Europa 2020, la Commissione sostiene anche gli sforzi compiuti dai paesi europei per affrontare le rispettive sfide sociali mediante le azioni previste dalla piattaforma contro la povertà e l'emarginazione e dal pacchetto di investimenti in campo sociale, nonché tramite i Fondi dell'UE, specie il Fondo sociale europeo.

La Commissione collabora con i paesi dell'UE all'interno del **Comitato per la Protezione Sociale**¹⁵⁶, che nei campi dell'integrazione, dell'assistenza sanitaria, dell'assistenza di lunga durata e delle pensioni si avvale del metodo aperto di coordinamento (OMC in campo sociale)¹⁵⁷.

Si tratta di un **processo volontario** per la collaborazione politica che comporta la determinazione di obiettivi comuni e la verifica dei progressi

¹⁵⁶ Comitato consultivo della politica dell'Unione europea, istituito dal trattato sul funzionamento dell'Unione europea (articolo 160), che: **monitora le condizioni sociali** nell'Unione europea e lo sviluppo delle politiche di protezione sociale nei paesi membri e facilita la discussione ed il coordinamento degli approcci politici tra le autorità nazionali e la Commissione preparando il dibattito in Consiglio sulla politica sociale e le raccomandazioni ai vari paesi per il semestre europeo.

¹⁵⁷ L'MCA sociale viene utilizzato dagli Stati membri per sostenere la definizione, l'attuazione e la valutazione delle loro politiche sociali e per sviluppare la loro reciproca cooperazione. Il metodo, dimostratosi uno strumento di governance fondato su obiettivi e indicatori comuni, completa gli strumenti legislativi e finanziari della politica sociale. Esso partecipa alla realizzazione del processo di coordinamento delle politiche sociali, in vista soprattutto della rinnovata strategia di Lisbona.

compiuti in vista di tali obiettivi mediante l'uso di indicatori comuni. Il processo prevede anche una stretta collaborazione con i vari interlocutori, tra cui le parti sociali e la società civile.

Attualmente vi sono nell'UE circa 116 milioni di persone (circa il 23 % della popolazione totale) che vivono al di sotto della soglia di povertà, o a rischio di povertà e di emarginazione. Si tratta in gran parte di donne e bambini.

Inoltre, più dell'8 % degli europei vive in condizioni di grave disagio materiale e non può permettersi beni e servizi che molti di noi considerano essenziali per vivere una vita dignitosa in Europa, come ad esempio un riscaldamento adeguato, il poter far fronte a spese inattese, una lavatrice, un telefono o un'automobile. Nei paesi più poveri questa percentuale supera il 30 %.

Inoltre, circa il 10 % degli europei in età lavorativa vive in famiglie in cui non lavora nessuno.

Con oltre 26 milioni di disoccupati nell'UE (novembre 2013), è chiaramente essenziale accrescere gli sforzi per ridurre questa cifra. Uno degli obiettivi chiave della strategia Europa 2020 è far sì che, entro la fine del decennio, il 75 % della popolazione attiva (dai 20 ai 64 anni) abbia un lavoro.

Le iniziative prioritarie per l'occupazione, gli affari sociali e l'integrazione sono:

- "Youth on the move", che mira ad aumentare le opportunità di lavoro dei giovani, aiutando studenti e apprendisti ad acquisire un'esperienza professionale in altri paesi e migliorando la qualità e attrattiva dell'istruzione e della formazione in Europa.
- Un'agenda per nuove competenze e per l'occupazione, che intende dare nuovo impulso alle riforme del mercato del lavoro, per aiutare le persone ad acquisire le competenze necessarie per le future professioni, creare nuovi posti di lavoro e rivedere il diritto del lavoro europeo.
- Piattaforma europea contro la povertà e l'emarginazione: si tratta di un'iniziativa per stimolare a tutti i livelli gli sforzi per conseguire l'obiettivo, convenuto dall'UE, di liberare almeno 20

milioni di persone dalla povertà e dall'emarginazione entro il 2020.

La Commissione europea eroga fondi per progetti riguardanti l'occupazione, gli affari sociali e l'integrazione mediante i seguenti programmi:

Fondo sociale europeo (FSE)

Il Fondo sociale europeo finanzia progetti intesi ad aiutare le persone a migliorare le loro competenze e prospettive professionali. Per candidarsi, le organizzazioni pubbliche e private devono mettersi in contatto con gli enti preposti alla gestione dell'FSE nel proprio paese. La Commissione europea fissa le priorità di finanziamento, ma non è direttamente coinvolta nella selezione dei progetti.

Programma dell'UE per l'occupazione e l'innovazione sociale (EaSI)

Il programma per l'occupazione e l'innovazione sociale (EaSI) è uno strumento di finanziamento a livello europeo gestito direttamente dalla Commissione europea per sostenere l'occupazione, la politica sociale e la mobilità dei lavoratori in tutta l'UE. Per chiedere un finanziamento, le organizzazioni ammissibili devono rispondere ad un bando di gara o invito a presentare proposte.

Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione (FEG)

Il FEG viene in soccorso dei lavoratori che hanno perso il lavoro a seguito di mutamenti strutturali del commercio mondiale, aiutandoli a trovare quanto prima una nuova occupazione. Le persone disoccupate e le imprese con esuberi che desiderino chiedere un finanziamento sono pertanto invitate a contattare le autorità nazionali competenti.

Fondo di aiuti europei agli indigenti (FEAD)

Il FEAD sostiene gli interventi promossi dai paesi dell'UE per prestare assistenza materiale ai più indigenti. Le autorità nazionali selezionano le organizzazioni partner che erogano l'assistenza, sulla base dei programmi nazionali per il periodo 2014-2020 approvati dalla Commissione.

Come si può ben vedere l'Unione Europea dispone di numerosi programmi e strumenti di sviluppo economico e sociale che spesso, purtroppo, non vengono utilizzati.

È triste constare che quella che dovrebbe essere una grande opportunità a

causa dell'incapacità di alcuni Governi nazionali e dell'ingerenza di banche e borse interessate unicamente al profitto, stanno facendo nascere un sentimento di odio e repulsione verso quel grande sogno chiamato «Europa», che Rifkin vede ancora oggi come una terra promessa.

L'Europa, purtroppo, contrariamente al sogno di Rifkin non è stata capace di uniformare le politiche sul lavoro e sull'assistenza che nei vari paesi europei presentano specificità che riflettono i valori culturali e solidaristici dominanti in ciascun sistema.

La mancanza di omogeneità tra i vari stati sociali è stata riconosciuta anche dalla Commissione europea, che ha evitato di imporre processi forzati di armonizzazione, introducendo un “metodo di coordinamento aperto”, delineato attraverso i successivi Consigli di Lisbona, Feira e Nizza, al fine di rafforzare l'integrazione e la coesione europea.

Purtroppo finché l'Unione Europea non diventerà vera unione di popoli, riducendo notevolmente anche la farraginosità della sua burocrazia, quello di Rifkin resterà solo un sogno o, ancora peggio, si trasformerà in un incubo che sta nascendo dal malcontento popolare e che proprio in questi giorni, come predetto, rivive nei risultati delle elezioni del Parlamento europeo che sembra iniziare a riproporre quel triste passato che sembrava solo illusoriamente tale.

Nel terzo capitolo di questo lavoro si analizzerà, l'evoluzione recente della politica sociale europea, tesa alla ricerca di un nuovo assetto delle politiche sociali nazionali e comunitarie, e ci si soffermerà sull'importanza della stesura della Carta dei diritti fondamentali che, ricompattando la triade diritti civili, politici e sociali, potrebbe rappresentare la nuova base per sviluppare un riequilibrio tra mercato interno e sistemi nazionali di welfare.

CAPITOLO III

I DIRITTI SOCIALI E LA CARTA DEI DIRITTI

FONDAMENTALI

I. Il ruolo della Corte di Giustizia nella costituzionalizzazione dei diritti fondamentali nel difficile rapporto tra libertà economiche e diritti sociali

A causa dell'assenza di un catalogo comunitario dei diritti sociali direttamente vincolante, giunto poi con la carta di Nizza, la Corte di Giustizia ha colmato questo vuoto occupandosi non di singoli diritti sociali, di competenza esclusiva dei singoli Stati membri, bensì, della tutela delle garanzie sociali dei cittadini migranti, all'interno dell'Unione che con la libertà di circolazione e l'introduzione della cittadinanza europea, hanno sollecitato sempre più l'intervento della Corte.

La Corte è intervenuta al fine di evitare discriminazioni fondate sulla nazionalità relativamente alle cd. prestazioni sociali transfrontaliere (sanità, istruzione, benefit sociali ecc.) a cui il cittadino nazionale ha accesso nel proprio Stato d'origine, per il solo fatto di essere cittadino e che generalmente non vengono garantiti, o per lo meno non nella stessa misura, ai non nazionali.

Tali prestazioni, che dovrebbero essere garantite a prescindere dalla nazionalità, dovrebbero essere la logica conseguenza della possibilità di circolare e soggiornare liberamente per i cittadini dei 28 Stati membri

estendendo loro tutti quei servizi che venivano di norma garantiti ai soli cittadini nazionali dagli ordinamenti interni.

La tutela di queste situazioni si è sviluppata nella giurisprudenza della Corte sulla base di due principi fondamentali: la solidarietà da un lato, e la non discriminazione e parità di trattamento, dall'altro¹⁵⁸.

2. L'ordinamento comunitario e il principio di solidarietà

La Corte di Giustizia con la sua giurisprudenza, definita da molti “giurisprudenza eroica”¹⁵⁹ fondandosi, anche, sull’istituto della cittadinanza europea, ha innovato l’applicazione delle norme di diritto secondario, estendendo gradualmente alla libertà di circolazione dei lavoratori, di stabilimento e di prestazioni di servizi, il divieto di apporre limiti, anche, di carattere non prettamente discriminatorio¹⁶⁰. In effetti, le direttive in materia di libera circolazione hanno subito un notevole ridimensionamento, accolto, poi, nella direttiva 2004/38, che ricalca sostanzialmente la giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia.

La normativa comunitaria sulla politica sociale si basa sui due principi di solidarietà (non discriminazione\pari opportunità) e libertà di circolazione (transnazionalità\cittadinanza comunitaria) che sottostanno,

¹⁵⁸ Per un commento generale al principio di solidarietà in rapporto con l’Istituto della cittadinanza si veda, Bernard C., Solidarity and the Commission’s “Renewed Social Agenda, in Ross M., Borgmann-P Yribil., Promoting solidarity in the European Union, pp.73-106, 2010, Oxford, e dello stesso autore, EU citizenship and the principle of solidarity, in Dougan M., Spaventa E., Social welfare and EU law, pp. 157-180, 2005, Hart.

¹⁵⁹ In tal senso, si veda Bifulco- Catabia-Celotto, Introduzione, in ID. (a cura di), L’Europa dei diritti, Bologna, 2001, 12 ss., nonché i numerosi testi comunitari dalla Dichiarazione di Copenhagen del 7-8 aprile 1978 sulla democrazia al Preambolo dell’Atto unico europeo del 1986 e l’art. 6 TUE che prevede esplicitamente il rispetto di tali diritti (ex art. F del Trattato di Maastricht del 1992, poi modificato dal Trattato di Amsterdam del 1998).

La Corte superava così l’iniziale indirizzo espresso nelle sentenze 4 febbraio 1959, C-1/58, Storck , in Racc., 1959, 43 e 18 maggio 1962, C-13/60, Geitling, ivi, 1962, 264, ove veniva negata la possibilità di interpretare il diritto comunitario in conformità con le disposizioni nazionali in tema di diritti fondamentali, a partire dalla sentenza 12 novembre 1969, C-29/69, Stauder c. Stadt Ulm, in Racc., 1969, 419. Così, WEILER, Editorial: Does the European Union truly need a Charter of Rights?, in European Law Journal, 2000, 95.

¹⁶⁰ Si veda C. Barnard, The substantive law of the EU. The four freedoms, Oxford, 2004.

però, al principio di sussidiarietà, vista la competenza normativa esclusiva che gli Stati membri hanno in materia sociale confermata anche nel trattato di Lisbona¹⁶¹. Tale deficit di competenza ha, come conseguenza limitante, che il riavvicinamento degli ordinamenti nazionali in materia, è affidato a direttive specifiche ed al metodo di coordinamento aperto che rendono tale politica settoriale e non omogenea. Il risvolto positivo sta nel fatto che in ogni caso si sta sviluppando sempre più una politica sociale comunitaria¹⁶².

Attualmente, i cittadini dell'Unione godono di una serie di garanzie in materia di prestazioni sociali intracomunitarie, basate su norme di collegamento, sapientemente interpretate dalla Corte di Giustizia come nel caso dell'interpretazione congiunta degli artt. 18 e 21 del TFUE¹⁶³.

Tale tipo di approccio, si fonda su basi opposte rispetto alle politiche di mercato comunitarie. Infatti il mercato interno si è costruito dall'alto, attraverso una relazione verticale tra normativa Ue e normative interne, in cui la prima ha modificato quella egli Stati membri facendole convergere verso obiettivi comuni, modificando le relazioni tra singoli¹⁶⁴.

¹⁶¹ Articoli 2,3,4,5,6 del TUE. In dottrina si vedano ex multis: Baratta R., Le competenze , Konstadinides T., Division of powers in European Union law. The delimitation of internal competence between the EU and the Member States, 2009, Kluwer, Sbrescia V. M., Le competenze dell'Unione Europea nel Trattato di Lisbona, 2008, Edizioni Scientifiche dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità, in Diritto dell'Unione Europea, pp. 517-554, 2010.

¹⁶² Politica sociale comunitaria impropriamente detta, in questo senso Azoulaï L., The Court of Justice and the social market economy: the emergence of an ideal and the conditions for its realization, in CMLR, pp. 1335-1356, 2008.

¹⁶³ L'articolo 18 (ex art. 12 Tue) prevede il principio di non discriminazione, e l'articolo 21 (ex art. 18 Tue) dispone la libera circolazione e soggiorno nel territorio dell'Unione.

¹⁶⁴ Secondo la definizione costante, il metodo comunitario è: una procedura decisionale che consente il funzionamento trasparente, efficace e democratico dell'Unione europea. Esso si fonda sull'interazione tra le tre istituzioni dell'Unione ("triangolo istituzionale").
Le caratteristiche principali del metodo comunitario sono: la Commissione europea detiene il monopolio dell'iniziativa legislativa, che esercita nell'interesse europeo generale; il Consiglio dei ministri, decide a maggioranza qualificata sulla maggior parte delle materie; il Parlamento europeo, interviene nel processo legislativo o viene quanto meno consultato; il Consiglio dei ministri può modificare le proposte della Commissione solo all'unanimità; l'attuazione delle politiche dell'Unione europea spetta in linea di principio agli Stati membri; le istituzioni dell'Unione europea possono anch'esse concorrere all'attuazione, in particolare qualora si renda necessario un approccio armonizzato. Il Consiglio dei ministri delega solitamente, i poteri esecutivi alla Commissione; le istituzioni dell'Unione europea, gli Stati membri, nonché le parti interessate possono far ricorso alla Corte di Giustizia delle Comunità europee. Alla Commissione europea ("custode dei Trattati") spetta un ruolo fondamentale nei ricorsi per inadempimento contro gli Stati membri proposti davanti

Al cittadino comunitario è attribuito uno status fondamentale¹⁶⁵, da cui discende il diritto ad accedere, a parità di condizioni, alle prestazioni sociali nazionali. L'interpretazione della Corte, mette al centro la reale possibilità del cittadino comunitario di accedere alle suddette prestazioni alle stesse condizioni del cittadino nazionale¹⁶⁶ riconoscendo, così, il principio di solidarietà nell'ordinamento comunitario¹⁶⁷ utilizzando un approccio cd. incrementale¹⁶⁸, nel senso di riconoscere un aumento dei doveri di solidarietà in capo allo Stato ospitante, mano a mano che si allunga il soggiorno del cittadino migrante sul suo territorio.

Secondo questa interpretazione, la solidarietà nazionale non viene intesa, dal diritto dell'Unione, come attività economica, pertanto, le normative sociali statali rivolte ai cittadini nazionali non migranti, sono escluse dalla assoggettabilità alle norme del mercato interno¹⁶⁹.

Su questa linea si attestano varie sentenze. Le pronunce *Poucet* and

alla Corte. Una delle caratteristiche fondamentali tra quelle summenzionate è la capacità esclusiva di iniziativa legislativa di cui gode la Commissione.

In dottrina tra i molti si segnala, Ziller J., Metodo comunitario e metodo intergovernativo a confronto nell'intrecciamento tra diritto europeo e diritti nazionali, in Bilancia P., Federalismi e integrazione sovranazionale nell'era della globalizzazione: Unione e Mercosur, Milano 2006, p. 196 ss.

¹⁶⁵ Si veda a tal proposito l'atteggiamento della Corte di Giustizia che ha sottolineato in varie occasioni che lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri (v., in particolare, sentenza 20 settembre 2001, causa C -184/99, Grzelczyk, Racc. pag. I- 93, punto31, e 17 settembre 2002, causa C-413/99

¹⁶⁶ Naturalmente, in alcune occasioni, tale approccio della Corte ha suscitato critiche, che l'hanno accusata di negare operatività alle tutele non prettamente istituzionali. Tra i molti si vedano i commenti generali Ballestrero M.V. Europa dei mercati e promozione dei diritti, Wp Csdle "Massimo D'Antona" Int. - 55/2007., Barbera M., Caruso B., In Search of a New Language: Italian Labour Law Scholarship in the face of European Integration, Jean Monnet Working Paper n. 11/07, Bercusson B., The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day, in ELI, 13, p. 279, Blanke T. (2007),Observations on the Opinions of Advocates General Maduro and Mengozzi delivered on 23 May in the Vzking and Laval cases, in Transfer, 3, p. 497., Borelli S., Un (possibile) equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione, in LD, 1, p. 123., Carabelli U., Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE, in RGL, I, p. 33, Condinanzi M., Nascimbene B., La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale, in Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone, vol. XXVI, Il diritto privato dell'Unione Europea, a cura di A. Tizzano, Tomo I,Torino: Giappichelli, 2006 p. 283.

¹⁶⁷ Si veda a tal proposito in particolare il preambolo del Trattato di Lisbona.

¹⁶⁸ Si veda il prosieguo di questo capitolo.

¹⁶⁹ Sul tema si vedano Ross M., In CMLR, pp. 1057-1080, 2007, dello stesso autore, Promoting solidarity: from public services to a european model of competition?The value of solidarity in european public services law, in Krajewsk M., Neergaard U., Van De Groden J., The changing legal framework for services of general economic interest in Europe, pp. 81-99, 2009, T.M.C. Asser; Barnard C., EU citizenship and the principle of solidarity, in Dougan M., Spaventa E., Social welfare and EU law, pp. 157-180, 2005, Hart; dello stesso autore, Solidarity and the Commission's "Renewed Social Agenda", in Ross M., Borgman-Prebil Y., Promoting solidarity in the European Union, pp.73-106, 2010, Oxford.

*Pistre*¹⁷⁰, in materia di assicurazioni di malattia e maternità e i casi *Sodemare*¹⁷¹ e *AOK*¹⁷², in materia di gestione dei servizi delle case di riposo per anziani e delle casse malattia per l'acquisto di medicinali, nelle quali si afferma che le assicurazioni prese in considerazione svolgono, nell'opinione della Corte, un ruolo di tutela identica per tutti gli affiliati al sistema. Si tratta, infatti, di prestazioni sociali garantite a cittadini nazionali non migranti, sulla base del solo diritto nazionale, che pertanto non entrano in conflitto con il diritto comunitario perché non comportano il fattore della transnazionalità per il loro godimento e, dunque, non ricadono nell'ambito di applicazione del mercato unico. Infatti, il diritto comunitario non configge con i sistemi nazionali di welfare, dato che non esiste uno standard comunitario di welfare state di riferimento. La tutela offerta dalla Corte di Giustizia si fonda quindi, sul principio di non discriminazione per situazioni simili. Nel momento in cui il rapporto nasce e muore all'interno di un singolo ordinamento nazionale, che tratta in maniera uguale tutti gli affiliati¹⁷³, la discriminazione non sussiste e pertanto il diritto comunitario non crea alcun vincolo. L'atteggiamento dell'Unione nei confronti dei singoli ordinamenti sociali nazionali è di tipo solidale, nel senso che il diritto comunitario non entra nel merito delle scelte di politica sociale dei

¹⁷⁰ Corte di Giustizia Cause riunite C-159/91 e C-160/91 Racc. [1993] pagina I-00637

¹⁷¹ Corte di Giustizia Causa C-70/95 Racc. [1997] pagina I-0339.

¹⁷² Corte di Giustizia Cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01 Racc. [2004] pagina I-02493

¹⁷³ In *Poucet & Pistre* la Corte aveva stabilito che gli enti incaricati della gestione di alcuni regimi legali di assicurazione obbligatoria, previsti dall'ordinamento francese in favore dei lavoratori autonomi, per malattia, maternità e vecchiaia, non sono soggetti alle regole del Trattato sulla concorrenza. Nel caso *Sodemare* la Corte aveva considerato compatibile con le regole del mercato interno che uno Stato membro consenta agli operatori privati che non perseguono fini di lucro di concorrere alla realizzazione del sistema di assistenza sociale con la stipula di convenzioni che danno diritto al rimborso da parte dello Stato dei costi di servizi d'assistenza sociale a rilevanza sanitaria. Queste misure evidentemente costituiscono restrizioni alla libertà di stabilimento, ma, alla luce del potere statale di definire il proprio sistema di sicurezza sociale, la Corte afferma che «l'impossibilità per le società che perseguono fini di lucro di partecipare automaticamente alla realizzazione di un sistema legale di assistenza sociale di uno Stato membro con la stipulazione di una convenzione che dà diritto al rimborso da parte dello Stato dei costi di servizi di assistenza sociale a rilevanza sanitaria non può collocare le società a fini di lucro di altri Stati membri in una situazione di fatto o di diritto sfavorevole in relazione a quella delle società a fini di lucro dello Stato membro di stabilimento».

singoli Stati membri, purché una volta che tale scelta sia stata effettuata venga perseguita in maniera non discriminatoria e solidale nei confronti dei propri cittadini, siano essi originariamente cittadini nazionali (per nascita e/o acquisizione) ovvero cittadini comunitari.

In quest'ottica, la solidarietà tra Stati è intesa come strettamente interconnessa al principio di non discriminazione dei singoli individui¹⁷⁴.

Per ciò che riguarda i cittadini migranti, la Corte sostiene che “lo status di cittadino dell'Unione è lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri. Di conseguenza, essi hanno il diritto di richiedere i medesimi benefici spettanti ai cittadini dello Stato ospitante e alle stesse condizioni di questi ultimi¹⁷⁵ indipendentemente dalla nazionalità, fatte salve le eccezioni espressamente previste¹⁷⁶.

Questo approccio adottato dalla Corte è definito di tipo “incrementale¹⁷⁷”, nel senso che i diritti “sociali”, o per meglio dire le pretese sociali, dei cittadini migranti, maturano e si ampliano mano a mano che il cittadino migrante prolunga il proprio soggiorno nel paese ospitante. Tale tipo di interpretazione è presentata per la prima volta, nelle cause riunite *Stöber e Pereira*¹⁷⁸, nelle quali si sostiene che la situazione dei cittadini migranti passa da una fase (corta permanenza), in

¹⁷⁴ Per tutti S. Rodotà, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in A. Manzelli, P. Melograni, E. Paciotti e S. Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna: Il Mulino, 2001, p. 57 ss. e S. Giubboni, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, in *Dir. Unione Europea*, 2003, p. 339 ss.

¹⁷⁵ La sentenza Römer (C-147/08) conferma la precedente giurisprudenza, della Corte di Giustizia, in tema di divieto di discriminazione basata sull'orientamento sessuale tra coppie dello stesso sesso e di sesso diverso in quegli Stati dove tali regimi sono sostanzialmente simili. Nel caso di specie, una pensione complementare di vecchiaia versata ad una persona legata ad un partner in un'unione civile, inferiore a quella concessa ad una persona sposata, costituisce una discriminazione fondata sulle tendenze sessuali qualora l'unione civile sia riservata a persone dello stesso sesso e si trovi in una situazione di diritto e di fatto paragonabile a quella del matrimonio.

¹⁷⁶ Corte di Giustizia Causa C- 184/99 *Grzelczyk v. Centre public d'aide social d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, Racc. [2001] pagina I-06193, par. 31 che richiama le conclusioni dell'Avvocato Generale La Pergola della Causa C- 85/96 *Martinez Sala*, Racc. [1998] pagina I-02691

¹⁷⁷ Cfr. C. Barnard, EU citizenship and the principle of solidarity, in M. Dougan, E. Spaventa, Social welfare and EU law, Hart Pb., 2005, pag. 166 ss.

¹⁷⁸ Corte di Giustizia Cause riunite C- 4/95 e C-5/95, in Racc. [1997] pagina I-00511

cui i diritti ai benefici sono molto limitati, ad una seconda (media permanenza), in cui i migranti devono essere titolari dei medesimi benefici dei nazionali, sulla scorta della solidarietà transnazionale, ed infine, una situazione di equiparazione ai cittadini nazionali (lunga permanenza), in cui i benefici sociali sono attribuiti ai migranti, sulla base del principio della solidarietà nazionale.

Questo tipo di approccio è il medesimo che è stato poi accolto dalla Direttiva relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri¹⁷⁹. Infatti, la direttiva ricalca fedelmente la distinzione concernente i residenti a lungo termine, già operata dalla Corte di Giustizia a partire dalla sentenza *Martinez Sala*.

Grazie alla giurisprudenza della corte si è messa fine ad una distinzione discriminante tra cittadini attivi economicamente e lavorativamente e non operata dalla direttiva 90/364¹⁸⁰, che nell'introdurre il diritto di circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'Unione, assoggettava il godimento *cross-border* ai servizi di assistenza sociale, da parte del cittadino economicamente inattivo, a due requisiti: mezzi economici sufficienti a non diventare un peso per l'assistenza sociale dello Stato ospitante, e la titolarità di un'assicurazione a totale copertura contro il rischio di malattia configurando, di fatto, due tipi di diritti di cittadinanza: da un lato i cittadini economicamente attivi, titolari di benefici, sul presupposto del loro contributo allo sviluppo economico del

¹⁷⁹ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, in *GU L 158 del 30.4.2004*, pagg. 77–123.

¹⁸⁰ Direttiva 90/364/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno, in *GU L 180 del 13.7.1990*, pagg. 26–27

paese¹⁸¹, dall'altro, quello dei cittadini economicamente inattivi esclusi da tali benefici.

È con il caso *Martinez Sala*, che la Corte di Giustizia ha messo fine a tale duplice visione della cittadinanza europea, aprendo ad una visione unitaria che riconosce a tutti i cittadini comunitari, di beneficiarne in quanto cittadini comunitari migranti¹⁸² dei medesimi diritti siano essi attivi economicamente o non.

La sentenza in esame riguarda il caso della signora Sala, una cittadina spagnola, che viveva in Germania dall'età di 12 anni a seguito del rinnovo di successivi permessi di soggiorno. Nel 1993 la signora partorì in Germania e, l'autorità tedesca, le negò il sussidio per l'educazione del figlio, poiché non risultava lavoratrice e il suo permesso di soggiorno era scaduto anche se in corso di rinnovo. Secondo la Corte in qualità di cittadina comunitaria residente in uno Stato membro diverso dal suo, la signora gode, dei diritti previsti dall'art. 17.2 CE, tra cui quello di non essere discriminata in base alla nazionalità, ex art. 12 CE. La discriminazione, da parte della autorità tedesca, non era relativa al sussidio in sé, regolato da normativa interna ed esclusiva, bensì dalla richiesta discriminatoria del documento (permesso di soggiorno) fatta ad una signora legalmente residente sul territorio tedesco e dunque equiparata a tutti gli effetti ad un cittadino nazionale. Pertanto, conclude la Corte, la signora Sala ha subito una discriminazione diretta sulla base

¹⁸¹ Cfr. Tomuschat C., *Nota alla sentenza Martinez Sala*, in Common Market law review, 2000, p. 455.

¹⁸² Sul tema si vedano Fiedziuk., *Toward a more refined economic approach to services of general economic interest*, in European public law, pp. 271-288, 2010; Fuchs M., *Free movement of services and social security— quo vadis?*, in European law journal, pp. 536-555, 2002; Giubboni S., *Free movement of persons and european solidarity*, in European law journal, pp. 360-379, 2007; Grominka E., *Services of general economic interest in the State aid regime: proceduralisation of political choice?*, in European public law, pp. 429-461, 2005; Hailbronner K., *Union citizenship and access to social benefits*, in CMLR, pp. 1245-1267, 2005.

dell'art.12, che non può essere giustificata come deroga¹⁸³.

La considerazione fondamentale della Corte è quella di ritenere che un cittadino dell'Unione, il quale risieda legalmente e per lungo tempo nel territorio di uno Stato membro ospitante, può avvalersi del principio di parità di trattamento riconosciuto dal Trattato, in tutte le situazioni che rientrano nel campo di applicazione *ratione materiae* del diritto comunitario¹⁸⁴.

Come è stato efficacemente scritto, la Corte sgancia “il concetto di soggiorno legale dai requisiti e dalle condizioni cui è soggetto il diritto di risiedere in un altro Stato membro, con la conseguenza che la natura condizionata di tale diritto risulta neutralizzata dal principio di parità di trattamento ex art. 12”¹⁸⁵, laddove il cittadino ha un rapporto stabile con lo Stato ospitante.

Il caso Sala riguarda i migranti a “lungo termine”, la situazione dei residenti a medio termine viene invece, affrontata nella sentenza *Grzelczyk*¹⁸⁶ studente francese presso un'università Belga che dopo tre anni di residenza in Belgio, richiedeva il *minimex* (sussidio per un reddito minimo garantito), che veniva però rifiutato dall'autorità belga per il fatto che Grzelcyk non era cittadino belga, ed essendo uno studente straniero, aveva l'obbligo di disporre di sufficienti risorse economiche, così come

¹⁸³ L'articolo 36 TFUE, prevede la possibilità di deroghe alle libertà del mercato interno di cui agli articoli 34 e 35 TFUE se giustificate da motivi specifici. La Corte di giustizia fornisce un'interpretazione rigida dell'elenco delle deroghe di cui all'articolo 36 TFUE, le quali riguardano tutte interessi non economici (Causa C-120/95 *Decker*, Racc. 1998, pag. I-1831; causa 72/83). Inoltre, qualsiasi provvedimento deve essere conforme al principio di proporzionalità. L'onere della prova nel giustificare i provvedimenti adottati a norma dell'articolo 36 TFUE spetta allo Stato membro (*Campus Oil*, Racc. 1984, pag. 2727. Causa 251/78 *Denkavit Futtermittel*, Racc. 1979, pag. 3369.), ma quando uno Stato membro fornisce motivazioni convincenti, compete quindi alla Commissione dimostrare che i provvedimenti adottati non sono adeguati per il caso di cui trattasi (Causa C-55/99 Commissione contro Francia, Racc. 2000, pag. I-11499). In dottina cfr. U. Draetta, Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale, Giuffrè, 3 ed.

¹⁸⁴ Cfr. il punto 36 della sentenza.

¹⁸⁵ Cfr. O. Golynker, Jobseekers 'Rights in the European Union : challenges of chaining the paradigm of social solidarity, in European law Review, 2005 p.120

¹⁸⁶ Causa C-184/99 in Racc. [2001] pagina I-06193

previsto dalla direttiva 93/96.

Secondo la Corte ci fu violazione dell'art. 12, in quanto Grzelcyk, cittadino dell'Unione, poteva esercitare “le libertà fondamentali garantite dal Trattato e quelle rientranti nell'esercizio della libertà di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri quale conferita dall'art. 8 A del Trattato”¹⁸⁷. La Corte concorda sul fatto che, essendo il Grzelcyk uno studente, soggiace alla direttiva 93/96, che prevede che gli studenti migranti siano tenuti ad avere sufficienti risorse economiche per non gravare sulle finanze pubbliche, tuttavia, conclude, affermando che poichè il Grzelcyk ha risieduto in Belgio per tre anni, legalmente e con risorse proprie, ha diritto al *minimex*, anche se soltanto per un periodo limitato di tempo. La Corte, dunque, interpreta il Trattato e la direttiva secondo il principio di proporzionalità, ed opera un bilanciamento tra le norme sulla cittadinanza e le disposizioni limitative della direttiva.¹⁸⁸

Lo stesso principio viene ribadito in un altro caso riguardante i migranti a medio termine¹⁸⁹; il signor Baumbast, cittadino tedesco che aveva lavorato in Inghilterra e che qui era rimasto a risiedere con la famiglia, una volta terminato il suo contratto di lavoro, si era visto negare il rinnovo del permesso di soggiorno, a seguito della cessazione del suo rapporto di lavoro.

Infatti, l'autorità britannica, fondava il proprio rifiuto, sulla base del fatto che l'assicurazione medica tedesca del signor Baumbast, non copriva le cure di emergenza in Inghilterra, così come previsto dalla Direttiva

¹⁸⁷ Cfr. punto 33 della sentenza che riprende la sentenza 24 novembre 1998, causa C-274/96, *Bickel e Franz*, Racc. pag. I-7637, punti 15 e 16.

¹⁸⁸ Così Davies G., *Competition, free movement and consumers of public services*, in European business law review, pp. 95-105, 2006; *Subsidiarity: the wrong idea, in the wrong place, at the wrong time*, in CMLR, pp. 63-84, 2006; *Welfare as a service*, in Legal issues of economic integration, pp. 27-40, 2002.

¹⁸⁹ Causa C-413/99, European Court reports 2002 Pag. I-0709

90/364. Secondo la Corte, ai fini dell'applicazione del principio di proporzionalità alle circostanze della causa Baumbast, si deve ricordare, come in primo luogo, non sia stato contestato, nel caso di specie, che il sig. Baumbast disponesse di risorse sufficienti ai sensi della Direttiva 90/364; in secondo luogo, come egli avesse svolto attività lavorativa e, quindi, legittimamente risieduto nello Stato membro ospitante per vari anni, inizialmente in qualità di lavoratore dipendente e, successivamente, di lavoratore autonomo; in terzo luogo, come, nel corso di tale periodo, la famiglia avesse parimenti risieduto nello Stato membro ospitante, ove era restata anche successivamente alla cessazione dell'attività lavorativa dipendente ed autonoma svolta dal sig. Baumbast nello Stato medesimo; in quarto luogo, come né il sig. Baumbast né i suoi familiari fossero divenuti un onere per le finanze pubbliche dello Stato membro ospitante e, infine, come tanto il sig. Baumbast quanto la sua famiglia disponessero di una copertura assicurativa completa contro le malattie in un altro Stato membro dell'Unione. Ciò premesso, dunque, “il diniego nei confronti del sig. Baumbast dell'esercizio del diritto di soggiorno riconosciutogli dall'art. 18, n. 1 CE, per effetto dell'applicazione delle disposizioni della direttiva 90/364, sulla base del rilievo che, l'assicurazione contro le malattie, di cui il sig. Baumbast dispone, non coprirebbe le cure di pronto soccorso prestate nello Stato membro ospitante costituirebbe un'ingerenza sproporzionata nell'esercizio di tale diritto”¹⁹⁰ e pertanto, il rifiuto dell'autorità britannica appare illegittimo. La Corte, in questi casi, per mezzo dell'istituto della cittadinanza comunitaria limita l'uso delle

¹⁹⁰ Cfr. punto 93 della sentenza citata.

deroghe previste dall'art. 18.1 CE¹⁹¹. Infatti, secondo la Corte ai sensi dell'art. 18, il diritto di soggiorno è riconosciuto direttamente ad ogni cittadino dell'Unione¹⁹², ed è pertanto invocabile direttamente davanti al giudice nazionale, applicandosi ad esso i limiti che la stessa norma primaria richiama, ma sempre nel rispetto della compatibilità del diritto comunitario e quindi nel rispetto del principio di proporzionalità.

Nell'interpretazione della Corte è, dunque, assoggettabile al controllo di proporzionalità anche il requisito del possesso di risorse sufficienti nello Stato membro di residenza. Il principio viene riaffermato nella sentenza *Chen*¹⁹³, in cui la Corte sostiene che le risorse economiche del cittadino migrante non devono esigersi provenire esclusivamente dal soggetto interessato, quando queste possano essere garantite da un familiare che lo accompagna.

Il legame che esiste tra lunghezza del soggiorno e solidarietà¹⁹⁴, è ben chiarito nelle conclusioni della sentenza *Ninni-Orasche*¹⁹⁵ nella quale si sostiene “che il principio della minima solidarietà finanziaria possa creare, in circostanze specifiche e oggettive, un diritto alla parità di trattamento”.

Questa interpretazione si applica a tutti i casi in cui un cittadino europeo

¹⁹¹ Cfr. punti 90 e 91 della sentenza che precisano “In ogni caso, le limitazioni e le condizioni di cui all'art. 18 CE e previste dalla direttiva 90/364 si ispirano all'idea che l'esercizio del diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione può essere subordinato ai legittimi interessi degli Stati membri. A tal riguardo, si deve ricordare che dal quarto ‘considerando’ della direttiva 90/364 emerge che i beneficiari del diritto di soggiorno non devono divenire un onere «eccessivo» per le finanze pubbliche dello Stato membro ospitante.

Tuttavia, l'applicazione di tali limitazioni e condizioni deve essere operata nel rispetto dei limiti imposti a tal riguardo dal diritto comunitario e in conformità ai principi generali del medesimo, in particolare al principio di proporzionalità. Ciò significa che i provvedimenti nazionali adottati a tal fine devono essere appropriati e necessari per l'attuazione dello scopo perseguito (v., in tal senso, sentenza 2 agosto 1993, cause riunite C-259/91, C-331/91 e C-332/91, *Allué e a.*, in Racc. pag. I-4309, punto 15)”.

¹⁹² Cfr. punto 84 della sentenza citata

¹⁹³ Corte di Giustizia Causa C-200/02 in Racc. [2004] pagina I-09925

¹⁹⁴ Sempre sul tema della solidarietà in chiave europea si vedano i commenti di D'Atena A., *Modelli federali e sussidiarietà nel riparto delle competenze normative tra l'Unione Europea e gli Stati membri*, in Diritto dell'Unione Europea, pp. 59-72, 2005, e Davies G., *The price of letting courts value solidarity: the judicial role in the liberalizing welfare*, in Ross M., Borgmann-Prebil Y., *Promoting solidarity in the European Union*, pp.106-122, 2010, Oxford.

¹⁹⁵ Corte di Giustizia Causa C-413/01, in Racc. [2003] pagina I-13187

soggiorni legalmente, già da lungo tempo, in uno Stato membro diverso da quello di cui è cittadino, usufruendo di uno status che non dipende dall'esercizio delle libertà economiche fondamentali del Trattato, ma si fonda sull'istituto della cittadinanza comunitaria che è norma primaria e perciò “una siffatta situazione, [per una serie di motivi], debba rientrare nell'ambito di applicazione del Trattato, grazie al quale il cittadino dell'Unione europea ottiene il diritto alla parità di trattamento”¹⁹⁶.

Tale interpretazione viene ripresa anche dall'Avvocato Generale Colomer nelle conclusioni della sentenza *Collins*¹⁹⁷, caso in cui a un cittadino Irlandese appena trasferitosi nel Regno Unito, veniva negato il sussidio lavorativo per malattia. Secondo l'Avvocato Generale infatti, “allo stato attuale, il diritto comunitario non esige la concessione di una prestazione di previdenza sociale, destinata alle persone in cerca di occupazione che dispongano di risorse insufficienti, ad un cittadino dell'Unione che si rechi nel territorio di uno Stato membro con l'intenzione di trovare un lavoro senza avere un radicamento in tale paese né legami con il mercato del lavoro nazionale”¹⁹⁸. La Corte di Giustizia, pur non facendo alcun accenno alla questione della solidarietà, segue le indicazioni dell'Avvocato Generale sostenendo che il diritto all'equo trattamento del signor Collins, fondato sull'art. 39 e sul Regolamento 1612/68¹⁹⁹ si limita, date le circostanze di specie, alla sola parità di trattamento in materia di accesso al lavoro e non anche rispetto ai sussidi sociali.

Il cuore della pronuncia sta nella articolazione del test di proporzionalità,

¹⁹⁶ Paragrafi 90 e 91 delle conclusioni.

¹⁹⁷ Corte di Giustizia Causa C-138/02, in *Racc.* [2004] pagina I-02703

¹⁹⁸ Paragrafo 76 delle conclusioni.

¹⁹⁹ Regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità in GU n. L 257 del 19.10.1968.

in particolar modo sotto il profilo della congruità del requisito della residenza, rispetto alla legittima esigenza di stabilire un legame genuino tra il soggetto in cerca di occupazione, ed il mercato del lavoro del paese ospitante. Infatti, la centralità assunta dallo status di cittadino, riconosciuto dagli artt. 12 e 18, impone una rilettura di tutte le altre libertà ed in specie di quella di circolazione.

Nel caso di specie, la vera novità risiede nei fattori del test di proporzionalità e, poco importa, che alla fine la Corte ritenga giustificate le restrizioni imposte dal governo inglese.

In questo tipo d'interpretazione, è ben visibile la volontà della Corte di limitare, o comunque non incentivare, quello che è definito “turismo sociale”²⁰⁰; essa, infatti, è ben conscia che un'eccessiva apertura nei confronti della parità di trattamento dei lavoratori migranti di breve durata, rischierebbe di causare forte reazioni da parte degli Stati, i quali temono un eccesso in termini di spesa sociale per cittadini non nazionali.

Proprio a fronte di tale rischio la giurisprudenza iniziale, che tendeva a rafforzare la visione solidaristica per i soggetti migranti a breve periodo, come studenti turisti e malati, così come sviluppata nelle cause *Cowan*²⁰¹,

²⁰⁰ Date le molteplici teorie esistenti riguardo alla natura o alla percezione che si ha del turismo sociale, non è facile definirne con esattezza il concetto. Le varie istituzioni che hanno affrontato questa tematica hanno infatti utilizzato metodi molto diversi, come l'individuazione del contenuto, dei risultati attesi, dell'insieme degli obiettivi, delle idee e delle convinzioni — con un punto fermo però, ovvero che tutte le persone, anche le meno favorite, necessitano di riposo, di tempo libero e di tempo di recupero dal lavoro e vi hanno diritto con cadenza giornaliera, settimanale e annuale. Il Bureau International du Tourisme Social (BITS) definisce il turismo sociale come l'insieme dei rapporti e dei fenomeni legati alla partecipazione al turismo da parte delle fasce sociali con redditi modesti, partecipazione che è stata resa possibile attraverso misure dal carattere sociale ben definito. Attualmente, il BITS sta riesaminando questa definizione, al fine di estenderla alle attività turistiche intese come contributo allo sviluppo e alla solidarietà. Si veda Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema Il turismo sociale in Europa, (2006/C 318/12), in eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006.

²⁰¹ Corte di Giustizia Causa C-186/87 in *Racc.* 1989 pagina 00195, in cui si afferma che “il diritto comunitario garantisce la libertà per le persone fisiche di recarsi in un altro Stato membro, la tutela dell'integrità personale in detto Stato membro costituisce, alla stessa stregua dei cittadini e dei soggetti che vi risiedano, il corollario della libertà di circolazione. Ne discende che il principio di non discriminazione va applicato ai destinatari di servizi ai sensi del trattato quanto alla protezione contro i rischi di aggressione ed il diritto di ottenere una riparazione pecunaria contemplata dal diritto nazionale allorché un'aggressione si sia verificata . La circostanza che l'indennizzo di cui è causa sia finanziato dal pubblico erario non può modificare il regime di tutela dei diritti garantiti dal trattato” (par. 17).

*Gravier*²⁰² e *Kohll*²⁰³, viene mitigata nel senso di restringere la sua interpretazione, accettando limiti più severi alla concessione dei sussidi nazionali ai migranti di breve durata. Tale evoluzione è ben visibile nelle sentenze *Brown*²⁰⁴, *D'Hoop*²⁰⁵ e *The Queen*²⁰⁶, laddove la Corte, accettando la visione sostenuta degli Stati, afferma che le limitazioni poste all'erogazione di sussidi, siano giustificate ai sensi dell'art. 42 TCE, nei casi in cui non sussista un legame genuino tra la persona richiedente il sussidio e il mercato del lavoro nazionale, sostenendo che in un tale contesto è legittimo che il legislatore nazionale voglia essere sicuro dell'esistenza di un nesso reale, tra chi richiede le dette indennità ed il mercato geografico del lavoro interessato. Anche in questi casi la Corte sostiene, tuttavia, che tali limitazioni possono essere giustificate solo se fondate su considerazioni oggettive, indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate, e adeguatamente commisurate allo scopo legittimamente perseguito dall'ordinamento nazionale²⁰⁷.

L'introduzione della cittadinanza europea, a seguito del Trattato di Maastricht, ha dunque introdotto nuovi profili problematici, nel già controverso tema dei cittadini migranti, nel senso che ha acuito ancor più la tensione tra competenze comunitarie e sovranità nazionali.

In particolar modo, la Corte di Giustizia ha interpretato il combinato disposto dagli artt. 12 e 18 TUE nel senso che, lo "status fondamentale

²⁰² Causa C-293/83, in *Racc.* dove la Corte conferma che il principio di non discriminazione contenuto nell'art.12 TCE si applica alle tasse d'ammissione ma non ai sussidi di mantenimento.

²⁰³ Corte di Giustizia Causa C-158/96 in *Racc.* 1998 pagina I-01931e secondo la Corte l'art. 59 del Trattato osta all'applicazione di qualsiasi normativa nazionale che abbia l'effetto di rendere la prestazione di servizi tra Stati membri più difficile della prestazione di servizi puramente interna a uno Stato Membro, e pertanto una normativa siffatta scoraggia gli assicurati dal rivolgersi ai prestatori di servizi medici stabiliti in un altro Stato membro e costituisce, sia per questi ultimi sia per i loro pazienti, un ostacolo alla libera prestazione dei servizi (parr. 33-35).

²⁰⁴ Corte di Giustizia Causa C-197/86, in *Racc.* [1988] pagina 03205

²⁰⁵ Corte di Giustizia Causa C- 224/98, in *Racc.* [2002] pagina I-06191

²⁰⁶ Corte di Giustizia Causa C-209/03, in *Racc.* [2005] pagina I-02119

²⁰⁷ La Corte aveva già sostenuto tale tesi anche nelle cause C-274/96 *Bickel e Franz*, in *Racc.* pag. I-7637, punti 15 e 16, e *Grzelczyk*, punto 33.

dei cittadini degli Stati membri consente a chi tra di essi si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla nazionalità e fatte salve le eccezioni a tal riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico”²⁰⁸; estendendo il diritto alla libera circolazione, attraverso il “suo approccio teleologico [...] così in avanti, che lo stesso ha non solo eguagliato, ma ha addirittura superato quello ordinariamente applicato alle mere previsioni economiche del trattato”²⁰⁹.

Grazie a questa giurisprudenza creativa, l'istituto della cittadinanza europea è giunta a costituire “un esperimento unico nella estensione dei legami sociali e politici oltre i confini nazionali”²¹⁰.

Un esempio di come la Corte di Giustizia interpreta l'istituto della cittadinanza in concorrenza con i limiti posti dagli Stati all'erogazione dei sussidi sociali è dato dalla sentenza *Förster*²¹¹, deciso dalla grande camera il 18 novembre 2008. Il caso riguardava una ragazza tedesca che nel 2000 si trasferiva nei Paesi Bassi per seguire un corso di pedagogia. Durante il corso di studi esercitava diverse attività salariate e riceveva un sussidio di mantenimento da parte del governo olandese, perchè considerata lavoratrice ai sensi dell'art. 39 TCE. A seguito della cessazione dei suoi rapporti di lavoro, nel 2003, le veniva ritirato il sussidio. Secondo l'autorità olandese la signora, infatti, non rientrava più né nella nozione di lavoratore, né in quella di studente, così come definita nel caso *Bidar*²¹², a fronte della normativa olandese che prevede un periodo di soggiorno minimo di cinque anni, al fine di poter erogare un

²⁰⁸ Sentenza C- 184/99 *Rudy Grzelczyk*, punto 31.

²⁰⁹ Dougan, *The constitutional dimension to the case law on Union citizenship*, in European law Review, 2006, p. 625 ss..

²¹⁰ Così D. Kostakopoulou, *European Union Citizenship: writing the future of Europe*, in European law journal, 2007, p.624 ss.

²¹¹ Corte di Giustizia Causa C-158/07, in Racc. [2008] pagina I-08507

²¹² Corte di Giustizia Causa C-209/03, in Racc. [2005] pagina I-02119

sussidio per gli studenti.

A differenza di quanto sostenuto dall'Avv. Generale Mazak, la Corte rifiuta di accordare il sussidio, poiché la ricorrente non rientra nelle ipotesi previste dall'art. 2 del regolamento n. 1251/70.

Ad opinione della Corte, infatti, deve desumersi, sulla scorta di quanto affermato nella sentenza Bidar, che “sebbene gli Stati membri siano chiamati a dare prova, nell’organizzazione e nell’applicazione del loro sistema di assistenza sociale, di una certa solidarietà finanziaria con i cittadini degli altri Stati membri, è opportuno che ciascuno Stato membro vigili affinché la concessione di aiuti a copertura delle spese di mantenimento di studenti provenienti da altri Stati membri non diventi un onere irragionevole che potrebbe produrre conseguenze sul livello globale dell’aiuto che può essere concesso da tale Stato (v. sentenza Bidar, punto 56)”²¹³. Pertanto, uno studente cittadino di uno Stato membro, che si sia recato in un altro Stato membro per motivi di studio, può invocare l’art. 12 primo comma TCE, al fine di ottenere una borsa di mantenimento, solo una volta che ha soggiornato durante un certo periodo nello Stato membro ospitante. L’art. 12 primo comma non osta, infatti, all’applicazione, nei confronti dei cittadini di altri Stati membri, di una condizione di precedente residenza di cinque anni come prevista dalla normativa olandese.

Lo statuto della cittadinanza europea appare, dunque, controverso²¹⁴: secondo una costante giurisprudenza “un cittadino dell’Unione che risiede legalmente nel territorio dello Stato membro ospitante può

²¹³ punto 48 della sentenza.

²¹⁴ C. Marzo, *La définition d'une nouvelle méthode de jugement attachée à la citoyenneté européenne*, in Revue trimestrielle de droit européen, Juillet/septembre, 2009 n.3, p.444 ss..

avvalersi dell'art. 12 CE in tutte le situazioni che rientrano nel campo di applicazione *ratione materiae* del diritto comunitario”²¹⁵. Ma, se il campo di applicazione *ratione personae* risulta facile da individuare grazie al disposto dell'art. 17 TCE che considera cittadini europei tutti coloro che hanno la cittadinanza di uno Stato membro, l'applicazione *ratione materiae* è più complessa, infatti, a seconda che si tratti di studenti, lavoratori²¹⁶ o indigenti²¹⁷ essa cambia.

Secondo la Corte, dunque, la Direttiva 93/96 relativa al diritto di soggiorno degli studenti²¹⁸, che si applica nel caso di specie, accorda sì, un diritto di residenza ma non anche, direttamente, il diritto a ricevere dei sussidi. L'art. 12 viene, dunque, interpretato nel senso di una sua possibile limitazione da parte degli Stati membri, sempre, quando tale limitazione sia legittima, necessaria e proporzionale, ai sensi dell'art. 42 TCE. E nella sentenza *Förster* la Corte giudica che una residenza di almeno cinque anni sul territorio dello Stato ospitante, possa essere una giustificazione legittima, per la richiesta di un sussidio da parte di uno studente migrante. Appare evidente come in questo caso essa sia tornata indietro rispetto a quanto stabilito nel caso *Grzelcyk*. Ma vi è un nuovo elemento che la Corte deve tenere in conto: la Direttiva 2004/38 fissa in cinque anni (art. 24.2) il periodo minimo per l'ottenimento di un permesso di soggiorno permanente, dal quale discendono tutta una serie di benefici, tra cui la possibilità di richiedere sussidi alla stregua dei cittadini nazionali, periodo che può essere diminuito discrezionalmente

²¹⁵ punto 36 della sentenza citata, nonché sentenze della Corte di Giustizia 12 maggio 1998, causa C-85/96, Martínez Sala, Racc. pag. I-2691, punto 63, e Bidar, cit., punto 32.

²¹⁶ sentenza *Collins*.

²¹⁷ sentenza *Trojani* C-456/02, in Racc. [2004] pagina I-07573

²¹⁸ Direttiva 93/96/CEE del Consiglio, del 29 ottobre 1993, relativa al diritto di soggiorno degli studenti in GU L 317 del 18.12.1993, pagg. 59-60.

dagli Stati membri secondo il dettato dell'art. 27 della direttiva stessa.

Se la Corte, con la giurisprudenza *Martinez Sala*, aveva inaugurato una linea di interpretazione per così dire “radicale” dell'art 12 TCE, in cui appariva propensa ad estendere la libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini comunitari economicamente non attivi, vietando anche quegli ostacoli non discriminatori in quanto indistintamente applicabili²¹⁹, nell'ultimo periodo tende a bilanciare questa apertura valorizzando, in forma nuova i limiti posti dalla direttiva²²⁰.

2.1 I servizi di assistenza sociale per i migranti

La Direttiva 2004/38, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, sulla scia della giurisprudenza della Corte distingue:

un primo gruppo di cittadini, che possono stabilirsi liberamente per un periodo minimo di tre mesi nel territorio di uno Stato membro, i quali hanno diritto ad un trattamento equo, ma non hanno diritto ai servizi di assistenza sociale.

Un secondo gruppo, del quale fanno parte i migranti che risiedono per più di tre mesi nello Stato ospitante, i quali hanno un vero e proprio diritto di residenza, sempre che siano lavoratori, o abbiano sufficienti risorse di mantenimento, o siano studenti inquadrati in un programma di scambio, o siano familiari di una delle suddette categorie e, pertanto,

²¹⁹ Si veda in questo senso la Causa C-192/05 del 26.10.06, Tas Hagen in *Racc.* [2006] pagina I-10451 e C-152/05 Commissione c. Germania in *Racc.* [2008] pagina I-00039 e per la dottrina Jacobs, Citizenship of the European Union- A legal analysis, in European law Journal, 2007, p. 591 ss., M. Cousin, Citizenship, residence and social security, in European Law Review, 2007, p. 386.

²²⁰ Per un commento generale si veda Ruggeri, Curati, *La disciplina degli stranieri. Schemi, casi pratici, approfondimenti*, Forlì, Esperta, 2007, 45 (nota 3).

godono del diritto al lavoro e ad un equo trattamento.

Infine, è previsto un terzo gruppo, rappresentato dai migranti che risiedono nello Stato membro per un periodo continuato²²¹, o per più di 5 anni, i quali acquistano il diritto di residenza permanente e sono di fatto equiparati ai cittadini nazionali.

Benché da un lato, la Direttiva sembra ampliare notevolmente le garanzie dei cittadini migranti, dall'altro, pone, però, dei limiti stringenti alle concessioni di sussidi per i migranti di breve periodo. Infatti, l'art. 14 pone come condizione, per l'esercizio del diritto di soggiorno di cui all'art. 6, che i cittadini non costituiscano un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante ed, inoltre, che essi rispettino le condizioni fissate dall'art. 7 della medesima direttiva.

Un'ulteriore restrizione è rappresentata dalla previsione dell'art. 24, il quale benché preveda la parità di trattamento dei migranti rispetto ai nazionali in tutti gli ambiti previsti dal Trattato, afferma che lo Stato membro ospitante non sia tenuto ad attribuire il diritto a prestazioni di assistenza sociale durante i primi tre mesi di soggiorno, legittimando quindi una differenza di trattamento che non ha bisogno di ulteriori giustificazioni obiettive, ma che si basa sulla necessità di preservare le risorse finanziarie nazionali dei sistemi di assistenza sociale nazionali. Tale norma non definisce, tuttavia, il concetto di “assistenza sociale”, che pertanto deve essere ricavato dalle definizioni date in altri atti²²² e si configura come qualsiasi beneficio/servizio sociale di natura non

²²¹ Il diritto di residenza permanente non si perde in caso di assenza dal territorio dello stato ospitante, a meno che questo non ecceda l'anno e sei mesi o i 12 mesi.

²²² Si vedano il Regolamento 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale in *GU L 200 del 7.6.2004, pagg. 1–49*, e la Direttiva 109/2003 del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, in *GU L 16 del 23.1.2004, pagg. 44–53*.

contributiva che costituisca una spesa pubblica.

2.2 *La mobilità degli studenti non Socrates/Erasmus*²²³

La mobilità degli studenti non Erasmus nei vari Stati membri, presenta due profili problematici differenti, che la Corte di Giustizia risolve in maniera differente. Da un lato, vi è il problema della spesa eccessiva degli Stati membri che “importano” più studenti di quelli che “esportano” e dall’altro gli ostacoli alla mobilità incontrati dagli studenti stessi quali: il non riconoscimento dei diplomi, l’insufficienza delle conoscenze linguistiche e la carenza di sussidi e alloggi.

Difatti, la possibilità di studiare all'estero e di spendere in seguito, il diploma ottenuto, nel proprio Stato di origine, crea un divario tra la spesa sostenuta per l'educazione dagli Stati membri, e il successivo reintegro di tali costi; poiché, appunto, i benefit dell'istruzione vengono spesi in uno Stato diverso da quello in cui si sono ottenuti, non vi è coincidenza tra coloro che ricevono i benefici (studenti) e coloro che contribuiscono al sostentamento della finanza pubblica (contribuenti). Gli Stati membri potrebbero essere tentati di adottare politiche di educazione al ribasso al fine di limitare le attrattive dei propri sistemi educativi, evitando così un massiccio aumento di studenti stranieri²²⁴.

La Corte, consapevole di tali problematiche, ha cercato di dare soluzioni mediate, che da un lato consentissero agli studenti di muoversi senza eccessive limitazioni e, dall'altro, garantissero agli Stati membri una

²²³ Per una ricostruzione complessiva di tale giurisprudenza si veda M. Dougan, Fees, grants, loan and dole cheques: who cover the costs of migrant education within the EU? In *Common market Law Review*, 2005, p. 943 ss.

²²⁴ Si veda a tale proposito la teoria del federalismo fiscale così come proposta da D. Hyman, *Public finance-a contemporary application of theory to policy*, 1998, Thomson Learning, cap. 18, ed in materia, Jorgensen S., *The right to cross-border education in the European Union*, in *CMLR*, pp. 1567-1590, 2009.

limitata espansione della spesa educativa.

Secondo una prima giurisprudenza della Corte di Giustizia, gli aiuti agli studenti che si muovono al di fuori del programma Erasmus, ricadono nelle materie di competenza degli Stati e pertanto al di fuori degli scopi previsti dal Trattato e dal principio di non discriminazione²²⁵. Tale tipo di approccio è stato, tuttavia, mitigato a partire dalla giurisprudenza successiva al caso *Martinez Sala*, che ha sostenuto il diritto alla parità di trattamento in relazione ai sussidi sociali, compresi i sussidi di mantenimento, non solo in relazione ai lavoratori che rientrano nell'ambito dell'art. 39, ma a tutti coloro che risiedono regolarmente in uno Stato membro diverso dal proprio. Questo non significa che esista un obbligo in capo allo Stato ospitante all'erogazione del sussidio, tuttavia, il rifiuto di questo non può fondarsi sul mero criterio della nazionalità.

La sentenza *Commissione c. Austria*²²⁶, in materia di interpretazione degli articoli 12, 149, e 150 TCE, offre una conferma a tale impostazione. La sentenza affronta il problema delle condizioni d'accesso agli studi universitari e sostiene che, sebbene applicabile indistintamente a tutti gli studenti, una disposizione di diritto nazionale che dispone per gli studenti stranieri la prova di possedere i requisiti d'accesso agli universitari nello Stato che ha rilasciato il loro diploma, pregiudica maggiormente i cittadini di altri Stati membri rispetto ai cittadini dello Stato membro considerato. Cosicché, la differenza di trattamento istituita da tale norma determina una discriminazione indiretta, contraria al principio di non discriminazione in base alla nazionalità sancito dall'art.12 CE. Una

²²⁵ Cfr. sentenza *Lair* C-39/86 in *Racc.* [1988] pagina 03161, par. 24.
²²⁶ Corte di Giustizia Causa C-147/03 in *Racc.* [2005] pagina I-05969.

disparità di trattamento siffatta, può essere giustificata solo se basata su considerazioni oggettive, indipendenti dalla cittadinanza e adeguatamente commisurate allo scopo legittimamente perseguito dal diritto nazionale²²⁷.

Più precisamente, la giurisprudenza della Corte di Giustizia si sviluppa su due filoni paralleli: da un lato garantisce agli studenti migranti l'accesso a forme specifiche di reddito, ovvero di protezione sociale nello Stato membro ospitante e dall'altro, la recente giurisprudenza interpretativa dell'art. 18, non ammette che le modalità richieste dallo Stato di appartenenza, per l'esportazione intracomunitaria delle borse di studio erogate, siano limitative della libertà di circolazione²²⁸.

Sotto il primo profilo va ricordata l'importante affermazione fatta, nella già citata sentenza *Grzelcyk*, con cui la Corte sostiene che “nulla nel testo del Trattato (così modificato) consente di considerare che gli studenti, che sono cittadini dell'Unione, allorché si spostano in un altro Stato membro per seguire ivi gli studi, vengano privati dei diritti conferiti dal Trattato ai cittadini dell'Unione”²²⁹.

Infatti, benché la direttiva 93/96 prima e la 2004/38 oggi, escluda gli studenti dal diritto di ottenere una borsa di mantenimento da parte dello Stato membro ospitante, secondo la Corte non li esclude dall'ottenere prestazioni di assistenza o sicurezza sociale nello Stato membro ospitante, in virtù del principio di parità di trattamento previsto ex art 12 TCE.

L'ulteriore innovazione della giurisprudenza in materia di sussidi per gli

²²⁷ Cfr. punti 42, 46-48, 60 della sentenza.

²²⁸ Si veda in particolar modo A. P. Van Der Mei, EU law and education: promotion of student mobility versus protection of the education systems, in M. Dougan, E. Spaventa

²²⁹ Cfr. punto 35 della sentenza citata

studenti migranti, si evince, come detto, dalla lettura della sentenza *Bidar*, dove il giudice del rinvio, sostanzialmente, chiedeva se un aiuto, in questo caso prestito per studenti, potesse considerarsi escluso dall'ambito di applicazione della direttiva 93/96, così come si desumeva delle sentenza *Lair e Brown* o, se l'introduzione dell'art. 18, avesse definitivamente mutato il quadro normativo di riferimento. La Corte interpreta la libertà di circolazione sancita dall'art. 18 come pienamente soggetta all'effetto utile e, pertanto, funzionale all'estensione del principio di parità di trattamento a qualunque diritto, prestazione o beneficio che, riconosciuto da uno Stato membro, sia suscettibile di facilitare l'esercizio della libertà stessa. Tale impostazione, come è evidente, estende l'influenza dell'esercizio della libertà di circolazione praticamente ad ogni materia del diritto, a prescindere dell'esistenza di una competenza esclusiva dell'Unione²³⁰.

La prevista esclusione dell'art. 3 della direttiva, riprodotta e persino ampliata nella direttiva 3004/38, viene di fatto scavalcata dall'affermazione per cui “si deve constatare che gli studenti che si recano in un altro Stato membro per iniziare o proseguire studi superiori e ivi, a tal fine, beneficiano in forza della direttiva 93/96 di un diritto di soggiorno, non possono, invero, fondare su tale direttiva alcun diritto al pagamento di un aiuto per il loro mantenimento”²³¹ ma, ciò non toglie, che “l'art. 3 della direttiva 93/96 non ostava che un cittadino di uno Stato membro che, ai sensi dell'art. 18 CE e della direttiva 90/364, soggiorna

²³⁰ Si veda a questo proposito l'analogo ragionamento svolto dalla Corte in materia di libera prestazione di servizi nella causa Carpenter, C-60/00 in Racc. [2002] pagina I-06279 e il commento ad essa di E. Spaventa, From Gebhard to Carpenter: towards a (non)-economic European constitution, in Common Market Law Review, 2004, p. 743 ss.

²³¹ Cfr. punto 45 della sentenza.

legalmente nel territorio di un altro Stato membro, dove prevede di iniziare o proseguire studi superiori, invochi, durante tale soggiorno, il principio fondamentale di parità di trattamento sancito dall'art. 12, primo comma TCE²³². Pertanto, se è vero che gli studenti non possono fondare un proprio diritto al mantenimento agli studi sulla direttiva, non di meno possono beneficiare di tale sussidio quando soggiornano legalmente nel territorio dello Stato membro ospitante ed, abbiano con esso stabilito un legame effettivo²³³.

Sotto il secondo profilo anzi delineato, nell'ambito della esportazione dei sussidi e delle borse di studio dallo Stato di origine del beneficiario, ad un altro Stato membro in cui si proseguono gli Studi, la Corte sembra ragionare al contrario. Nelle cause riunite Rhiannon Morgan e Iris Bucher²³⁴ afferma che, il requisito di un periodo minimo di formazione nello Stato che eroga il sussidio, è un ostacolo alla libera circolazione ai sensi dell'art. 18²³⁵. Infatti, “allorché uno Stato membro prevede un sistema di aiuti alla formazione che consente a studenti di beneficiarne, nell'ipotesi in cui compiano studi in un altro Stato membro, esso deve far sì che le modalità di concessione di tali aiuti non creino una limitazione ingiustificata al detto diritto di circolare e soggiornare nel territorio degli altri Stati membri”²³⁶, e la Corte aggiunge:

“risulta pertanto che il requisito della prima fase di studi, che esige che un periodo di studi superiori di almeno un anno, sia stato

²³² Cfr. punto 46 della sentenza.

²³³ A questo proposito è da sottolineare che parte della dottrina ritiene che esista un'effettiva incompatibilità tra l'art. 24, par. 2 della Direttiva 2004/38 e gli artt. 12 e 18 del Trattato così come interpretati dalla Corte. Cfr. ancora E. Dougan, Fees. Opera citata p. 968-969.

²³⁴ Corte di Giustizia Cause riunite C-11/06 e C-12/06 della Grande Sezione del 23.10.07 in Racc. [2007] pagina I-09161.

²³⁵ Cfr. S. Borrelli, Libertà di circolazione e scelta del sistema di protezione sociale più vantaggioso, in Riv. Dir. Sic. Soc., 2006, p. 671 ss, e S. Giubboni, Libertà di mercato e cittadinanza sociale europea, in Diritto Immigrazione Cittadinanza, 2007, n.4, p.13 ss

²³⁶ Cfr. punto 28 della sentenza.

precedentemente effettuato nello Stato membro d'origine, presenta un carattere troppo generale ed esclusivo a tale riguardo. Esso privilegia infatti, indebitamente, un elemento che non è necessariamente rappresentativo del grado di integrazione nella società di tale Stato membro, al momento della richiesta dell'aiuto, eccedendo così quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito e non può quindi essere considerato proporzionato”²³⁷. Pertanto, gli articoli 17 CE e 18 CE Vietano l'apposizione di un requisito per la concessione della borsa di studio secondo il quale, per poter beneficiare di aiuti alla formazione concessi per studi seguiti in uno Stato membro diverso da quello di cui sono cittadini gli studenti che ne fanno richiesta, tali studi devono costituire la prosecuzione di una formazione seguita per un periodo di almeno un anno nel territorio dello Stato membro di origine degli studenti medesimi²³⁸.

Da questa giurisprudenza emerge come, l'attitudine all'espansione della libera circolazione delle persone, e dell'istituto della cittadinanza europea, informino ogni ambito di applicazione del diritto comunitario, in modo tale per cui, questi due istituti sembrano modellare l'intero sistema dell'acquis comunitario, nell'ottica di un rafforzamento delle tutelle legate alla mobilità” dei cittadini comunitari, che si sviluppi oltre e senza i limiti posti dalla definizione delle competenze tra Unione e Stati membri.

²³⁷ Punto 46 della sentenza.

²³⁸ Si veda la Comunicazione della Commissione - The role of the universities in the Europe of knowledge, COM (2003)58 final; ed inoltre, Dougan (2005), Fees, grants, loans and dole cheques: Who covers the costs of migrant education within the EU, in 42, CML Rev., 956; Van Der Mei, Free movement of persons within the European Community : cross-border access to public benefits, Oxford, Hart, Chapter 5, 2003. Nonché Schwartz e Rehburg, Study Costs and Direct Public Student Support in 16 European Countries - Towards a European Higher Education Area?, 2004/39 European Journal of Education, p. 524; Davies T., Higher education, equal access, and residence conditions: does EU law allow Member States to charge higher fees to students not previously resident?, 2004/12, MJ, p. 228.

2.3 L'assistenza medica nell'Unione europea

Le sentenze Decker²³⁹ e Koholl²⁴⁰, hanno chiarito che gli Stati membri, hanno l'obbligo di rimborsare le spese mediche effettuate dai propri cittadini, in un altro Stato membro senza una preventiva richiesta di autorizzazione dello Stato di origine, che si scontrerebbe con la previsione dell'art. 49 TCE. La Corte, infatti, sostiene che tale autorizzazione può negata, solo in determinati casi: controllo della spesa medica nazionale; protezione della salute pubblica; ovvero aiuti a bilanciare la fruibilità dei servizi medici e ospedalieri nazionali. In caso contrario rappresenterebbe una disparità nell'ambito della libera prestazione di servizi tra gli Stati membri.

Secondo la Corte, le prestazioni mediche non hanno natura economica, ai sensi del diritto della concorrenza, e dovendosi preservare il diritto alla libera circolazione dei pazienti, le limitazioni imposte alla mobilità dei pazienti possono essere giustificate, ai sensi del diritto comunitario, solo quando siano previste tassativamente delle deroghe dal Trattato o, al più, si rinvengano dei motivi imperativi di interesse generale nazionale²⁴¹.

Con la sentenza *Peerbooms*²⁴² la Corte ha, dunque, affermato la sottoposizione all'art. 49 dei servizi resi dagli ospedali. Infatti, essa ritiene che, nella fattispecie, i pagamenti effettuati dalle casse malattia,

²³⁹ Corte di Giustizia Causa C- 120/95, in Racc. [1998] pagina I-01831

²⁴⁰ Corte di Giustizia Causa C-158/96, in Racc. [1998] pagina I-01931

²⁴¹ Per una critica a tale approccio della Corte in materia di prestazioni mediche cross border si vedano i commenti di Hatzopoulos V., *Financing national health care in a transnational environment: the impact of the European Community internal market*, in Wisconsin international law review, pp. 761-803, 2008; *Killing national health and insurance systems but healing patients? The european maerket for health care services after the judgements of the ECJ in Vanbraekel and Peerbooms*, in CMLR, pp. 683-729.

²⁴² Corte di Giustizia Causa C-157/99, in Racc. [2001] pagina I-05473

nell'ambito del sistema di convenzionamento predisposto, ancorché forfettari, costituiscono sicuramente il corrispettivo delle prestazioni ospedaliere e presentano indubbiamente un carattere retributivo per l'istituto ospedaliero che ne beneficia e che svolge un'attività di tipo economico e sono, quindi, da considerarsi come ricadenti nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, anche se non ai sensi della normativa sulla concorrenza. Pertanto, l'autorizzazione al rimborso da parte dello Stato di appartenenza, può essere rifiutata solo quando è possibile ottenere lo stesso servizio, (stesso tipo e qualità e stessa cura) nello Stato stesso. La lettura dell'art.49 data in questo ambito è molto ampia, infatti in ogni caso, l'autorizzazione deve configurarsi come un atto non discriminatorio e ricorribile²⁴³.

Per esemplificare come la Corte interpreti largamente i due requisiti, della non discriminazione e della ricorribilità, si può citare la sentenza *Vaenbraekel*²⁴⁴, in cui ha affermato che il rimborso è sempre dovuto, laddove la cura costi meno nello Stato membro diverso dal proprio. Nel caso *Mullür-Frauré*²⁴⁵ la Corte opera, invece, una distinzione tra servizi ospedalieri e servizi non ospedalieri ed afferma che, per questi ultimi, gli Stati possono decidere il quantum del rimborso, tenendo però sempre conto di criteri oggettivi, non discriminatori e trasparenti.

In generale la Corte sostiene, infatti, che i rimborsi delle cure mediche, non creando problemi finanziari per lo Stato membro ospitante, posto l'obbligo di rimborso delle cure effettuate da parte dello Stato di

²⁴³ Cfr. par. 90 della sentenza citata, e tra i commenti Dawes A., *Bounjour herr doctor: national health care systems, the internal market and cross border medical care within the European Union*, in Legal issues of economic integration, pp.166-182, 2006

²⁴⁴ Corte di Giustizia Causa C-368/98, in Racc. [2001] pagina I-05363
²⁴⁵ Corte di Giustizia Causa C-385/99, in Racc. [2003] pagina I-04509

appartenenza del paziente, favoriscono la libera circolazione dei servizi di assistenza medica, incrementandone il mercato.

Dalla ricostruzione sin qui svolta si possono trarre alcuni parziali conclusioni. Da un lato, il principio di solidarietà tra Stati membri, interpretato congiuntamente con quello di non discriminazione, fornisce la base per tutelare tutti quei cittadini migranti che, in qualche modo, svolgono delle attività economiche, che possano creare un vincolo con il territorio dello Stato ospitante, e che quindi fungono da “compensazione dei costi” delle prestazioni sociali offerte. Dall’altro, dopo un primo periodo di forte espansione, anche della tutela dei cittadini migranti inattivi, la Corte è ritornata a valorizzare i limiti configurati dalle direttive in materia.

In questo quadro si inserisce, infine, la cittadinanza europea. Questo istituto, per dirla con le parole dell'avvocato generale *Colomer*, appare oggi, “con il descritto corollario della libera circolazione dei suoi titolari nel territorio di tutti gli Stati membri, indicativa di un considerevole progresso qualitativo in quanto separa tale libertà dai suoi tradizionali elementi funzionali (la relazione con un'attività economica o con la creazione del mercato interno) e la eleva a categoria di diritto proprio e indipendente, inerente allo status politico dei cittadini dell'Unione”.

Traspare, dalla giurisprudenza della Corte, che la normativa secondaria in materia di limiti all'accesso alle prestazioni cross-border, sia interpretata, come identificativa degli interessi pubblici rilevanti ai fini del bilanciamento con la libertà fondamentale prevista dall'art. 18 e, non più, come condizione per l'esercizio dei diritti da parte dei cittadini

dell'Unione²⁴⁶. La Corte opera, dunque, come un vero e proprio “ingegnere sociale” costruendo un nuovo modello di solidarietà comunitario, non più fondato e rivolto esclusivamente a coloro che sono soggetti economicamente attivi, ma centrato sulla cittadinanza europea e quindi rivolto a tutti coloro che sono cittadini europei. Fermo restando che i cittadini economicamente inattivi siano destinatari di criteri di eligibility più onerosi, rispetto a quelli previsti dallo status di lavoratore ex art. 39, tra i quali la residenza abituale, il sufficiente grado di integrazione nella società del paese ospitante, il legame genuino con il mercato del lavoro del medesimo e, il limite, dell'onere irragionevole per l'assistenza sociale dello Stato membro ospitante, sembra che tali criteri si differenzino più sul piano quantitativo che qualitativo e che tale differenza stia gradualmente riducendosi, lasciando intravedere una tendenziale “de-nazionalizzazione” e “de-territorializzazione” del welfare”²⁴⁷

3. *La tutela giurisdizionale dei diritti sociali e l'interpretazione della Corte di Giustizia*

L'intervento anti discriminatorio della giurisprudenza e della normativa comunitaria a favore dei cittadini europei migranti ha, di fatto, sostenuto

²⁴⁶ Si veda sempre Dougan, *The Courts helps Those Who Help Themselves: The Legal Status of Migrant Workseekers Under Community Law in the Light of the Collins Judgment*, in European Journal of Social Security pp 7-34 qui p. 24, nonché De Grouve-Valdeyron N., *La directive sur les droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers. Véritable statut juridique européen du patient ou simple clarification d'un régime de mobilité?*, in Revue trimestrielle de droit européen, pp. 299-327, 2011 ; Leenen H. J., *The rights of patients in Europe*, in European journal of health law, pp. 5-13, 1994, Martin J., *The principles of the rights of patients in Europe*, in European journal of health law, pp. 265-277, 1994.

²⁴⁷ Cfr. S. Giubboni, *Un certo grado di solidarietà. Libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea*, in W.P.C.S.D.L.E., Massimo D'Antona, 2008, www.lex.unict.it

la creazione dello spazio comune e della cittadinanza europea²⁴⁸.

L'analisi della giurisprudenza in materia di non discriminazione (*Kalanke*²⁴⁹ e *Marschall*²⁵⁰) fondata sulla razza, l'età, gli handicap, l'orientamento sessuale, i congedi retribuiti, gli aiuti familiari, la disoccupazione e gli studenti, mostra una forte attenzione della Corte alla possibilità di garantire un ventaglio considerevolmente ampio di diritti sociali ai cittadini comunitari ritenuti fondamentali ma, che per la loro effettiva fruibilità richiedono un forte intervento dello Stato.

²⁴⁸ La giurisprudenza in materia di cittadinanza europea e principio di non discriminazione si è moltiplicata nell'ultimo decennio. Tra le più significative si segnalano Causa C-73/08, *Nicolas Bressol e a. e Céline Chaverot e a. contro Gouvernement de la Communauté française*, GU C 148 del 5.6.2010, pagg. 3–3; Causa C-135/08, *Janko Rottmann/Freistaat Bayern*, in GU C 113 dell' 1.5.2010, pagg. 4–4; Causa C-103/08, *Arthur Gottwald/Bezirkshauptmannschaft Bregenz*, in GU C 282 del 21.11.2009, pagg. 8–8 ; Cause riunite *Athanasiou Vatsouras (C-22/08) e Josif Koupatantz (C-23/08) contro Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg* 900, in raccolta della giurisprudenza 2009 pagina I-04585; Causa C-480/08, *Maria Teixeira contro London Borough of Lambeth e Secretary of State for the Home Department*, non ancora pubblicata in raccolta; Causa C-310/08, *London Borough of Harrow contro Nimco Hassan Ibrahim e Secretary of State for the Home Department*, non ancora pubblicata in raccolta; Causa C-158/07, *Jacqueline Förster/Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, in GU C 6 del 10.1.2009, pagg. 4–4; Causa C-535/08, *Maria Catena Rita Pignataro contro Ufficio centrale circoscrizionale presso il Tribunale di Catania e altri*, in raccolta della giurisprudenza 2009 pagina I00050; Causa C-524/06, *Heinz Huber contro Bundesrepublik Deutschland*, in raccolta della giurisprudenza 2008 pagina I-09705; Causa C-353/06, *Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul*, in raccolta della giurisprudenza 2008 pagina I-07639; Causa C-164/07, *James Wood/Fonds de Garantie des victimes des actes de Terrorisme et d'autres Infractions*, in GU C 183 del 19.7.2008, pagg. 3–4; Causa C-33/07, *Ministerul Administrației și Internelor - Direcția Generală de Pașapoarte București contro Gheorghe Jipa*, in raccolta della giurisprudenza 2008 pagina I-05157; Causa C-398/0, *Commissione delle Comunità europee/Regno dei Paesi Bassi*, in GU C 128 del 24.5.2008, pagg. 10–10; Cause riunite C-11/06 e C-12/06, *Rhiannon Morgan contro Bezirksregierung Köln (C-11/06) e Iris Bucher contro Landrat des Kreises Düren (C-12/06)*, in raccolta della giurisprudenza 2007 pagina I-09161; Causa C-76/05, *Herbert Schwarz e Marga Goötjes-Schwarz contro Finanzamt Bergisch Gladbach*, in raccolta della giurisprudenza 2007 pagina I-06849; Causa C-300/04, *M. G. Eman e O. B. Sevinger contro College van burgemeester en wethouders van Den Haag*, in raccolta della giurisprudenza 2006 pagina I-08055; Causa C-145/04, *Regno di Spagna contro Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, in raccolta della giurisprudenza 2006 pagina I-07917; Causa C-441/02, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, in raccolta della giurisprudenza 2006 pagina I- 03449; Causa C-258/04, *Office national de l'emploi contre Ioannis Ioannidis*, in raccolta della giurisprudenza 2005 pagina I-08275; Causa C-403/03, *Egon Schempp contro Finanzamt München V*, in raccolta della giurisprudenza 2005 pagina I-06421; Causa C-209/03, *The Queen, ex parte di Dany Bidar contro London Borough of Ealing e Secretary of State for Education and Skills*, in raccolta della giurisprudenza 2005 pagina I-02119; Causa C-456/02, *Michel Trojani contro Centre public d'aide sociale de Bruxelles*, in raccolta della giurisprudenza 2004 pagina I-07573; Causa C-224/02, *Heikki Antero Pusa contro Osuuspankkien Keskinäinen Vakuutusyhtiö*, in raccolta della giurisprudenza 2004 pagina I-05763; Causa C-138/02, *Brian Francis Collins contro Secretary of State for Work and Pensions*, in raccolta della giurisprudenza 2004 pagina I-02703; Causa C-148/02, *Carlos Garcia Avello contro stato belga*, in raccolta della giurisprudenza 2003 pagina I-11613; Causa C-92/01, *Georgios Stylianakis contro Elliniko Dimosio*, in raccolta della giurisprudenza 2003 pagina I-01291; Causa C-413/99, *Baumbast e R contro Secretary of State for the Home Department*, in raccolta della giurisprudenza 2002 pagina I-07091; Causa C-192/99, *The Queen contro Secretary of State for the Home Department, ex parte Manjit Kaur*, in raccolta della giurisprudenza 2001 pagina I-01237.

²⁴⁹ Corte di Giustizia Causa C-450/93, *Eckhard Kalanke contro Freie Hansestadt Bremen*, in raccolta della giurisprudenza 1995 pagina I-03051.

²⁵⁰ Corte di Giustizia Causa C-271/91, *M. Helen Marshall contro Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, in raccolta della giurisprudenza 1993 pagina I-4367.

3.1 Il trattamento del lavoratore migrante nell'Unione europea

La possibilità di lavorare nell'UE in uno qualsiasi degli Stati membri e l'armonizzazione di questo settore sono da sempre tra le finalità principali del diritto dell'Unione.

In principio la tutela era offerta al solo lavoratore subordinato, per giungere, poi, al riconoscimento della sostanziale parità di trattamento²⁵¹ di tutti i lavoratori (subordinati o autonomi) che si spostano sul territorio comunitario.²⁵²

²⁵¹ Per una panoramica degli atti adottati dalle istituzioni in quest'ambito si vedano ad esempio Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008 , sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, in *GU L 328 del 6.12.2008*, pagg. 55–58; Regolamento (CE) n. 1922/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006 , che istituisce un Istituto europeo per l'uguaglianza di genere, in *GU L 403 del 30.12.2006*, pagg. 9–17; direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006 , riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione), in *GU L 204 del 26.7.2006*, pagg. 23–36; Regolamento (CE) n. 1107/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006 , relativo ai diritti delle persone con disabilità e delle persone a mobilità ridotta nel trasporto aereo (Testo rilevante ai fini del SEE), in *GU L 204 del 26.7.2006*, pagg. 1–9; direttiva 2004/113/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, in *GU L 373 del 21.12.2004*, pagg. 37–43; direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, che modifica la direttiva 76/207/CEE del Consiglio relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (Testo rilevante ai fini del SEE), in *GU L 269 del 5.10.2002*, pagg. 15–20 ; direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in *GU L 303 del 2.12.2000*, pagg. 16–22; direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, in *GU L 180 del 19.7.2000*, pagg. 22–26; direttiva 98/52/CE del Consiglio del 13 luglio 1998 relativa all'estensione della direttiva 97/80/CE riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso al Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, in *GU L 205 del 22.7.1998*, pagg. 66–66; Dichiarazione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli stati membri, riuniti in sede di Consiglio del 16 dicembre 1997 relativa al rispetto delle diversità e alla lotta contro il razzismo e la xenofobia, in *Gazzetta ufficiale n. C 001 del 03/01/1998* pag. 0001 - 0001 .

²⁵² Tra la numerosissima giurisprudenza in materia si segnalano le sentenze Causa 65/81, *Francesco Reina e Letizia Reina contro Landeskreditbank Baden-Württemberg*, in raccolta della giurisprudenza 1982 pagina 00033; Causa 180/83, *Hans Moser contro Land Baden-Württemberg*, in raccolta della giurisprudenza 1984 pagina 02539; Causa 293/83, *Françoise Gravier contro Città di Liegi*, in raccolta della giurisprudenza 1985 pagina 00593; Causa 96/85, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese*, in raccolta della giurisprudenza 1986 pagina 01475; Causa 139/85, *R. H. Kempf contro Staatssecretaris van Justitie*, in raccolta della giurisprudenza 1986 pagina 01741; Causa 168/85, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana*, in raccolta della giurisprudenza 1986 pagina 02945; Causa 39/86, *Sylvie Lair contro Universität Hannover*, in raccolta della giurisprudenza 1988 pagina 03161; Causa 344/87, *I. Bettray contro Staatssecretaris van Justitie*, in raccolta della giurisprudenza 1989 pagina 01621; Causa C-113/89, *Rush Portuguesa Lda contro Office national d'immigration*, in raccolta della giurisprudenza 1990 pagina I-01417; Causa C-319/92, *Salomone Haim contro Kassenärztliche Vereinigung Nordrhein*, in accolta della giurisprudenza 1994 pagina I-00425; Causa C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL e altri contro Jean-Marc Bosman e altri*, in raccolta della giurisprudenza 1995 pagina I-04921; Causa C- 266/95, *Pascual Merino García contro Bundesanstalt für Arbeit*, in raccolta della giurisprudenza 1997 pagina I-03279; Causa C-85/96, *María Martínez Sala contro Freistaat Bayern*, in raccolta della giurisprudenza 1998 pagina I-02691; Causa C-184/99, *Rudy Grzelczyk contro Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, in raccolta della giurisprudenza 2001 pagina I-06193; Causa C-413/99, *Baumbast e R contro Secretary of State for the Home Department*, in raccolta della giurisprudenza 2002 pagina I-07091; Causa C-257/00, *Nani Givane e a. contro Secretary of State for the Home Department*, in raccolta della giurisprudenza 2003 pagina I-00345 ; Causa C-413/01, *Francia Ninni-Orasche contro Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst* , in raccolta della giurisprudenza 2003 pagina I-13187; Causa C-212/05,

L'Unione attraverso atti di armonizzazione dei differenti sistemi sociali, tenta di garantire al lavoratore pensioni, assistenza sanitaria, istruzione ecc., in qualsiasi Stato membro egli risieda permanentemente o temporaneamente con normative che tendono a dar vita ad un “mercato unico delle prestazioni sociali”.

Dal canto suo la Corte sanziona duramente gli Stati membri che pongono in essere comportamenti discriminatori giustificabili solo entro gli stretti limiti delle ragioni imperative e dei motivi di ordine pubblico²⁵³.

Gertraud Hartmann contro Freistaat Bayern, in raccolta della giurisprudenza 2007 pagina I-06303; Causa C-94/07, *Andrea Raccanelli contro Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV*, in raccolta della giurisprudenza 2008 pagina I-05939; Causa C-542/08, *Friedrich G. Barth contro Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung*, non ancora pubblicata in raccolta.

²⁵³ Si vedano le conclusioni dell'Avvocato Generale Bot nella causa *Tsakouridis* (C-145/09) in cui si sofferma sulla distinzione tra le nozioni di ordine pubblico e di pubblica sicurezza, affermando che: “La Corte ha dichiarato che le circostanze specifiche che potrebbero giustificare il ricorso alla nozione di ordine pubblico possono variare da un paese all’altro e da un’epoca all’altra e che è perciò necessario lasciare, in questa materia, alle competenti autorità nazionali un certo potere discrezionale entro i limiti imposti dal Trattato. Inoltre, essa ha indicato che non esiste una scala di valori imposta agli Stati membri per la valutazione dei comportamenti contrari all’ordine pubblico.

A tal riguardo, è opportuno osservare che, a norma dell’art. 3, n. 2, TUE, la libera circolazione delle persone è assicurata insieme a misure appropriate in materia di prevenzione della criminalità e di lotta contro tale fenomeno. Infatti, lo scopo dell’Unione è creare uno spazio di sicurezza e, per raggiungere tale obiettivo, ogni Stato membro ha il dovere fondamentale di garantire tale spazio di sicurezza sul proprio territorio.

Pertanto, gli Stati membri restano sostanzialmente liberi di determinare, conformemente alle loro necessità nazionali, le esigenze dell’ordine pubblico e della pubblica sicurezza.

La Corte ha poi riconosciuto che la nozione di ordine pubblico comprende, in particolare, la prevenzione della violenza nei grandi centri urbani, la lotta contro il traffico di auto rubate, la tutela del potere di battere moneta o, ancora, il rispetto della dignità umana.

Sotto il profilo della sicurezza interna, nella citata sentenza Johnston la Corte ha ammesso che il divieto per le donne del corpo di polizia dell'Irlanda del Nord di essere dotate di armi era giustificato da ragioni di pubblica sicurezza, in quanto sarebbero aumentate le probabilità che esse costituissero obiettivo di attentati in una situazione di gravi disordini interni.

Tuttavia questa sentenza costituisce un’eccezione, in quanto nella maggior parte delle cause relative all’ordine pubblico e alla pubblica sicurezza in cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi, essa non ha operato una distinzione netta tra le due nozioni anzidette.

Siffatta mancanza di distinzione è ancora più evidente nella sentenza Oteiza Olazabal. Infatti, in essa la Corte ha indicato che la prevenzione di un’attività di un gruppo armato e organizzato può essere considerata rientrante nel mantenimento della pubblica sicurezza. Nondimeno, è sotto il profilo dell’ordine pubblico che la Corte valuterà se sia giustificata la misura di espulsione adottata nei confronti del protagonista della causa principale del caso di specie.

Peralter, il testo stesso dell’art. 27, n. 2, della direttiva 2004/38, che riprende dunque la giurisprudenza della Corte sulla nozione di ordine pubblico, sembra confondere le due nozioni. Invero, tale disposizione indica che i provvedimenti *adottati per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza* devono rispettare il principio di proporzionalità ed essere adottati esclusivamente in relazione al comportamento personale dell’individuo nei riguardi del quale essi sono applicati e che tale comportamento deve rappresentare una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un *interesse fondamentale della società*, in quanto tale nozione di interesse fondamentale della società costituisce, a mio avviso e di fatto, il denominatore comune di queste due nozioni.

Pertanto, anche se, alla luce della giurisprudenza della Corte e, in particolare, delle citate sentenze Johnston e Oteiza Olazabal, è chiaro che la sicurezza interna di uno Stato si riferisce alla lotta contro il terrorismo, sembra difficile, se non addirittura artificioso, racchiudere le nozioni di ordine pubblico e di pubblica sicurezza ciascuna in una definizione esaustiva.

Ciò tanto più che, come ho già avuto modo di osservare, gli Stati membri restano liberi di determinare, conformemente alle loro necessità nazionali, le esigenze dell’ordine pubblico e della pubblica sicurezza. Essi restano i soli competenti quanto al mantenimento dell’ordine pubblico e alla salvaguardia della sicurezza interna sul loro territorio e dispongono di un margine di discrezionalità per determinare, in funzione della particolarità dei contesti sociali e dell’importanza da essi attribuita a un obiettivo legittimo con riguardo al diritto comunitario, le misure idonee a raggiungere risultati concreti.

La tutela delle non discriminazioni in questi ambiti, da parte della Corte di Giustizia, ha puntato a garantire quei diritti che di fatto sostengono l'integrazione di categorie di cittadini deboli, nel tessuto sociale, accordando spesso la fruizione di sussidi a coloro che si trovano in situazioni di svantaggio, con il chiaro intento di sostenere il pieno inserimento di ogni cittadino nel mercato del lavoro, visto come mezzo attraverso il quale conseguire la piena realizzazione del singolo.

Nel 2000, il Consiglio ha approvato direttiva la 2000/43²⁵⁴, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica affermando che “le discriminazioni basate sulla razza o sull'origine etnica possono pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del trattato CE, in particolare il raggiungimento di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la

Invero, anche se la Corte è indubbiamente competente a garantire il rispetto di un diritto fondamentale come quello di circolare e soggiornare nel territorio di uno Stato membro, ciò non toglie che gli Stati membri siano gli unici in grado di valutare i rischi di minaccia all'ordine pubblico e alla pubblica sicurezza sul proprio territorio.

A tal riguardo, è chiaro che il legislatore dell'Unione, seguendo la giurisprudenza della Corte, ha voluto lasciare un certo margine di valutazione agli Stati membri in merito al contenuto della nozione di pubblica sicurezza. Pertanto, l'art. 28, n. 3, lett. a), della direttiva 2004/38 indica che la decisione di allontanamento dev'essere fondata su motivi imperativi di pubblica sicurezza «definiti dallo Stato membro».

Conseguentemente, se, per alcuni Stati membri, le minacce di gruppi indipendentisti armati sul loro territorio costituiscono un pregiudizio alla loro sicurezza interna, per altri è la lotta contro la piaga del traffico di stupefacenti organizzato che diventa una priorità per garantire la sicurezza sul loro territorio.

La nozione di «motivi imperativi di pubblica sicurezza» ai sensi dell'art. 28, n. 3, della direttiva 2004/38 Benché la Corte abbia riconosciuto l'esistenza di una serie di interessi qualificati come motivi imperativi d'interesse generale, la nozione di motivi imperativi non ha costituito l'oggetto di una definizione autonoma. Tuttavia, la Corte ha già affermato che un provvedimento mirante a proteggere la pubblica sicurezza costituisce un motivo imperativo d'interesse generale, come l'ordine pubblico e la sanità pubblica.

Peralter, occorre osservare che l'art. 4, n. 8, della direttiva 2006/123/CE, definisce la nozione di motivi imperativi come «motivi riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, tra i quali: l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica [e] la sanità pubblica».

Se è vero che un motivo di pubblica sicurezza è, per sua stessa natura, un motivo imperativo, ritengo che l'impiego di tale formula miri in realtà a sottolineare il carattere necessario e proporzionale dei motivi che giustificano il provvedimento nazionale di cui trattasi.

Invero, quando un provvedimento nazionale viola le libertà fondamentali, la Corte ha sempre provveduto a verificare che fosse giustificato e necessario per il conseguimento dell'obiettivo perseguito e che non esistessero altre misure meno restrittive per conseguirlo.

Nel caso particolare di un provvedimento che limita il diritto di soggiorno e di circolazione per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, la Corte ha affermato che le autorità nazionali competenti devono controllare la proporzionalità alla luce del fatto che siffatto provvedimento può essere giustificato solo se rispetta tali motivi, se è necessario a proteggere interessi che mira a garantire, nella misura in cui tali obiettivi non possono essere raggiunti mediante provvedimenti meno restrittivi” (punti 60-86).

²⁵⁴ Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

solidarietà. Esse possono [anche] compromettere l'obiettivo di sviluppare l'Unione europea in direzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia". Le discriminazioni razziali devono, pertanto, essere eliminate anzitutto a partire dall'ambito del lavoro. Nella sentenza *Feryn*²⁵⁵, che prende le mosse dal caso di un datore di lavoro, il quale, dopo aver collocato un'offerta di lavoro destinata a richiamare l'attenzione, dichiarava in pubblico che, sostanzialmente, la sua impresa desiderava reclutare operai installatori, ma non poteva assumere "alloctoni" a motivo delle reticenze della clientela a farli accedere alla propria abitazione privata durante i lavori²⁵⁶, la Corte sostiene l'assoluta contrarietà al diritto dell'Unione di tale modalità di assunzione.

Secondo la Corte le affermazioni del datore di lavoro sono discriminatorie sotto un duplice profilo: da un lato, perché dissuadendo determinati candidati dal presentare le proprie candidature ostacolano l'accesso al mercato del lavoro dall'altro, perché dichiarazioni pubbliche con le quali un datore di lavoro rende noto che non assumerà lavoratori aventi una determinata etnia o razza, sono sufficienti a far presumere l'esistenza di una politica di assunzione direttamente discriminatoria ai sensi dell'art.8, n.1, della direttiva 2000/43. Come si noterà, la Corte non parla direttamente di diritti sociali ma degli obiettivi dell'Unione e cioè: un elevato tasso di occupazione, allo scopo di rafforzare il mercato comune. Dunque, la tutela del singolo avviene, in via secondaria, attraverso la tutela del mercato senza che ciò significhi che la garanzia

²⁵⁵ Corte di Giustizia Causa C-54/07 del 10 luglio 2008, in *Racc.* [2008] pagina I-05187

²⁵⁶ In particolare il direttore dell'impresa dichiarava "Devo soddisfare le esigenze dei miei clienti. Se lei dice: 'Voglio quel tale prodotto o lo voglio così o così', e io dico: 'Non lo faccio, faccio venire lo stesso quelle persone', allora lei dirà: 'Non la voglio più quella porta'. Così io dovrò chiudere bottega. Dobbiamo venire incontro alle esigenze dei nostri clienti. Questo non è un mio problema, non ho creato io questo problema in Belgio. Io voglio solo che la società vada avanti e che alla fine dell'anno raggiungiamo il nostro fatturato e come lo raggiungo?...devo raggiungerlo come vuole il cliente!", si veda il punto 18.1 della Sentenza.

dei diritti sociali, lesi dall'eventuale discriminazione, non rilevi. È lo stile della Corte che qui rileva e cioè la sua capacità di tutelare i diritti sociali per via interposta, senza neppure che questi vengano nominati.

Ancora, è possibile constatare tale tipo di approccio nei numerosi casi in cui la Corte si è occupata della discriminazione fondata sull'età. La sentenza *Mangold*²⁵⁷ ha sancito la non discriminazione fondata sull'età prevista dal Trattato²⁵⁸. Lo scopo della normativa è di promuovere un mercato del lavoro che agevoli l'inserimento sociale, combattendo la discriminazione nei confronti dei lavoratori anziani e disabili, onde accrescere la loro partecipazione alla vita professionale.

Sempre nell'ambito della tutela del lavoro si possono segnalare le sentenze *Coleman*²⁵⁹, in merito alla discriminazione fondata sugli handicap, *Meruko*²⁶⁰, *Schultz-Hoff e Stringer*²⁶¹, sulla discriminazione fondata sull'orientamento sessuale²⁶² e sui congedi retribuiti. In tutti questi casi, la discriminazione sofferta dall'individuo, incideva sulla possibilità di ricevere una prestazione sociale da parte dello Stato di appartenenza. Anche se il diritto comunitario entra in gioco solo per la tutela della non discriminazione, esso finisce per garantire anche l'accesso alle singole prestazioni sociali. Pare quindi, che la Corte crei una sorta di catalogo delle prestazioni sociali che lo Stato deve garantire ai propri cittadini, e per far ciò, non si basa sulla tutela del singolo diritto

²⁵⁷ Corte di Giustizia Causa C-144/04, *Werner Mangold contro Rüdiger Helm*, in raccolta della giurisprudenza 2005 pagina I-09981.

²⁵⁸ Si vedano gli artt. 153, h TFUE (ex 137 TUE), 156 TFUE (ex 140 TUE) e 166 TFUE (ex 150 TUE).

²⁵⁹ Corte di Giustizia Causa C- 303/06 del 17 luglio 2008, in *Racc.* [2008] pagina I-05603.

²⁶⁰ Corte di Giustizia Causa C-267/06 del 1 aprile 2008, in *Racc.* [2007] pagina I-02851

²⁶¹ Corte di Giustizia Cause riunite C-350/06 e C-520/06 del 20 gennaio 2009, in *Racc.* [2009] pagina I-00179. Per una analisi di questa giurisprudenza si segnalano, Fontanelli F., General principles of the EU and a glimpse of solidarity in the aftermath of *Mangold* and *Kucukdeveci*, in European public law, pp. 225-240, 2011; G. Di Federico, *La sentenza Kucukdeveci e la vexata quaestio degli effetti diretti (orizzontali) delle direttive*, Ri. Ita. Diritto del Lavoro, 2010, 4, pp. 1001 – 1010.

²⁶² Grigolo M., *Sexualities and the Echr: introducing the universal sexual legal subject*, European Journal of International law, 14/2003, p. 1023 ss., Kilpatrick C., *Gender equality: a fundamental dialogue*, in Sciarra S. *Labour Law in the Courts: national judges and the ECJ*, Hart Publishing, Oxford, 2001.

sociale previsto/garantito a livello nazionale, ma sul principio di non discriminazione comunitario. Le stesse direttive in materia, pur ribadendo l'autonomia degli Stati, creano un'equiparazione di fatto nei modelli di assistenza, basata non tanto sul *quantum* e sul *quid* ma piuttosto sui principi ispiratori.

L'applicazione del principio della parità di trattamento e della non discriminazione, si esplica con un raggio d'azione amplissimo, nella giurisprudenza della Corte. Nel caso *Coleman* essa ha applicato le disposizioni della direttiva 2000/78, sulla lotta alla discriminazione fondata sugli handicap, a coloro che, pur non essendo disabili, soffrono discriminazioni a causa della necessità di assistere persone disabili. Nel caso di specie la sig.ra Coleman era stata costretta a licenziarsi per poter seguire il figlio disabile, la Corte ha affermato che anche se nella situazione concreta la persona oggetto di una discriminazione diretta, fondata sulla disabilità, non è essa stessa disabile, resta comunque il fatto che è proprio la disabilità a costituire, per la sig.ra Coleman, il motivo del trattamento meno favorevole del quale essa è stata vittima. La direttiva 2000/78, che mira, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'handicap, l'età o le tendenze sessuali, secondo la Corte si applica, difatti, non in relazione ad una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al suo art.1122, ovvero la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, in ogni ambito che concerna

l'occupazione e le condizioni di lavoro. Nella sentenza *Maruko*²⁶³, è interessante notare come la Corte, non potendo entrare nel merito della questione sullo stato civile e le prestazioni statali ad esso collegate, in quanto costituiscono materie che rientrano nella competenza esclusiva degli Stati membri che il diritto comunitario non pregiudica, tuttavia, ricorda che gli Stati membri, nell'esercizio di detta competenza, devono rispettare il diritto comunitario, in particolare le disposizioni relative al principio di non discriminazione. Quindi sostiene che, il fatto di non accordare ad una persona, dopo il decesso del suo partner di unione solidale, il beneficio di prestazioni ai superstiti, così come ad un coniuge superstito, costituisce una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale di detta persona.

Nei casi analizzati, appare evidente, come la tutela della parità di trattamento sia funzionale alla tutela di altri diritti: il licenziamento ingiustificato, la pensione di vecchiaia. Tutti questi sono, appunto, diritti sociali; data la difficoltà di fondare un ricorso direttamente sulla loro lesione, stante la carenza di competenze in materia, la tutela viene assicurata attraverso il rispetto del principio di parità di trattamento e non discriminazione.

A tale proposito, sorge l'interrogativo, su quale sarà il futuro dei ricorsi individuali, in tutte quelle aree direttamente coperte dalla Carta dei diritti fondamentali, infatti, se le materie qui citate, sono escluse dal catalogo delle competenze dell'Unione, ex art. 153 TFUE, dall'altro esse fondano dei veri e propri diritti fondamentali accolti nel testo della Carta.

²⁶³ Il caso riguardava una controversia tra il sig. Maruko e la Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (ente di previdenza dei lavoratori dei teatri tedeschi) in merito al diniego di quest'ultima di riconoscergli una pensione di vedovo a titolo delle prestazioni ai superstiti previste dal regime previdenziale obbligatorio di categoria al quale era iscritto il suo partner, poi deceduto, con il quale aveva contratto un'unione solidale.

Risulta pertanto interessante notare che le possibilità offerte dalla Carta alla tutela delle posizioni soggettive dei singoli, risultano attualmente pressoché inutili, senza una disposizione che ne garantisca la diretta giustiziabilità in sede comunitaria.

È quindi possibile affermare che il diritto comunitario presta attenzione alla tutela dei diritti sociali, specialmente quelli connessi alla sfera del lavoro²⁶⁴, la vera peculiarità, consiste nell'accesso all'azione di tutela che, come già notato, è mediata e filtrata attraverso l'applicazione del principio di non discriminazione.

Inoltre, è da rilevare la particolare incidenza che la giurisprudenza comunitaria ha sui diritti nazionali: infatti, in tutti i casi analizzati è l'applicazione della legge nazionale che viene contestata, anche quando non si tratta di una legge di trasposizione delle direttive, ma di una legge esclusivamente interna. In questo senso, dunque, è possibile affermare che il diritto comunitario influisca e armonizzi i sistemi di diritti sociali interni. Infatti, anche qualora la controversia non sia connotata da tratti di transnazionalità il diritto comunitario è invocabile dal singolo, ai fini della tutela di un diritto che gli spetta, sulla base della sola normativa nazionale, qualora essa sia discriminatoria. Il principio di non discriminazione e parità di trattamento, viene quindi a informare tutti i singoli diritti nazionali, creando un parametro di riferimento omogeneo su tutto il territorio dell'Unione. La peculiarità del sistema d'armonizzazione si fonda su un parametro di riferimento che rimane

²⁶⁴ Si vedano i commenti alle sentenze Viking e Laval: M. V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Diritto e Lavoro*, 2008, 2, p.371-392; L. Zoppoli., Dopo la Corte di giustizia, quale futuro per il conflitto collettivo nell'Unione europea?, in ANDREONI E VENEZIANI (a cura di), *Liberà economiche e diritti sociali nell'Unione europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo*, Ediesse, 2009, pp. 219-231.

comunque esterno, nel senso che il diritto attribuito al cittadino rimane di esclusiva competenza nazionale, quanto all'estensione e all'oggetto, mentre la garanzia della sua applicazione, a tutti coloro che si trovano nelle condizioni prescritte dalle direttive, si fonda sul diritto comunitario²⁶⁵.

3.2 Il diritto di residenza e l'accesso transnazionale ai servizi di assistenza sociale

Se, sul piano dei diritti nazionali, la tutela comunitaria dei diritti sociali e delle loro prestazioni si sostanzia nella applicazione del principio di non discriminazione, fondato sulle direttive che regolano la tutela del lavoro, sul piano strettamente comunitario, le medesime²⁶⁶ tutele vengono fondate sul diritto di residenza, sulla libera circolazione dei lavoratori e, in ultima analisi, sull'istituto della cittadinanza europea.

I regolamenti in materia, sostengono che le norme di coordinamento delle legislazioni nazionali sulla sicurezza sociale si inseriscono nel quadro della libera circolazione dei lavoratori, devono perciò contribuire al miglioramento del loro tenore di vita e delle condizioni di lavoro, garantendo all'interno dell'Unione, da un lato, a tutti i cittadini degli Stati membri, la parità di trattamento di fronte alle diverse legislazioni nazionali e dall'altro, ai lavoratori migranti e ai loro rispettivi aventi diritto, il beneficio delle prestazioni di sicurezza sociale, qualunque sia il

²⁶⁵ Si veda Sciarra S., *Servizi nel mercato interno europeo e nuove dimensioni di solidarietà*, in Sciarra S. (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Bologna 2007, p.11, Il Mulino, Deakin S., e De Schutter O., *Social rights and market forces: is the Open Coordination of Employment and Social Policies the future of social Europe?*, Bruxelles, 2005.

²⁶⁶ Già il Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, affrontava il problema delle esportazioni delle prestazioni sociali sulla base dell'art. 51 del Trattato.

luogo di occupazione o di residenza²⁶⁷.

In materia di prestazioni di invalidità e di vecchiaia, gli interessati devono poter beneficiare²⁶⁸ del complesso delle prestazioni acquisite nei diversi Stati membri, entro il limite, del più elevato tra gli importi delle prestazioni che sarebbe dovuto da uno di detti Stati, se il lavoratore vi avesse compiuto tutta la sua carriera²⁶⁹.

La giurisprudenza della Corte, ha da sempre sostenuto la necessità di garantire al lavoratore migrante, l'accesso alle prestazioni sociali dello Stato di residenza anche temporaneo, in particolare non solo le prestazioni che derivano dalle attività lavorative ma, e soprattutto recentemente, anche tutte quelle prestazioni che, in senso lato, assicurano un'esistenza dignitosa al lavoratore. Infatti, per permettere la mobilità dei lavoratori in condizioni migliori, è necessario assicurare un coordinamento tra i regimi di assicurazione (vecchiaia/malattia) e di assistenza alla disoccupazione di tutti gli Stati membri; inoltre, per agevolare la ricerca di occupazione nei diversi Stati membri, occorre, concedere al lavoratore privo di occupazione, il beneficio, seppure durante un periodo limitato, delle prestazioni di disoccupazione previste dalla legislazione dello Stato membro nel quale egli è stato, da ultimo, soggetto a contributi previdenziali.

²⁶⁷ Per una disamina approfondita del tema, si vedano i molti scritti di Hervey T., tra cui si segnalano, Mapping the contours of European Union health law and policy, in European public law, pp. 69-105, 2001, The right to health in European Union law, in Hervey T., Kenner H., Economic and social rights under the EU Charter of fundamental rights, pp. 193-222, 2003, Hart, The current legal framework on the right to seek health care abroad in the European Union, in Cambridge yearbook of european legal studies, pp. 261-286, 2007, Freedom to provide health care services within the EU: an opportunity for a transformative directive, in Columbia journal of european law, pp. 623-647, 2007, Health law and the European Union, 2004, Cambridge, The European Union and the governance of health care, pp., 179-210, in De Burca G., Scott J., Law and governance in the EU and the US, 2006, Hart

²⁶⁸ Necessario per evitare cumuli ingiustificati, derivanti in particolare dalla sovrapposizione di periodi di assicurazione e di periodi assimilati.

²⁶⁹ Si vedano a tal proposito le sentenze C-527/06, R. H. H. Renneberg contro Staatssecretaris van Financiën in raccolta della giurisprudenza 2008 pagina I-07735 , e C10/90, Maria Masgio contro Bundesknappschaft, in raccolta della giurisprudenza 1991 pagina I-01119.

Sempre più spesso, le sentenze della Corte di giustizia in materia di libera circolazione dei lavoratori, si fondano sugli articoli 17 TCE e 18 TCE e non più sugli articoli. 39 e 56, sottolineando in tal modo, la possibilità di applicare simultaneamente le norme sulla cittadinanza e quelle relative alla libera circolazione dei lavoratori, a situazioni che tradizionalmente erano tutelate attraverso la normativa del lavoro.

La giurisprudenza sembra, infatti, affievolire le responsabilità e gli obblighi dello Stato di origine, a fronte di maggiori responsabilità ed obblighi dello Stato ospitante. Ne consegue che, uno Stato membro, non può negare un diritto ad un cittadino europeo per il motivo che egli non risiede formalmente sul suo territorio, qualora la vita personale e professionale dell'interessato si svolga all'interno delle sue frontiere. Allo stesso modo, gli Stati membri devono fornire servizi identici a tutti i cittadini europei, a prescindere dalla loro nazionalità o residenza, qualora dimostrino di esercitare attività analoghe a coloro che hanno un legame effettivo con la comunità politica di tale Stato, anche qualora tale obbligo comporti un onere²⁷⁰ per l'erario. Tale approccio si rafforza quando il cittadino europeo dimostra di non costituire un onere per le finanze pubbliche dello Stato ospitante, a prescindere dalla provenienza delle risorse, o dalle modalità impiegate per acquisire la cittadinanza.

Un esempio di tale tipo di approccio è rappresentato dalla disciplina in

²⁷⁰ Si vedano ad esempio la direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in GU L 303 del 2.12.2000, pagg. 16–22; la direttiva 98/49/CE del Consiglio del 29 giugno 1998 relativa alla salvaguardia dei diritti a pensione complementare dei lavoratori subordinati e dei lavoratori autonomi che si spostano all'interno della Comunità europea, in GU L 209 del 25.7.1998, pagg. 46–49; il Regolamento (CE) n. 118/97 del Consiglio del 2 dicembre 1996 che modifica e aggiorna il regolamento (CEE) n. 1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità e il regolamento (CEE) n. 574/72 che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CEE) n. 1408/7, in GU L 28 del 30.1.1997, pagg. 1–22

materia di prestazioni familiari²⁷¹ che, secondo quanto stabilito dalla sentenza *Bosmann*, possono essere percepite da un lavoratore migrante, soggetto al regime di previdenza sociale dello Stato membro in cui esercita la sua attività lavorativa, anche qualora siano erogate in applicazione della legislazione nazionale dello Stato membro di residenza, a condizione che soddisfi le condizioni necessarie per la concessione di tali prestazioni, in forza della legislazione nazionale di detto Stato. Ciò significa, in altri termini, che un lavoratore migrante che non risiede nello Stato dove lavora, ma ivi abbia la propria assicurazione sociale, è astrattamente idoneo a ricevere prestazioni familiari dallo Stato in cui risiede, anche se qui non affiliato ad un regime di previdenza sociale. Questo perché, come emerge chiaramente da una giurisprudenza costante²⁷², le disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle persone, sono volte a facilitare l'esercizio di attività lavorative di qualsivoglia natura, in tutto il territorio dell'Unione ed ostano a provvedimenti che potrebbero sfavorirli, qualora intendano svolgere un'attività economica sul territorio di un altro Stato membro. Pertanto, come la Corte ha dichiarato a più riprese²⁷³, il Trattato non garantisce ad un lavoratore che l'estensione o il trasferimento delle sue attività in un altro Stato membro, avrà conseguenze neutre, sotto il profilo della

²⁷¹ Corte di Giustizia Causa C-352/06 del 20 maggio 2008, in Racc. [2008] pagina I-03827

²⁷² Tra le tante si vedano Causa C-480/08, Maria Teixeira contro London Borough of Lambeth e Secretary of State for the Home Department, non ancora pubblicata in raccolta; Causa C-310/08, London Borough of Harrow contro Nimco Hassan Ibrahim e Secretary of State for the Home Department, non ancora pubblicata in raccolta; Causa C-103/08, Arthur Gottwald contro Bezirkshauptmannschaft Bregenz, in raccolta della giurisprudenza 2009 pagina I-09117; Cause riunite C-22/08 e C-23/08, Athanasios Vatsouras (C-22/08) e Josif Koupantze (C-23/08) contro Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900, in raccolta della giurisprudenza 2009 pagina I-04585; Causa C-127/08, Blaise Baheten Metock e altri contro Minister for Justice, Equality and Law Reform, in raccolta della giurisprudenza 2008 pagina I-06241; Causa C-408/03, Commissione delle Comunità europee contro Regno del Belgio, in raccolta della giurisprudenza 2006 pagina I-02647; Cause riunite C-482/01 e C-493/01, Georgios Orfanopoulos e altri (C-482/01) e Raffaele Oliveri (C-493/01) contro Land Baden-Württemberg, in raccolta della giurisprudenza 2004 pagina I-05257.

²⁷³ V., inter alia, sentenze 11 settembre 2007, causa C-318/05, Commissione/Germania (Racc. pag. I-0000, punto 114); Öberg, cit. alla nota 9 (punto 14), e Bosman, cit. alla nota 6 (punto 94).

previdenza sociale. Tenuto conto delle differenze tra i regimi previdenziali dei vari Stati membri, una simile estensione o trasferimento può, secondo i casi, essere più o meno favorevole o sfavorevole per i lavoratori sul piano della previdenza sociale²⁷⁴, l'importante è che l'estensione o il trasferimento sia coerente con il sistema prescelto.

L'intera normativa ha trovato nuova linfa con l'introduzione dell'istituto della cittadinanza europea e ad essa sono state legate anche le concessioni dei sussidi di disoccupazione, le quali, sono inquadrata dalla Corte come prestazioni previdenziali, rientranti anch'esse nell'ambito del Regolamento 1408/71²⁷⁵. Nella sentenza *Petersen*²⁷⁶, infatti, i giudici di Lussemburgo sostengono che gli artt.18 e 39 TCE, ostano ad una disposizione nazionale che preveda la sospensione del diritto al sussidio di disoccupazione, quando il disoccupato interessato risiede in un altro Stato membro.

Quindi, anche nell'ambito della categoria soggettiva di cittadini non inquadrabili come lavoratori, ai sensi dell'art. 39 TUE, la Corte applica il divieto di discriminazione in base alla nazionalità.

Si può quindi ammettere che la nozione di cittadinanza dell'Unione, come elaborata dalla giurisprudenza della Corte, segna un processo di emancipazione dei diritti comunitari dal loro paradigma economico²⁷⁷.

Pertanto, mentre inizialmente i diritti alle prestazioni sociali erano collegati all'esercizio di attività economiche (in particolare sotto forma di

²⁷⁴ V., in tal senso, sentenze Piatkowski, cit. (punto 34), e Hervein e a., cit. (punto 51).

²⁷⁵ Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, in GU L 323 del 13.12.1996, pag. 38.

²⁷⁶ Corte di Giustizia Causa C-228/07 del 11 settembre 2008, in Racc. [2008] pagina I-06989

²⁷⁷ Ex multis si veda Catarbia, I diritti fondamentali e la cittadinanza europea, in Bassanini, Tiberi, La costituzione europea. Un primo commento, Bologna 2005, p. 73; Costantinesco, La cittadinanza dell'Unione europea: una vera cittadinanza?, in Rossi, L. S., Il progetto di Trattato Costituzione, Milano 2006, p. 225; Pinalli, La Carta dei diritti, la cittadinanza e la vita democratica dell'Ue, in Bassanini, op. cit..

lavoro retribuito, che è alla base della nozione di lavoratore), attualmente essi possono essere esercitati da cittadini economicamente non attivi, sulla base del principio di non discriminazione. Mentre, in passato, uno Stato membro doveva assumersi la piena responsabilità sociale e fornire le prestazioni a coloro che avevano già avuto accesso al mercato del lavoro in detto Stato, contribuendo in una certa misura alla sua economia, attualmente, tale solidarietà economica dev'essere estesa, in linea di principio, a tutti i cittadini dell'Unione, legalmente residenti sul suo territorio. Tuttavia, occorre rilevare che permangono alcuni limiti. Come ha osservato la Corte nelle sentenze *Grzelczyk* e *Bidar*, in ambiti quali i sussidi per il mantenimento degli studenti, gli Stati, benché debbano dare prova di "una certa solidarietà finanziaria" nell'organizzazione e nell'applicazione dei loro sistemi di assistenza sociale, essi possono vigilare affinché la concessione di prestazioni sociali, non diventi per loro un onere irragionevole riservando tali aiuti possono agli studenti che abbiano dimostrato "un certo grado di integrazione"²⁷⁸.

In sintesi, è possibile seguire l'iter della giurisprudenza sulla tutela dei diritti sociali e delle prestazioni sociali, a partire dal caso *Baumbast*²⁷⁹, che ha permesso ad un cittadino tedesco, che si era avvalso delle libertà di circolazione nel Regno Unito, di mantenere la propria residenza in questo Stato membro, in forza dell'art.18 TCE. Nella successiva sentenza *Trojani*²⁸⁰, la Corte di giustizia ha considerato che, anche nel caso in cui un cittadino che risiedeva saltuariamente in Belgio fosse privo della qualità di soggetto economico (valutazione che la Corte ha lasciato al

²⁷⁸ Cfr. punto 57 della citata sentenza *Bidar*.

²⁷⁹ Corte di Giustizia Causa C-413/99, *Baumbast* e R contro Secretary of State for the Home Department, in raccolta della giurisprudenza 2002 pagina I-0709.

²⁸⁰ Causa C-456/02, *Michel Trojani* contro Centre public d'aide sociale de Bruxelles

giudice nazionale), egli poteva pur sempre far affidamento sulla tutela che gli conferisce l'art.18 TCE. La successiva sentenza *Schwarz*²⁸¹ ha approfondito tale linea giurisprudenziale, delegando al giudice nazionale l'applicazione dell'art.49 TCE o dell'art.18 TCE, pur confermando, in entrambi i casi, l'esistenza di una violazione. In definitiva, nonostante la separazione degli ambiti di applicazione degli articoli relativi rispettivamente, alla cittadinanza e alla libera circolazione, all'atto pratico, tale separazione non comporta differenze rilevanti²⁸². La Corte di Giustizia persegue il conseguimento di un livello omogeneo di tutela, nell'ambito della libera circolazione delle persone, utilizzando le norme sulla cittadinanza come un valido strumento a tal fine.

Come ha rilevato l'avvocato generale Jacobs nell'ambito della causa Konstantinidis, “un cittadino comunitario che si rechi in un altro Stato membro come lavoratore dipendente o autonomo (...) [ha] il diritto non solo di svolgere la sua attività commerciale o professionale e di godere delle stesse condizioni di vita e di lavoro dei cittadini dello Stato ospitante, ma altresì di contare sul fatto che, dovunque egli si rechi per guadagnarsi da vivere all'interno della Comunità europea, egli sarà trattato in conformità ad un codice comune di valori fondamentali (...).

In altre parole, egli ha il diritto di dichiarare «civis europeus sum» e di invocare tale status per opporsi a qualunque violazione dei suoi diritti fondamentali». In tal modo, la libera circolazione delle persone acquista un'identità propria, influenzata da contenuti costituzionali ancor più che giuridici, trasformandosi in una libertà affine alla dinamica che

²⁸¹ Corte di GiustiziaCausa C-76/05, Herbert Schwarz e Marga Gootjes-Schwarz contro Finanzamt Bergisch Gladbach, in Raccolta della giurisprudenza 2007 pagina I-06849

²⁸² Spaventa, E., Seeing the wood despite the trees? On the scope of Union citizenship and its constitutional effects, in Common Market Law Review, 45, 2008, pag. 40

caratterizza i diritti fondamentali²⁸³.

Come è stato efficacemente scritto “la nozione di cittadinanza, che implica uno status giuridico del singolo, impone agli Stati membri di prestare un’attenzione specifica alla situazione giuridica del singolo. A tal fine, i diritti fondamentali svolgono un ruolo essenziale.

Come parte integrante dello status del cittadino, i diritti fondamentali rafforzano la posizione giuridica della persona, introducendovi una dimensione determinante ai fini della giustizia sostanziale del caso.

Esercitando i propri diritti come prerogative di libertà, il cittadino europeo conferisce un maggior grado di legittimità alle proprie rivendicazioni. Anche nei casi in cui, pur non essendo in gioco un diritto fondamentale, venga commessa una violazione manifesta, occorre procedere ad un attento esame della proporzionalità. Tale accezione ci obbliga a reinterpretare le libertà di circolazione allorché il titolare di queste ultime gode dello status riconosciuto negli artt.17 TCE e 18 TCE.

In tal modo, la libera circolazione delle persone diventa la circolazione dei liberi cittadini. Un cambiamento di prospettiva non facile, poiché il centro dell’attenzione viene spostato dalla libertà di circolazione al singolo”²⁸⁴.

E proprio il cittadino titolare, secondo i diversi modelli nazionali, di prestazioni sociali, diviene il veicolo attraverso il quale tali prestazioni circolano sul territorio comunitario. In questo senso, dunque, il bene

²⁸³ Besselink, L., Dynamics of European and national citizenship: inclusive or exclusive?, in European Constitutional Law Review, n. 3, vol. I, 2007, pagg. 1 e 2; Castro Oliveira, Á., Workers and other persons: step-by-step from movement to citizenship – Case Law 1995-2001, in Common Market Law Review n.39, 2002; Dougan, M. & Spaventa, E., Educating Rudy and the (nin-) English patient: A double-bill on residency rights under Article 18 EC, n.28, European Law Review, 2003, pagg. 700-704; Martin, D., A Big Step Forward for Union Citizens, but a Step Backwards for Legal Coherence in European Journal of Migration and Law 2002, vol. 4, pagg. 136-144; O’Leary, S., Putting flesh on the bones of European Union citizenship, n.28 in European Law Review, 1999, pagg. 75-79; Shaw, J. & Fries, S., Citizenship of the Union: First Steps in the European Court of Justice, n.4, European Public Law, 1998, pag. 533.

²⁸⁴ Cfr. conclusioni dell’Avvocato Generale Colomer nella causa C- 228/07 qui al punto 22.

giuridico oggetto di tutela non è più la singola prestazione ma, astrattamente, l'insieme delle prestazioni che garantiscono al cittadino il normale svolgersi della vita sociale. Si assiste, quindi, alla creazione di un nuovo modello di welfare comunitario, non più fondato su una serie di normative pregresse che impongono la fruizione di determinate prestazioni sociali, ma al contrario, su un insieme variabile di singoli diritti esportabili e comunque sempre esigibili, ferme restando le diverse modalità di erogazione previste dai singoli diritti nazionali²⁸⁵.

4. La libera prestazione di servizi e le materie non rientranti

Anche i servizi di assistenza medica rientrano, a norma degli articoli 56 e 57 TFUE (ex 49 e 50 TCE)²⁸⁶, nell'ipotesi di libera circolazione dei servizi, tanto è vero che erano già ricompresi nell'ambito della direttiva sui servizi del 2004 e poi in quella sui diritti dei pazienti n. 24/2011.

In generale, gli Stati membri hanno competenza esclusiva in materia di salute ma in particolare, come affermato dalla Corte nella sentenza *Doc Morris*²⁸⁷, sull'applicazione dell'art. 49 TFUE (ex 43 TCE), “spetta agli Stati membri stabilire il livello al quale essi intendono garantire la

²⁸⁵ In dottrina si vedano in tal senso i contributi, Urbano G., Diritto alla salute e cure transfrontaliere. Profili di diritto interno e comunitario, 2009, Giappichelli; Van Der Mei A. P., Cross-border access to health care within the European Union: recent developments in law and policy, in European journal of health law, pp. 369-380, 2003, Cross border access to medical care: non hospital care and waiting lists, in CMLR, pp.57-67, 2004, Van De Groden J., Cross border health care in the EU and the organization of the national health care systems of the Member States: the dynamics resulting from the European Court of Justice's decisions on free movement and competition law, in Wisconsin international law review, pp. 704-760, 2008 e dello stesso autore, Cross border health care in the EU and the organization of the national health care systems of the Member States: the dynamics resulting from the European Court of Justice's decisions on free movement and competition law, in Wisconsin international law review, pp. 704-760, 2008, nonché, Health care and EU law, 2011, Springer; Wyatt C., Community competence to regulate medical services, in Dougan M., Spaventa E., Social welfare and EU law, pp. 131-143, 2005, Hart.

²⁸⁶ La disciplina della libera prestazione dei servizi è attualmente contenuta, in seguito alla rinumerazione introdotta dal Trattato di Lisbona, negli artt. 56-62 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione (di seguito TFU); in virtù del richiamo previsto dall'art. 62 anche le disposizioni in materia di libertà di stabilimento di cui agli artt. 51-54 sono applicabili al settore dei servizi.

²⁸⁷ L. Hancher e W. Sauter, One step beyond? From Sodemare to Docmorris: the EU's freedom of establishment case law concerning healthcare, in Comm. Market law Review, 47, 2010 pp. 117-146

protezione della sanità pubblica ed il modo in cui tale livello deve essere raggiunto. Poiché detto livello può variare da uno Stato membro all'altro, occorre riconoscere a questi ultimi un margine discrezionale”; pertanto, i sistemi sanitari nazionali non rientrano, in linea di principio, nell'ambito di applicazione della disciplina del mercato e della concorrenza.

Nella realtà, la giurisprudenza recente, ci ha abituati a considerare che anche i sistemi nazionali di assistenza sanitaria possano entrare in conflitto ed essere interessati dal diritto comunitario. Infatti, un prestatore di servizi medici può, invocando il diritto comunitario, svolgere il proprio servizio in tutto il territorio dell'Unione, sempre che tale servizio sia remunerato. Pertanto è anche possibile, all'opposto, che tale attività possa essere sindacata sulla scorta degli articoli 106 (1) TFUE (ex 86 (1) TCE) e 102 TFUE (ex 82 TCE), quando le norme nazionali che favoriscono determinati prestatori di servizi, creino situazioni di diritti esclusivi o abusi di posizione dominante.

Infatti, “è opportuno ricordare che, secondo la giurisprudenza, la libera prestazione dei servizi impone non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro, a causa della sua nazionalità, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, quando essa è tale da proibire, ostacolare o rendere meno interessanti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro, dove offre legalmente servizi analoghi”.²⁸⁸

L'originario articolo 49 TCE, relativo alla libera circolazione dei servizi,

²⁸⁸ Cfr. punto 78 sentenza C- 350/07 Kattner, in raccolta della giurisprudenza 2009 pagina I-01513.

garantisce ad un prestatore di servizi stabilito in uno Stato membro di spostarsi liberamente nel territorio di un altro Stato membro senza subire restrizioni discriminatorie, essendo possibile sottoporre tale diritto, esclusivamente, alle medesime condizioni imposte agli operatori economici nazionali.

Il diritto comunitario, tuttavia, salvaguardando in parte le prerogative costituzionali nazionali, non impedisce che gli Stati membri possano estendere, a fini di protezione sociale, ad esempio le proprie leggi o i propri contratti collettivi di lavoro, in materia di minimi salariali, a qualsiasi prestatore di servizi che operi sul proprio territorio, indipendentemente dal paese di stabilimento.

La libera prestazione dei servizi comporta, dunque, l'obbligo per gli Stati membri di rimuovere le restrizioni che impediscono ai cittadini di uno Stato membro, stabiliti in uno dei paesi dell'Unione europea, di prestare la propria attività a favore di un beneficiario, che si trovi in altro Stato membro, oppure, di prestarvi occasionalmente la propria attività, alle condizioni previste dalla disciplina ivi vigente. A tal fine, il diritto comunitario impone il divieto di frapporre ostacoli alla circolazione dei servizi, sia nei confronti dello Stato ove la prestazione deve essere svolta, sia verso quello di stabilimento del prestatore.

L'elencazione esemplificativa, ma comunque non tassativa, contenuta nell'art. 50.2, permette di ricavare l'ampiezza della nozione di servizi accolto dal Trattato. Questa deve, innanzitutto, riguardare l'esercizio di un'attività retribuita che abbia natura economica, reale ed effettiva, seppur derivante da un profitto indiretto ed a prescindere dalla

coincidenza fra colui che è beneficiario del servizio e colui che lo retribuisce, come a più riprese specificato dall'interpretazione estensiva della Corte di giustizia²⁸⁹. Sono, invece, da ritenersi esclusi dalla nozione comunitaria, i servizi per cui non sia previsto un compenso od altro tipo di controprestazione economica²⁹⁰ ed i servizi resi dallo Stato o più generalmente le attività poste in essere, come parte integrante delle funzioni dello Stato oppure ancora, finanziate dal bilancio pubblico²⁹¹.

La Corte di Giustizia opera una distinzione tra le prestazioni economiche, liberamente esercitabili negli Stati membri, che ricadono nel mercato interno e quelle che ne restano escluse.

La giurisprudenza esclude, tendenzialmente, che i servizi classificati come aventi carattere “solidale”, fondati sulla logica della solidarietà nazionale, possano rientrare nella disciplina del mercato unico poiché non qualificabili come attività economiche e, pertanto, escluse dall'applicazione del diritto della concorrenza.

In questi tipi di attività rientrano, primi fra tutti, i servizi di assistenza medica. La nutrita giurisprudenza che si sviluppa a partire dal caso *Pucet e Pistre*, fino al più recente *Watts* mostra chiaramente l'atteggiamento della Corte. Il principio che viene stabilito è quello per cui, un cittadino comunitario che si rivolge ad un medico in uno Stato membro diverso dal

²⁸⁹ Non appare infatti essenziale che il compenso per la prestazione fornita sia versato direttamente da chi usufruisce del servizio, potendo al contrario essere pagato anche da soggetto terzo, in questo senso tra le altre CGCE, 4 ottobre 1991, C-159/90, *S.P.U.C. c. Grogan*, in raccolta della giurisprudenza 1991 pagina I-04685.

²⁹⁰ Ancora in merito all'attività sportiva il giudice comunitario ha inoltre specificato che sono da considerarsi attività economica retribuita che integra la nozione comunitaria di servizi anche le prestazioni fornite da atleti dilettanti ai sensi della legislazione nazionale che, sebbene non direttamente retribuiti, ricevano comunque un compenso legato all'attività svolta, tramite sponsorizzazioni o campagne pubblicitarie si vedano le cause riunite C-51/96 e C-191/97, *Deliege*, in raccolta della giurisprudenza 2000 pagina I-02549.

²⁹¹ La Corte di giustizia ha tuttavia avuto modo di precisare come non sia sufficiente che un'attività sia fornita dallo stato, da un ente statale o da un'organizzazione senza fini di lucro, per escludere che l'attività esercitata integri la definizione di servizio. Interessante a riguardo è la giurisprudenza relativa all'attività dello stato volta a fornire determinati corsi nel quadro del sistema educativo nazionale. In tal caso solo laddove i corsi siano assimilabili nei fini ad un'attività commerciale e siano finanziati essenzialmente da contributi privati, non si potrebbe a priori escludere la loro riconducibilità alla nozione di servizio, si veda CGCE, 7 dicembre 1993, C-109/92, *Wirth contro Landeshauptstadt Hannover* in raccolta della giurisprudenza 1993 pagina I-06447..

proprio, ha diritto al rimborso delle spese sanitarie, senza che sia necessario una autorizzazione previa da parte della cassa-malattie dello Stato di affiliazione, posto che tale tipo di rimborso dovrà essere liquidato secondo le tariffe di quest'ultimo Stato.

La Corte apre, dunque, a quella che potrebbe definirsi come libera prestazione dei servizi medici transfrontalieri; benché questa appaia una libertà molto ampia, grazie al suo carattere sociale, è tuttavia sottoponibile ad alcuni limiti. Secondo l'art. 22 del Reg. 1408/71²⁹², infatti, il rischio di destabilizzare l'equilibrio finanziario delle casse malattie statali e ledere l'ordine pubblico sanitario, possono essere causa di un eventuale autorizzazione preventiva al trattamento nel rispetto del principio di proporzionalità.

Non rientrano nell'ambito delle prestazioni escluse dal settore della concorrenza le prestazioni sanitarie fornite da imprese private venendo meno il carattere esclusivamente sociale della prestazione e pertanto ricadrebbero nell'ambito di applicazione della normativa sul mercato comune.

La clausola sociale inserita in Lisbona, merita un'attenzione particolare²⁹³. La libera prestazioni di servizi, quale libertà fondamentale tutelata dai Trattati, incontra un nuovo limite. Il giudizio di proporzionalità che la Corte opera ogni qual volta vi sia un conflitto tra le libertà tutelate dal diritto comunitario, si arricchisce di una nuova

²⁹² Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità in *GU L 149 del 5.7.1971, pagg. 2-50*.

²⁹³ Tra i molti che hanno scritto sul tema si vedano, S. Sciarra, *Fundamental social rights after Lisbon agenda*, in *Social rights in Europe*, a cura di De Burca De Witte, Oxford, Oxford University Press, 2005; B. Caruso, *Ocupabilità, formazione e capability nei modelli giuridici di regolazione del mercato del lavoro*, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, n.1/2007, pp.1 e ss; A. Giddens, *Europe in the golden Age*, Cambridge, Polity Press; trad. it. *L'Europa nell'età globale*, Bari, Laterza, 2007.

componente: quella sociale.

È quindi possibile sostenere che tutte le volte in cui la prestazione di servizi riguardi un settore connesso con quello delle prestazioni sociali *latu senso* intese, si dovrà tener conto di dette finalità solidaristiche e, pertanto, anche il giudizio di proporzionalità andrà adattato ad esse, dovendosi escludere l'operatività delle norme in materia di concorrenza.

Questo tipo di bilanciamento potrebbe avere un duplice effetto: da un lato, vi è chi teme una paralisi del mercato delle prestazioni dei servizi, in tutti quegli ambiti in cui gli Stati membri potrebbe aggirare il divieto di restrizioni alla concorrenza, opponendo lo spauracchio delle finalità sociali²⁹⁴. Dall'altro, l'introduzione di una nuova categoria di ragioni imperative potrebbe spingere verso una nuova stagione di armonizzazione, proprio nel settore delle legislazioni statali del welfare, stante il fatto che quando si parla di economia sociale di mercato ci si riferisce a tutta quella serie di politiche che investono la formazione, l'educazione, la cultura, la sicurezza, gli aiuti sociali e, ancora, l'ambiente.

L'asimmetria informativa e l'impossibilità connessa, per il paziente, di rifiutare o sostituire il servizio-cura, rendono impossibile la qualificazione delle cure sanitarie come servizi economici nel senso comunitario del termine. Allorquando il servizio medico sia prestato con finalità esclusivamente di cura del paziente, esso non è più un servizio inteso nella sua accezione economica, ma è un servizio sociale che,

²⁹⁴ Si veda S. Giubboni, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *QDLRI*, 2004, e S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003 e ancora S. Giubboni, *Un certo grado di solidarietà. Libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di giustizia CE*, in *RDSS*, 1/2008, e M. Poiates Maduro, *Striking the Elusive Balance between Economic Freedom and Social Rights in the EU*, in J. Alston (a cura di), *EU and Human Rights*, Oxford, 1999.

pertanto, persegue finalità altre, rispetto alla mera circolazione e capitalizzazione del bene. In altre parole, il bene che dovrebbe essere soggetto all'applicazione della normativa comunitaria non è economicamente valutabile. La tutela della salute umana, rientrando nel paradigma degli obblighi che lo Stato ha nei confronti dei cittadini²⁹⁵, si sottrae alle logiche di mercato e, ogni qual volta si parli di cure prestate dai sistemi sanitari nazionali, la finalità sociale supera quella economica. Attualmente, la Corte risolve il bilanciamento tra libera prestazione di servizi e tutela della salute umana a favore di quest'ultima, lasciando libertà agli Stati nell'imposizione di criteri rigidi per l'accesso dei prestatori di servizi, al mercato delle prestazioni sanitarie.

Esistono, tuttavia, una serie di servizi medici la cui finalità prima non è la tutela della salute. Ci si riferisce a tutti quei servizi medici e para medici, prestati da operatori privati, che non sono associati ai sistemi nazionali di prevenzione della salute.

In tutti i casi in cui la prestazione di servizi sanitari è prestata da soggetti privati, l'eventuale violazione delle regole del mercato comune, deve essere valutata alla luce dei criteri già stabiliti dalla giurisprudenza per gli articoli 49 e 56 TFUE (ex 43 e 49 TCE) e, quindi, i limiti imposti dallo stato non debbono essere discriminatori e devono essere giustificati da motivi di ordine imperativo o pubblico interesse, nonché devono essere proporzionali. Il test di proporzionalità, in particolar modo, “deve tener conto il fatto che se uno Stato membro impone norme meno severe di quelle imposte da un altro Stato membro non significa che queste ultime

²⁹⁵ Da un punto di vista strettamente costituzionale potrebbe dirsi che il patto sociale tra Stato e cittadino non può essere superato dall'intervento del diritto comunitario

siano sproporzionate e perciò incompatibili con il diritto comunitario. Infatti, la sola circostanza che uno Stato membro abbia scelto un sistema di tutela diverso da quello adottato da un altro Stato membro non può incidere sulla valutazione della necessità e della proporzionalità delle disposizioni adottate in materia²⁹⁶ e nondimeno, rileva il fatto che una valutazione di tal genere può mutare nel corso degli anni, in particolare in funzione dei progressi realizzati in materia, sul piano tecnico e scientifico. Ciò che la Corte sostiene è, dunque, la legittimità dell'esistenza di differenti restrizioni nei diversi Stati membri, a patto che queste siano comunque proporzionate nel loro specifico contesto.

Da quanto sopra, appare evidente il discriminio tra, servizi di assistenza sanitaria statale, i quali perseguono come finalità principale la tutela della salute *tout court* dei cittadini e che, proprio in ragione di ciò, non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto comunitario della concorrenza, in quanto si giustificano sulla scorta di una categoria di motivi imperativi fondati sul parametro della finalità sociale; e dall'altro, i servizi medici prestati da soggetti privati che, stante il loro non inquadramento nelle politiche di tutela della salute statali, rientrano nell'ambito materiale e soggettivo di applicazione del diritto comunitario della concorrenza.

5. L'agenda di Lisbona e le nuove prospettive in materia sociale

L'analisi dei costi dei sistemi nazionali di sicurezza sociale dell'ultimo decennio risulta complicata da due ordini di fattori. Da un lato mancano

²⁹⁶ sentenza della Corte di Giustizia *Mac Queen* C-108/96.

dati già elaborati e quindi disponibili, dall’altro la crisi finanziaria che ha investito il mondo e che ha avuto il suo apice nel 2009 non permette una valutazione concreta dell’impatto sui bilanci statali, si pensi semplicemente al caso del “fallimento” della Grecia.

Da un’analisi dei dati disponibili, emerge un aumento costante della spesa per le prestazioni sociali in tutti gli Stati membri fino agli anni Novanta e un calo, consistente, nel nuovo millennio. Questo dato non deve sorprendere. Negli ultimi decenni, infatti, i progressi scientifico/tecnologici hanno comportato un notevole invecchiamento della popolazione, con l’aumento spesa pubblica per pensioni di anzianità e spese sanitarie. Tutto ciò rende difficile contenere i costi ed evitare lo sfondamento dei parametri finanziari fissati dal trattato di Maastricht per i bilanci pubblici.

Il metodo aperto di coordinamento, processo che si basa sulla condivisione delle conoscenze, sullo sviluppo di best practices e soprattutto, sul reciproco scambio di informazioni e modelli fra gli Stati membri ha come finalità quella di creare un orientamento comunitario in materia di welfare. Una delle critiche che più spesso viene mossa a tale metodo, è la sua non vincolatività e il conseguente rischio di una liberalizzazione eccessiva delle politiche di welfare.

L’OMC nasce in risposta al conflitto, evidenziato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, tra diritti sociali e diritti economici. Questo metodo, di *softlaw* non vuole dare risposte definitive a tale problematica bensì, incoraggiare una “*reflexive attitude*”²⁹⁷ tra i vari attori della

²⁹⁷ M. Dawson, *The ambiguity of social Europe in the open method of co-ordination*, in European Law Review, vol. 34, n. 1, Febbraio 2009.

politica sociale.

Esso è stato utilizzato in quelle aree in cui l'opera legislativa dell'Unione è preclusa.

Attualmente non è possibile valutare quale sia l'effettivo impatto di questo metodo sugli ordinamenti interni, anche se sembra che gli attori europei trovino in esso una via fattibile all'armonizzazione tanto che, il Trattato di Lisbona, seppur indirettamente, vi fa riferimento in alcune norme dedicate alla politica sociale.

Espressamente l'art. 168.2 TFUE prevede che l'Unione incoraggi “la cooperazione tra gli Stati membri per migliorare la complementarietà dei loro servizi sanitari nelle regioni di frontiera” e impone a questi ultimi un obbligo di coordinamento “tra loro, in collegamento con la Commissione, delle rispettive politiche ed i rispettivi programmi” in questi settori.

Una delle critiche che maggiormente si rivolgono all'efficacia di tale metodo (OMC), è l'assenza di una sua sindacabilità ex art. 230 TUE, d'altro canto è pur vero che con l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali, l'OMC potrebbe essere il nuovo veicolo attraverso il quale rendere operativi i principi sociali in essa definiti.

L'OMC ha trovato spazio anche nell'Agenda europea 2005-2010, che ha tra i suoi obiettivi proprio la mobilità dei pazienti e di migliorare il sistema delle conoscenze mediche a livello europeo. Tradizionalmente, la protezione dei diritti inerenti al campo del sicurezza sociale è stata basata sul Reg. 1408/71, che si applica ai lavoratori migranti e alle loro famiglie, nonché agli studenti e agli apprendisti. Il regolamento garantisce a questi soggetti la possibilità di fruire delle medesime

prestazioni dei cittadini nazionali, alle medesime condizioni, per ottenere benefici per malattia, maternità, invalidità e pensioni.

Tuttavia, a seguito della citata giurisprudenza della Corte di Giustizia e delle esperienze maturate anche in ambito OMC, il Consiglio e il Parlamento hanno emanato il Regolamento 883/04, che modifica il vecchio Regolamento 1408/71, il quale diviene il nuovo quadro normativo di riferimento in materia.

5.1 Il diritto del lavoro e la flexicurity

Il modello sociale europeo si muove lungo tre principali direttive: la flexicurity, l'inclusione sociale e il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

Flexsecurity termine utilizzato dal diritto danese che combina i due termini, “flessibilità” e “sicurezza”, prevede un sistema con un mercato del lavoro notevolmente flessibile, una forte protezione sociale, la formazione dei lavoratori continua e, l'assenza di conflittualità tra le parti sociali, ed è stato adottato in ambito europeo con la Strategia di Lisbona.

Poiché i principi comuni sulla flexicurity, comportano la combinazione di accordi contrattuali flessibili ed affidabili, strategie di formazione permanente, politiche attive sul mercato del lavoro, e sistemi di protezione sociale moderni, adeguati e sostenibili, il diritto di accesso ai servizi di collocamento, assume una valenza non limitata soltanto al primo incontro con il mercato del lavoro, ma deve coprire, alla luce della

Carta di Nizza²⁹⁸, tutta la vita lavorativa del cittadino europeo.

La flessibilità contrattuale dovrebbe accompagnarsi a transizioni sicure da un'occupazione ad un'altra. Per quanto riguarda il diritto ai servizi di collocamento, assurto al rango di diritto sociale fondamentale con l'entrata in vigore della Carta²⁹⁹ ed inserito in un contesto di trasformazione del mercato del lavoro, esso pone la questione della necessità di una sua gestione che coinvolga le organizzazioni dei lavoratori e di un suo orientamento alla transizione tra lavori e alla formazione permanente, chiamando in causa la responsabilità di scelte ed investimenti adeguati³⁰⁰.

Altro strumento di soft-law è la Raccomandazione del 3 ottobre 2008 sul coinvolgimento attivo delle persone escluse dal mercato del lavoro, accompagnata da una comunicazione della Commissione che precisa che il concetto di inclusione attiva, completa l'attività volta a promuovere la flex sicurezza ed apre la strada a politiche in materia di basic income, osservando che “la protezione sociale in paesi privi di un regime di reddito minimo come la Grecia e l’Italia ha una capacità più limitata in termini di riduzione della povertà”. Il riavvicinamento delle legislazioni in materia di sicurezza sociale è affidato alla tutela del lavoratore migrante e alla promozione della mobilità, pertanto il Regolamento di coordinamento comprende prestazioni comuni in materia di inclusione attiva nel mercato del lavoro, che per certi versi bilanciano quelli in

²⁹⁸ Si veda in particolare il Titolo IV, Solidarietà della Carta.

²⁹⁹ Art. 29 della Carta.

³⁰⁰ Tra la vastissima bibliografia in materia si segnalano, Sciarra, Fundamental social rights after Lisbon agenda, in costituzionalizzazione dell’Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law, WP int. Massimo D’Antona, n. 24|2003; Giubboni, Social rights and market freedom in the european constitution. A labour law De Burca, De Witte, Social rights in Europe, Oxford University press, 2005; Sciarra, La costituzionalizzazione dell’Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law, WP int. Massimo D’Antona, n. 24|2003; Giubboni, Social rights and market freedom in the european constitution. A labour law.

materia di flessicurezza, includono la promozione di lavori di qualità, migliori condizioni lavorative e salariali, formazione permanente, prospettive di carriera, e la lotta alla segmentazione del mercato del lavoro, questa volta tramite la promozione del lavoro stabile, nonché un adeguato sostegno al reddito, anche attraverso meccanismi di reddito garantito.

Il collegamento al mercato del lavoro si realizza attraverso opportunità di lavoro e/o di formazione professionale, e si pone come complementare alla filosofia della flexicurity, in un'ottica di costruzione di uno stato sociale attivo, che preveda percorsi personalizzati verso il lavoro e garanzie per coloro che non sono in grado di lavorare.

Come terza direttrice del nuovo modello sociale europeo si può considerare il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. Pertanto il Regolamento prevede prestazioni in caso di malattia, tutela della maternità e dei congedi parentali, prestazioni in caso di invalidità, vecchiaia e per i superstiti, assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, sussidi (o benefici) in caso di disoccupazione o prepensionamento, benefici (assegni) familiari, nonché regola i meccanismi di cumulo dei contributi pensionistici in senso stretto.

Purtroppo la strategia di Lisbona ha sostanzialmente fallito e ben prima che, nel 2008, intervenisse la crisi internazionale a decretarne il definitivo tramonto. Oggi il deficit di competitività dell'UE va oltre l'impossibilità di competere con quei paesi ove è consentito uno sfruttamento dei fattori produttivi, umani e ambientali, che determina costi di produzione molto inferiori. La competitività europea "storica",

basata su capitale umano e qualità è fortemente contesa da molti paesi emergenti con il conseguente calo di molti paesi europei nelle classifiche di produttività e competitività.

I principali fattori del fallimento sono stati analizzati dal rapporto Kok³⁰¹ nel quale si sostiene che “il divario con il Nord America e con l’Asia è cresciuto e che la prestazione complessiva dell’economia europea è deludente”. La ragione di questo risultato negativo, secondo il rapporto Kok, sta nel fatto che l’economia europea è entrata in crisi a causa, prima, della scoppio della bolla finanziaria che ha colpito, negli USA e in Europa, i titoli sopravvalutati delle imprese informatiche e, poi, dell’attacco terroristico dell’11 settembre 2001, della guerra irachena, del rallentamento dell’economia mondiale e dell’aumento del prezzo del petrolio. Poiché le prestazioni sono state deludenti, è stato più difficile realizzare la Strategia di Lisbona. In questa situazione di bassa crescita, alcuni governi non sono riusciti a mantenere i loro impegni».

È il caso di dirlo: “l’Unione europea deve cominciare a trarre qualche lezione dai suoi fallimenti.

Il Piano Delors è fallito perché i governi nazionali hanno negato i finanziamenti necessari. La Strategia di Lisbona ha fallito perché al livello europeo si assegna solo il compito di coordinare dei Piani nazionali. La via d’uscita è un Piano europeo finanziato con risorse europee e l’intervento della Banca Centrale Europea. Non si tratta di rinunciare del tutto al coordinamento dei Piani nazionali. Qualche coordinamento è necessario. Ma occorre passare dalla strategia dei

³⁰¹ Kok Report, Facing the Challenge. The Lisbon Strategy for Growth and Employment, European Commission, Bruxelles, 2004

«consigli» a quella dei «poteri» adeguati alla realizzazione di un «bene pubblico europeo». La Strategia di Lisbona si proponeva di realizzare un bene pubblico europeo mediante dei mezzi nazionali. Il problema sarebbe stato quello di individuare i mezzi europei adeguati alla realizzazione degli obiettivi europei”.³⁰²

5.2 La strategia Europa 2020

Europa 2020 è la strategia decennale per la crescita e l'occupazione che l'Unione europea ha varato nel 2010. Non mira soltanto a superare la crisi dalla quale le economie di molti paesi stanno ora gradualmente uscendo, ma vuole anche colmare le lacune del nostro modello di crescita e creare le condizioni per una crescita più intelligente, sostenibile e solidale. L'UE si è data cinque obiettivi quantitativi da realizzare entro la fine del 2020. Riguardano l'occupazione, la ricerca e sviluppo, il clima e l'energia, l'istruzione, l'integrazione sociale e la riduzione della povertà. La strategia comporta anche sette iniziative prioritarie che tracciano un quadro entro il quale l'UE e i governi nazionali sostengono reciprocamente i loro sforzi per realizzare le priorità di Europa 2020, quali l'innovazione, l'economia digitale, l'occupazione, i giovani, la politica industriale, la povertà e l'uso efficiente delle risorse.

Altre leve dell'UE, come il mercato unico europeo, il bilancio europeo e le politiche estere contribuiscono al raggiungimento degli obiettivi della strategia Europa 2020.

La strategia viene attuata e controllata nell'ambito del semestre europeo,

³⁰² Così G. Montani, Il ruolo del bilancio europeo nella politica economica europea.

il ciclo annuale di coordinamento delle politiche economiche e di bilancio dei paesi dell'UE.

Il Consiglio europeo assume la piena titolarità della nuova Strategia, di cui costituisce l'elemento centrale. La Commissione valuta i progressi verso il conseguimento degli obiettivi, agevolando gli scambi politici e presentando le proposte necessarie per orientare gli interventi e far progredire le iniziative faro dell'UE. Il Parlamento ha un ruolo determinante per mobilitare i cittadini e fungere da co-legislatore per le iniziative principali.

Crescita inclusiva (massima occupazione) e coesione economico-sociale e territoriale anche delle zone super periferiche costituiscono l'obiettivo finale per garantire a tutti accesso e opportunità durante l'intera esistenza.

L'Europa dovrà sfruttare le potenzialità della sua forza lavoro per fronte all'invecchiamento della popolazione e all'aumento della concorrenza globale. Occorreranno politiche in favore della parità fra i sessi per aumentare la partecipazione al mercato del lavoro in modo da favorire la crescita e la coesione sociale, agendo in particolare su tre fronti: occupazione, competenze e lotta alla povertà.

L'iniziativa faro in quest'ambito si intitola "Un agenda per nuove competenze e nuovi posti di lavoro" consistente in linee guida d'azione sia per la Commissione sia per gli Stati membri che pone le basi della modernizzazione dei mercati del lavoro, onde aumentare i livelli di occupazione e garantire la sostenibilità dei modelli sociali. Questo obiettivo si raggiunge consentendo alla forza lavoro, di adeguarsi alle mutate condizioni e all'eventuale ri-orientamento professionale,

riducendo la disoccupazione e aumentando la produttività del lavoro con un sostegno finanziario adeguato dei fondi strutturali, in particolare del Fondo Economico Sociale europeo³⁰³.

In un mondo che si globalizza sempre più, l'Unione riscopre l'esigenza di puntare su una crescita che non sia solo economica ma, ancor più, sociale. Per dirla con le parole di Barroso³⁰⁴, "la crisi è un campanello d'allarme, il momento in cui ci si rende conto che mantenere lo status quo ci condannerebbe a un graduale declino relegandoci a un ruolo di secondo piano nel nuovo ordine mondiale". Europa 2020 ricorda gli obiettivi ambiziosi della Strategia di Lisbona: tante raccomandazioni ma niente sanzioni, nessun potere di governo alla Commissione né un ampliamento del bilancio europeo.

L'Unione si è posta obiettivi ambiziosi ma c'è da chiedersi se esistano, ad oggi, gli strumenti per realizzarli e se il cammino verso la nuova Unione sociale sia davvero iniziato.

6. Il Trattato di Lisbona e il modello sociale europeo

Il Trattato di Lisbona conferma l'idea introdotta dal Trattato Costituzionale, dell'inclusione rafforzata della dimensione sociale nel progetto economico europeo³⁰⁵, idea fondata su tre componenti principali: quella economica, quella sociale e quella ambientale . Tale "modello sociale europeo", venne inteso come modello europeo di società .

L'obiettivo dell'economia sociale di mercato, introdotto dall'art. 3 TUE, si

³⁰³ Si vedano gli Articoli 162-164 del TFUE.

³⁰⁴ Si veda le premesse del Presidente J. M. Barroso alla Strategia Europa 2020.

³⁰⁵ F. Dorssemont, *La dimensione sociale de l'Union européenne après la Constitution*, in Sem. soc. Lamy 2, avril 2005, sup. 1212 p. 89.

basa sull'idea della costruzione di un mercato comune, che punti sulla coesione economica e sociale e, sulla giustizia sociale adoperandosi per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato sulla crescita economica equilibrata, la stabilità dei prezzi e su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena educazione e al progresso sociale e su un elevato livello di tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente. Rispetto al previgente testo dell'art. 2³⁰⁶, spariscono i riferimenti "mercantilistici" e, il mercato interno, da obiettivo per la costruzione europea, diviene strumento per la realizzazione dell'economia sociale di mercato, in particolar modo sotto il profilo della piena occupazione e del progresso sociale anche se è doveroso ricordare che il protocollo 27 sottolinea ancora una volta l'obiettivo della concorrenza non falsata³⁰⁷.

Il Trattato mira a dare competenza alle istituzioni comunitarie per legiferare in materia di servizi d'interesse economico generale e, nel rispetto del principio delle competenze, per organizzare i sistemi di interesse generale non economico. Rimane, tuttavia, difficile apprezzare l'effettiva portata di tali interventi, in particolare ci si domanda se essi possano contribuire a rendere effettivi i diritti sociali fondamentali³⁰⁸, quali quelli di accesso di tutti i cittadini ai servizi d'interesse economico generale, il diritto agli aiuti sociali e all'abitazione previsti nella Carta dei diritti fondamentali, e se saranno sufficienti per raggiungere tutti gli

³⁰⁶ La Comunità ha il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli articoli 3 e 3A, uno sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche nell'insieme della Comunità, una crescita sostenibile, non inflazionistica e che rispetti l'ambiente, un elevato grado di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati membri.

³⁰⁷ Si veda il protocollo 27 sul mercato interno e la concorrenza.

³⁰⁸ Si vedano gli artt. 36 e 34 della Carta.

obiettivi della Strategia 2020, dati i limiti imposti dal suo coordinamento con il patto di stabilità e crescita, che limita fortemente la spesa pubblica statale.

Il Trattato di Lisbona rilancia il dialogo con le parti sociali. L'art. 152, II co. TFUE riconosce l'importanza della partecipazione dei partenariati sociali europei sia in campo strettamente sociale, sia nella determinazione degli obiettivi generali dell'Unione. Il Trattato ne conferma anche la partecipazione alla strategia di Lisbona e, alla strategia europea del lavoro, in precedenza esclusa dal trattato CE segnando, tuttavia, un passo indietro rispetto al dettato della Costituzione che consacrava il ruolo delle parti sociali quali protagonisti di un'Unione economico-sociale, mentre il Trattato di Lisbona le relega nuovamente alla sola sfera economica³⁰⁹.

Il Trattato di Lisbona incoraggia modelli alternativi di armonizzazione, scelta obbligata, stante il dettato dell'art. 4 par. 2 TFUE. Ne risulta che il Trattato sostituisce l'armonizzazione verticale, di volta in volta, o con la coordinazione o con il dialogo sociale.

Tuttavia, come dimostrato anche dalla Strategia di Lisbona tale tipo di approccio, si scontra con le difficoltà derivanti dalla sostanziale non vincolatività di questi strumenti, che quindi lascia alla “buona volontà” degli Stati membri l'effettiva possibilità di realizzazione.

In vero, non esiste una definizione univoca di cooperazione nel Trattato, ma l'art. 156 TFUE afferma che, la Commissione incoraggia la cooperazione tra gli Stati membri e facilita il coordinamento della loro

³⁰⁹ Ch. Talgorn, *La démocratie pparticipative à la lumière de la politique sociale communautaire*, in *Le droit de l'Union européenne en principe. Liber amicorum en l'honneur de J. Raux*, Apogée 2006, p. 525

azione, in tutti i settori della politica sociale comprese l'occupazione, il diritto del lavoro e le condizioni di lavoro, la formazione e il perfezionamento professionale, la sicurezza sociale, la protezione contro gli infortuni e le malattie professionali, ligiene del lavoro, il diritto di associazione e la contrattazione collettiva tra datori di lavoro e lavoratori.

Nelle materie escluse dall'armonizzazione, quali la protezione e l'inclusione sociale, l'educazione e la formazione professionale, il Trattato di Lisbona estende l'applicazione del metodo aperto di coordinamento³¹⁰, così come già era avvenuto con Nizza³¹¹, lasciando intendere che “des mesures alternatives aux directives sont désignées pour favoriser plutôt la coopération entre états membres sur les différents aspects de la politique sociale”³¹², sulla base di quel modello composito già sperimentato dalla Strategia sull'occupazione, che prevede da un lato l'uso dell'armonizzazione verticale e dall'altro, quello del metodo aperto di coordinamento³¹³.

Da un lato, il Trattato di Lisbona sceglie come strumento di regolazione della materia sociale un modello fluido che si basa su diversi tipi di cooperazione tra gli Stati membri, con l'emanazione di regolamentazioni più o meno vincolanti da parte delle istituzioni, che si articola differentemente a seconda della materia trattata e del tipo di competenza attribuita all'Unione. Dall'altro, valorizza il dialogo con le parti sociali, disegnando un modello di partecipazione inclusiva a livello nazionale, inter-statale e verticale. In questo senso, Lisbona sembra consacrare il

³¹⁰ Si veda l'art. 156

³¹¹ Art. 153, 2 TFUE.

³¹² B. Bercusson

³¹³ In questo senso I. Omarjee, *La stratégie européenne pour l'emploi: un exemple de rencontre entre une politique européenne et le droit communautaire*, in Dr. Soc. 2010, p.223.

principio di sussidiarietà delle parti sociali, anche se esso appare come un principio monco, privo cioè della clausola di cogenza. Gli art. 154 e seguenti riconoscono l'autonomia negoziale delle parti sociali e ne promuovono il dialogo con le istituzioni sia comunitarie che nazionali, ma non prevedono obblighi di contrattazione (art. 155). In particolare, la Commissione consulta periodicamente e obbligatoriamente le pari sociali in materia di politica sociale³¹⁴, ed inoltre è riconosciuto del ruolo un dialogo sociale autonomo, come fonte autonoma di contrattazione nel dialogo con le istituzioni³¹⁵, pur non rilevando come vizio di nullità dell'atto emanato.

In questo senso anche il fatto che, a differenza di quanto facesse la Costituzione, il riconoscimento delle parti sociali non sia inserito nel titolo “Vita democratica dell’Unione”, ma in quello “Politica sociale”, sembra significativo di una volontà precisa di mantenere invariata la distinzione tra organi di rappresentazione democratica e l’autonomia del dialogo delle parti sociali. Tuttavia, il dettato dell’articolo 11.2 TUE, secondo il quale le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile, può essere interpretato nel senso di privilegiare, a livello di Unione, il dialogo con la governance europea, a patto che si considerino i partenariati come

³¹⁴ Offre un esempio di tale tipo di negoziazione l’accordo quadro siglato il 18 giugno 2009 sui congedi parentali che è stato seguito dalla Direttiva adottata l’8 marzo 2010.

³¹⁵ Il rilievo dell’autonomia negoziale delle parti sociali era già stato affermato dalla Commissione in alcune comunicazioni, quella del 18.9.1996 sullo sviluppo del dialogo sociale a livello comunitario [COM (96) 448 conclusioni p. 4] e quella del 20.5.1998 [COM (98) 322 conclusioni p. 15] Adattare e promuovere il dialogo sociale a livello comunitario. Inoltre anche la Direttiva 94/45 sull’istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l’informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie, e la Direttiva 2009/38 riguardante l’istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l’informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie, sottolineano e confermano il ruolo della libertà negoziale nell’ambito delle negoziazioni in sede di comitati aziendali europei.

associazioni rappresentative³¹⁶.

Gli accordi quadro si configurano come veri e proprie fonti autonome, da recepire ed allegare alle direttive, su richiesta delle stesse parti firmatarie, senza interventi di modifica.

Un esempio di tale prassi si ha per gli accordi in materia di congedi parentali³¹⁷, di lavoro part-time³¹⁸ e sul lavoro a tempo determinato³¹⁹. La contaminazione tra atti normativi europei e fonti contrattuali, ha portato alla stesura di testi che combinano da un lato, il linguaggio compromissorio della contrattazione e dall'altro, formule prescrittive dotate di immediata vincolatività.

Nonostante ciò, anche in ambito di contrattazione europea di settore, si assiste alla partecipazione come parti firmatarie, delle federazioni europee aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative, come testimoniano l'accordo sul lavoro marittimo³²⁰ e quello sulle ferite da taglio³²¹, di cui è stata prevista la recezione attraverso due direttive³²².

7. *La Carta e il diritto alla solidarietà*

Benché l'art. 6 del TUE³²³ conferisca alla Carta, con uno strano gioco di

³¹⁶ I veda in questo senso H. Oberdorff, *Le principe démocratique dans l'Union européenne*, in E. Brosset et alii, *Le traité de Lisbonne. Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne?*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 181, qui p. 192.

³¹⁷ Direttiva 2010/18/UE del Consiglio, dell' 8 marzo 2010 , che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale concluso da BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP e CES e abroga la direttiva 96/34/CE (Testo rilevante ai fini del SEE) in *GU L 68 del 18.3.2010, pagg. 13–20*

³¹⁸ Direttiva 97/81/CE del Consiglio del 15 dicembre 1997 relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES - Allegato : Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale in *GU L 14 del 20.1.1998, pagg. 9–14*.

³¹⁹ Direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato in *GU L 175 del 10.7.1999, pagg. 43–48*.

³²⁰ Accordo concluso il 19 maggio 2008 da ECSA (European community Shipowners'Associations)e ETF (European Transport workers'Federation).

³²¹ Accordo quadro in materia di prevenzione delle ferite da taglio o da punta nel settore ospedaliero e sanitario, siglato il 17 luglio 2009 da HOSPEEM (European Hospital and Healthcare employers'Association) e FSESP (European Federation of Public Services Union).

³²² Direttiva 2010/32/UE del Consiglio, del 10 maggio 2010 , che attua l'accordo quadro, concluso da HOSPEEM e FSESP, in materia di prevenzione delle ferite da taglio o da punta nel settore ospedaliero e sanitario (Testo rilevante ai fini del SEE) in *GU L 134 dell' 1.6.2010, pagg. 66–72*.

³²³ L'art. 6 TUE recita:

parole, lo stesso valore dei Trattati, non è inserita nel testo del Trattato, ma resta un atto separato, pubblicato insieme al Trattato. Questa collocazione³²⁴ per la dottrina prevalente e la giurisprudenza, tuttavia, riconoscerebbe alla Carta il stesso valore giuridico dei Trattati rendendo, la Carta più visibile avvicinandola a testi quali la Dichiarazione universale dei diritti umani e la Cedu, slegandola da una visione meramente comunitaria, rendendola un testo autonomo di riconoscimento dei diritti fondamentali³²⁵.

L'art. 6 fa riferimento alle spiegazioni della Carta³²⁶ quali parametri per l'interpretazione delle disposizioni in essa contenute. Molti hanno visto in queste spiegazioni un argine all'azione della giurisprudenza europea che potrebbe entrare in conflitto con le libertà economiche da un lato, e di alterare il riparto di competenze dall'altro.

La funzione delle spiegazioni appare, tuttavia, a scongiurare una sua lettura al ribasso.

1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

³²⁴ Nonostante ciò la dottrina maggioritaria ritiene che la Carta abbia valore vincolante, addirittura certuni ritengono che tale valore si sia esplicitato ancor prima della sua effettiva entrata in vigore. Per il *cross fertilizing effect* ad ogni livello (comprese le competenze ancora riservate rigorosamente agli Stati) derivante dal riconoscimento ufficiale del valore vincolante della Carta di Nizza v. Knook, *The Court, the Charter and the vertical division of powers in EU*, in CLMR, 2005, 385 ss e Bronzini, *Il rilievo della Carta di Nizza nella crisi del processo costituzionale europeo* , in AAVV, *Per un'Europa costituzionale*, Ediesse, Roma 2006, v. anche Mutarelli, *Il ruolo potenziale dei diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale dell'UE*, in WP Massimo D'Antona int. n. 54/2007.

³²⁵ Si vedano A. Spadaro, *Sulla giuridicità della Carta europea dei diritti: c'è ma per molti non si vede*, in G. Ferrari (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, S. Sciarra, *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001.

³²⁶ Le spiegazioni della Carta elaborate dal Praesidum dalla Convenzione del 2000 e riadattate per la nuova versione della Carta (2007), raccolgono e specificano le indicazioni dei criteri interpretativi stabiliti dalla Corte di giustizia fino ad allora. Il testo delle spiegazioni realizza continui riferimenti a testi extracomunitari (come la Cedu e la Carta sociale europea) per quello che riguarda la configurazione giurisprudenziale dei diritti fondamentali come principi generali del diritto comunitario. Esse insistono sul fatto che i precetti della Carta si ispirano a questi testi chiarendo che non creano nuovi apporti ma riproducano in ambito comunitario diritti già riconosciuti nel panorama europeo, definendoli come minimum inderogabile.

La fissazione di uno standard di riferimento come la Cedu, operato dallo stesso art. 6 comma 3, serve, infatti, ad individuare il limite minimo di tutela dei diritti, posto che l'Unione ha facoltà di fissare standard di protezione più elevati.

Sempre in un ottica di contenimento della possibile espansione di competenze dell'Unione, possono leggersi gli articoli 51 e 52³²⁷, che delimitano l'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo della Carta.

Sotto il profilo soggettivo, la Carta specifica che essa si applica alle istituzioni comunitarie e agli Stati membri, quando applicano il diritto comunitario, nel senso che ogni atto comunitario di diritto primario o derivato, nonché gli atti traspositivi nazionali, devono rispettare i diritti in essa sanciti.

L'articolo 52 delimita, dunque, l'ambito oggettivo di applicazione della Carta, sancendo da un lato, l'esclusiva competenza della Corte di Giustizia e dall'altro, escludendo che i diritti in essa contenuti possano

³²⁷ L'articolo 51 recita:

1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati.

2. La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati.

L'articolo 52 recita:

1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altri.

2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti.

3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.

4. Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni.

5. Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti.

6. Si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta.

7. I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta.

essere immediatamente invocabili, al di fuori dell'ambito di applicazione delle norme di diritto comunitario. Più complesso è, invece, definire l'ambito nel quale i cittadini possano invocare questi stessi diritti, nei confronti delle istituzioni, stante il disposto dell'art. 6 TUE, infatti, una lesione dei diritti fondamentali da parte degli organi comunitari potrebbe essere sindacata anche in relazione ad atti che non abbiano per oggetto la regolamentazione di diritti fondamentali ma che con essi possa confliggere. La norma di collegamento posta dall'art. 52.2, dovrebbe scongiurare l'eventualità di un allargamento incondizionato dell'interpretazione data ai diritti fondamentali, stante il richiamo alle norme e condizioni poste dai trattati³²⁸.

Il fatto che la disposizione dell'art. 52.2 abbia tra i suoi scopi principali quello di ridurre le potenzialità operative della Carta in materia sociale sembra, trovare riscontro nella “spiegazione” relativa a tale articolo, in primo luogo laddove (discutibilmente) si sostiene che la norma sarebbe in linea «con l'approccio ai “principi” negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, *specialmente nella normativa sociale*»; e, in secondo luogo, laddove si introducono ulteriori elementi di ambiguità richiamando, quali esempi di *principi* contenuti nella Carta – oltre che l'art. 37 («Tutela dell'ambiente») – gli artt. 25 e 26, i quali prevedono rispettivamente il «*diritto* degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale» e il «*diritto* dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della

³²⁸ M. Catarbia, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, pp. 221-225.

comunità». Evidente, da una parte, la contraddizione terminologica; d'altra parte, poi, si può notare come si tratti di disposizioni dalle quali la nostra e altre giurisprudenze (costituzionali e non) saprebbero ben trarre contenuti precettivi tali da permetterne, in molte situazioni fattuali e normative, una immediata invocabilità in sede giudiziaria.

Sotto altro profilo, possono richiamarsi a proposito dell'art. 52, par. 5, alcune parole del “mandato di Colonia” (cioè dell'atto del Consiglio europeo del 3-4 giugno 1999 che sta alla base della redazione della Carta), secondo cui si sarebbero dovuti prendere in considerazione i «diritti economici e sociali quali sono enunciati nella Carta sociale europea e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (art. 136 TCE), *nella misura in cui essi non sono unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione*». Il motivo per il quale tali parole paiono interessanti risiede nella possibilità di trarne – alla luce dell'ulteriore e già ricordata circostanza per cui lo stesso Consiglio europeo, una volta che la Convenzione ha prodotto il suo testo, ha approvato tale testo senza obiezioni – una sorta di regola interpretativa secondo la quale, almeno “fino a prova contraria”, quelli contenuti nella Carta *non* sarebbero diritti «unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione», bensì, in ogni caso, “qualcosa di più”. In effetti, se la disposizione dell'art. 52, par. 5, è chiara (ancorché, a ben vedere, meno di quanto potrebbe inizialmente apparire) nella sua seconda parte, essa contiene comunque un elemento di incertezza (che, come abbiamo visto, le «spiegazioni» non risolvono ma anzi accentuano) nella prima, su un punto assolutamente decisivo: *quali* sono le «disposizioni della presente

Carta che contengono dei principi»? E, prima ancora, e in generale: quali sono i *criteri* per *definire* e *individuare* questi «principi»? Se si accetta, come sembra ragionevole, la possibilità di stabilire un certo collegamento tra i «principi» cui la disposizione allude e le parole del mandato di Colonia relative ai diritti sociali – nel senso cioè che “principi” siano proprio (forse non solo, ma soprattutto) quelle norme, o quegli “pseudo-diritti”, che si pongono «unicamente a fondamento di obiettivi per l’azione dell’Unione» – si potrebbe allora arrivare a sostenere, chiudendo il cerchio, che, appunto *fino a prova contraria*, come si diceva, quelli contenuti nella Carta *non sono principi*: si tratterebbe, come intuibile, di un canone ermeneutico piuttosto rigoroso e forse in grado di ridimensionare “a monte” i possibili effetti dannosi di una disposizione dagli intenti (e dai contenuti) quanto mai discutibili.

8. L’opposizione del Regno Unito alla Carta e il Protocollo 30

Deve ricordarsi che il capitolo Solidarietà della Carta è stato oggetto di forti dibattiti nel Regno Unito tant’è che si è deciso di non includere nel Trattato di Lisbona, l’intero testo della Carta di Nizza, optando per il richiamo indiretto.

Per il Regno Unito l’allargamento dei poteri dell’Unione in tema di giustizia penale determinerebbero, sul fronte della politica sociale, una lesione per gli interessi economici nazionali e la perdita delle tradizioni di *common law*³²⁹.

³²⁹ Per una sintesi degli argomenti di coloro che avversano la ratifica del Trattato di Lisbona si veda Open Europe, ‘Guide to the Constitutional Treaty’, in <http://www.open-europe.co.uk>.
Cfr. anche M. Dougan, The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds, not hearts, in *Common Market Law Rev.*, 2008, p. 617; M. Migliazza, *I diritti fondamentali nell’ordinamento dell’Unione europea e il limite dell’equity*, in *Diritti individuali*, cit., p. 583 ss. Secondo P. Craig, *The Treaty of Lisbon*, cit., p. 163 la motivazione politica

La maggior parte dei diritti sociali riconosciuti dalla Carta, sono espressi sotto forma di principi i quali si caratterizzano per una sostanziale mancanza di giustiziabilità, potendo *essere invocati dinanzi ad un giudice, solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità degli atti* (dell'Ue o degli Stati membri, quando applicano il diritto dell'Ue), secondo il disposto dell'52.5 della Carta.

Il Regno Unito ha accettato l'inclusione della Carta nel Trattato di Lisbona, mediante il richiamo indiretto, solo a fronte dell'introduzione del cosiddetto opt-out, ovvero del cd. Protocollo 30 allegato al Trattato che impedisce che le previsioni della Carta di Nizza possano essere invocate come vincolanti, di fronte alla Corti britanniche.

All'opt-out Britannico si è unita anche la Polonia, la quale, tuttavia, ha posto un limite solo su alcune materie preoccupata di impedire che la Carta limitasse il proprio diritto di legiferare in materia di moralità pubblica, diritto di famiglia, aborto, diritti degli omosessuali, ecc..

È stato correttamente argomentato che la sottoscrizione del Protocollo 30, da parte di Polonia e Regno Unito, appare caratterizzata esclusivamente, dal comune denominatore dell'avversione per un accresciuto intervento dell'Unione, in ambiti reputati sensibili. Nonostante queste differenze tra i due paesi il Protocollo è unico e si applica indistintamente ad entrambi.

Formalmente il Protocollo si compone di due articoli, i quali contengono tre disposizioni che hanno ad oggetto la competenza giurisdizionale, l'azionabilità in giudizio delle norme della Carta, e infine la

della negoziazione del Protocollo risiederebbe nella volontà di "differenziare" il Trattato di Lisbona dal Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, per il quale ultimo invece non era stata avanzata alcuna richiesta di "opt-out or reservation".

qualificazione della natura e degli effetti del rinvio operato da talune norme della Carta alle legislazioni o prassi nazionali.

Il primo di tali articoli afferma che, *la Carta non estende la competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea o di qualunque altro organo giurisdizionale della Polonia o del Regno Unito a ritenere che le leggi, i regolamenti o le disposizioni, le pratiche o l'azione amministrativa della Polonia o del Regno Unito non siano conformi ai diritti, alle libertà e ai principi fondamentali che essa riafferma.*

Si è sostenuto che questa disposizione dovrebbe evitare che le Corti nazionali di questi due paesi utilizzino le disposizioni della Carta per introdurre nuovi diritti nel diritto interno, al fine di scongiurare una sua eventuale applicazione a fattispecie puramente rientranti nella normativa nazionale³³⁰.

La competenza non è semplicemente esclusa: viene piuttosto impedito un “accrescimento” della competenza dei giudici che consenta loro d'accertare la conformità del diritto interno (polacco, del Regno Unito) con la Carta.

Tuttavia, la dottrina maggioritaria sostiene che una decisione presa dalla Corte di Giustizia su uno dei diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza, originato in un qualsiasi altro Stato membro, possa avere, comunque, un effetto vincolante per le Corti britanniche e polacche, tenuto conto del fatto che la giurisprudenza della Corte, rientra tra le fonti del diritto comunitario, coerentemente con i principi già affermati dalla

³³⁰ S. Amadeo, *Il protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela “asimmetrica” dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, cit. p. 726.

giurisprudenza della House of Lords e delle Corti polacche.³³¹

Maggiormente dotata di efficacia esclusiva, sembra essere la disposizione del secondo comma dell'art. 1 del Protocollo, secondo la quale, *in particolare e per evitare dubbi, nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno.*

Come già argomentato, benchè la Carta includa sotto forma di principi molti diritti sociali, alcuni di essi sono formulati alla stregua di diritti veri e propri. In particolare, gli articoli 28 e 30 della Carta, in materia di sciopero e licenziamento ingiustificato, hanno costituito i principali ostacoli al riconoscimento da parte del governo inglese della inclusione del titolo Solidarietà della Carta. Infatti, il diritto del lavoro inglese non garantisce un vero e proprio diritto di sciopero, nell'accezione continentale del diritto, in capo alle Trade Unions, ma piuttosto, concede loro di esercitare tale diritto, sulla scorta di una immunità e prevede che le azioni di sciopero promosse, siano giustificate solo laddove esse rispettino i requisiti imposti dalla legge.

Alla luce di questo dato, è agevole cogliere come il governo britannico fosse preoccupato della possibile incorporazione del diritto di sciopero di natura continentale nel diritto inglese, attraverso “l’ingresso posteriore”, ovvero attraverso l’applicazione della Carta da parte delle Corti

³³¹ In questo senso si veda la sentenza *R v. East Sussex County Council and the Disability rights Commission ex parte A, B, X & Y* (2003) EHC 167(Admin) per Munby J, in cui la Corte sostiene “the Charter is not at the present legally binding in our domestic law and is therefore not a source of law in the strict sense. But it can, in my judgement, properly be consulted insofar as it proclaims, reaffirms, or elucidates the content of those human rights that are generally recognised through the European family of Nations, in particular the nature and the scope of those fundamental rights that are guaranteed by the Convention”, (par. 73).

interne³³².

Sebbene non esista giurisprudenza specifica, sull'esatta validità e portata del Protocollo, se mai si dovesse propendere per l'interpretazione che esso limiti la portata o l'incidenza delle disposizioni della Carta, il risultato sarebbe quello di indebolire la tutela dei diritti fondamentali offerta ai cittadini in Polonia e nel Regno Unito e dunque minare gli sforzi dell'UE per raggiungere e mantenere un livello uniformemente elevato di protezione.

Allo stato attuale, perciò, il Protocollo non sembra alterare la posizione giuridica che prevarrebbe se non esistesse. Di conseguenza, gli eventuali effetti delle sue disposizioni, sembrerebbero applicarsi tanto agli altri Stati membri che alla Polonia e al Regno Unito.

Il Protocollo, tuttavia, non chiarisce se, e in che modo, dalla sua applicazione discenda alcuna conseguenza rispetto i rapporti tra la Polonia e il Regno Unito e tutti gli altri Stati membri. Si può ritenere che questi ultimi non potranno far valere, dinanzi alla Corte di giustizia e nell'ambito di un ricorso per infrazione, una violazione della Carta imputabile a Polonia o Regno Unito. Potranno però promuovere, sul piano politico e nell'ambito del Consiglio o del Consiglio europeo, la procedura di cui all'art. 7 del Trattato sull'Unione europea nei casi estremi in cui si prospetti una “violazione grave e persistente” dei valori di cui all'art. 2.

Il governo ceco, al momento della ratifica del Trattato di Lisbona, propose una modifica dei Trattati, per quanto concerne l'adesione al

³³² Cfr. P. Simone, *Gli accordi internazionali di salvaguardia dei diritti sociali e del lavoro e il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito*, in Dir. Unione Europea, 3/2009, p. 742 ss.

Protocollo relativo all'applicazione della Carta, per la Repubblica Ceca, da annettersi alla firma del Trattato di Adesione della Croazia.

I motivi ufficiali di Václav Klaus, presidente ceco, per l'adesione al Protocollo della Repubblica Ceca, sono imputabili all'improvviso timore per l'impatto della Carta sulla validità dei decreti Benes, relativi all'espropriazione e all'espulsione di persone della minoranza tedesca dalla Cecoslovacchia dopo la seconda guerra mondiale.

Con l'Adesione della Croazia all'Unione, diviene efficace la clausola di adesione della Repubblica Ceca al Protocollo 30³³³, con conseguente esclusione della applicazione della Carta dei diritti fondamentali anche nei confronti della Repubblica ceca.

Stante la mancanza di giurisprudenza specifica, è impossibile valutare l'effettiva portata dell'opt-out; quello che appare certo è che, quanto meno le Corti inglesi, non incontrano particolari difficoltà ad applicare il diritto dell'Unione, anche quello della Carta, nelle controversie interne, anche dopo la ratifica del Protocollo, stante la natura ricognitiva della Carta stessa.

Alla luce di questi dati sembra potersi affermare che la natura esclusiva del Protocollo, potrebbe attivarsi, laddove la Corte di Giustizia espandesse irragionevolmente la portata del diritto comunitario, oltre le sue competenze e oltre i limiti imposti dalla Cedu, ipotesi che rimane peregrina; dovendosi concludere per una sostanziale inefficacia immediata del Protocollo.

³³³ Si veda il Documento CO EUR-PREP 33 POLGE 133 IST 400-Bruxelles, 6 settembre 2011 (07.09) (OR. en); 13840/11.

CAPITOLO IV

IL FUTURO DEI DIRITTI SOCIALI ALLA LUCE DELLA CRISI ECONOMICA

1.Bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche fondamentali.

Come si è osservato, gli elementi di innovazione in materia sociale contenuti nel Trattato di Lisbona, non riguardano tanto la sfera delle competenze legislative dell’Unione, visto che gli articoli 151 e seguenti del TFUE confermano, nella sostanza, il contenuto delle previsioni già presenti a questo riguardo nel titolo sulla politica sociale del TCE, e che la previsione più innovativa del nuovo titolo X del TFUE non incide, invero, né in senso estensivo, né in termini rafforzativi, sulle competenze legislative dell’Unione, nella sfera del lavoro e della sicurezza sociale, quanto piuttosto, nella rivalutazione dell’elemento sociale all’interno della gerarchia dei principi fondamentali dell’ordinamento dell’Unione.

L’art. 152 del TFUE, che impegna in particolare l’Unione a riconoscere e promuovere il ruolo delle parti sociali al suo livello, tenendo conto anche della diversità dei modelli nazionali, facilitandone il dialogo “nel rispetto della loro autonomia” (comma 1) – non aggiunge, infatti, nuove competenze legislative, né estende quelle esistenti. Esso, tuttavia, in raccordo con l’art. 11 del TUE e con gli strumenti di democrazia partecipativa, dallo stesso previsti, svolge un’importante funzione di rafforzamento della legittimazione degli istituti del pluralismo sociale al

livello dell’Unione, accrescendo la rilevanza tanto della concertazione e della contrattazione collettiva, come metodo di regolazione soprannazionale (ex art. 155 del TFUE), quanto di quei processi di negoziazione collettiva autonoma diffusisi, in diverse forme, nella dimensione europea e transnazionale.

Preme rilevare che, queste norme, lette in combinato con le disposizioni che sanciscono la nuova impalcatura costituzionale dell’Ue - gli articoli 2, 3.3, 9 TUE e 10 TFUE³³⁴ – creano un nuovo parametro di riferimento per un’interpretazione della normativa comunitaria maggiormente garantista rispetto ai valori sociali.

Infatti, l’enfasi dimostrata dal Trattato di Lisbona sulla centralità della dimensione sociale nel mercato interno e le “forti potenzialità di invertire il rapporto tra Europa economica ed Europa sociale”³³⁵, offrono all’interprete, in primo luogo quello giudiziale, un quadro di valori, di obiettivi e di principi fortemente innovato, con una decisa proiezione oltre la dimensione funzionale ed economica dell’integrazione europea, e con un indubbio riconoscimento di una coessenziale finalità sociale dell’Unione³³⁶.

Tuttavia, come è stato efficacemente scritto “oggi ci troviamo di fronte

³³⁴ L’art. 2 sancisce che l’Unione si fonda – anzitutto – sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’egualanza e della tutela dei diritti umani, e là dove altresì ne riconosce la partecipazione ai valori – comuni agli Stati membri – del pluralismo, della non discriminazione, della tolleranza, della giustizia, della solidarietà e della parità tra donne e uomini. L’art. 3, comma 3, innova gli obiettivi dell’Unione con la formula dell’“economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale”, oltre che a un elevato livello di tutela e al miglioramento della qualità dell’ambiente.

Quella formula si colora d’altra parte di una pregnanza anche operativa nella previsione dell’art. 9 del TFUE, per cui, nella definizione e nell’attuazione delle sue politiche e delle sue azioni, l’Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un’adeguata protezione sociale e la lotta contro l’esclusione. Ed l’analoga clausola orizzontale del Trattato, l’art. 10 del TFUE, conferisce all’Unione un pari dovere di *mainstreaming* con riguardo all’ampio ventaglio delle politiche antidiscriminatorie, che tagliano oramai trasversalmente l’intera sfera dell’azione sociale soprannazionale.

³³⁵ M. Monti, *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell’economia e della società europea*.

Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso, Bruxelles, 9 maggio 2010, p. 73.

³³⁶ Significativo in questo senso è anche la non riproposizione della formula “economia di mercato aperta ed in libera concorrenza” se non all’art. 119 del TFUE, che apre il titolo VIII sulla politica economica e monetaria, confermando il suo declassamento da principio a valenza generale a principio di settore, caratterizzante, cioè, la sfera di competenze legislative e di azione alla quale è specificamente riferito.

ad un altro “controtempo” nel riconoscimento dei diritti sociali nell’ordinamento dell’Unione europea.

La “matrice sociale del processo di costituzionalizzazione europea ha raggiunto, infatti, il suo picco”, in particolare con l’attribuzione alla Carta di diritti fondamentali dell’Unione dello stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6, comma 1, del TUE), proprio nel momento in cui è probabilmente arrivata al suo acme anche l’asimmetria tra la penetrazione delle libertà economiche del mercato interno e la garanzia dell’autonomia dei sistemi sociali nazionali”³³⁷.

Non può certo dirsi, infatti, che in tema di conflitto tra diritti o valori sociali e libertà economiche fondamentali, la giurisprudenza, e le stesse pratiche delle Istituzioni, riflettano il mutamento costituzionale introdotto con il Trattato di Lisbona.

Sentenze quali *Viking e Laval* mostrano come, ancora, “il riconoscimento del diritto di sciopero nell’Ue assume un carattere quasi beffardo, se è vero che esso è operato per negarne la possibilità di esercizio”, confermando che il pieno riconoscimento dei diritti fondamentali di azione e negoziazione collettiva, operato dalla Carta di Nizza, è considerato solo formalmente dalla Corte di Giustizia e, in buona sostanza, solo per abbassare la soglia di tutela già accordata, in passato, a quei medesimi “interessi sociali”³³⁸. Il rapporto tra Carta dei diritti e competenze sociali dell’UE suscita, come detto, preoccupazioni tra i giuristi del lavoro, proprio perché “il livello di integrazione della Carta

³³⁷ S. Giubboni, *I diritti sociali nell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità* relazione al convegno *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, svoltosi a Perugia il 25 e 26 marzo 2011.

³³⁸ V. Angiolini, *Laval, Viking, Rüffert e lo spettro di Le Chapelier*, in A. ANDREONI, B. VENEZIANI [a cura di], *Libertà economiche e diritti sociali nell’Unione europea*, Roma, 2009, pp. 51 ss.

dei diritti nel quadro istituzionale previsto dal Trattato” è ancora basso o prudente. Tale relazione è, infatti, esplicitamente ancorata ad un “generale principio di non interferenza”, oltre che a criteri formali di ripartizione e, “contraddittoriamente, ad un principio di separazione”.

In riferimento alle operazioni di bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche fondamentali della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia³³⁹, non sembra possibile argomentare che ci si trovi di fronte ad un quadro radicalmente mutato, se non altro perché il riconoscimento dei diritti sociali sembra più formale, in omaggio al loro riconoscimento in un atto avente valore “costituzionale” sovranazionale, piuttosto che realmente ponderati alla stregua di principi fondanti il progetto europeo.

In tema di diritti dei lavoratori queste argomentazioni sembrano essere avvalorate da recenti opinioni degli Avvocati generali della Corte di Giustizia, che sembrano esortare la Corte ad una presa di posizione più coraggiosa nei confronti del riconoscimento del valore sociale dell’Unione.

Si può fare riferimento, in tal senso, alle conclusioni dell’avv. Generale Trstenjak presentate nel caso *Commissione europea contro Repubblica federale di Germania*³⁴⁰, dove si afferma che “con il Trattato di Lisbona – nel caso di specie non rilevante *ratione temporis* – è stato oltremodo rafforzato il nesso del diritto di negoziazione collettiva con il diritto primario, visto che la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea è

³³⁹ Tema tra i più criticati da gran parte della dottrina giuslavorista, tra i molti scritti si segnalano qui F. Dorssemont, *The Right to Take Collective Action v. Fundamental Economic Freedoms in the aftermath of Laval and Viking*, in M. De Vos (ed.), *European Union Internal Market and Labour Law: Friends or Foes*, Antwerp, 2009, pp. 45 ss.; A. Somek, *The Social Question in a Transnational Context*, paper presentato l’8 ottobre 2010 nell’ambito del ciclo di seminari su *Market Integration, EU Law and Social Conflicts*, organizzato presso la London School of Economics and Political Science (p. 6 del dattiloscritto); G. Giugni, *Diritto sindacale* (aggiornato da L. BELLARDI, P. CURZIO e M.G. GAROFALO), Bari, 2010, pp. 231 ss.

³⁴⁰ Conclusioni dell’avv. Generale Verica Trstenjak C-271/08, paragrafo 79

stata dichiarata giuridicamente vincolante dall'art. 6 TUE. Attraverso questo generico richiamo alla Carta il diritto di negoziazione collettiva di cui all'art. 28 della medesima Carta viene ora espressamente sussunto nell'alveo del diritto primario”.

Ancor più esplicite le affermazioni dell'Avv. Generale Villalón³⁴¹ rese in materia di rapporto tra distacco dei lavoratori e libera prestazione dei servizi in cui sostiene:

“Ciò nondimeno, a partire dal 1 dicembre 2009, data in cui è entrato in vigore il Trattato di Lisbona, si deve tener conto di varie disposizioni di diritto primario in materia sociale che interessano l'ambito delle libertà. In concreto, il distacco di lavoratori, nei limiti in cui può modulare l'intensità della libera prestazione dei servizi, deve essere interpretato alla luce delle disposizioni sociali introdotte dal citato Trattato. Difatti, l'art. 9 TFUE contiene una clausola trasversale di protezione sociale che obbliga le istituzioni a prendere in considerazione le «esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana».

Tale Esigenza viene formulata dopo la dichiarazione, contenuta nell'art. 3, n. 3, TUE, che la costruzione del mercato interno si concretizza attraverso politiche basate su «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale (...).

Tale mandato sociale si riflette ancor più nitidamente nell'art. 31 della

³⁴¹ Conclusioni dell'avv. Generale Pedro Cruz Villalón presentate il 5 maggio 2010 - Causa C-515/08, Santos Palhota e a., paragrafi 51 e 52

Carta dei diritti fondamentali, testo che ora è entrato a far parte del diritto primario dell'Unione e in cui si dichiara che «[o]gni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose». Tra le condizioni enunciate è prevista una garanzia relativa alla durata del lavoro, ai periodi di riposo e alle ferie annuali che illustrano, sebbene non in modo esaustivo, un regime minimo di tutela a favore del lavoratore”.

L'impostazione dell'avv. Generale sembra confermare che la valutazione di ragionevolezza attraverso il test di adeguatezza, necessità e proporzionalità, nelle operazioni di ponderazione giudiziaria tra diritti e libertà rimane valida ed invariata, quel che cambia, deve essere invece, il peso ponderale specifico a favore della tutela del lavoro posto³⁴² che:

“L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona implica che, qualora le condizioni di lavoro si presentino come motivi imperativi d'interesse generale che giustificano una deroga alla libera prestazione dei servizi, esse non devono più essere interpretate restrittivamente. Nella misura in cui la protezione del lavoratore diventa un fattore meritevole di essere tutelato direttamente dai Trattati, non ci troviamo più dinanzi ad una mera deroga ad una libertà, né, tantomeno, dinanzi ad una deroga non scritta e ricavata dalla giurisprudenza.

Il Nuovo sistema del diritto primario, imponendo obbligatoriamente un elevato grado di protezione sociale, sta facendo sì che gli Stati membri, in nome della salvaguardia di un determinato livello di protezione

³⁴² Ne consegue che in tutti settori della politica sociale (eccezion fatta per la «dotta contro l'esclusione sociale» e la «modernizzazione dei regimi di protezione sociale», settori in cui le istituzioni europee possono solo «adottare misure destinate a incoraggiare la cooperazione tra Stati membri attraverso iniziative volte a migliorare la conoscenza, a sviluppare gli scambi di informazioni e di migliori prassi, a promuovere approcci innovativi e a valutare le esperienze fatte, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri» [art. 153, § 2, lett. a), TFUE]), le autorità dell'Unione potranno scegliere fra il “diritto debole” e la “regola forte”, lasciando che sia il criterio di proporzionalità a definire l'alternativa. In questo senso A. Alaimo-B. Caruso, Dopo la politica i diritti: l'Europa “sociale” nel Trattato di Lisbona, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” .INT – 82/2010.

sociale, possano giungere a porre limiti ad una libertà, e li autorizza a ciò senza che il diritto dell'Unione consideri siffatta limitazione atto straordinario e, in quanto tale, soggetto ad una valutazione restrittiva.

Detta tesi, suffragata dai nuovi precetti dei Trattati, trova espressione, nella pratica, nell'applicazione del principio di proporzionalità”.

E conclude sostenendo che:

“Perciò, le misure di carattere sociale controverse dello Stato ospitante, per poter essere giustificate nei termini poc'anzi esposti, devono risultare idonee a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non devono andare oltre quanto risulti necessario per realizzare il detto obiettivo. Tale criterio di proporzionalità, che la Corte di giustizia ha applicato regolarmente nella giurisprudenza in materia di libertà fondamentali, è comunemente conosciuto come, rispettivamente, il test dell'adeguatezza e della necessità.

Occorre pertanto stabilire se le misure controverse costituiscano una restrizione della libera prestazione dei servizi, e, successivamente, in caso di risposta affermativa, si dovrà valutare se esse siano giustificate applicando il controllo di proporzionalità. Tale analisi deve essere effettuata in maniera individuale, esaminando separatamente ognuna delle misure in questione, e alla luce di un parametro di controllo che, in applicazione del Trattato, risulti particolarmente sensibile rispetto alla protezione sociale del lavoratore”.

L'Avv. Generale , sostiene dunque, che nel bilanciamento che la Corte deve operare, essa debba valutare in termini di assoluta equiparabilità le libertà fondamentali e la protezione sociale del lavoratore, posto che non

si possono usare due pesi e due misure per due valori entrambi “costituzionalizzati” dal Trattato di Lisbona.

Benché ci siano, dunque, segnali di valorizzazione della dimensione sociale dell’Unione rimangono alcuni elementi, determinanti, ancora irrisolti. Anzitutto l’approccio regolativo alla dimensione sociale permane quello di tipo soft (il metodo del coordinamento) e questo si associa alla permanenza di alcuni deficit di competenze, nonché alla mancata indicazione di criteri di bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche, ed infine alla compresenza (irrisolta in mancanza di un adeguato bilanciamento giudiziale) delle due nozioni di economi sociale e di economia di mercato³⁴³.

Come si è già detto più volte, a tale proposito può ribadirsi, che la rilevata dimensione vaga e flessibile³⁴⁴ del rapporto tra politiche sociali, competenze dell’Unione e diritti sociali, lascia aperti ampi spazi ad operazioni di bilanciamento e di integrazione da parte dei giudici, che se da un lato, possono favorire il dialogo tra Corti, dall’altro rischiano di lasciare troppi margini di manovra ad interpretazioni restrittive da parte della Corte di Giustizia. Ciò in ragione del fatto che le libertà fondamentali (anche quelle economiche) e i diritti nell’ordinamento europeo, si fondano sull’autorevolezza, e non sull’autorità; si impongono non in ragione di una intrinseca assoluzza ma attraverso operazioni, “miti”, di bilanciamento in caso di conflitto tra di essi; attraverso il criterio di ragionevolezza (con i corollari della proporzionalità, adeguatezza e necessità). Proprio il metodo del bilanciamento postula,

³⁴³ Si veda in questo senso B. Caruso, I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve) in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .INT – 81/2010

³⁴⁴ L.S. Rossi, *How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon, Year: Eur. Law*, 2009, 27, pp. 65 ss.

infatti, la commensurabilità di ognuno di essi, la relatività e, dunque, la non assolutezza. Anche il progetto di adesione alla Cedu sembra mantenere le perplessità circa una effettiva tutela più garantista dei diritti sociali in ambito europeo.

Benché la giurisprudenza di Strasburgo ammetta un certo livello di garanzia dei diritti sociali, questo rimane frammentario e fortemente legato alla possibilità di interpretazione evolutiva del dettato convenzionale, senza contare l'assenza di un obbligo di interpretazione conforme della giurisprudenza EDU da parte della Corte di Giustizia. Inoltre, l'assenza di riferimenti allo strumento naturale di cognizione dei diritti sociali, la CES, concorre a confermare l'ipotesi che neppure l'adesione possa incidere significativamente sul livello di giustiziabilità dei diritti sociali in Europa.

Alla luce di queste osservazioni deve argomentarsi che non è corretto sostenere che l'Unione Europea non abbia sviluppato una sua politica sociale. Quello che certamente è vero è che essa appare altamente frammentaria: benché nell'ambito delle politiche del lavoro e della lotta alla discriminazione (*latu sensu* intesa) la normativa europea offra, infatti, ampi spazi di tutela, ci sono ambiti in cui questa rimane strettamente legata alla valutazione offerta in sede di bilanciamento da parte della Corte di Giustizia, mancando una normativa *ad hoc*. Il riconoscimento dei diritti sociali nel paradigma comunitario attraverso il loro riconoscimento nella Carta dei diritti fondamentali, non sembra, infatti da solo, essere sufficiente a garantire il loro ricollocamento nella scala gerarchica dei valori costituenti l'Unione europea. La

giurisprudenza mostra, infatti, le resistenze della Corte nei confronti di un “bilanciamento sociale”, rispetto alle esigenze di tutela e garanzia del mercato unico.

In particolar modo, la ricostruzione di molte categorie di servizi destinati al sociale, nell’alveo delle politiche e normative sulla libera prestazione dei servizi rischia di non valorizzare e, di conseguenza, non tutelare interessi che sfuggono alle regole della libera concorrenza e che pur tuttavia sono riconosciuti dal testo e dallo spirito del Trattato di Lisbona.

Intendiamo riferirci a quella importante linea di giurisprudenza che, dal leading case Martínez Sala sino alla sentenza Zambrano, ha straordinariamente ampliato la sfera dei diritti di accesso transnazionale ad un’ampia gamma di prestazioni assistenziali e previdenziali degli Stati membri, includendovi, anche, i cittadini europei economicamente non attivi che versino in condizioni di bisogno sociale, abbozzando una sorta di “solidarietà sociale europea”.

All’apparenza, questa giurisprudenza segna un momento di affrancamento dalla logica del mercato, il superamento della concezione rigidamente funzionalizzata, propria dei Trattati originari, che vuole la libertà di circolazione delle persone, col conseguente accesso ai sistemi di protezione sociale degli Stati membri, limitata ai soggetti economicamente attivi nella veste di lavoratori subordinati o autonomi.

Eppure, come è stato efficacemente scritto, “è la logica formale delle libertà economiche a nascondersi dietro le apparenze della logica sostanziale delle obbligazioni solidaristiche, che sono fondate su beni collettivi e non su diritti individuali, e che sono connotate da relazioni

multilaterali complesse governate dai principi della giustizia distributiva e non da quelli della giustizia commutativa”³⁴⁵. Un modello sociale che, in quanto basato essenzialmente sul principio di non discriminazione, se assicura il libero accesso transnazionale al mercato dei servizi, anche sociali, e finanche alla sfera più interna delle prestazioni assistenziali, non si misura con i risultati distributivi, in termini appunto di “giustizia sostanziale”, che l’apertura di tali spazi di solidarietà viene a determinare. Una siffatta logica, che prefigura “un ordine normativo sociale di diritti senza doveri corrispondenti”³⁴⁶, rischia, tuttavia, di alterare i delicati equilibri distributivi realizzati dai legislatori nazionali.

La solidarietà transnazionale tra cittadini dell’Unione, in tal modo promossa dalla Corte, si ispirerebbe, così, alla medesima filosofia individualistica che impronta la giurisprudenza sulle altre libertà fondamentali del Trattato: è “l’individualismo” – come ha scritto Alexander Somek³⁴⁷ – a spiegare, in tale prospettiva, la “sostanza” della cittadinanza europea, quale emerge da questa giurisprudenza. È stato infatti autorevolmente detto che, con tale giurisprudenza, “nel nome della solidarietà transnazionale, la Corte ha indebolito o eliminato il controllo dello Stato nazionale sull’equilibrio tra apporto contributivo e prestazioni e sui confini della generosità statale”³⁴⁸, rompendo la relazione tra diritti e doveri e il connesso legame di reciprocità che dà legittimità democratica alle forme di redistribuzione sociale attuate dai sistemi nazionali di welfare. Per cui solo recuperando un tale equilibrio, una tale

³⁴⁵ A.J. Menedez, *European Citizenship*, cit., p. 29.

³⁴⁶ H.-W. Micklitz, *Judicial Activism*, cit., p. 26.

³⁴⁷ A. Somek, The social question in a transnational context, LEQS Paper No. 39/2011 June 2011.

³⁴⁸ F.W. Scharpf, *The Double Asymmetry of European Integration. Or: Why the EU Cannot Be a Social Market Economy*, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Working Paper, n. 09/12, p. 29, e *Legitimacy in the Multilevel European Polity*, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Working Paper, n. 09/1, spec. p. 26.

condizione di reciprocità, attingibile in quanto tale solo dal processo politico democratico, potrebbe realizzarsi una vera forma di solidarietà sociale europea. La critica è probabilmente eccessiva nella sua radicalità, in quanto sovrastima i concreti effetti della giurisprudenza della Corte. Essa mette tuttavia a nudo un'indiscutibile debolezza dell'impianto concettuale di tale giurisprudenza, che anche nei casi in cui vengono in rilievo basilari prestazioni di cittadinanza sociale in favore di cittadini europei in stato di bisogno, finisce per incorporare la medesima logica che sottende all'applicazione delle libertà economiche fondamentali, con la "surrettizia mercatizzazione" dell'accesso transnazionale al welfare che si è poc'anzi segnalata.

Il filo conduttore di questa critica è che la correzione delle asimmetrie tra l'integrazione guidata dalle logiche del mercato e l'indebolimento degli ambiti – ancora essenzialmente nazionali – di soddisfacimento delle istanze di protezione sociale, per quanto agevolata e in un certo senso sollecitata dai nuovi complessivi equilibri costituzionali raggiunti con il Trattato di Lisbona, non può essere conseguita affidandosi alla sola opera della giurisprudenza ed alle virtù del dialogo tra le Corti.

L'analisi che si è condotta in questo studio, dimostra, dunque, che l'ordinamento dell'Unione, benché fortemente incentrato sulle politiche economiche e di mercato mostri, "a tratti", un'attenzione per la tutela dei diritti sociali.

In questo contesto, come ampiamente argomentato, il principale ostacolo alla creazione di una Unione sociale o di quello che viene definito

modello sociale europeo rimane, ancora oggi, la volontà degli Stati di non cedere competenze all'Unione in materia di politica sociale.

I motivi di tale ritrosia, argomentati nella trattazione, non certamente criticabili nella loro totalità, rischiano, tuttavia, di mantenere uno status quo destinato a provocare inevitabili ripercussioni, in ordine al mantenimento degli standard sociali raggiunti nel XX secolo dagli Stati membri, già largamente osservabili nel presente dell'Unione.

Da un lato, appare evidente come i modelli sociali dei paesi membri siano, attualmente, insufficienti a fronteggiare situazioni di crisi, quale quella attualmente in corso. L'insufficienza di coordinamento dei modelli statali di welfare rende, infatti, pressoché impossibile una valutazione concreta di quale sia lo standard minimo sociale richiesto, in concreto, all'interno dell'area euro e di come il modello sociale debba modularsi per fronteggiare i cambiamenti economico-sociali internazionali.

Se da un lato l'Unione si preoccupa di "mantenere in ordine i conti" dei paesi membri, pecca nel richiedere una sottomissione di tutte le politiche nazionali a questa esigenza.

Gli esempi in questo senso, purtroppo, nel momento attuale sembrano sprecarsi (si vedano gli svariati piani di salvataggio della Grecia).

Senza volersi qui addentrare in argomentazioni complesse di tipo macroeconomico e finanziario³⁴⁹, appare agli occhi di tutti l'insufficienza di un

³⁴⁹ Si vedano in questo senso tra gli altri: F. Cavazzuti, La crisi finanziaria: nuovi o vecchi confini tra il mercato e lo stato sociale?, in *Politica economica*, Quadrimestrale di studi e ricerche per la politica economica, Anno 2009, fasc. p. 5-30; Crisi finanziaria e sviluppo economico, in *Italianieuropei*, bimestrale del riformismo italiano, Anno 2009, fasc. 1 p. 8-55, Dossier La crisi globale perché ha origine nella globalizzazione (G. Tremonti), Un modello di sviluppo dell'economia italiana? (G. Toniolo), Oltre la crisi finanziaria: prospettive e politiche per l'industria italiana (A. Bianchi), Quanto puntare sulle infrastrutture? (A. Boitani), Le grandi scelte nelle telecomunicazioni (C. Antonelli), Istruzione e formazione all'appuntamento con la crisi (F. Farinelli); Forza e debolezza: l'Europa a metà in Aspenia, Rivista di Aspen Institute Italia, Anno 2009, fasc. 45 p. 48-157, Dossier L'illusione nazionale (S. Fagiolo), L'impero benevolo (P. Hassner), L'Europa della paura (D. Moisi), L'economia occidentale: declino o trasformazione? (J. Quinlan), La mezza delusione Merkel (B. Romano), Provinciale ma resistente: il caso italiano (G. De Rita),

modello economico fondato sul rigoroso parametro di rispetto dei mercati finanziari e della crescita economica, dissociato da una analisi concreta delle situazioni riguardanti le effettive condizioni di vita dei cittadini e delle conseguenze che il rimodellamento del mercato unico, inevitabilmente, ha creato e crea nel tessuto sociale Europeo.

Appare quantomeno evidente, come l'attuale crisi economica abbia mostrato all'Europa intera quanto i sistemi nazionali, pressati verso l'integrazione dei mercati, sia sul piano regionale che internazionale, non riescano a fronteggiare il cambiamento, senza una adeguata struttura sociale che possa assorbire i mutamenti sovranazionali ed internazionali.

Ad oggi, l'assenza di regole uniformatrici nell'ambito della regolazione sociale, mostra l'inefficacia di un sistema che si fonda solo sulle regole del mercato, e come l'integrazione economica sia un miraggio, senza quella sociale.³⁵⁰

Benché il Trattato di Lisbona avesse aperto alla costruzione dell'Europa sociale e al riequilibrio tra mercato e diritti, sembra che la crisi economico-finanziaria globale, attualmente crescente sul fronte europeo, abbia fatto dimenticare ai signori dei Trattati i nuovi obbiettivi sociali fissati da Lisbona, rischiando di perdere ancora una volta l'occasione per

L'iperpresidente e la febbre francese (R. Brizzi), La pesante eredità di Gordon Brown (E. Butler), La fine del sorpasso spagnolo (C. Powell) , Il ritorno dell'asse franco-tedesco (R. Perissich), L'euro: scudo o camicia di forza? (L. Bini Smaghi), Addio euro? (G. Prins), La crisi sociale (P.C. Padoan), I dilemmi della mobilità (E. Recchi, F. Pastore), Immigrazione: le scelte europee (H. Brady).

³⁵⁰ Si veda in tal senso la possibilità di richiedere un intervento legislativo dell'U.E. su singole *issues* attraverso una raccolta di firme a livello continentale, attraverso il meccanismo previsto dall'art. 11 TUE. Si tratta di una preziosa conquista democratica (a breve dovrebbe essere approvato il Regolamento per la raccolta di firme) che la seconda Convenzione aveva all'epoca elaborato in un'ottica di avanzamento verso la costituzionalizzazione dell'U.E. e che il *Lisbon Treaty* ha salvaguardato pur non denominandola più come 'democrazia partecipativa'. Se la società civile europea saprà attivare una convincente e coordinata campagna 'dal basso' su temi strategici nella prospettiva di un'Europa 'politica, democratica e sociale' (cittadinanza europea di residenza, reddito garantito a responsabilità U.E., libertà di accesso ai beni comuni, libertà di informazione, gratuità ed apertura di Internet, *Tobin tax* europea, ricorso diretto alla Corte di giustizia per la violazione dei diritti fondamentali etc. etc.), il Trattato di Lisbona avrà segnato davvero un momento di passaggio storicamente cruciale per costruire un autentico sistema di solidarietà paneuropea.

In questo senso si veda Allegri G., La partecipazione dopo Lisbona in www.europeanrights.com, Marzo 2010; per un ragionamento complessivo sulla mobilitazione dal basso per un'altra Europa che sappia sfruttare tutte le potenzialità del Trattato di Lisbona si vedano i saggi raccolti nel volume Valinoto N., Vannucini S., Europa 2.0 prospettive ed evoluzione del sogno europeo, Verona 2010.

un riequilibrio sociale sostenibile³⁵¹, a fronte di un mero riformismo fiscale.

L'assenza di coordinamento dei sistemi nazionali di welfare comporta, infatti, una differenziazione di modelli di tutela dei singoli diritti sociali sia negli ordinamenti nazionali che a livello di Unione. In particolare, sul fronte sovranazionale, si riscontra una sostanziale differenza nel riconoscimento dei diritti sociali rispetto a quanto avviene per le garanzie in materia di diritti civili e politici, con particolare attenzione per le quattro libertà economiche, ed alle tematiche legate alla cittadinanza. Infatti, la tutela in concreto, la giustiziabilità di tali diritti, si fonda, ancora, sulla garanzia di posizioni soggettive tutelate sulla scorta del principio di non discriminazione, nell'ampia accezione fornita dalla giurisprudenza della corte di Giustizia, ma non sul riconoscimento della loro essenzialità intrinseca quali valori supremi dell'ordinamento dell'Unione.

L'analisi condotta evidenzia come la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia sia un fattore rilevante nel fenomeno di de-

³⁵¹ È tristemente ironico ricordare come i primi progressi sociali in sede europea, si siano manifestati durante il periodo della “Crisi del Petrolio” (1974), allorchè il Consiglio varò il primo programma d’azione sociale. I Signori dei Trattati paiono, sovente, dimenticare che il modello dell’integrazione sociale attraverso il mercato, sia un paradigma insufficiente, e in qualche modo perdente senza i necessari correttivi. La storia ciclicamente dimostra come i cambiamenti economico finanziari, attualmente ingigantiti dalla situazione di globalizzazione (che pure non appaiono dissimili da eventi quali il Crollo dell’Impero Romano, la caduta di Alessandro Magno, quella di Napoleone, la fine delle Polis Greche ecc., eventi che, tristemente, dimostrano come l’assenza di coesione sociale non possa reggere all’allargamento indiscriminato dei confini e dei mercati), necessitano di un tessuto sociale in grado di assorbire i cambiamenti.

Senza volersi qui soffermare sull’aspetto politico/filosofico di queste argomentazioni, ci sia permesso di ricordare che gli obbiettivi del patto di stabilità a nulla valgono se i cittadini degli Stati membri vedono diminuire progressivamente la capacità dei propri sistemi interni di garantire loro condizioni di vita superiori. In fondo, di questo si tratta, la promessa dell’Unione europea è sempre stata quella di una maggiore qualità della vita attraverso l’espansione dei mercati, per *assicurare, mediante un’azione comune, il progresso economico e sociale dei loro paesi, eliminando le barriere che dividono l’Europa, allo scopo essenziale del miglioramento costante delle condizioni di vita e di occupazione dei loro popoli.*

Queste considerazioni, alla luce anche di quanto è odieramente sotto gli occhi di tutti, portano alla necessaria conclusione che il paradigma europeo vada rivisto. È tempo che anche le politiche sociali si confrontino e si integrino. Non è possibile sostenere la tesi euroscetticista di quanti sostengono che il *revival* degli Stati nazionali sia la soluzione a tutti i mali.

L’odierno tasso di, globalizzazione (nozione delle può abusate nell’ultimo quinquennio), certamente dato acquisito e fattore determinante, impone un ripensamento rispetto ai paradigmi fondanti l’Unione. Se l’Unione vuole vincere la sfida della crisi deve investire nel sociale, perché solo una struttura sociale coesa e funzionante può garantire produttività, crescita ed in definitiva il “il sogno Europeo”.

territorializzazione dei sistemi nazionali di welfare, ovvero di parziale perdita del controllo territoriale degli Stati membri sulle regole che presiedono alla attribuzione dei diritti e alla produzione dei corrispondenti servizi.

Attraverso la qualificazione come servizi, e pertanto soggetti ai principi di libera circolazione stabiliti dall'art. 56 del TFUE, delle prestazioni erogate dai sistemi sanitari nazionali e, dalle stesse assicurazioni sociali obbligatorie gestite dagli enti previdenziali pubblici, questa giurisprudenza produce, infatti, seppure in termini, allo stato, più attenuati di quanto non valga per il distacco transnazionale dei lavoratori, un analogo effetto di de-territorializzazione, oltre che di potenziale liberalizzazione e di apertura al mercato di tali servizi. Si è per tal via venuto formando, uno spazio redistributivo europeo nel quale l'accesso transnazionale alle prestazioni di welfare, oltre ad essere denazionalizzato sulla scorta del principio di non discriminazione ex art. 18 del TFUE, è divenuto anche sostanzialmente de-territorializzato, ben oltre i limiti stabiliti dalla normativa secondaria di coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale.

L'applicazione dei termini classici del bilanciamento delle libertà economiche, tanto in tema di conflitto collettivo e libera prestazione di servizi, quanto in tema di accesso cross-border ai diritti sociali, appare infatti, ancora costretta dentro un paradigma normativo che programmaticamente esclude dal proprio orizzonte i problemi di giustizia distributiva sostanziale e, dunque, di solidarietà sociale. Quello accolto dalle Corte è, infatti, un modello “non già di giustizia sociale sostanziale,

ma di accesso alla giustizia [access justice]. Il quale non è più dominato dalla logica della solidarietà e dei diritti collettivi³⁵². ”

Proprio per tali ragioni, le risposte sinora espresse dall’Unione per contrastare gli effetti della crisi economico- finanziaria manifestano una grande debolezza, prima di tutto progettuale, proprio sul versante del coordinamento delle politiche sociali nazionali e del loro necessario ancoraggio – del tutto assente anche come prospettiva ideale – ad autentiche forme di solidarietà sociale organizzate e almeno in parte finanziate a livello europeo³⁵³.

È tuttavia doveroso sottolineare che, proprio l’attuale crisi economica in corso sembra aver rinvigorito il dialogo europeo sul tema dello sviluppo sostenibile e della crescita, in particolar modo i leader europei, preoccupati dai tassi di disoccupazione sempre più elevati in area euro, hanno approvato alcune iniziative al fine di rilanciare le politiche occupazionali soprattutto quelle dedicate ai giovani. Già alla vigilia del Consiglio del gennaio 2012 la premier danese Helle Thorning-Schmidt, il cui paese deteneva la presidenza di turno dell’Ue, ricordò: “il Patto di bilancio e le misure per la crescita sono interconnesse” e tali misure secondo la Premier andavano discusse dai capi di Stato e di governo dell’Ue, perché, se è vero che “tutti gli Stati membri devono avere un bilancio in equilibrio”, servono anche, iniziative a favore dell’occupazione e del rilancio economico, ed è per questo che “è

³⁵² Come ha osservato H.-W. Micklitz, *Judicial Activism of the European Court of Justice and the Development of the European Social Model in Anti-discrimination and Consumer Law*, in U. Neergaard, R. Nielsen, L. Roseberry (eds.), *The Role of Courts in Developing a European Social Model*, cit., pp. 25 ss.,

³⁵³ Cfr. le giuste osservazioni critiche di B. Hacker e T. Van Treeck, *What Influence for European Governance? The Reformed Stability and Growth Pact, the Europe 2020 Strategy and the European Semester*, Friedrich Ebert Stiftung – International Policy Analysis, December 2010, nonché B. Hacker, *Discussion Paper: A European Social Stability Pact*, Friedrich Ebert Stiftung – International Policy Analysis, December 2008, per alcune proposte nel senso di uno specifico rafforzamento delle forme di coordinamento delle politiche sociali con l’impiego di strumenti (anche finanziari) di sostegno europeo.

importante che i leader Ue capiscano che si tratta di due facce della stessa medaglia”. Dopo due anni le iniziative in discussione, durante l’attuale presidenza italiana, puntano, nuovamente, sulla riforma del mercato del lavoro posto che, come dichiarò il presidente della Banca Centrale Europea, Mario Draghi, in un’intervista al Wall Street Journal, il modello sociale europeo “è superato alla luce dell’elevata disoccupazione giovanile e i paesi europei devono varare urgentemente riforme strutturali per liberalizzare il settore dei beni e dei servizi e rendere il mercato del lavoro più flessibile ed equo”. L’introduzione di regolamentazioni nuove e più leggere per il lavoro sarebbe necessaria perché, così come è oggi, si viaggia a due velocità.

Un mercato molto flessibile per i giovani che hanno contratti di tre o sei mesi che possono venir rinnovati per anni e che si associano ad alti tassi di migrazione giovanile (sia intra che extra comunitaria) e altamente inflessibile per la parte protetta della popolazione, dove i salari riflettono più l’anzianità che la produttività.

Questi dati sono importanti soprattutto letti in relazione alla dichiarazione che il Consiglio europeo approvò il 30 gennaio 2012, con l’apparente presa di coscienza europea nei confronti della difesa dei modelli sociali del vecchio continente; i capi di governo, riuniti a Bruxelles hanno infatti, sottolineato che “sono state prese decisioni per assicurare la stabilità finanziaria e il risanamento di bilancio, condizione necessaria per tornare a un livello più elevato di crescita strutturale e occupazione.

Ma la cosa non è in sé sufficiente: dobbiamo modernizzare le nostre economie e rafforzare la nostra competitività per assicurare una crescita

sostenibile. Ciò è essenziale per creare posti di lavoro e preservare i nostri modelli sociali ed è al centro della strategia Europa 2020 e del Patto Euro Plus³⁵⁴.

Questi sforzi devono essere compiuti in stretta cooperazione con le parti sociali, nel rispetto dei sistemi nazionali degli Stati membri. Crescita e occupazione riprenderanno solo se seguiamo un approccio coerente e ampio, combinando un risanamento di bilancio intelligente che preservi l'investimento nella crescita futura, politiche macroeconomiche sane e una strategia attiva per l'occupazione che preservi la coesione sociale³⁵⁵.

La scommessa è difficile, ma forse ancora non impossibile: occorre controllare la spesa pubblica, per riportarla a livelli accettabili, senza rinunciare a favorire la crescita economica e senza mettere in crisi le conquiste sociali che costruiscono tradizione e fondamento delle società nazionali europee.

Benché le affermazioni istituzionali suonino come alti impegni nei confronti del “riequilibrio sociale europeo” le recenti misure adottate in concreto sembrano essere di segno opposto, o quasi.

Sono particolarmente istruttivi, al riguardo, gli atti finalizzati, nell’ambito del c.d. “Semestre europeo”, a orientare le scelte strategiche dei Paesi membri in materia di politica economica e di bilancio: la

³⁵⁴ Il Patto Euro Plus è stato firmato durante il Consiglio del 24 e 25 marzo 2011. Esso impegna i sottoscrittori ad adottare tutte le misure necessarie per stimolare la competitività e l'occupazione, concorrere ulteriormente alla sostenibilità delle finanze pubbliche e rafforzare la stabilità finanziaria. Nella sostanza, il Patto Europlus associa la definizione obiettivi comuni (in parte focalizzati su Europa 2020), impegni temporali concreti e alcune novità sul controllo a livello politico.

³⁵⁵ In questo senso le Conclusioni del Consiglio dell'Ue, del 30.1.2012. A tal proposito devono, tuttavia, sottolinearsi le forti critiche espresse dalla confederazione dei sindacati europei sull'accordo sul Fiscal Compound. Il segretario generale della Confederazione Europea dei Sindacati, Bernadette Ségal, ha dichiarato: "Il presente trattato può rassicurare la cancelliera Merkel ed i suoi amici politici, ma non i milioni di lavoratori disoccupati, poveri o precari che in Europa sono in attesa di un sostegno determinante da parte delle istituzioni dell'UE . Per questo motivo siamo contrari: i piani per riequilibrare i conti pubblici devono affrontare, in via prioritaria, la questione della crescita sostenibile. L'usterità sta uccidendo la crescita e l'occupazione. Ciò di cui abbiamo veramente bisogno è un patto sociale per dare un nuovo impulso all'Unione europea e ripristinare la fiducia dei suoi lavoratori e cittadini ".

Raccomandazione del Consiglio sul Programma nazionale di riforma dell’Italia e sul Programma di stabilità, promuove misure di affievolimento delle tutele tradizionali del rapporto di lavoro subordinato, includendo fra “le misure intese a combattere la segmentazione del mercato del lavoro” la revisione di “aspetti specifici della legislazione a tutela dell’occupazione, comprese le norme e le procedure che disciplinano i licenziamenti”, ma anche misure di flessibilizzazione della retribuzione in rapporto alle condizioni locali o alla produttività della singola impresa. La novità è che non si promuove la “buona occupazione” nella logica di salvaguardare l’acquis sociaux: al contrario, l’Ue invita, pur con una certa cautela, a ridimensionare aspetti significativi del modello sociale, rimuovendo o comunque affievolendo misure tradizionali di protezione oggi divenute ostacoli per un più agile funzionamento del mercato del lavoro.

Tuttavia, appare sempre più evidente come non vi possa essere una politica sociale tendenzialmente “integrata” che non si raccordi ad una dimensione comune delle politiche economiche, fiscali e finanziarie, posto che in assenza di simili condizioni, il modello sociale europeo è messo sotto pressione sia nella sua dimensione sovranazionale, sia nei singoli assetti nazionali, secondo un processo di indebolimento “a cascata”.

Come è stato efficacemente scritto “v’è l’impellente esigenza di un’Unione compiuta, che assuma come punti nevralgici non solo la moneta comune (che come si è visto è condizione necessaria ma non sufficiente a evitare devastanti fenomeni di crisi), ma una serie di

strumenti di gestione e di controllo dell'economia e del debito pubblico, ispirati al principio di corresponsabilità di tutti gli Stati membri, entro un'architettura istituzionale democratica e che veicoli un modello di appartenenza alla cittadinanza europea” . Come si è già ricordato, l’assenza di competenze sociali specifiche in capo all’Unione, rimane l’ostacolo maggiore all’integrazione sociale, e lo hanno dimostrato i fallimenti di armonizzazione soft quali quelli di OMC, appositamente previsti dalla Strategia di Lisbona, le politiche di flex security e quelle in materia di istruzione, che scontano ancora il grave deficit di coordinamento sovranazionale.

La solidarietà trans nazionale, indispensabile al fine di creare ampie politiche di coordinamento sociale che possano calmierare le politiche di mercato, necessita di riforme, anzitutto politiche e quindi normative.

Perché l’Unione possa davvero diventare un’Unione sociale è necessario che essa ripensi radicalmente i propri principi fondanti e i proprio obbiettivi nonché le proprie regole di funzionamento. Il Trattato di Lisbona sembra concentrarsi sui primi due aspetti, senza però incidere in modo significativo sulle regole di funzionamento. Come detto, infatti, l’OMC e gli altri strumenti di soft law appaiono ancora come mezzi residuali, piuttosto che come metodologie efficaci di normazione alternativa. La mancanza di effettività e la conseguente mancanza di sindacabilità da parte della Corte di Giustizia, di questi tipi di governance lascia impregiudicato il paradigma economico europeo e non offre una vera alternativa per il riequilibrio sociale prospettato dal Trattato di Lisbona. La carenza di volontà politica istituzionale rispetto ad un

concreto sviluppo del modello sociale europeo, attraverso il metodo normativo classico, appare ancora l'ultimo vero ostacolo ad un rimodellamento sociale dell'Ue. Senza contare che questi approcci di tipo soft non contribuiscono ad un dialogo virtuoso tra le Corti (di Giustizia, nazionali ed anche Europea dei diritti dell'Uomo) lasciando, dunque, invariati gli estremi del test di bilanciamento che la Corte di Giustizia è tenuta ad effettuare in materia di diritti fondamentali, e quindi anche sociali.

Indizi della necessità di un ripensamento dell'intero impianto sociale dell'Ue, si ricavano, già nel 2012,³⁵⁶ anche dal parere del Comitato economico e sociale europeo, sul tema Crescita e debito pubblico nell'UE: due proposte innovative, ove si legge infatti che “la strada per uscire dalla crisi, una crisi sistematica dell'Eurozona, non passa attraverso il ritorno agli egoismi nazionali o la riduzione dei diritti, ma piuttosto attraverso un cambio delle politiche economiche, il rilancio della competitività, il consolidamento dell'equità, della solidarietà e della coesione. Questo ristabilirebbe la fiducia dell'opinione pubblica nel progetto europeo e nella possibilità effettiva di ripristinare il modello sociale europeo, in comparazione ai rischi, per tutti, di una mancata risoluzione della crisi, che potrebbero portare ad una rottura ed al fallimento dell'idea stessa di Europa!”.

Ciò che emerge dall'analisi del panorama europeo in riferimento al riconoscimento e rafforzamento delle tutele sociali – anche e soprattutto al fine di fronteggiare i problemi connessi alla crisi finanziaria – è dunque, ancora, il carattere “nazionale” degli strumenti di contenimento

³⁵⁶ Parere d'iniziativa presentato approvato il 7 marzo 2012.

della crisi, con l’eccezione della messa in opera del Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione, del quale in effetti si sta facendo diffuso utilizzo³⁵⁷. E infatti, se è pur vero che la solidarietà sociale benché innervata dal valore universalistico e inclusivo dell’eguaglianza sostanziale, – in quanto retta da vincoli di reciprocità e condivisione – è sempre connotata da una dimensione particolaristica, storicamente sostanziatisi, in Europa, nella delimitazione della sfera di operatività delle istituzioni del welfare entro i confini nazionali, proprio la ridefinizione dei confini territoriali, degli ambiti spaziali della solidarietà sociale, in atto oggi all’interno dell’Unione europea, va ad incidere sulle strutture portanti del welfare state del Vecchio Continente, riconfigurando in profondità il rapporto tra il processo di integrazione e lo Stato sociale in Europa.

Ciò non significa che lo Stato nazionale debba perdere il proprio ruolo, posto che lo Stato nazionale è e rimarrà sempre – anche nell’ambito di un potenziamento delle funzioni di coordinamento o addirittura di diretta attività redistributiva dell’Unione – il luogo elettivo della costruzione della solidarietà sociale in Europa, il suo necessario fondamento o radicamento territoriale. Tuttavia, se l’Unione riconoscesse e garantisse i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiedesse l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale non solo ai suoi Stati membri, ma anche alle sue stesse istituzioni, attraverso l’appontamento di un sistema sovranazionale di politiche e

³⁵⁷ Cfr. la Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulle attività del Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione nel 2010, COM(2011) 466 def., Bruxelles, 22.8.2011.

finanziamenti sociali, allora sarebbe riuscita ad invertire la rotta verso un paradigma sociale di stampo europeo³⁵⁸.

In quest'ottica, ad esempio, la decisione di emettere titoli di debito pubblico europei in parziale alternativa a quelli dei singoli Stati dell'area dell'euro, costituisce – al di là dei benefici immediati per fronteggiare l'attuale crisi finanziaria – una svolta politica dalle grandi implicazioni simboliche per la definizione della stessa identità dell'Unione, di ciò che essa intende essere nello scenario globale. Una svolta, dunque, che non potrebbe non poggiarsi, per le ripercussioni più generali sul governo economico dell'Unione, su di un'esplicita ridefinizione del patto di solidarietà tra i popoli europei.

2. Il problema dell'adesione alla CEDU e i rapporti tra le Corti

Un'ultima considerazione riguarda il recente parere negativo della Corte di Giustizia dell'Ue circa il processo di adesione di Bruxelles alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu), valida in 47 Stati del Vecchio continente.

Con il **parere 2/13** del 18 dicembre 2014, la **Corte di Giustizia dell'UE (CGE)** si è pronunciata sulla **compatibilità del Progetto riveduto di accordo per l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti umani (CEDU)** perché si basa su una bozza di accordo fra Unione e gli Stati membri che va “contro le norme stesse dell'Unione”.

La contestazione maggiore riguarderebbe la questione della reciproca vigilanza tra i Paesi membri riguardo il rispetto dei diritti fondamentali, quando invece le norme comunitarie sanciscono il principio della mutua fiducia. Secondo la Corte si, metterebbe “in discussione l'equilibrio e

³⁵⁸ Relazione Monti sugli strumenti per combattere la crisi finanziaria, presentata nel novembre 2011 al Presidente Barroso.

l'autonomia delle norme stesse dell'Unione". La Commissione europea, che guida i negoziati con gli Stati membri a nome dell'Ue, fa sapere di "rispettare l'opinione della Corte" riconoscendo la necessità di una "attenta valutazione delle questioni legali sollevate".

Quella della Corte è un'opinione negativa che non affosserà definitivamente l'adesione di Bruxelles alla convenzione, perché questa è espressamente prevista dal Trattato di Lisbona del 2009. Tuttavia, causerà un sicuro ritardo nel percorso di negoziazione fra i contraenti, già tortuoso sin dall'inizio. All'indomani della firma del trattato di Lisbona fu subito presentata una bozza di accordo per l'adesione dell'Ue alla Cedu, ma Gran Bretagna e Francia bloccarono il testo poiché contro i poteri che la bozza stessa conferisce alla convenzione. Nelle intenzioni del Trattato di Lisbona, la firma della Cedu da parte dell'Ue ha lo scopo di aumentare il livello di protezione dei diritti fondamentali dei cittadini del Vecchio continente, dando loro la possibilità di un ricorso alla Corte europea dei diritti umani di Strasburgo, prima non consentito, se ritengono che le leggi Ue violino i diritti protetti dalla convenzione. La cd. Legge Pinto ad esempio, relativi all'ingiusta durata del processo è utilizzatissima dai cittadini italiani per ottenere in sede europea il giusto ristoro alla biblica durata dei procedimenti giudiziari nel nostro paese.

Va detto che la Carta dei diritti fondamentali utilizzata dalla Corte di Strasburgo è parziale e datata. Inoltre, la CEDU, essendo, in realtà stata creata anche con il contributo della Corte di Stasburgo è difficilmente distinguibile da una carta "giurisprudenziale" dei diritti. Viceversa la Corte di Giustizia non ha mai voluto concedere alla Corte EDU il ruolo di interprete autentico sia della Convenzione che dei diritti fondamentali in genere.

La Corte, in particolare, sottolineando la peculiarità dell'ordinamento giuridico dell'Unione, ha identificato **sei principali profili di incompatibilità** del Progetto con il diritto primario dell'Unione riguardanti, rispettivamente: l'applicazione dell'articolo 53 CEDU rispetto ai diritti riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (CDFUE); la preservazione del principio della fiducia reciproca fra gli Stati membri dell'UE; l'autonomia ed efficacia del meccanismo del rinvio

pregiudiziale alla luce del Protocollo XVI alla CEDU; la compatibilità tra l'art. 344 TFUE e l'art. 33 CEDU; il meccanismo del convenuto-aggiunto (co-respondent) e del previo coinvolgimento della CGE; l'attribuzione esclusiva alla CEDU della competenza a pronunciarsi sulla violazione dei diritti in ambito PESC/PESD.

In ragione di tutti gli aspetti identificati la **Corte ha quindi concluso che il progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU non è compatibile con le disposizioni del diritto dell'Unione**.

Tenuto conto, da un lato, dell'efficacia giuridica dei pareri adottati dalla CGE ai sensi dell'art. 218(11) TFUE e, dall'altro lato, dell'obbligo posto dal Trattato di Lisbona per l'Unione di aderire alla CEDU (art. 6(2) TUE), il Consiglio e la Commissione dovranno ora attivarsi per **riaprire i negoziati con il Consiglio d'Europa** al fine di adottare un nuovo accordo di adesione in linea con il parere della CGE.

CONCLUSIONI

Concludendo si può affermare che il riconoscimento che i diritti sociali ricevono in Europa corrisponde, a mio parere, alla tutela che tali diritti ricevono giurisdizionalmente in ogni ordine e grado sia a livello nazionale che comunitario.

Va premesso che rientrando tra le materie di competenza residuale dell'Unione, la politica sociale (artt. 136 e 137 TUE), ha assunto sempre maggiore centralità nel dibattito comunitario proprio grazie alle politiche economiche del mercato comune. Queste politiche spesso criticate come fredde ed impersonali hanno dato una forte spinta alla concreta fruibilità dei diritti sociali a partire dal mondo del lavoro per poi giungere al riconoscimento di altri diritti.

In effetti alcuni diritti come il diritto al lavoro, all'istruzione, il diritto all'assistenza sociale e sanitaria, la pensione, gli aiuti ai disoccupati, case popolari, ecc. siano comunemente riconosciuti in tutti i paesi dell'Unione.

Tuttavia, da un'attenta analisi si comprende chiaramente che i diritti sociali non godono della stessa efficacia vincolante rispetto ai diritti civili e politici, infatti, essi somigliano più a delle pretese sociali che il cittadino esprime nei confronti dello Stato piuttosto che a dei veri e propri diritti.

Pur non concordando con la tesi che vede nel solo dell'intervento dello Stato l'effettivo riconoscimento dei diritti sociali, è un fatto che la maggior parte di essi sono riconosciuti dagli ordinamenti degli Stati membri anche se non sempre e non per tutti quelli che vengono definiti diritti sociali.

I diritti sociali, la cui tutela è sempre più oggetto di esame giurisprudenziale, sono il diritto alla salute, alla libertà di religione e all'educazione, che sono considerati come diritti pienamente tutelabili in sede giurisdizionale, anche perché tale tutela è condizione essenziale per

il godimento di altri diritti quali ad esempio il diritto alla vita.

Gli articoli 3, 10 e 14 della Carta dei diritti fondamentali riconosce e tutela i suddetti diritti consentendo il ricorso a tutti gli strumenti nazionali e internazionali esistenti. Un grande passo in avanti è stato fatto con l'esplicito riconoscimento del diritto all'istruzione nel Trattato di Lisbona che ha riconosciuto l'importanza della tutela di tale diritto. Il riconoscimento del diritto all'educazione è di notevole importanza in quanto condizione essenziale per il riconoscimento e la tutela di altri diritti ad esso collegati e conseguenti quali quello alla formazione professionale e al lavoro che ottengono di conseguenza un riconoscimento ed una tutela non solo di fronte agli organi giudiziari nazionali, ma anche di fronte a quelli comunitari.

Dall'esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia in relazione alle materie sociali e delle tecniche normative adottate per realizzare una politica sociale, nonché l'inclusione dei diritti sociali nel testo della Carta dei diritti fondamentali si evidenzia la tendenza ad un approccio di tipo "morbido" piuttosto che attraverso il classico metodo comunitario.

Da questa analisi viene fuori un dato difficile da accettare per un europeista desideroso di vedere finalmente la nascita di un Unione Europea più politica e sociale e cioè che l'inserimento dei diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali consente ad essi solo di limitare per ragioni imperative di interesse generale le libertà economiche, non ponendoli, dunque, in posizione prioritaria rispetto a tali libertà come invece meriterebbero.

In effetti nella stessa Carta di Nizza non c'è stato un reale bilanciamento tra diritti sociali ed economici e dunque resta ancora un forte sbilanciamento tra il livello di protezione che l'ordinamento europeo fornisce ai diritti economici e di libertà e quello riconosciuto ai diritti sociali mancando uno statuto giuridico di questi diritti che dia loro pari rilevanza, pari spazio e pari dignità rispetto alle libertà economiche.

L'assenza di questo bilanciamento è dato proprio dall'utilizzo di quegli strumenti che prima ho definito "morbidi" caratterizzati da soluzioni normative, a livello comunitario, poco incisive. Tali strumenti si concretizzano nell'utilizzo del metodo aperto di coordinamento e delle diverse Strategie adottate negli ultimi anni, che rendono impossibile un effettivo bilanciamento fra i diritti sociali e libertà economiche.

La Carta di Nizza pur non essendo riuscita a creare il necessario bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche rappresenta, comunque, un momento importante nella costruzione dell'Europa sociale e va utilizzata come punto di partenza per una reale armonizzazione coesiva senza pretendere di utilizzarla come modello di comparazione con le Costituzioni dei paesi membri dell'UE.

La distinzione operata dalla Carta tra norme-principio e norme-diritti, crea questa non poche difficoltà in sede applicativa anche se i diritti di solidarietà contenuti nella Carta sono un utile strumento di raffronto, e, non è escluso che essi, all'occorrenza e in combinazione con elementi giuridici tratti dal diritto interno o dal diritto dell'Unione, possono fondare anche pretese autonome, come, ad esempio, nel caso Mangold con riguardo al principio di non discriminazione in base all'età. La Carta, infatti, pone in capo all'Unione e agli Stati membri, l'obbligo positivo di promuovere i diritti e i principi in essa contenuti sia per la tutela dei diritti enunciati, sia per la garanzia dei principi.

Va comunque sottolineato che l'enunciazione di una serie di diritti sociali non garantisce, a livello comunitario, che la loro tutela possa darsi raggiunta perché, di fatto, resta nelle mani degli Stati membri il compito di implementare concretamente i diritti sociali, dato che la ripartizione delle competenze tra Stati e Unione resta ferma e non può essere superata dalle previsioni della Carta.

L'attenzione si sofferma anche sulla portata delle tutele offerte ai diritti sociali in sede europea. Il margine di apprezzamento (dell'Ue) potrebbe divenire lo scudo sotto il quale la Corte di Giustizia potrebbe ripararsi dal

sindacato della Corte Edu: ad esempio in materia di sciopero, reiterando sentenze come Viking e Laval, sulla scorta di deroghe derivanti dalla protezione delle particolarità del sistema UE.

Il capitolo conclusivo di questo lavoro giunge ad una conclusione poco confortante. Deve, infatti, sostenersi che l'effettiva giustiziabilità dei diritti sociali in ambito dell'Unione, rimane vincolata alla volontà politica degli Stati e non sembra potersi affermare che l'impiego ispiratore e propulsivo della Carta, da parte della giurisprudenza, nel più ampio e flessibile quadro dei principi generali, risulti rafforzato a beneficio dell'omogeneità applicativa delle garanzie sociali fondamentali nell'ordinamento dell'Unione.

Certamente, il Trattato di Lisbona ha valorizzato la struttura sociale europea attraverso: a) le disposizioni generali del TUE con riferimento ai valori che condizionano gli obiettivi dell'Unione; b) i diritti contenuti nella Carta di Nizza; c) dai principi generali ‘classici’ del diritto dell'Unione Europea; d) i diritti umani contenuti nella CEDU; e) le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Tale valorizzazione della dimensione sociale dell'Unione non è, tuttavia, del tutto completa in ragione di alcuni elementi ancora irrisolti.

In particolare i punti deboli dell'Europa sociale rimangono: un approccio regolativo troppo soft (il metodo del coordinamento); la permanenza di alcuni deficit di competenze; la mancata indicazione di criteri di bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche e dalla compresenza (irrisolta in mancanza di un adeguato bilanciamento giudiziale) delle due nozioni di economia sociale e di economia di mercato.

Queste conclusioni appaiono oggi ancor più fondate, in relazione alla situazione concreta, fortemente critica sia sul piano economico che sociale. L'attuale crisi economica che sta investendo il vecchio continente mostra, in tutta la sua evidenza, la fragilità dell'Unione sotto il profilo della tenuta dei sistemi sociali nazionali. Appare agli occhi di tutti

l'insufficienza di un modello economico fondato sul rigoroso parametro di rispetto dei mercati finanziari e della crescita economica, dissociato da una analisi concreta delle situazioni riguardanti le effettive condizioni di vita dei cittadini e delle conseguenze che il rimodellamento del mercato unico, inevitabilmente, ha creato e crea nel tessuto sociale Europeo.

Appare quantomeno evidente, come l'attuale crisi economica abbia mostrato all'Europa intera quanto i sistemi nazionali, pressati verso l'integrazione dei mercati, sia sul piano regionale che internazionale, non riescano a fronteggiare il cambiamento, senza una adeguata struttura sociale che possa assorbire i mutamenti sovranazionali ed internazionali.

L'assenza di regole uniformatici nell'ambito della regolazione sociale, mostra l'inefficacia di un sistema che si fonda solo sulle regole del mercato, e di come l'integrazione economica sia un miraggio, senza quella sociale.

Benché il Trattato di Lisbona avesse aperto alla costruzione dell'Europa sociale e al riequilibrio tra mercato e diritti, sembra che la crisi economico-finanziaria globale, stia rischiando di perdere ancora una volta l'occasione per un riequilibrio sociale sostenibile.

La mia analisi nel rapporto esistente tra Europa e welfare consente alcune provvisorie conclusioni in merito ai problemi ed alle prospettive del processo di integrazione europea, e delle forme nelle quali si articola l'interesse europeo per la solidarietà sociale, per la sicurezza, per l'egualanza delle opportunità e così via. È opportuno evidenziare che le mie osservazioni riguardano solo alcuni segmenti di una realtà segnata da una profonda e crescente complessità. Il mio lavoro si occupa soprattutto dei sistemi pubblici di welfare, che rappresentano solo una parte dei più ampi sistemi di protezione sociale, i quali a loro volta non sono che un elemento, benché di grande rilievo, che concorre a definire la configurazione delle formazioni sociali europee. Occorre, poi, sottolineare che il processo di allargamento dell'Unione Europea ha complicato il quadro estendendo la definizione

di cosa si intende con il termine “Europa”.

Dall’analisi contenuta in questo lavoro si comprende bene l’esistenza di elementi di comunanza e di divergenza che pongono in luce un Modello Sociale Europeo in continua evoluzione che necessita di un reale confronto sistematico sia intraeuropeo che extraeuropeo affinché si giunga ad un utile risultato. Esistono ancora sostanziali differenze nei vari ordinamenti nazionali relativamente alla politica sociale, soprattutto nel come vengono percepite l’ineguaglianza sociale e la povertà economica. Va poi considerato il differente peso che ha in ogni nazione, sia la spesa privata, sia la spesa per trasferimenti di reddito, che producono notevoli divergenze tra i sistemi di protezione sociale. Ciò giustifica, ancora oggi la necessità, in letteratura, di continuare a dividere i vari sistemi di welfare esistenti in Europa in modelli soprattutto a seguito dell’allargamento che ha complicato ancor di più l’avvicinamento dei vari welfare state visto che i sistemi degli stati dell’est Europa sono caratterizzati da proprie peculiarità. Per contro ci sono alcuni settori in cui c’è stata un’effettiva convergenza istituzionale in materia di politiche economiche e sociali, occupazionali ed educative che ha generato la speranza che si stia procedendo, lentamente, ad eliminare, almeno in alcuni settori, le differenze nazionali e ad invertire eventuali derive in senso divergente.

Riferimenti bibliografici

ALECCI E. - BOTTACCIO M. (a cura di), *Fuori dall'angolo. Idee per il futuro del volontariato e del terzo settore*, Napoli – Roma 2010.

ANASTASI A., *Politiche sociali e cultura della solidarietà.*, CESV Messina, Messina 2010.

BIFULCO D., L'inviolabilità dei diritti sociali, Napoli 2003

BOBBIO L., *Le arene deliberative*, in «Rivista italiana di politiche pubbliche», 3, 2002 pp. 5-29.

BOBBIO L., (a cura di), *A più voci*, Amministrazioni pubbliche, imprese, associazioni e cittadini nei processi decisionali inclusivi, Napoli, ESI, 2004. www.cantieripa.it/allegati/a_più_voci.pdf.

BRONZINI G., L'Europa politica dopo la Convenzione: tra continuità e rottura, in G. Bronzini, Heidrum Friese, A. Negri e P. Wagner (a cura di), Europa, Costituzione e movimenti sociali, Manifestolibri, Roma, 2003.

CAFERRA W.H., Diritti della persona e stato sociale, Bologna. Zanichelli. 1987

CASTEL R., *L'insicurezza sociale*, tr. it., Einaudi, Torino 2004.

CONFORTI B, La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti umani, in L.S. Rossi, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano 2002, p. 3 ss.

DE LEONARDIS O., *In un diverso welfare. Sogni ed incubi*, Feltrinelli, Milano 1998.

DE SHUTTER O., e V. Van Goethem, The Fundamental rights Agency of the European Union, in Alfredsson

DONOLO C. (a cura di), *Il futuro delle politiche pubbliche*, Paravia Bruno Mondadori Editori, Milano 2006.

ESPING-ANDERSEN G., *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Polity Press. Princeton University Press 1990.

ESPING-ANDERSEN G., *I fondamenti sociali delle economie postindustriali*, trad. it., il Mulino, Bologna 2000.

FERRERA M., *Il Welfare state in Italia. Sviluppo e crisi in prospettiva comparata*, Il Mulino, Bologna 1984.

FERRERA M., *Le politiche sociali. L'Italia in prospettiva comparata*, Il Mulino, Bologna 2006.

FLORA P. – HEIDENHEIMER A. (a cura di), *Lo sviluppo del welfare state in Europa e in America*, Il Mulino, Bologna 1981.

FOGLIA R., Il ruolo della corte di giustizia nell'evoluzione del diritto sociale comunitario e le prospettive per il futuro, QDLRI 2004 27.79

FREDMAN S., Transformation or dilution: fundamental rights in the EU social space, in European Law Journal, 2006, p. 41.

GIUBBONI, Orlandini, La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea, Il Mulino, 2007.

HORATIA Muir Watt, Gender Equality and Social Policy after Defrenne"/ The past and future of EU law: the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome, Treaty, Oxford, Hart, 2010, pp. 286-292.

JACQUE J. P., Droit institutionnel de l'Union Européenne, 6 ed., 2010, Dalloz

KENNETH A. Armstrong, Governing social inclusion: Europeanization

through policy coordination, in Oxford studies in European law, 2010.

LUCA De Matteis , L'adesione dell'UE alla CEDU: il dibattito in corso.

MENGOZZI P., Il principio personalista nel diritto dell'Ue, Padova, 2010

p. 156 ss.

MONTEBUGNOLI A. (a cura di), *Questioni di welfare*, Franco Angeli, Milano 2002.

NALDINI M., *Le politiche sociali in Europa. Trasformazioni dei bisogni e risposte di policy*, Carocci, Roma 2007.

O'CINNEIDE C., Social rights and the European Social Charter – New challenges and fresh opportunities, in De Schutter O., The European social Charter: a social constitution for Europe, Bruylant Brussels, 2010.

PELLIZZONI L. (a cura di), *La deliberazione pubblica*, Meltemi Editore, Roma 2005.

PIRIS J., The Lisbon Treaty: a legal and political analysis, 2010, Cambridge, Shaw M., International law, 6 ed., 2008, Cambridge.

SERIO M. - NOVARA C. - MILIO A., *Welfare locale e piani di zona. Modelli, interventi di comunità e buone prassi*, Franco Angeli, Milano 2008.

STROZZI G., Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale, 3 ed., 2010, Giappichelli,

STROZZI G., Mastroianni R., Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale, 5 ed., 2011, Giappichelli

TITMUS R., *Social Policy*, Allen & Unwin, London 1975.

TESAURO G., Diritto dell'Unione Europea, 6 ed., 2010, CEDAM

VAN DER MEI A. P., EU law and education: promotion of student

mobility versus protection of the education systems in M. Dougan, E. Spaventa (eds.), Social welfare and EU law, Oxford, Portland, 2005, p.219 ss.

VIMERCATI, Il conflitto sbilanciato, Cacuci, Bari, 2009

VOLTERRANI A., TOLA P., BILOTTI A., (a cura di), *Il gusto del volontariato. Tra etica, valutazione partecipata e innovazione sociale*, Exorma, Roma 2009.

WILENSKY H. L., *The welfare state and equality. Structural and Ideological Roots of Public Expenditures*, University of California Press, Berkeley 1975.

WILLIAMS A., Respecting fundamental rights in the new Union: a review, in Barnard C., The Fundamental of Eu law revisited. Assessing the impact of the constitutional debate, Oxford University Press, Oxford, 2007.

ZEITLIN J., Social Europe and experimentalist governance: towards a new constitutional compromise?, in G. De Burca, Eu law and the welfare state: in search of solidarity, OUP Oxford, 2005.

RIVISTE

Akandij-Kombe J.-F., *Charte sociale européenne*, p. 159 s, et F. Sudre, *Le protocole additionnel à la CSE prévoyant une système de réclamation collective*, in Revue générale de droit international public, 1996, n. 3, p. 715-739.

Alacevich, *Il dialogo sociale in Europa: verso una convergenza funzionale nella regolazione del lavoro?*, Quad. di Rassegna sindacale, 2006, 1.

Ales E., *Diritto del lavoro, diritto della previdenza sociale, diritti di cittadinanza sociale: per un sistema integrato di microsistemi*, in ADL 2001, p. 981.

Ales E., *Libertà e uguaglianza sociale*, Riv. Del Lav., 2002, p. 120
Allegretti U., *I diritti fondamentali tra tradizione statale e nuovi livelli di potere*, in Democrazia e diritto, n.1/2, 2003.

Allegri G., *I nuovi movimenti sociali nello spazio comune europeo. Primi spunti di riflessione su alcuni snodi politico-istituzionali*, in Democrazia e diritto, n.1/2, 2003b.

Amadeo S., *Il protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela “asimmetrica” dei diritti fondamentali: molti problemi e, qualche soluzione*, Dir. UE,

2009 p. 720.

Amato F., *La tutela dei diritti fondamentali sociali e del lavoro nella globalizzazione dell'economia*, RDSS, 2006, 581;

Angelini L., *A proposito di diritti sociali e principio di egualanza nella Carta dei diritti fondamentali dell' Unione Europea*, in DLRI 2001 XXIII 92. 633.

Ashiagbor D., *EMU and the shift in the European labour law agenda: from Social Policy to Employment Policy*, European Law Journal, 2001/7, p. 311

Atiparmak K., *The European system for the protection of human rights in crisis: The end of the road?*, in Journal of European criminal law, 53 (4), 2009.

Aubin C., *l'Europe sociale entre mythe et réalité*, in Dr. Soc., p.618, 2007.

Bailleux, Antoine, *Le salut dans l'adhésion? Entre Luxembourg et Strasbourg, actualités du respect des droits fondamentaux dans l mise en œuvre du droit de la concurrence*, pp. 31 ss. In Revue Trimestrielle de droit européen, 2/2010.

Balandi G.G., *Tendencias de la Seguridad Sociale en los paises de la Union Europea*, in RL 1996 5.31.

Ballestrero M., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in Lavoro e Diritto, 2008, 2, p.371---392.

Bano F., *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione sociale: il soft law*, in Lavoro e diritto n.1, 2003

Bano F., *L' "Europa sociale" nel trattato costituzionale*, in RGL 2005. LVI.4 821

Baquero Cruz J., *La protección de los derechos sociales en la comunidad europea tras el tratado de Amsterdam*, Revista de Derecho comunitario, 1998, pp. 639 -- 666, spéc. p. 641.

Barbera A., *La Carta europea dei diritti: una fonte di ricognizione?*, Il diritto dell'Unione Europea, 2---3/2001, p. 241.

Bercusson B. e altri, *Manifesto per un'Europa sociale*, in Riv. Giur. del lav. n.1, 2002 Bercusson B., *The Lisbon Treaty and social Europe*, ERA Forum, vol. 10 juin 2009 p. 87.

Besselink, L., *Dynamics of European and national citizenship: inclusive or exclusive?*, European Constitutional Law Review, n. 3, vol. I, 2007,

pagg. 1 e 2.

Bobbio N., *Istituzione e diritto sociale* (Renard e Gurevitch), in R. int. Fil. Dir, 1936, p. 385.

Bončková Helena, Hubert Smekal, *Fragmentace společných hodnot? Výjimky z Listiny základních práv Evropské unie /Fragmentalization of Common Values? Opt---outs from the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in Soucasna Evropa, 02, 2010

Borrelli S., *Libertà di circolazione e scelta del sistema di protezione sociale più vantaggioso*, in Riv. Dir. Sic. Soc., 2006, p. 671 ss.

Bronzini G., *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della Cedu: una nuova Frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in Rivista italiana di diritto del lavoro, 2009, II, 975.

Bronzini G., *Il carattere e il percorso del processo costituente*, in Quale Stato n.1\2003.

Bronzini G., *I diritti sociali nella Costituzione europea*, in DD, 2000, 1 p. 95.

Brouillet V. J., M. Rigaux, F. Vandamme, *Le model social européen :*

source ou motor de la construction européenne?, Dr. Soc., 2006 p.1176.

Bultrini A., *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, Dir. UE, 3/2009 p. 700 ss.

Bultrini A., *La responsabilité des états membres de l'Union européenne pour les violations de la CEDH*, Rev. Trim. droits de l'homme, 2002 p. 5 ss.

Cannizzaro E., *Sulla responsabilità internazionale per condotte di stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in Riv. Dir. Internaz., 2005 p. 762.

Carinci F. Pizzoferrato A., "Costituzione" europea e diritti sociali fondamentali, LD 2000 XIV 2 281 Carlassare L., *Forma di stato e diritti fondamentali*, in Quaderni Costituzionali, 1995, 1. 284

Castiglione D., *From the Charter to the Constitution of Europe? Notes on the constitutionalisation process in the EU* , in Queen's papers on Europeanisation, No 5/2002.

Castro Oliveira A., *Workers and other persons: step -by-step from movement to citizenship — Case Law 1995-2001*, in Common Market

Law Review n.39, 2002.

Churchill R., Khaliq U., *The collective complaints system of the European Social charter: an effective mechanism for ensuring compliance with Economic and Social Rights?*, European Journal of International Law, 15 (3), 2004 p. 417.

Cinelli M., *Appunti in tema di incidenza del diritto comunitario sull'ordinamento interno di sicurezza sociale*, in DRI, 1996 95.

Conforti B., *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali*, Riv. Int. Dir. Uomo, 2000 p. 423 ss.

Coppel J. e A. O'Neill, *The European Court of Justice: taking rights seriously?*, in Common Market Law Review, 1992, p.689-690.

Costello C. (dir.), *Fundamental Social Rights: Current European Legal Protection and the Challenge of the UE Charter of Fundamental Rights*, Dublin, Irish Centre for European Law, 2001.

Costello C., *The Bosphorus ruling on the European Court of Human Rights: fundamental rights and blurred boundaries in Europe*, in Human Rights Law Review, 6(1), 2006, p. 87.

Cousin M., *Citizenship, residence and social security*, in European Law Review, 2007, p.386.

Cullen H., *The collective complain system of the European Social Charter: interpretative methods of the European Committee of Social Rights*, Human Rights Law Review, 61, 2009.

D'Antona M., *Mercato unico europeo ed aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche*, in Lavoro e Diritto, 1992, pp. 49 ss., spéc. p. 58.

Davis, *The effect of Mrs Watt trip to France on the national health service*, in King's Law journal, 18, p. 157.

Dawson M., *The ambiguity of social Europe in the open method of coordination*, in European Law Review, vol. 34, n. 1, Febbraio 2009.

De Burca G., *The constitutional challenge of new governance in the european Union*, in European Law Review, 28, 2003.

Dougan E., The constitutional dimension to the case law on Union citizenship, in European law Review, 2006, 613-641, spec p. 625.

Dougan V. M., The constitutional dimension to the case law on Union citizenship, in European law Review, 2006, p. 631.

FerreraM., Verso una cittadinanza sociale aperta: i nuovi confini del welfare nell'Unione europea, in Rivista italiana di scienzopolitica, n. 1/2004.

Giubboni S., I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza, in Il diritto dell'Unione

Europea, 2003, pp. 325 - 356, spéc. p. 326.

Giubboni S., Libertà di mercato e cittadinanza sociale europea, in Diritto Immigrazione Cittadinanza, 2007, n.4, p.13.

Hernes H., Scandinavian Citizenship, in Acta Sociologica, p. 199, 1988 ;

Joerges C., Deliberative supernationalism- Two defences, in Eur. Law Journal, 2002133 ss.

Kruger H. C./J.Polakiewicz, Proposal for a coherent human rights protection system in Europe, 22/2002, Human rights law journal 1,3.

Le Bot O., Charte de l'Union européenne et Convention de sauvegarde des droits de l'homme: la coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux, in Rev. trim. Dr. h., 55/2003, p. 781.

Lo Faro, Diritti sociali e libertà economiche, Lav. E Dir., n.1, 2008, p. 88.

Magno P., Diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione europea dopo Amsterdam, in Il diritto del lavoro, 1998, parte 1, p. 123.

Malenovsky J., L'enjeu délicat de l'éventuelle adhésion de l'Union européenne à la CEDH: de graves différences dans l'application du droit international, notamment général, par les jurisdiction de Luxembourg et Strasbourg, Rev. Gén. Droit international public, 2009/4 p.776.

Marguènaut, Les incursion de la Court Européenne des droits de l'homme en droit du travail: une oeuvre encore en demi-teinte, Revue de droit du travail, n.1, 2008, p. 16.

Martin D., Strasbourg, Luxembourg et la discrimination: influences croisées ou jurisprudances sous influence?, in Rev. Trim. droit de l'homme, 69/2007, p. 107.

Marzo C., Vers une citoyenneté sociale européenne, Dr. Soc., 2007, p.

Palladino Rossana, L'autonomia del dialogo sociale europeo nel Trattato di Lisbona pp. 149-173, in Studi sull'integrazione europea 2010 vol. 3

Petit V. B., Un regard juridique sur la dynamique du model social européen, Dr. Soc., fev. 2010.

Rosas A. e Kaila H., L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne par la Cour de justice: un premier bilan, Dir. UE, 1/2011, p. 1

Schmitt M., La dimension sociale du traité de Lisbonne, Dr. Soc. N. 6, juin 2010 p. 682.

Sudre F., La protection des droits sociaux par la Cour EDH: un exercice de "jurisprudence fiction"? Rev. trim. Dr. h., 55/2003, p. 755.

Sudre F., Les droits sociaux et la CEDH, 2000, RUDH, p. 28.

Tiberi G., La questione dell'adesione della Comunità alla Cedu al vaglio della Corte di Giustizia, Riv. it. Dir. Pubbl. comunit., 1997, p.451 ss.

Tizzano A., Les Curs européennes et l'adhesion de l'Union a la CEDH, Dir. UE, 1/2011, p. 29-57

Veneziani B., Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2000, pp. 779 – 840.

Whelan D., e Donnelly J., The west, economic and social rights, and the global human rights regime: setting the record straight, in Human Rights Quarterly, 29(4)-2007, p. 908 ss..

SITI INTERNET

Caruso, I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Viking e Laval), in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .INT – 61/2008

Cinelli, I diritti sociali nella recente giurisprudenza della Corte Cedu , in
www.europeanrights.eu

Joerge, Conflict of laws as the legal paradigm of the postnational constellation, www.europeanrights.eu

Joerges C. e Rodl F., Social market economy as Europe’s social model?,
EUI Working Paper LAW n.8, <http://www.iue.it/PUB/law04-8.pdf>

Moccia Luigi, Europa dei diritti, soggetti deboli e tutele: spunti introduttivi, in www.europeanrights.eu

Rossi L.S., I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona,
www.europeanrights.eu