

*La linfa della pace: i diritti di solidarietà nella Carta dei Diritti dell'Unione Europea**

Agustín José Menéndez**

SOMMARIO: 0. *Premessa.* – I. Diritti di solidarietà come diritti fondamentali. – 1. *Il concetto di diritti di solidarietà.* – 2. *Lo status di diritto fondamentale.* – 2.1. *Mancanza di chiarezza concettuale nel testo della Carta, la giurisprudenza della Corte e il mandato della convenzione.* – 2.2. *Una ricostruzione razionale del concetto di diritti fondamentali.* – 2.2.1. *Diritti come ragioni per norme (giuridiche).* – 2.2.2. *Diritti come tutele.* – 2.3. *Una tipologia delle posizioni giuridiche nella Carta.* – 2.3.1. *Diritti fondamentali in senso proprio.* – 2.3.2. *Diritti ordinari.* – 2.3.3. *Clausole politiche.* – II. Valutare i contenuti della Carta. – 3. *Lo status dei diritti di solidarietà.* – 3.1. *Diritti di solidarietà.* – 3.2. *Il diritto di proprietà privata.* – 4. *L'articolo 17 è un'accurata codificazione del diritto positivo?.* – 5. *Diritti sociali come canone di eccezione alle libertà del mercato.* – 6. *Le basi normative e legali della solidarietà europea.* – 6.1. *Coerenza sistematica: lo status del diritto di proprietà in confronto a quello di solidarietà.* – 6.2. *Oltre la coerenza.* – Conclusione.

0. – *Premessa*

Gli europei sono orgogliosi del loro “modello sociale”¹. Che cosa questo implichi non è affatto chiaro. Comunque sia, la dimensione *sociale* dell'Europa è identificata di solito con lo *stato sociale*. Lo stato sociale mira a realizzare i valori sostanziali di libertà ed eguaglianza attraverso la garanzia nei confronti di un numero di rischi personali e sociali². In fin dei conti, questo implica l'assegnazione di una serie di diritti sociali ed economici a tutti i *residenti permanenti*, diritti che si affiancano a quelli civili ed eventualmente a quelli politici³. I concreti diritti e i precisi assetti istituzionali corrispondenti non sono gli stessi in Europa⁴, mentre invece la *concezione sociale* che la sostiene, i *principi fondamentali*, a tali diritti sottesi, sono fondamentalmente gli stessi⁵.

* *The Sinews of Peace: Rights to Solidarity in the Charter of Fundamental Rights of the Union.* Traduzione di Francesco Biondo.

** Ricercatore Ramón y Cajal, Università di León. Erik Odvar Eriksen, John Erik Fossum, Oliver Gerstenberg e Massimo La Torre mi hanno aiutato ad evitare molti errori. Sono molto grato a Olivier De Scutter da cui ho imparato molto sui diritti sociali. La mia scarsa comprensione è responsabile degli errori che rimangono. Nessuno scritto è un prodotto individuale, salvo i suoi errori.

¹ Per quanto riguarda i sondaggi, cfr. Newton, ‘The Welfare State Backlash and the Tax Revolt’, in Cavanna (ed). *Challenges to the Welfare State: Internal and External Dynamics of Change* (Edward Elgar, 1998), 98-122. Vedi inoltre The European Social Agenda, OJ C 157 del 30.5.2001, 4 segg.

² Vd. A.J. Menéndez, *Justifying Taxes* (Kluwer, 2001), pp. 173 segg.

³ Il testo di Marshall *Citizenship and Social Class* (Pluto, 1996) è il riferimento usuale a tal proposito. Il mio argomento, tuttavia, non implica alcuna precisa sequenza nell'attribuzione di diritti civili, politici e sociali.

⁴ Vd. Ebbinghaus and Manow (eds.) *Comparing Welfare Capitalism Social Policy and Political Economy in Europe, Japan and the USA* (Routledge, 2001).

⁵ Vd. *The European Social Agenda*, cit., n.2, par. 9: “A society with more social cohesion and less exclusion betokens a more successful economy”.

I diritti sociali sono il nerbo della pace in Europa, il più importante fondamento di legittimità delle istituzioni politiche e degli assetti sociali nel vecchio continente.

Il punto difficile della *dimensione sociale* dell'integrazione europea è la tensione tra il processo di formazione del mercato unico (usualmente, ma in modo sbagliato, denominata *armonizzazione negativa*) e la protezione degli standards sociali (che rientrerebbero nella concezione corrispondente della *armonizzazione positiva*)⁶.

Il progetto del mercato "comune" o "unico" ha avuto piuttosto successo secondo i suoi stessi standards, cioè nei termini di prevenzione della guerra e di promozione della crescita economica in Europa⁷. Questo può avere aiutato la promozione della protezione dei diritti sociali a livello nazionale nella misura in cui questa pace e questa crescita siano la preconditione principale di tali diritti. Tuttavia, deve essere notato che si è mantenuto lo spazio delle politiche sociali in un'area di esclusiva competenza nazionale. Così la costruzione del mercato comune non è andata di pari passo con l'affermazione dei diritti sociali al livello europeo, sebbene si possa sostenere che tale costruzione ha aiutato a stabilire le preconditioni per l'affermazione dei diritti sociali a livello nazionale (attraverso la pace e la crescita economica)⁸.

Questa situazione sembrava permettere agli europei di dare un colpo al cerchio e uno alla botte, cioè di promuovere i mercati a livello sopranazionale e di arricchire i diritti a livello nazionale. I due processi (la costruzione del mercato e il rafforzamento della sicurezza sociale) sembravano rinforzarsi l'uno con l'altro, almeno durante i *Treinte Glorieuses*.

Negli ultimi vent'anni, tuttavia, la costruzione del mercato ha posto delle sfide agli stati sociali nazionali. Da una parte, le dinamiche del mercato comune conducono a cambiamenti normativi e fattuali che riducono le basi economiche e sociali dello stato del benessere. Consideriamo come oggi vengono intese la libertà di impresa e il libero movimento dei capitali⁹. Secondo la giurisprudenza¹⁰, queste due libertà fondamentali per il diritto comunitario permettono agli imprenditori di *pescare* il luogo nell'Unione con gli standards sociali più bassi. Senza normative disciplinanti la circolazione del capitale, non c'è più alcuna garanzia che standards sociali più alti non spingano il capitale a *fuggire* un certo stato o regione. In questo modo, la *costruzione del mercato* ha prodotto uno spostamento di potere dalle istituzioni politiche agli agenti privati¹¹. D'altra parte, la mancanza di una robusta dimensione sociale nel progetto europeo potrebbe condurre ad un'attiva politica di riduzione delle garanzie sociali. Poiché altre strategie di regolazione della competizione tra i paesi sono escluse, i legislatori nazionali e regionali possono tentare di aumentare i flussi di investimento attraverso la riduzione del livello di protezione dei diritti sociali¹².

⁶ Vd. Joerges and Everson, 'Challenging the bureaucratic challenge', in Eriksen and Fossum (eds.), *Democracy in the European Union* (Routledge, 2000), p. 169.

⁷ Vd. per esempio il preambolo al *Trattato di Roma*.

⁸ Cfr. Menéndez, *Chartering Europe*, Working Paper 13/2001, (ARENA,2001).

⁹ Vd. Direttiva 88/361 per l'implementazione del libero movimento di capitali e l'articolo TEC 56 (ex 73b), emendato dal trattato di Maastricht. Vd. anche Mohamed, *European Community Law on the free movement of capital and the EMU* (Kluwer, 1999), p. 88.

¹⁰ Vd. per esempio, *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* (Case C-212/97) [1999] ECR I-1459.

¹¹ Cfr. Maduro, "Reforming the Market or the State?" *European Law Journal*, 1997, vol. 3 pp. 55-82.

¹² Cfr. De Schutter, *La garantie des droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*. Scritto presentato alla Conference on the European Charter of Rights, Oslo, 8-9 June 2001.

La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea è stata proclamata in uno snodo critico del processo di integrazione europea. Che cosa c'è da dire circa la dimensione sociale dell'Europa? Quali sono i suoi contenuti *sociali*? Favorisce la costruzione del mercato o la dimensione delle garanzie sociali del progetto europeo?

Quest'articolo mira a fornire risposte a queste domande dando una giustificazione legale e normativa dell'attribuzione dei diritti economici e sociali contenuti nella Carta. A tal proposito la dogmatica è necessaria per fornire una chiarificazione concettuale e sostantiva. Abbiamo bisogno di determinare quali siano le disposizioni sociali fondamentali che sono rilevanti per la nostra ricerca, e di capire lo status attribuito loro nella Carta. La prima sezione è intesa a adempiere a questo compito definendo i diritti di solidarietà e fornendo una tipologia di posizioni legali fondamentali nella Carta. La seconda sezione contiene un giudizio sulle disposizioni sociali da un quadruplice punto di vista.

In primo luogo, si sostiene che la maggior parte dei diritti di solidarietà non sono riconosciuti come fondamentali, questi quindi hanno un trattamento diverso dal diritto di proprietà privata.

In secondo luogo si argomenta che la Carta è soltanto una parziale riformulazione del diritto positivo. C'è infatti un chiaro sbilanciamento tra lo status attribuito ai diritti sociali e lo status attribuito al diritto di proprietà. In terzo luogo, la Carta può essere vista come il canone degli argomenti che i legislatori nazionali e regionali possono invocare quando difendono eccezioni sociali alle quattro libertà fondamentali del diritto comunitario. In quarto luogo, la selezione e lo status attribuito a diversi diritti di solidarietà è aperto a critiche da un punto di vista normativo. Sarà sostenuto che è necessaria più enfasi sulla protezione dei diritti sociali.

I. – Diritti di solidarietà come diritti fondamentali

1. – *Il concetto di diritti di solidarietà*

Il quarto capitolo della Carta contiene disposizioni sui diritti, disposizioni, come il diritto alla salute, alla sicurezza sociale o al lavoro, che sono associate di norma allo stato sociale. Altri diritti sociali, inoltre, sono sparsi sulle rimanenti sezioni della Carta.

Per fare alcuni esempi: l'articolo 14, dedicato al diritto all'istruzione, è contenuto nel capitolo II (libertà) e l'articolo 23, che proclama la parità tra uomini e donne, è inserito nel capitolo III (eguaglianza).

In questo modo la Carta è ricca di disposizioni che usualmente consideriamo *diritti sociali*. Questo contrasta con la caratterizzazione delle varie Comunità, e più tardi dell'Unione, come un progetto esclusivamente di formazione del mercato, progetto che non richiederebbe alcun riferimento alla protezione sociale¹³. Inoltre, l'inserimento dei diritti sociali riflette un cambiamento nelle vedute di alcuni dei delegati alla

¹³ Vd. tra gli altri Mestmäcker, 'On the Legitimacy of European Law', *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 58, pp. 615-635 e Majone, 'Regulatory Legitimacy' in *Regulating Europe*, (Routledge, 1996), pp. 284-301, a p. 298.

Convenzione, delegati che erano contro *l'inclusione* di diritti sociali e “diritti del benessere” nel testo della Carta¹⁴.

La caratteristica più innovativa della Carta, tuttavia, potrebbe non essere data dalla serie di disposizioni sui diritti sociali, ma dall'inclusione della *solidarietà* come uno dei valori fondanti dell'Unione. Il secondo paragrafo del Preambolo afferma che l'Unione è fondata sui valori della libertà, dignità, uguaglianza e *solidarietà*. Inoltre, *solidarietà* è il titolo del capitolo IV già citato, il che apre le porte ad un'interpretazione sistematica circa i diritti precedentemente citati alla luce di tale valore.

La carta considera diritti di solidarietà quei diritti che mirano a realizzare i valori della libertà e dell'uguaglianza. Questa caratterizzazione può essere vista come più precisa rispetto a quella di diritti sociali o “diritti del benessere”. Da una parte, tutti i diritti sono *sociali*, implicano una *relazione sociale*, quindi il termine *diritti sociali* è piuttosto vago. D'altra parte, il termine diritti del benessere porta con sé connotazioni utilitaristiche (del tipo dell'economia del benessere) ed è piuttosto ambivalente, poiché potrebbe estendersi oltre, o non coprire in toto, il catalogo dei diritti associati allo Stato sociale. Il termine diritti di solidarietà, invece, si riferisce correttamente a quei diritti che mirano a bilanciare il *mercato* (caratterizzato dagli istituti della proprietà privata e del contratto) con obbligazioni *solidaristiche* a *condividere* la ricchezza sociale¹⁵.

Il concetto di diritti di solidarietà può essere considerato a ragione come un concetto controverso. La principale obiezione è quella che tale diritto implica l'esistenza di obblighi di solidarietà. Ciò, tuttavia, va contro l'assunto forte che la solidarietà è qualcosa di spontaneo, che deve essere sentito da chi mostra di essere solidale.

Questa è un'obiezione stringente. Tuttavia, sembra che si possano trovare controargomenti che riducono molto la sua forza. Consideriamone due. Da una parte tale obiezione è preda dell'assunto che la *solidarietà* è una questione di etica, non di morale; di conseguenza lo Stato sociale deve basarsi sull'accettazione di un'idea *spessa* di comunità, comunità basata su forti legami storici, culturali e linguistici (in breve, un'idea di comunità *nazionale*)¹⁶. Questo assunto è contraddetto dall'attuale forma degli Stati sociali in Europa che presuppongono fedeltà ad una comunità basata sul criterio di residenza, sia nei termini di raccolta dei fondi (tassazione) che nelle politiche di spesa (attribuzione di benefici). D'altra parte, si tende a distinguere tra essere caritatevole e essere solidale. La carità, non la solidarietà, è il concetto che si riferisce a trasferimenti di risorse spontanei, non istituzionalizzati. Questo implica che la solidarietà ha bisogno di essere supportata attraverso lo strumento legale, attraverso l'imposizione di obblighi giuridici e assegnando diritti soggettivi.

¹⁴ Lord Goldsmith, rappresentante del Regno Unito, era piuttosto tiepido nei confronti dell'inclusione dei diritti sociali nella Carta. Vd. CHARTE 4122/00 (in cui egli considera la libertà di impresa come un esempio di diritti economici e sociali) and CHARTE 4428/00 (dove egli prende partito per i principi di protezione sociale invece che per i diritti di solidarietà).

¹⁵ Questa caratterizzazione dei diritti di solidarietà riflette l'affermazione della dimensione sociale dell'Europa come il genuino *acquis communautaire* in termini normativi. In termini storici non è difficile capire che soltanto lo Stato sociale è riuscito a risvegliare stabile e diffusa obbedienza da parte dei cittadini. Per quello si argomenta, a torto o a ragione, che è molto pericoloso, e politicamente sbagliato, ridurre il livello di protezione dei diritti sociali già acquisito.

¹⁶ In modo abbastanza paradossale questa posizione è condivisa da neo liberali e da comunitaristi. Vd. per esempio, Buchanan, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Liberty* (Chicago University Press, 1975), p. 65: “In a large social group many persons can be predicted to default and the whole agreement becomes void unless the conditions of individual choice are somewhat fixed” (corsivo dell'autore).

Ad ogni modo, possiamo lasciare da parte le questioni filosofiche più profonde circa il concetto di diritto di solidarietà. L'uso di un tale concetto è *fondato dal senso letterale* della Carta stessa. I diritti di solidarietà si riferiscono principalmente a due tipi di diritti positivi¹⁷, cioè diritti di regolazione normativa e diritti a benefici. I primi sono quei diritti ad ottenere la protezione contro terzi da parte delle istituzioni pubbliche attraverso *norme*¹⁸. Diritti a benefici si riferiscono a posizioni legali che danno titolo a risorse, beni o servizi che potrebbero *ipoteticamente* essere ottenuti tramite scambio con altri individui, ma a cui il titolare del diritto non può avere accesso effettivo poiché a lui/lei mancano i mezzi economici o perché non c'è offerta nel mercato¹⁹.

Ulteriore chiarezza può ottenersi classificando i diritti di solidarietà secondo l'identità del titolare. Da una parte vi sono diritti *del lavoro* che presuppongono un lavoratore o un possibile lavoratore come titolare. Questo riflette sia l'origine storica di tali diritti sia la scelta etica compiuta in certi Stati sociali europei²⁰. Questo è il caso del diritto al lavoro (art. 15), il diritto al pari trattamento di uomini e donne, (art. 23), il diritto a eque e giuste condizioni di lavoro (art. 31), il diritto alla negoziazione e all'azione collettiva (art. 28), all'informazione e alla consultazione con l'impresa (art. 27), il diritto ad essere garantiti in caso di licenziamento ingiustificato (art. 30) o il diritto a tutela speciale di madri lavoratrici (art. 33, secondo comma). D'altra parte, altri diritti sono formulati in un senso non mercantile, ma universalistico, cioè il titolare è il residente permanente, non importa quali siano le sue condizioni economiche. Questo è il caso del diritto all'istruzione (art. 14), i diritti dei bambini (art. 24, primo periodo), il diritto alla sicurezza sociale e all'assistenza (art. 34), il diritto alla salute (art. 35), il diritto alla tutela dell'ambiente (art. 37), il diritto all'accesso a servizi di interesse economico generale (art. 36), i diritti degli anziani (art. 25) e i diritti dei disabili (art. 26).

Una nota finale di chiarimento. Anche se il diritto di proprietà non è un diritto di solidarietà, la sua formulazione nella Carta sarà trattata con un certo dettaglio in questo articolo. Ciò è giustificato dalla influenza reciproca che i diritti di solidarietà e i diritti di

¹⁷ Una piena elaborazione concettuale richiederebbe di esporre i pezzi fondamentali del sistema giuridico. Il diritto è fatto di norme che rientrano in due tipi: regole e principi. Le regole sono ragioni finali per l'azione, mentre i principi sono soltanto ragioni prima facie aperte ad essere bilanciate e soppesate con altri principi. In questo modo la regola di collisione è l'esclusione nel caso delle norme (si applica una o l'altra norma) mentre lo è il bilanciamento e la ponderazione nel caso dei principi. Gli enunciati normativi (o enunciati deontici o norme) possono contenere norme, principi o una combinazione di entrambi. Ad ogni modo dobbiamo distinguere differenti posizioni giuridiche che includono diritti, libertà, competenze o diritti. Si dovrebbe anche aggiungere che il discorso giuridico tende a confondere due concezioni diverse del diritto, una come insieme di posizioni giuridiche, ed un'altra come ciascuna di quelle posizioni. Il primo termine si riferisce ad un insieme di posizioni giuridiche tenute insieme dal loro essere ascritte ad una norma che conferisce un diritto. In questo senso noi parliamo spesso del diritto di proprietà, ma intendiamo riferirci all'insieme di posizioni giuridiche, non ad una sola. Tra le posizioni giuridiche i diritti sono caratterizzati da una relazione a tre termini tra il titolare del diritto, il destinatario dell'obbligo e il contenuto del diritto. Questo differenzia i diritti dalle libertà o dalle competenze. I diritti sono di due tipi: positivi e negativi. I diritti negativi o diritti di non interferenza mettono fuori gioco alcune azioni da parte delle istituzioni pubbliche, mentre i diritti positivi richiedono una certa azione da parte di queste ultime. Tra i diritti positivi si possono distinguere diritti ad avere una regolazione normativa, diritti all'organizzazione e alla procedura e diritti a benefici. Su questo punto mi baso su Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Centro de Estudios Constitucionales, 1993). Sul diritto alla proprietà privata come insieme di norme vd. Honoré, *Making law Bind* (Oxford University Press, 1987).

¹⁸ Alexy, cit. n. 17, p. 435.

¹⁹ Alexy, cit. n. 17, p. 428. Vd. anche Cécile Fabre, *Social rights under the Constitution* (Oxford University Press, 2000), pp. 107-8, per una dettagliata elaborazione dei diritti fondamentali a benefici.

²⁰ Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism* (Princeton University Press, 1990).

proprietà esercitano. In fin dei conti, i diritti di solidarietà entrano in conflitto con i diritti di proprietà piuttosto spesso. Nonostante la tendenza usuale di formulare le questioni di diritti nei termini dei livelli della loro protezione, il fatto è che ciò che conta il più delle volte è come i diritti sono bilanciati e soppesati quando si applicano contemporaneamente²¹. Immaginiamo un ordinamento giuridico in cui il diritto di proprietà è incluso nel catalogo dei diritti fondamentali, mentre nessun diritto di solidarietà raggiunge questo rango, e così la realizzazione di questi ultimi dipende completamente dal processo legislativo ordinario. In un simile sistema, misure redistributive o regolative possono essere sindacate nella misura in cui hanno un impatto sul diritto di proprietà. Analizzare quindi il diritto di proprietà ci dice qualcosa circa l'incidenza del diritto di solidarietà.

2. – *Lo status di diritto fondamentale*

Se si accetta l'argomento del paragrafo precedente, allora avremo un'idea più chiara di quali disposizioni siano rilevanti per la nostra ricerca. La prossima domanda che dovremo porci è quale status giuridico è attribuito loro nella Carta.

Tale questione non è retorica ma di grande importanza. I diritti possono essere visti come *ragioni per l'azione*, ma anche come *ragioni per norme giuridiche*. Determinando quali diritti debbano essere considerati come fondamentali e quali no, la priorità è data a certi contenuti normativi a discapito di altri. Questo diventa dolorosamente chiaro quando è necessario decidere su casi concreti, bilanciare e soppesare diritti.

I diritti di solidarietà sono visti come fondamentali? O sono semplicemente diritti ordinati o principi? Questo che cosa implica per l'effettiva incidenza dei diritti di solidarietà?

2.1. – *Mancanza di chiarezza concettuale nel testo della Carta, la giurisprudenza della Corte e il mandato della convenzione*

Il concetto di “diritti fondamentali” è altamente controverso. Questo non è un fatto raro, ma caratteristico dell'argomentazione politica e legale²².

Al fine dell'elaborazione dogmatica, la questione di quali diritti siano da considerare come fondamentali è determinata *formalmente*, cioè tramite riferimento al diritto positivo²³.

È divenuta pratica comune quella di definire diritti fondamentali “quelle libertà o pretese protette dall'ordinamento in virtù della costituzione o di trattati internazionali”²⁴.

²¹ Come indicato nella nota 17 gli enunciati concernenti diritti possono contenere o soltanto principi, o regole o una loro combinazione. Il conflitto tra diritti nasce quando due o più diritti, formulati come principi o combinazione tra regole e principi, entrano in contraddizione. Il vero conflitto è stabilito tra i principi, in quanto ogni conflitto tra regole può essere riformulato come conflitto fra principi. Vd. Alexy, cit. n. 12, 111.

²² Circa il problema delle definizioni persuasive di un termine vd. Stevenson, 'Persuasive Definitions', *Mind* vol. 47 (1938), 331-50, Alexy, cit. n. 17, 211 e Nino, *Ética y Derechos Humanos* (Ariel, 1989), 15.

²³ Alexy, cit. n. 17, p. 66 segg.

²⁴ Vd. per esempio la definizione di diritti fondamentali in *Le Garzantine del Diritto* (Garzanti, 2000).

Il diritto costituzionale, filtrato attraverso l'astuta e dettagliata giurisprudenza di corti supreme o costituzionali, fornisce una risposta alla questione di quali siano diritti fondamentali e quali no, e che cosa ciò implichi²⁵. Lo scienziato del diritto studia il diritto così come è, possiamo dire, e si pone nella posizione di un giudice fittizio che sistematizza norme con l'intenzione di trovare ragioni per alcuni risultati normativi²⁶.

Tuttavia vi sono tre ragioni perché la strategia formale fallisce quando ci confrontiamo con la Carta.

Il primo luogo, la Carta contiene riferimenti ad una quadruplica distinzione tra *valori, principi, libertà e diritti*, ma il significato giuridico di una simile categorizzazione non è elaborato né seguito in maniera coerente nel testo e neppure nel preambolo²⁷. Consideriamo alcuni esempi. L'eguaglianza è caratterizzata come un valore, mentre lo Stato di diritto è detto essere un principio, qualcosa che è lontana dal rientrare nell'uso del termine nelle comuni tradizioni costituzionali²⁸. Il capitolo II è intitolato in modo generico "libertà", ma l'articolo 6 è dedicato al diritto alla libertà e alla sicurezza; nello stesso capitolo l'articolo 11 è consacrato alla protezione della *libertà d'espressione e d'informazione*, ma il primo paragrafo recita: "ciascuno ha il diritto alla libertà d'espressione". Che cosa fare di queste distinzioni non è chiaro.

In secondo luogo, noi non possiamo contare sull'elaborazione giurisprudenziale delle disposizioni fondamentali contenute nella Carta. Da una parte, il testo rimane al momento soltanto una dichiarazione solenne senza incidenza giuridica immediata²⁹. Dall'altra, la più probabile fonte di elaborazione giurisprudenziale consisterebbe nei giudizi della Corte Europea di Giustizia circa i diritti fondamentali. È un fatto riconosciuto che i trattati originali che costituiscono le Comunità non contenevano molti riferimenti ai diritti fondamentali. Era la corte che "fondava" il *principio generale della protezione dei diritti fondamentali* tra i principi non scritti del diritto comunitario³⁰.

Questo principio generale era stato formulato dalla giurisprudenza sulla base dei casi presentati alla Corte. Questo principio ha portato all'affermazione dei diritti entro il diritto comunitario, ma non alla problematizzazione del posto di tali diritti. Tutti i diritti invocati dalla Corte sono rientrati nel *principio generale della protezione dei diritti fondamentali*, e quindi *resi fondamentali*. Una tale *inflazione* di diritti non è una buona guida quando il tempo fa bilanciare i diritti gli uni con gli altri.

In terzo luogo, la questione non può essere risolta attraverso la considerazione del mandato che la Convenzione che doveva scrivere la Carta ha ricevuto. Il mandato

25 Tuttavia, questo non esclude il bisogno di argomenti normativi anche entro questa prospettiva positiva. Mentre il criterio principale per determinare la condizione fondamentale di una certa norma è formale (l'essere una certa parte del testo della costituzione), c'è bisogno di un genere più complesso di ragionamento quando l'argomento concerne le particolari regole a cui è riconosciuto il carattere di fondamentale. In quei casi la questione verte su un argomento ben formulato. Vd. Alexy, cit n. 16, p. 66.

²⁶ Vd. Bengoetxea, 'Legal System as a Regulative Ideal' ARSP (1994) vol. 53, pp. 65-79.

²⁷ Un simile argomento si trova in Heringa and Verhey, 'The EU Charter: Text and Structure', Maastricht Journal of European and Comparative Law, (2001) vol. 8, pp. 13-32.

²⁸ Differenti versioni hanno denominato come "valori" e "principi" cose diverse. Questo è documentato da Schonlau, *Drafting Europe's Value Foundation: Deliberation and Arm-Twisting in Formulating the Preamble to the EU Charter of Fundamental Rights*. Presentato alla Conference on the European Charter of Rights, Oslo, 8-9 June 2001.

²⁹ Tuttavia vd. De Witte, 'The legal status of the Charter', 8 Maastricht Journal of European and Comparative Law, (2001) vol. 8, pp. 81-89 and Menéndez, cit., n. 8.

³⁰ Caso 11/70, Internationale, [1970] ECR 1125, paragrafo 4.

concerneva il consolidamento dell'*acquis communautaire* sui diritti fondamentali³¹. Il mandato conteneva riferimenti alle *fonti* a cui la Convenzione avrebbe dovuto rivolgersi nel formulare le disposizioni circa i diritti fondamentali (i ben noti riferimenti alla Convenzione Europea dei Diritti Umani, la Carta Sociale, le comuni tradizioni costituzionali, e il diritto giurisprudenziale della Corte Europea di Giustizia), ma dava soltanto limitate istruzioni concernenti *quali posizioni giuridiche* dovessero essere istituzionalizzate come *diritti fondamentali*. Per dirla bruscamente, la Convenzione non poteva nominare nuovi candidati al rango di diritti fondamentali, ma gli fu lasciato selezionare quei diritti che dovevano essere promossi allo status di fondamentali.

2.2. – Una ricostruzione razionale del concetto di diritti fondamentali

Se una concezione formale di diritti fondamentali non è disponibile, dobbiamo procedere ad una ricostruzione razionale del concetto³². Questa combina un elemento descrittivo, legato all'attuale significato del concetto nel linguaggio ordinario, e una dimensione normativa, che ci permetterà di discriminare, di adeguare il termine all'uso che intendiamo farne.

Il concetto di diritto fondamentale ha due strette connessioni. In primo luogo è correlato all'idea di "diritti morali". La morale è il campo dell'autonomia e conseguentemente dell'auto-determinazione degli standards di condotta. Nella misura in cui la nostra azione ha effetti sugli altri, la morale impone obbligazioni e attribuisce diritti. Un insieme di diritti morali così si riferisce a quei diritti che gli individui dovrebbero riconoscersi l'un l'altro³³. I diritti morali non soltanto concernono un *contenuto morale sottile* che dovrebbe essere rispettato da ogni legislatore³⁴, ma anche contengono un chiaro riferimento alla libertà positiva, alla sovranità delle procedure democratiche³⁵. In questo modo, quali diritti gli individui dovrebbero riconoscersi l'un l'altro è una questione che deve essere affrontata tramite deliberazione. In secondo luogo, i diritti fondamentali sono strettamente associati all'idea della costituzione come la fonte superiore dell'ordinamento. Nelle costituzioni moderne, il diritto è un necessario complemento della morale³⁶. I diritti morali devono essere *tradotti* in diritti istituzionali, protetti attraverso procedure legali, senza perdere il loro nucleo normativo e critico³⁷. Questo indica il cammino verso una concezione *dualistica* della democrazia, in cui un binario superiore, quello *costituzionale*, è caratterizzato da una più alta

³¹ Vd. Annex IV of the Cologne European Council Presidency Conclusions (3 and 4 June 1999) e Tampere European Council Presidency Conclusions (15 and 16 October 1999).

³² Per un approccio simile cfr. Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford University Press, 1986), pp. 63-66, e Nino, *The Ethics of Human Rights*, (Oxford University Press, 1991), p. 9.

³³ Vd. Kant, *Practical Philosophy* (Cambridge University Press, 1996), p. 393, Habermas, *Between Facts and Norms* (MIT Press, 1996), p. 455 e Habermas, *The Inclusion of the Other* (MIT Press, 1998), pp. 190-1.

³⁴ Vd. Estlund, 'The Insularity of the reasonable. Why political liberalism must admit the truth', in *Ethics* (1988) vol. 108, pp. 252-75.

³⁵ Vd. Habermas, cit. n.33, p. 496.

³⁶ Vd. Habermas, 'Law and Morality', in *Tanner Lectures on Human Values* (1988) vol. 8, 221-79.

³⁷ Vd. Alexy, 'Giustizia come correttezza', in *Ragion Pratica* (1997) vol. 9, 103-13.

legittimazione e quindi determina i contenuti che devono essere rispettati dal *binario più basso*, quello della legislazione ordinaria³⁸.

I diritti fondamentali sono associati da una parte con ragioni normative (diritti come ragioni per norme giuridiche) e dall'altra con specifici meccanismi di esecuzione (diritti come tutele)³⁹.

2.2.1. – Diritti come ragioni per norme (giuridiche)

Il principio democratico afferma che soltanto quelle norme che potrebbero essere accettate dai destinatari sono da considerare legittime⁴⁰. Questo principio ancora la legittimità ad una procedura di deliberazione attraverso la quale gli argomenti sono selezionati e valutati. La riflessione sulle assunzioni pragmatiche fatte dai partecipanti in questo processo conduce all'enumerazione di una serie di diritti "that citizens must accord to each other if they want to *legitimately* regulate their common life"⁴¹. Una serie di diritti fondamentali può essere enumerata secondo questa vena Kantiana dall'essenza "sottile" della democrazia. Da questo punto di vista, i diritti fondamentali costituiscono una concreta istanziazione dei principi fondamentali intorno ai quali la comunità politica è strutturata. Questo rivela la chiara connessione tra diritti fondamentali e il ragionamento pratico, specialmente per quanto concerne gli argomenti morali, ma anche quelli etici e pragmatici⁴².

Tuttavia i sistemi giuridici non sono soltanto costruzioni ideali, ma sono anche sistemi intesi ad essere applicati a circostanze concrete. Questo rende il diritto contingente anche se non necessariamente circoscritto allo Stato-nazione, come invece la dogmatica ha ritenuto⁴³. Per esempio, si fanno implicitamente o esplicitamente scelte fondamentali concernenti la concreta struttura dell'ordine socio-economico. Il dibattito costituzionale è spesso caricato da alcune di queste circostanze, contingenti ma estremamente importanti. La questione fondamentale è quella della "costituzionalizzazione" di alcune scelte sociali che possono avere conseguenze sull'insieme dei diritti fondamentali, come vedremo⁴⁴.

2.2.2. – Diritti come tutele

La seconda prospettiva traduce la caratterizzazione di un diritto come fondamentale in concreti mezzi legali per la sua tutela. Il principio democratico non è soltanto connesso all'azione comunicativa e alla deliberazione, ma anche ai concreti meccanismi di decisione. Il ruolo del diritto come un complemento della morale, tenendo cura dei difetti fondamentali di quest'ultima, giustifica i limiti della deliberazione al fine di adeguare il diritto alla realtà di fatto. Questo, tuttavia, rende veramente reale il pericolo

³⁸ Vd. Ackerman, *We the People: Foundations* (Harvard University Press, 1991), p. 6, p. 231ff, in particolare p. 236 e p. 241.

³⁹ Laporta, 'Sobre el concepto de derechos humanos' 4 *Doxa* (1987), 23-46.

⁴⁰ Rousseau, *Oeuvres complètes* (Seuil, 1967), vol. III, p. 380 and Habermas, cit n. 28, p. 408.

⁴¹ Vd. Alexy, 'Discourse Theory and Human Rights', *Ratio Juris* (1999) vol. 12, pp. 209-25.

⁴² Vd. Alexy, 'On the Structure of Legal Principles', *Ratio Juris* (2000) vol. 13, pp. 294-304.

⁴³ Vd. MacCormick, *Questioning Sovereignty* (Oxford University Press, 1999).

⁴⁴ Vd. infra, p. 14.

di un deficit di legittimità, poiché non tutti coloro che sono affetti dalla decisione avranno una reale opportunità di partecipare alla deliberazione e alla scelta⁴⁵. Questo carattere parzialmente eteronomo della legislazione ordinaria⁴⁶ può essere attenuato da una concezione duale della democrazia, una concezione che distingue tra differenti gradi di legittimità.

Implicazioni più particolari variano tra i differenti sistemi costituzionali, ma tra tutti quelli che rientrano nel modello del costituzionalismo democratico, alcune forme di dualismo costituzionale sono rilevanti. Questo presuppone che la costituzione sia una fonte particolare, in quanto fonte superiore dell'ordinamento. Il carattere duale (o anche plurale) delle fonti del diritto, è chiaramente connesso ad una articolata comprensione del principio di legittimità democratica. Si trovano norme giuridiche pienamente legittime (la costituzione) e leggi ordinarie che sono basate su una forma più accessibile di legittimità, leggi che sono limitate nel loro contenuto e nella loro efficacia dal diritto superiore. I diritti fondamentali costituiscono l'archetipo del diritto superiore. Dotato di tali diritti il cittadino ha riconosciute delle pretese che nello stesso tempo proteggono i valori che stanno dietro i diritti e che gli permettono di mettere in moto meccanismi istituzionali che alterano il sistema dei poteri iscritto nella costituzione stessa. Istituzioni contro-maggioritarie si inseriscono nella produzione di leggi ordinarie e o le cassano o creano ostacoli per la loro implementazione nel nome della Costituzione. Il sindacato costituzionale basato sulla violazione dei diritti fondamentali e su istituzioni indipendenti che hanno in carico il monitoraggio dei diritti (come nel caso del difensore civico) sono caratteristiche tutele associate ai diritti fondamentali.

In questo modo, un diritto fondamentale è sia uno scudo a protezione degli individui sia una spada che permette a questi di mantenere l'equilibrio dei poteri tra il legislatore costituzionale e quello ordinario, attraverso il ricorso alla complessità dei pesi e contrappesi imposti al processo politico ordinario.

2.3. – *Una tipologia delle posizioni giuridiche nella Carta*

2.3.1. – *Diritti fondamentali in senso proprio*

Tra gli asserti normativi concernenti diritti, devono essere considerati fondamentali quelli che conferiscono ai cittadini uno scudo o una spada nei confronti di legislazioni ordinarie (o la legislazione comunitaria secondaria o leggi nazionali). Questi diritti non soltanto costituiscono una realizzazione istituzionale di pretese morali, ma a questi è anche data la forma di pretese individuali che possono essere agite nei confronti del legislatore ordinario.

Chiari esempi al proposito sono l'art. 2, comma 2, (“nessuno può essere condannato a morte o giustiziato”), art. 7 (“ciascuno ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni”), o l'art. 39, prima sezione (diritto di voto nelle elezioni europee).

⁴⁵ Dryzek, ‘Deliberative Economy and Discursive Legitimacy’. Scritto presentato alla conferenza *Deliberating about Deliberative Democracy*, University of Texas, Austin, 4-6 February 2000.

⁴⁶ MacCormick, ‘The Relative Heteronomy of Law’, *European Journal of Philosophy* (1995) vol. 3, pp.69-85.

Anche se non è apertamente stabilita, la caratterizzazione di un diritto come fondamentale non implica che il legislatore ordinario non possa *regolare* un simile diritto. In un certo senso, il modo proprio di rispettare un diritto fondamentale è quello di *renderlo positivo*, e di determinare gli strumenti per la sua protezione. Questo è chiaramente riflesso nell'articolo 52.1 della Carta: "ogni limitazione nell'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciute da questa Carta deve essere determinata dalla legge e *rispettare l'essenza di questi diritti e libertà*. Questa clausola riflette la comune tradizione costituzionale sulla quale si basa il diritto comunitario⁴⁷.

È in questa luce che dobbiamo interpretare i riferimenti come quello contenuto nell'articolo 3, sezione 2, prima frase (diritto dei pazienti ad un consenso informato prima di essere soggetti a trattamenti medici o biologici). La disposizione in oggetto riconosce il diritto "secondo le procedure previste dalla legge". Un tale riferimento non implica una totale discrezionalità del legislatore ordinario, ma un mandato a rispettare l'*essenza* del diritto.

2.3.2. – Diritti ordinari

Altre disposizioni, tuttavia, che concernono diritti sono di dubbia *natura fondamentale*. Questo è il risultato dell'interazione tra l'articolo 51 e una serie di clausole di stile che riferiscono al legislatore nazionale per determinare il contenuto del diritto.

Alcune disposizioni contenute nella Carta concludono con una delle seguenti norme di rimando "alle condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali e dalle consuetudini"⁴⁸, "secondo le legislazioni nazionali che regolano l'esercizio di tale libertà e diritto"⁴⁹, in accordo con i principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri⁵⁰ o "conformemente al diritto comunitario e al diritto nazionale e alle consuetudini"⁵¹. Tali clausole non sembrano molto differenti da quelle associate con un mandato al legislatore nazionale a rispettare l'*essenza* del diritto quando si procede alla sua regolazione.

Tuttavia, la questione è complicata dalla divisione delle competenze tra l'Unione e i suoi Stati membri. Nella misura in cui tali rimandi riflettono una mancanza di competenza dell'Unione, stando così le cose, questi costituiscono una reiterazione del principio fondamentale contenuto nell'articolo 51, cioè che la Carta non deve essere letta come espansione delle competenze dell'Unione ai danni degli Stati membri. Se è così, questo significa che le disposizioni fondamentali qualificate ulteriormente da questi rimandi non possono essere letti come imposizioni ai legislatori nazionali di limiti differenti da quelli contenuti nelle loro stesse costituzioni. Ma se è così, allora le

⁴⁷ Implicazioni simili hanno altre norme di rimando come "in accordo con il Trattato che istituisce la Comunità Europea".

⁴⁸ Articolo 35 (protezione della salute).

⁴⁹ Articolo 9 (diritto di sposarsi e di costituire una famiglia), articolo 10 (diritto all'obiezione di coscienza), articolo 14, sezione 3 (diritto di creare istituti di insegnamento).

⁵⁰ Articolo 41, sezione 3 (diritto ad una buona amministrazione; diritto al risarcimento dei danni), articolo 45, sezione 2 (libertà di movimento degli stranieri legalmente residenti).

⁵¹ Articolo 16 (libertà di impresa), articolo 27 (diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa), articolo 28 (diritto alla negoziazione collettiva), articolo 30 (tutela in caso di licenziamento ingiustificato), articolo 34, sezioni 1, 2 e 3 (sicurezza sociale e assistenza sociale).

disposizioni incluse nella Carta non aumentano l'esatta attuazione in sede giudiziale di tali diritti, poiché questi non aggiungono nulla agli argomenti che gli individui possono portare davanti alle corti per avere riconosciuti i loro diritti come superiori alla legge.

2.3.3. – *Clausole politiche*

Inoltre, non tutte le disposizioni fanno sorgere diritti *fondamentali*. Possiamo trovare norme che richiedono che le istituzioni pubbliche realizzino un certo fine o obiettivo, ma senza dare origine ad alcuna posizione soggettiva⁵². Sebbene un'analisi più precisa possa stabilire anche differenti tipi tra queste, possiamo usare il termine generale di “clausole politiche” per abbracciare queste posizioni normative.

Alcuni esempi dalla Carta sono: articolo 11, seconda sezione (“la libertà e il pluralismo dei media devono essere rispettati”), articolo 25 (almeno così formulato: diritti degli anziani a condurre una vita di dignità e indipendenza e di partecipare alla vita sociale e culturale), articolo 26 (protezione del disabile), articolo 37 (“un alto livello di protezione ambientale e il miglioramento della qualità dell'ambiente devono essere integrati nella politiche dell'Unione e assicurati in accordo con il principio dello sviluppo sostenibile”) o l'articolo 38 (“nelle politiche dell'Unione è garantito un alto livello di protezione del consumatore”).

Lo stesso argomento esposto in relazione ai diritti ordinari può essere ripetuto qui. Nella misura in cui la clausola politica è accoppiata con una clausola di rimando che reitera la divisione di competenze tra l'Unione e i suoi membri, tale clausola non sembra avere alcuna portata nei confronti dei sistemi giuridici nazionali. Questo significa che non può essere invocata a livello comunitario per valutare la adeguatezza della legislazione nazionale.

II. – Valutare i contenuti della Carta

Questa sezione fornisce una valutazione dei contenuti della Carta da quattro punti di vista differenti. In primo luogo, lo status dei diritti di solidarietà e del diritto di proprietà privata è determinante secondo la tipologia esposta nella prima sezione. In secondo luogo, la Carta è studiata a partire dal mandato ricevuto dalla Convenzione che l'ha elaborata. Se assumiamo che il presente testo della Carta dovrebbe essere una riformulazione del diritto comunitario, noi possiamo domandarci se tale testo sia accurato o no. In terzo luogo, possiamo esplorare i contenuti sociali della Carta dal punto di vista del ragionamento giuridico e dell'argomentazione. Possiamo domandarci se il testo favorisce o permette certi tipi di argomenti concernenti diritti di redistribuzione. In quarto luogo, possiamo arrivare a produrre un argomento morale basato sul diritto e domandarci se le scelte etiche fatte circa ciò che concerne i diritti alla

⁵² CHARTE 4414/00, presentata dal rappresentante del governo spagnolo, Mr. Rodríguez-Bereijo, sembra avere influenzato pesantemente la formulazione dei diritti sociali. La tipologia a tre classi, diritti fondamentali, diritti ordinari e norme di politica sociale è proposta in quella sede. Ma vd. anche *For a Europe of civil and Social Rights, Report by the Comité des sages* (European Commission, 1996), 51segg. (“Rights in the form of objectives to be achieved”).

redistribuzione sono coerenti con altre scelte fatte nella Carta, e con l'impegno nei confronti dell'idea di stato sociale o del benessere.

3. – *Lo status dei diritti di solidarietà*

Nelle precedenti sezioni, abbiamo stabilito quali concreti diritti siano rilevanti per la nostra ricerca e i principali status attribuiti alle posizioni giuridiche nella Carta. Possiamo adesso discutere quale sia lo status attribuito ai differenti diritti di solidarietà.

3.1. – *Diritti di solidarietà*

Non tutti i diritti di solidarietà sono riconosciuti nella Carta come diritti fondamentali. Se si cerca un modello sottostante si dovrebbe ricorrere alla distinzione duplice tra diritti di solidarietà di cui sono titolari i residenti e diritti il cui titolare è il lavoratore o chi dovrebbe lavorare, distinzione presentata prima⁵³. Mentre alla maggior parte dei diritti di solidarietà *basati sul lavoro* è riconosciuto lo status di fondamentali, la maggior parte dei diritti universali di solidarietà sono formulati o come diritti ordinati o clausole politiche.

Tra gli ultimi, soltanto i diritti all'educazione e al benessere dei bambini (art. 24, primo periodo) sono qualificati come diritti fondamentali. La maggior parte degli altri diritti sono formulati come diritti ordinari. Infine, i diritti degli anziani, dei disabili, la protezione del consumatore e la protezione della salute sono resi noti attraverso clausole politiche.

TAVOLA I – Tipologia di diritti universali di solidarietà

| Nome | Articolo | Tipo |
|--|-----------------------------|---|
| Diritto all'istruzione | 14, primo e secondo periodo | Diritto fondamentale |
| Diritti (al benessere) dei bambini | 24, prima frase | Diritto fondamentale |
| Diritto a benefici per la sicurezza sociale | 34.1 | Diritto ordinario |
| Diritto a benefici per la sicurezza sociale quando si esercita il libero movimento delle persone | 34.2 | Diritto ordinario |
| Diritto all'assistenza sociale e domiciliare | 34.3 | Diritto ordinario |
| Prevenzione sanitaria | 35.1 | Diritto ordinario |
| Accesso a servizi d'interesse economico generale | 36 | Diritto ordinario / Clausola politica (coesione sociale e territoriale dell'Unione) |
| Diritti della terza età | 25 | Clausola politica |
| Diritti dei disabili | 26 | Clausola politica |
| Alto livello di protezione della salute | 35.2 | Clausola politica |

⁵³ Vd. supra, p. 3

Alla maggior parte dei diritti di solidarietà il cui titolare è il lavoratore o chi dovrebbe lavorare è riconosciuto lo status di fondamentale. È interessante notare che in tali casi i diritti tendono ad essere localizzati non nel capitolo IV della Carta ma in altre parti. Tale è il caso del diritto al lavoro, la libertà di scegliere un'occupazione o i diritti ad uguale retribuzione.

 TAVOLA II – Tipologia di diritti di solidarietà *collegati al lavoro*

| Nome | Articolo | Tipo |
|--|---------------------|----------------------|
| Diritto a lavoro (inteso come opportunità) | 15, sezioni 1 and 2 | Diritto fondamentale |
| Diritto al lavoro di cittadini di paesi terzi | 15, sezione 3 | Diritto fondamentale |
| Parità tra donne e uomini | 23 | Diritto fondamentale |
| Tutela rinforzata delle madri | 33, sezione 2 | Diritto fondamentale |
| Contrattazione e azione collettiva | 28 | Diritto fondamentale |
| Accesso al collocamento | 29 | Diritto fondamentale |
| Condizioni di lavoro che rispettino la salute e la sicurezza | 31, sezione 1 | Diritto fondamentale |
| Proibizione di lavoro minorile e tutela di giovani a lavoro | 32 | Diritto fondamentale |
| Limite all'orario di lavoro e ferie pagate | 31, sezione 2 | Diritto fondamentale |

3.2. – Il diritto di proprietà privata

L'articolo 17 della Carta concerne il diritto di proprietà. Si legge:

“Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale”.

La proprietà intellettuale è protetta.

Lasciando da parte il secondo paragrafo, bisogna distinguere tre diversi contenuti dell'articolo 17.

In primo luogo presuppone che il legislatore ordinario introduca un regime di *proprietà* (“beni che ha acquistato legalmente”). Questa *garanzia istituzionale* costituisce un implicito riconoscimento del carattere *legale* e *positivo* della proprietà come istituto. La proprietà è creata da un sistema di norme che regolano l'acquisizione e il trasferimento di risorse economiche, e non è semplicemente *riconosciuta* come una realtà pre-legale. Il riferimento a acquisizioni “legali” invita l'interprete a considerare l'intero sistema giuridico, non soltanto le disposizioni circa la proprietà privata, al fine di valutare il carattere “giuridico” dell'acquisizione stessa.

In secondo luogo, l'articolo impone dei limiti circa l'azione del legislatore ordinario quando tratta di diritti acquisiti di proprietà; il contenuto essenziale del diritto a “usare, disporre e lasciare in eredità” deve essere rispettato.

In terzo luogo, il diritto di proprietà è fondamentalmente definito come consistere in un interesse nel valore economico dei beni posseduti piuttosto che nel possesso stesso.

La norma sulle espropriazioni permette alle istituzioni pubbliche di regolare la proprietà privata nella misura in cui è necessario per “l’interesse generale”, ma con l’obbligo di compensazione se la regolazione comporta deprivazione del risvolto economico del diritto di proprietà.

Un’interpretazione letterale dell’articolo 17 conduce alla conclusione che il diritto di proprietà è radicato nella Carta come diritto fondamentale (incluso il diritto a lasciare in eredità) non come un diritto ordinario. Questo contrasta con lo status ordinario attribuito alla libertà di impresa e al diritto di proprietà intellettuale.

TAVOLA III – Tipologia dei diritti di proprietà

| Nome | Articolo | Tipo |
|--|---------------|----------------------|
| Proprietà privata | 17 | Diritto fondamentale |
| Libertà di impresa | 16 | Diritto ordinario |
| Libertà di creare istituti di insegnamento | 14, sezione 3 | Diritto ordinario |
| Proprietà intellettuale | 17, sezione 2 | Diritto ordinario |

4. – *L’articolo 17 è un’accurata codificazione del diritto positivo?*

La Carta può essere considerata una codificazione o rielaborazione del diritto comunitario sui diritti fondamentali⁵⁴.

Se è così, si potrebbe riflettere se l’autorità che ha formulato la carta ha tenuto fede al suo impegno.

Sebbene si possa trovare la formulazione del testo insufficiente in qualche punto, sembra possibile argomentare che il testo finale riflette l’*acquis communautaire* su ciò che concerne i diritti di solidarietà⁵⁵. Detto questo si può ugualmente notare che il tenore letterale dell’articolo 17 sul diritto di proprietà è piuttosto insufficiente. Ci sono due critiche da rivolgere. In primo luogo l’attribuzione incondizionata del carattere di *diritto fondamentale* al diritto di proprietà, quando non è certo chiaro se questo sia il caso per quanto riguarda il diritto comunitario, almeno al momento. In secondo luogo, lo scopo della proprietà privata. Il lettore potrebbe essere sorpreso nel vedere un esplicito riferimento al diritto di lasciare in eredità come parte del nucleo del diritto fondamentale di proprietà privata.

Per rendere chiari entrambi i punti, bisogna analizzare brevemente lo stato del diritto di proprietà nella comune tradizione costituzionale, la Convenzione Europea dei Diritti Umani e la giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia.

⁵⁴ Vd. Menéndez, cit. n. 8.

⁵⁵ Altra questione, come vedremo, è se si debba accettare l’*acquis* o accettare la sua modifica al fine di garantire una minima tutela dei diritti di solidarietà a livello europeo. Una lettura più ambiziosa dell’*acquis*, basata sulla versione rivista della Carta Sociale Europea deve essere trovata in CHARTE 4593/00, il contributo presentato dal parlamentare europeo Ineke Van Den Burg il 20 settembre ma che la presidenza non ha dato occasione di discutere.

In primo luogo la nascita dello Stato sociale nel periodo tra le due guerre e il suo consolidamento dopo la seconda guerra mondiale condussero alla *materializzazione* del diritto di proprietà. Questo ha implicato il superamento della definizione formale di proprietà come “*l'unico dominio dispotico*”, secondo il detto di Blackstone. Il testo costituzionale e la giurisprudenza costituzionale si sono soffermati sulla *funzione sociale* della proprietà privata. Ecco perché alcuni testi costituzionali non si soffermano tanto sul diritto come tale, ma sulle norme sulle acquisizioni, cioè le condizioni in base alle quali la proprietà può essere resa pubblica⁵⁶.

In secondo luogo, non è certamente ovvio che l'articolo 17 possa trovare supporto con l'articolo 1 del protocollo addizionale della Convenzione Europea dei Diritti Umani, che concerne la proprietà⁵⁷. Non soltanto la funzione sociale della proprietà è più chiaramente accentuata nel Protocollo, ma non è fatto alcun riferimento al diritto di eredità, per esempio.

In terzo luogo, l'articolo 295 del Trattato che istituisce la Comunità Europea (ex articolo 222) recita “questo trattato non pregiudicherà in nessun modo le regole dei singoli paesi in materia di proprietà privata”. È chiaro che l'appartenenza alle Comunità implica l'accettazione delle libertà fondamentali del mercato, così soltanto in via ipotetica può essere possibile diventare o rimanere un membro e introdurre un alto grado di socializzazione della proprietà. La norma deve essere letta come una chiarificazione del fatto che il *processo di costruzione del mercato* non deve essere visto come incompatibile con la concezione *sociale* della proprietà privata che è inserita in parecchie costituzioni nazionali, come abbiamo appena visto. L'articolo 295 deve essere letto come un limite all'impatto del diritto comunitario sul diritto nazionale, con una diretta incidenza nell'area delle competenze condivise, ma con vaste implicazioni. Il modo in cui gli Stati membri definiscono “proprietà” deve essere rispettato; questo- si può argomentare- può essere fatto soltanto se una definizione *compatibile* di diritto di proprietà è radicata nel diritto comunitario.

Questo è inoltre confermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Le sentenze in casi come Nold⁵⁸, Hauer⁵⁹, o la “vicenda delle Banane”⁶⁰ hanno chiaramente stabilito che la funzione sociale della proprietà rende accettabile la regolazione della produzione e del mercato agricolo nell'ambito della politica agricola comunitaria⁶¹.

⁵⁶ Vd. L'articolo 14 della costituzione tedesca, article 42 della costituzione italiana, articolo 33 della costituzione spagnola, articolo 17 della costituzione greca e articolo 62 della costituzione portoghese.

⁵⁷ Secondo il memorandum di spiegazione della Carta, la principale fonte dell'articolo 17 è il protocollo addizionale della Convenzione Europea che recita

«Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties».

⁵⁸ Nold KG v. Commission (Case 4/73) [1974] ECR 491.

⁵⁹ Hauer v. Land Rheinland-Pfalz (Case 44/79) [1979] ECR 3727.

⁶⁰ Germany v. Commission (Case C-280/93) [1994] ECR I-4873 e Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH v. Bundesamt für Ernährung (Case C-466/93) [1995] ECR I-3761.

⁶¹ In quest'ottica è interessante notare che una buona parte dei casi che concernono il diritto alla proprietà privata decisi dalla Corte Europea di Giustizia furono originati entro l'ordinamento tedesco. Questo è spiegabile dal fatto che la costituzione del 1949 si presenta come una costituzione formale tra quelle nate dopo la guerra. Vd. Alexy, cit. n. 16, p. 483.

5. – *Diritti sociali come canone di eccezione alle libertà del mercato*

Il successivo punto di vista da cui valutare la Carta è il ragionamento giuridico. La Carta ha un impatto su come gli attori giuridici argomentano circa i diritti sociali e i valori?

Sulla base di ciò che si è detto nella precedente sezione, si può arrivare ad una risposta negativa. Dopotutto, si è argomentato che la Carta deve essere guardata come un consolidamento del diritto positivo. Se il testo non innova sostanzialmente, si può arrivare alla conclusione che non altera il modo in cui noi dovremmo argomentare nel diritto comunitario.

Tuttavia, si dovrebbe considerare in modo più ravvicinato la struttura della Carta. Il testo contiene un diretto riferimento ad alcuni diritti di solidarietà che non sono direttamente rilevanti entro l'attuale campo di competenza dell'Unione. Questo non ha alcuna *diretta* implicazione, poiché l'effetto concomitante dell'articolo 51 e delle norme di rimando ai diritti costituzionali dei singoli paesi mette fuori gioco una simile interpretazione. Tuttavia, l'inclusione di tali diritti entro il Bill of Rights rende trasparente il fatto che l'integrazione Europea non concerne soltanto la costruzione del mercato. Questo fatto è riflesso dalla circostanza che le quattro libertà del mercato comunitario sono soltanto menzionate nel preambolo, ma non sono enumerate direttamente tra i diritti fondamentali dell'Unione Europea. Quando sono viste in questa luce, possiamo vedere le serie di diritti alla redistribuzione codificate nella Carta come prova del canone di argomenti che possono essere invocati dagli Stati membri per richiedere eccezioni alle quattro libertà fondamentali. Quest'analisi rientrerebbe nel progressivo spostamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia da un'affermazione automatica delle quattro libertà fondamentali al loro bilanciamento e alla loro ponderazione con altri interessi fondamentali, interessi che possono trascendere il ricettacolo di argomenti contenuti nelle disposizioni quali l'articolo TEC 30 (Trattato della Comunità Europea), 39 sezione 3 o 46 sezione 1⁶².

L'unico serio ostacolo ad un simile uso dei diritti di redistribuzione è il tenore letterale restrittivo dell'articolo 51 sezione 1 che afferma che gli Stati membri sono vincolati alla Carta "nell'applicazione del diritto dell'Unione". È stato già rilevato che una tale formulazione è troppo restrittiva, poiché era già ben affermato nella giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia che gli Stati Membri erano vincolati agli standards europei circa i diritti fondamentali quando invocavano un'eccezione alle libertà del mercato. Tuttavia, una simile obiezione può essere superata con due ulteriori argomenti. In primo luogo, l'articolo 51, sezione 1 può essere letto come determinare lo scopo "obbligatorio" della Carta. Non può essere letto come precludere uno Stato membro dall'invocarlo anche in un'area dove non è vincolato. In secondo luogo, il tenore letterale della disposizione dovrebbe essere interpretato come una succinta formulazione del diritto positivo al tempo della codificazione. In questo modo, lo scopo della Carta coinciderebbe con lo scopo della protezione dei diritti fondamentali stabilita

⁶² Un caso di scuola a tal proposito è C-204/90, Hanns-Martin Bachmann v Belgian State, [1992] ECR I-249, par. 27segg. Sulle eccezioni riconosciute a livello giudiziale, vd. Gerstenberg, 'Transnational Governance and Democratic Accountability in the EU: What Should Constitutionalism Become?', scritto presentato alla Conference on the European Charter of Rights, Oslo, 8-9 June 2001. Vd. anche O'Leary e Fernández Martín, 'Judicially Created Exceptions to the free provision of services', *European Business Law Review* (2000) vol. 11, pp. 347-62.

dalla Corte di Giustizia. Perciò l'implementazione deve essere interpretata come comprendente anche quei casi in cui gli Stati membri richiedono un'eccezione alle libertà economiche.

6. – *Le basi normative e legali della solidarietà europea*

Nella prima parte di quest'articolo è stato sostenuto che i diritti fondamentali riflettono il nucleo normativo *sottile* associato con la *democrazia*, ma anche le scelte etiche che i membri di una comunità politica fanno, scelte che concernono le loro strutture sociali ed economiche fondamentali.

Accanto alla sostanza “sottile” della democrazia, noi troviamo contenuti “storici” ed etici che riflettono le scelte sociali fondamentali⁶³.

Dal nostro attuale punto di vista normativo la relazione tra questi due ingredienti di ogni dichiarazione dei diritti non è statica ma dinamica. Le scelte etiche presuppongono un riferimento ad uno sfondo fattuale e normativo. Essi riflettono un “caricamento” della sostanza sottile con dati concreti. Ma questo punto fa sorgere una pretesa di legittimità che dovrebbe essere valutata da un discorso pratico generale. Questo ci riporta indietro alla sostanza *sottile* del processo, come *parola ultima* nell'argomento pratico generale. Tra le altre cose, questo implica che le scelte etiche non possono essere viste come autogiustificantesi. Conseguentemente, si può sostenere che una scelta particolare può essere giustificata soltanto nel caso in cui altre scelte etiche sono state fatte. La “concretezza”, in un certo modo, nutre “concretezza”.

In questo modo, l'opzione *etica* per un concreto ordine socioeconomico (per esempio, una certa opzione per l'attribuzione privata di risorse economiche, libertà di contratto e di scambio) scatena questioni normative di legittimità (come possono queste scelte essere rese legittime?), la cui risposta può richiedere la dichiarazione di ulteriori diritti entro la struttura costituzionale. Questa non è una ricetta per la “costituzionalizzazione” della politica, ma soltanto un promemoria circa il fatto che anche la parziale costituzionalizzazione è egualmente controversa, poiché lascia non risolte questioni fondamentali di legittimità.

6.1. – *Coerenza sistematica: lo status del diritto di proprietà in confronto a quello di solidarietà*

Si può applicare questo argomento alla Carta, e più concretamente, alla relazione tra il diritto di proprietà e i diritti di solidarietà. Ciò è possibile perché, prese insieme, le disposizioni della Carta sui diritti di proprietà privata e sui diritti di solidarietà “caricano” il diritto costituzionale dell'Unione di una certa struttura socio-economica. Contrariamente ad alcune proposte, la Convenzione non ha incluso un diretto riferimento nella Carta alle quattro libertà comunitarie fondamentali⁶⁴, tuttavia si

⁶³ Vd. supra, p. 7

⁶⁴ Cfr. la versione finale del Preambolo con la proposta fatta da Lord Goldsmith rappresentante del governo britannico. La sua versione avrebbe dato alle quattro libertà una posizione prominente entro il preambolo. Cfr. CHARTE 4429/00.

possono ritrovare nelle sue disposizioni buona parte della struttura costituzionale di una economia di mercato basata sulla proprietà privata. Questo insieme di diritti socio-economici implica una scelta etica per un modo concreto di ordinare i titoli di proprietà e lo scambio di risorse economiche entro l'Unione.

Il diritto di proprietà e la maggior parte dei diritti di solidarietà basati sul lavoro sono riconosciuti come diritti fondamentali, mentre la maggior parte dei diritti universali di solidarietà (fatta eccezione per i diritti all'educazione e al benessere dei bambini) sono formulati come diritti ordinari. Dato il carattere dei diritti di solidarietà inclusi nella Carta, si può argomentare che la ragione per proteggere tutti questi diritti è la stessa, ma il loro status è differente.

Mi sembra che una minima protezione dei diritti di solidarietà è urgentemente necessaria per assicurare la legittimità di una scelta etica per una struttura socioeconomica basata sul mercato. Come ho sostenuto altrove, la redistribuzione delle risorse economiche è la sola strategia promettente per colmare il vuoto di legittimità di un simile modello di organizzazione economica.

Se questa analisi è corretta, le sole due strategie coerenti sono o quella di escludere dai fini della costituzione tutte le questioni collegate alla struttura socioeconomica (come sembra nel caso della maggior parte dei paesi scandinavi⁶⁵) oppure di costituzionalizzare non soltanto il diritto di proprietà e i diritti fondamentali di solidarietà basati sul lavoro, ma anche i diritti universali di solidarietà.

Ciò implica che la caratterizzazione dei *diritti di solidarietà* come diritti ordinari non può essere supportata dall'argomento che sono troppo contingenti o dettagliati. Se si introducono altri diritti ad un simile livello di precisione, diritti che forniscono già buona parte della forma della struttura socio-economica, allora la differente caratterizzazione, per i diritti di solidarietà, opera nei fatti come un pregiudizio contro l'attuale protezione dei diritti di solidarietà.

6.2. – Oltre la coerenza

Nella sezione precedente, è stato sostenuto che è normativamente inaccettabile radicare il diritto di proprietà come fondamentale, mentre si lascia al legislatore ordinario la protezione dei diritti di solidarietà. Si è sostenuto che, dal punto di vista della coerenza, soltanto la completa esclusione delle questioni socioeconomiche dall'ambito costituzionale, o l'affermazione ponderata dei diritti di proprietà e dei diritti di solidarietà può essere vista come congruente.

Dobbiamo tuttavia andare oltre la coerenza, e richiedere che in termini normativi *soltanto* la seconda opzione può essere una soluzione giustificata per l'Unione Europea.

Ci sono due ragioni per questa tesi.

Da una parte, la formulazione della Carta riflette la trasformazione qualitativa che ha subito il processo di integrazione europea negli anni. Dalla piccola Europa circoscritta ad un limitato insieme di questioni economiche siamo arrivati, attraverso parecchie trasformazioni, ad una matura comunità politica le cui leggi coinvolgono direttamente

⁶⁵ Vd. Rytter, 'Judicial Review of Legislation. A Sustainable Strategy on the enforcement of basic rights', in Scheinin (ed.), *Welfare State and Constitutionalism. Nordic perspectives* (Nordic Council of Ministers, 2001), pp. 137-74, a p. 154.

tutti i cittadini europei. Nella misura in cui noi accettiamo la definizione di “comunità politica” come “unione di esseri umani sotto leggi che riconoscono diritti”⁶⁶, l’Unione europea è già una comunità politica. Questo implica che c’è un nuovo livello politico, un nuovo livello di governo. Parte della sua legittimità deriva dal suo scopo, dalla sua legittimità *prima facie* ad affrontare questioni che hanno fundamentalmente una platea sovranazionale. Tuttavia, un credito di piena legittimità può soltanto essere basato su canali usuali: partecipazione dei cittadini nella produzione delle leggi, garanzia di risultati sostanziali attraverso la protezione dei diritti e la previsione di diritti procedurali di controllo del processo di implementazione della legge⁶⁷. Data la definizione programmatica dell’Unione come unità politica basata sulle quattro libertà fondamentali, la ragione per includere i diritti di solidarietà sociale entro il diritto dell’Unione diventa molto forte⁶⁸.

D’altra parte, la messa tra parentesi delle questioni socio-economiche dalla *struttura costituzionale di una comunità politica* è accettabile soltanto nella misura in cui ci sono altri mezzi disponibili ad assicurare l’equità effettiva delle strutture economiche di quella società. La costituzionalizzazione non è una panacea, ma soltanto un mezzo possibile di assicurare che certi obiettivi sono perseguiti dal legislatore ordinario. Comunitaristi e neoliberali sostengono che un grado fondamentale di giustizia economica deve essere assicurato attraverso un impegno, etico o di interesse personale, dell’elettorato alla redistribuzione. Tuttavia, questo presuppone un tipo di stratificazione sociale e di coesione che non sono caratteristici dell’Unione Europea (e contrariamente a visioni romantiche, non è caratteristica più di alcun stato nazione)⁶⁹. La solidarietà tra estranei deve, a mio avviso, essere il modello di sfondo della giustizia distributiva in una democrazia. In questo contesto, i diritti fondamentali alla solidarietà, come il diritto ad un reddito di base, il diritto all’educazione, al domicilio, o all’assistenza medica sono parte integrante dei diritti fondamentali che i cittadini dovrebbero riconoscersi a vicenda. Lo “svuotamento” della politica può essere evitato attraverso la *proceduralizzazione*, per quanto è possibile, di quei diritti sociali fondamentali. È auspicabile quindi allontanarsi da provvigioni in servizi⁷⁰, che sono inquisite dal paternalismo, verso forme di redistribuzione rispettose dell’autonomia, come trasferimenti di reddito⁷¹.

⁶⁶ Kant, cit. n. 28, p. 455. Lui si riferiva allo Stato ma faremmo meglio ad intendere con quel termine la comunità politica, al fine di evitare l’associazione immediata dello Stato con lo Stato-nazione. Per un argomento sul perché l’Unione europea è uno Stato in senso kantiano vd. Ferry, *La Question de l’état européen*. (Gallimard, 2000).

⁶⁷ Questa triade è sviluppata più in dettaglio nel mio *Complex Democracy and the Obligation to Obey the Law*. Working Paper 25, (ARENA, 2000) .

⁶⁸ Anche se la legittimazione attraverso la protezione dei diritti di prestazione integra ma non sostituisce la legittimazione tramite la partecipazione alla formazione delle leggi, si può dire che l’enfasi sulla protezione dei diritti dovrebbe essere più forte tanto meno spazio c’è per la partecipazione diretta alla produzione delle leggi. Questo non è un argomento a favore di *panem et circenses*, ma una proposta per ridurre il deficit di legittimità per quanto possibile entro le strutture istituzionali esistenti.

⁶⁹ Sull’enigma dell’approccio alla giustizia distributiva proprio di nazionalisti liberali, vd. Goodin, ‘Justice in One Jurisdiction, no more!’, di prossima pubblicazione presso *Philosophical Topics*.

⁷⁰ Ma vd. Michelman, ‘On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment, 83 *Harvard Law Review* (1969) vol. 83, pp. 7-59.

⁷¹ Io non sostengo che il diritto al reddito di base, per esempio, sia una panacea. A mio giudizio, è più promettente avere un meccanismo di distribuzione a molti livelli. Per una proposta politica più articolata, vd. Ackerman e Alstott, *The Stakeholder Society* (Yale University Press, 1999).

Conclusione

Nell'introduzione a questo articolo ci siamo domandati che cosa la Carta abbia da dire circa l'Europa sociale e se tale documento sposti l'equilibrio in favore della costruzione del mercato o in favore della protezione sociale.

Stando così le cose, la risposta non può essere facile. Da una parte ci sono ragioni da considerare circa lo squilibrio tra lo status attribuito al diritto di proprietà (un diritto propriamente fondamentale) e la maggior parte dei diritti *universali* di solidarietà. Creatività giuridica sarebbe necessaria per difendere la protezione dei diritti sociali dalle implicazioni negative di tale formulazione. D'altra parte, l'inclusione di diritti sociali nel testo principale, e il confinamento delle libertà del mercato al preambolo riflette il progressivo spostamento del diritto dell'Unione dalla costruzione del mercato, alla produzione di politiche. Quest'ultima richiede un'enfasi sulla protezione sociale a livello europeo, almeno per permettere a standards nazionali di rimanere in piedi e di non essere cancellati da interpretazioni del mercato comune *neoliberali* o ordoliberali. Questa diagnosi complessa apre le porte ad un discorso normativo su come la Carta dovrebbe essere emendata prima che diventi legge superiore dell'Unione. I diritti di solidarietà devono essere visti come il nerbo della pace e dell'equità. Ciò è quello che l'integrazione europea sostiene di volere essere⁷².

⁷² Vd. la *European Social Agenda*, cit. n. 2.